

**TITULO: La ontología de la norma jurídica penal en el prisma de una teoría axiomatizada del Derecho.**

**AUTOR: MsC. Ramón Yordanis Alarcón Borges.**

*Profesor de Derecho Penal. Universidad de Oriente. Cuba.*

*"El sentido lógico de una norma jurídica rebasa a menudo los límites de su simple exposición y sólo se manifiesta cuando se toma la norma, no materialmente aislada, en su estricta unidad proposicional, sino en conexión con las otras normas del orden jurídico a que pertenece".*

**JORGE MILLAS.**

Como consecuencia del ensanchamiento del campo geográfico y la creciente densidad del intercambio internacional, así como el carácter global de la red de mercados financieros y del poder cada vez mayor de las multinacionales; la revolución permanente en el terreno de la información y de las tecnologías de la comunicación; las corrientes icónicas de las industrias globales de la cultura; el problema de los conflictos transculturales en un lugar concreto<sup>1</sup>, evidentemente no es nada complejo constatar el desorbitado expansionismo de la compleja sociedad de riesgos<sup>2</sup>, que ha motivado la expansión del Derecho Penal<sup>3</sup>, produciéndose en la sociedad actual dos importantes efectos entrelazados: por un lado, el aumento y la dispersión de las opciones y, por otro lado, el crecimiento y la propagación de los riesgos<sup>4</sup>.

Esta situación nos coloca ante un mapa filosófico muy vasto. El mundo jurídico hoy se debate entre distintas ofertas, propuestas de marcos teóricos, de *paradigmas*<sup>5</sup>

<sup>1</sup> BECK, Ulrich; *Qué es la globalización?*; Barcelona, 1998, pp; 29-30.

<sup>2</sup> Este concepto designa una frase de desarrollo de la sociedad moderna en que los riesgos sociales y políticos, ecológicos e individuales provocados por la dinámica renovadora, se sustraen cada vez más a las instituciones de control y de seguridad de la sociedad industrial. Al respecto consultar: BECK, Ulrich; *De una teoría crítica de la sociedad a una teoría de la autocrítica social*; en *Dialogo Científico*, Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía, Instituto de Colaboración Científica, Tubingen, Vol. 6, No 1; 1997, p. 9.

<sup>3</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal*; Segunda Edición, Madrid, 2001, pp. 25 y ss; realiza un detallado análisis de las causas que en la sociedad actual tributan a la expansión del Derecho Penal en la sociedad moderna.

<sup>4</sup> BECK, Ulrich; *Politik in der Risikogesellschaft*, Frankfurt am Main, 1990, pp. 180 y ss.

<sup>5</sup> Siguiendo a George Ritzer, se define **un paradigma** como: "una imagen básica del objeto de una ciencia. Sirve para definir lo que debe estudiarse, las preguntas que es necesario responder, cómo deben responderse y qué reglas es preciso seguir para interpretar las respuestas obtenidas. El paradigma es la unidad más general de consenso dentro de una ciencia, y sirve para diferenciar una comunidad científica (o subcomunidad) de otra. Subsume, define e interrelaciona los ejemplares, las teorías, y los métodos e instrumentos disponibles." RITZER, George; *Teoría Sociológica Contemporánea*; McGraw Hill/INTERAMERICANA de España, S.A; 1993; p. 598.

*epistemológicos jurídicos*; lo que nos hace ubicar a nuestra ciencia en los *paradigmas alternativos*, de la **Etapa de Emergencia** de Thomas Kuhn<sup>6</sup>.

La sociedad<sup>7</sup> es el entorno del sistema del derecho, en tal sentido, todas las operaciones del derecho se efectúan dentro de la sociedad. El derecho ratifica la sociedad en cuanto se diferencia de ella. Tal como nos resume magistralmente Luhmann<sup>8</sup>, el derecho con sus operaciones (que son sociales) introducen un corte en la sociedad y con ello se configura un entorno específico del derecho, interno a la sociedad.

La anterior formulación me permite vislumbrar que no todo el peso del problema descansa en el derecho, sino también en la sociedad, y sus equivalentes funcionales, produciéndose un proceso de que comienza por el desarrollo social.

Uno de dichos equivalentes, se ha empezado a discutir en años recientes y su semántica se encuentra aún en estado pre conceptual. Se discute bajo el término “*riesgo*”<sup>9</sup>. El riesgo hace referencia a decisiones que aceptan la posibilidad de que haya consecuencias negativas. Estas consecuencias negativas no se presentan en la forma de costos que se tengan que pagar y cuyo sacrificio está justificado, sino en la forma de daños que, aunque improbables, son posibles, pero que en el caso de que se presenten se señala la decisión como la causa directa y la exponen al arrepentimiento. El problema consiste en que los daños no sólo afectan al que tomó la decisión, ni solo al que obtuvo los beneficios de sus efectos positivos. Tenemos, pues, aquí una forma de enlace del tiempo con costos sociales, pero de forma muy distinta. Produciéndose en las normas una bifurcación entre quienes toman decisiones y quienes son afectados. Según sea la posición (si como tomador de la decisión,

---

<sup>6</sup>KUHN, Thomas; *La estructura de las revoluciones científicas*; Fondo de Cultura Económica; México; Octava Reimpresión; FCE, Argentina, 2004.

<sup>7</sup> Llamamos *sociedad* a una relación social cuando y en la medida en que la actitud en la acción social se inspira en una compensación de intereses por motivos racionales (de fines o de valores) o también en una *unión* de intereses con igual motivación. La sociedad, de un modo típico, puede especialmente descansar (pero no únicamente) en un acuerdo o pacto racional, está orientada a) racionalmente con arreglo a valores: en méritos de la creencia en la *propia* vinculación; b) racionalmente con arreglo a fines: por la expectativa de la lealtad de la *otra* parte. WEBER, Max; *Economía y Sociedad*; Editorial Ciencias Sociales, 1971, Instituto Cubano del Libro, La Habana, Cuba, p. 33.

<sup>8</sup> LUHMANN, Niklas: *El Derecho de la Sociedad* (Das Recht der Gesellschaft), VERSÃO 5.0, DE 13/01/2003; FORMATAÇÃO ELETRÔNICA-JOÃO PROTÁSIO FARIAS DOMINGUES DE VARGAS E MARJORIE CORRÊA MARONA. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outros colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos; p. 21.

<sup>9</sup> Este concepto designa una fase de desarrollo de la sociedad moderna en que los riesgos sociales y políticos, ecológicos e individuales provocados por la dinámica renovadora, se sustraen cada vez más a las instituciones de control y de seguridad de la sociedad industrial. Al respecto consultar: BECK, Ulrich; “*De una teoría crítica de la sociedad a una teoría de la autocrítica social*”; en *Dialogo Científico*, Revista Semestral de Investigaciones Alemanas sobre Sociedad, Derecho y Economía, Instituto de Colaboración Científica, Tubingen, Vol. 6, No 1; 1997, Pg. 9. ALARCÓN BORGES, Ramón Yordanis; *Instituciones semipermeables de una porfía entre un Derecho penal racional y un Derecho penal de la necesidad*; en: [www.pensamiento penal.com.ar/doctri04.php](http://www.pensamiento penal.com.ar/doctri04.php), Revista de la Asociación Pensamiento Penal, Argentina, p. 2.

si como afectado), difiere la percepción del riesgo, difiere la delimitación ante la posible justificación de la conducta arriesgada y difiere la aceptación del riesgo. Y cuanto más la percepción del futuro de la sociedad moderna entre el horizonte de la dependencia de las decisiones, tanto más aguda será la forma en que se abrirá el abismo entre tomadores de decisión y afectados<sup>10</sup>. Como se aprecia ya desde el presente se tiene una percepción distinta del riesgo; los costos sociales se producen, aunque la evaluación podrá cambiar a causa de las experiencias posteriores. Las diferencias que se suscitan a partir de estos problemas conducen a perspectivas distintas de apreciación de futuro<sup>11</sup>.

En tal sentido, cuando se trata de proyectar algo que es válido aun en el supuesto de que no se realice, situados en una óptica pesimista, ¿quién puede obtener ese logro?, ¿qué hay que hacer para convalidar la producción del mantenimiento y las expectativas contra fácticas, cuando hay un incremento del riesgo?. Estas interrogantes nos vislumbran como sendero la determinación de la función hasta su realización de dos sistemas de referencia: sociedad y su sistema jurídico.

La respuesta conjetura una diferenciación entre *sistema* y *entorno*, establecida por el primero. Un sistema que norma expectativas se afirma *a sí mismo*, trazando una diferencia *con respecto al entorno* -el que a su vez se realiza por el trazo y no sin el sistema. El trazo del límite se logra estableciendo normas, en referencia a las cuales es legítimo (o no) el apartarse. Entonces, *para el mismo sistema se establece una distinción, dependiendo de si se actúa de acuerdo a la norma trazada por él (o si no)*. El sistema permanece estable en el marco de sus posibilidades, independientemente de cómo opera el entorno.

El debate, entonces, va más allá; la pregunta decisiva es la de los límites del Derecho. Aquí nos enfrentamos al famoso problema de si estos límites se establecen de modo analítico o de modo concreto; es decir, si se establecen mediante un observador o mediante el objeto mismo. Si se responde: “de modo analítico”- y algunos creen erróneamente obligados a ello por razón de que están situados en la teoría científica-, entonces se concede a cualquier observador el derecho a su propia objetividad. “Por medio del objeto”; esto nos lleva directamente a afirmar: el derecho mismo determina cuáles son sus límites. Él mismo<sup>12</sup> determina, por tanto, qué es lo que pertenece al derecho y qué es lo que no.

<sup>10</sup> LUHMANN, Niklas; *Soziologie des Risikos*, Berlín 1991 (En castellano: Sociología del riesgo, Universidad de Guadalajara, U. Iberoamericana, Guadalajara, 1992); p. 99.

<sup>11</sup> LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad (Das Recht der Gesellschaft)*, VERSÃO 5.0, DE 13/01/2003; FORMATAÇÃO ELETRÔNICA-JOÃO PROTÁSIO FARIAS DOMINGUES DE VARGAS E MARJORIE CORRÊA MARONA. Texto eletrônico fornecido pela Prof. Dra. Juliana Neuenschwander de Magalhães, com o auxílio de sua Bolsista Letícia Godinho e outras colegas, na disciplina Sociologia do Direito II, do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado e Doutorado em Filosofia do Direito, durante os 1º e 2º semestres de 2002, em arquivos de capítulos; p. 99.

<sup>12</sup> El “sello” jurídico convierte las relaciones sociales en relaciones jurídicas, sin dejar de ser sociales, introduciendo respecto de los mismos comportamientos un plus de estabilidad, de certeza, de seguridad, de garantías, tanto para la organización como para su transformación. DIAZ, Elías; *El Derecho como factor de liberación y de cambio social*; vid. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio; PÉREZ HERNÁNDEZ, Lissette; *Selección de lecturas de Teoría del Estado y el Derecho*; Editorial Félix Varela, La Habana, 2000; pp. 99, 100.

Precisamente aquí, es que nace nuestra adhesión con Luigi Ferrajoli<sup>13</sup>, que desarrolla una teoría del Derecho bajo el método *axiomático*<sup>14</sup>, y que según nuestra opinión da respuesta a los complejos fenómenos sociales que describimos *-ut supra-*, incorporándole, a partir de nuestra realidad un matiz sistémico para su adecuada explicación e implementación.

En primer lugar, la teoría que describe como se producen los límites en relación al entorno, es la *teoría axiomatizada*<sup>15</sup>.

Se rehúsa la opción “puramente analítica” para la determinación de los límites. Sin embargo, no se suprime el hecho de que todo lo que se dice es dicho por un observador<sup>16</sup>. La teoría que deja la determinación de los límites al objeto, es también una teoría de un observador. Pero este observador debe organizar la observación en un nivel de segundo orden, en caso de que quiera hacer justicia al objeto que por sí mismo determina sus límites. Este observador de segundo orden debe observar el objeto como si se tratara de un observador; esto significa: como si se tratara de un objeto que se orienta mediante la distinción *sistema/entorno*.

La teoría axiomatizada, bajo el prisma del concepto de sistemas, explota el camino de una epistemología constructivista considerada de una manera general. En esa epistemología no solo quedan incluidos los sistemas especializados de la cognición<sup>17</sup>, sino todo tipo de sistemas que emplean observaciones auto producidas para regular su relación con el entorno. Por consiguiente quedan incluidos sistemas como el de la religión, el arte, la economía, la política y, sobre todo porque es el que nos ocupa, el derecho. La congregación de construcciones tan distintas y poli contextuales se debe efectuar, en este caso, a partir de una teoría de la observación de segundo orden.

La teoría proveniente de la praxis es más bien un subproducto de la necesidad de que se tomen decisiones sólidas. Se puede hablar, sin exageración, de primacía de lo metodológico

---

<sup>13</sup> Será esta teoría nuestro marco conceptual de referencia, para el desarrollo de todas nuestras propuestas. FERRAJOLI, Luigi; *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho*; Revista DOXA, No. 20 de 1997, traducción de Ángeles Roderas y Juan Ruiz Manero; pp. 235-253.

<sup>14</sup> El Método Axiomático, epistemológicamente, está compuesto por un conjunto de Axiomas y de Teoremas, a los cuales se recurre para el desarrollo de una teoría. Los Axiomas son principios que se toman como fundamento y punto de partida para la demostración, mediante el recurso a reglas de inferencia, de los Teoremas. Estos últimos, por su parte, son las conclusiones del sistema. Un sistema axiomático requiere: Una lógica básica; términos primitivos (términos lógicos o no, necesarios para construir definiciones); términos definidos; axiomas o postulados del sistema; reglas de inferencia; y los teoremas del sistema. MARTÍNEZ RIU, Antoni; CORTÉS MORATÓ, Jordi; *Diccionario de Filosofía HERDER*; Empresa Editorial HERDER, S.A., Barcelona; 1991. Software de Desarrollo: Microsoft Multimedia Viewer 2.0, Microsoft Corp.

<sup>15</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho*; Revista DOXA, No. 20 de 1997, traducción de Angeles Roderas y Juan Ruiz Manero; p. 236 y ss.

<sup>16</sup> Esta formulación es de MATURANA, Humberto R.; *Biologie der Kognition*, citada de acuerdo al libro, *Die Organisation und Verkörperung von Wirklichkeit: Ausgewählte Arbeiten zur biologischen Epistemologie*, Braunschweig 1982, p. 34. LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad*; p. 8.

<sup>17</sup> LUHMANN, Niklas; *Die Wissenschaft der Gesellschaft*, Francfort 1990 (En castellano: *La ciencia de la sociedad*, Anthropos, U. Iberoamericana, Iteso, México, 1996).

ante lo teórico. Esta teoría agrupa y ordena el complejo material al que se enfrenta el derecho en la práctica. Así, entonces, se limita y orienta el proceso de la decisión<sup>18</sup>.

Las “ideas generales” que comandan la versión sistémica de la teoría axiomatizada del Derecho en la actualidad<sup>19</sup>, se resumen en los siguientes postulados:

- a) El *primer postulado* enuncia una verdad autoevidente y casi analítica: de un *acto* o está permitida su comisión, o está permitida su omisión, o está permitida una y otra, mientras que es imposible que no esté permitida ni la comisión ni la omisión. Lo anterior sienta la máxima lógica: *dado un universo cualquiera, si de un acto no está permitida la comisión entonces está siempre permitida la omisión del mismo, mientras que si no está permitida la omisión del mismo entonces está siempre permitida su comisión.*
- b) El *segundo postulado*: vale para caracterizar las expectativas sobre la base de su correlación con las modalidades consistentes en la no permisión, o sea en la obligación o en la prohibición de la misma acción.
- c) El *tercer postulado* enuncia el principio de que toda modalidad y toda expectativa supone siempre un *sujeto*, o sea un centro de imputación al que sean imputables.

Las anteriores hipótesis configuran otros tantos modos (propiedades o predicados monádicos) deónticos que, Ferrajoli denomina, respectivamente: *Facultativo* (aquello de lo que está permitido tanto la comisión como la omisión), *Prohibido* (aquello de lo que está permitida la omisión y no está permitida la comisión), y *Obligatorio* (es aquello de lo que está permitida la comisión y no está permitida la omisión).

Pero las anteriores figuras deónticas pueden ser tratadas también como modalidades (o relaciones, o predicados diádicos), no para denotar lo “facultativo”, sino la *facultad*, no lo “prohibido” sino la *prohibición*, no lo “obligatorio” sino la *obligación*: no, en suma, aquello que está deónticamente cualificado sino la *figura de cualificación deóntica*. Se dirá,

---

<sup>18</sup> Por consiguiente, los trabajos que se llevan a cabo internamente en el sistema jurídico -la teoría del derecho, la dogmática jurídica, los principios y los conceptos del derecho-, no se deben entender como si se trataran de una resistencia profesional a la crítica, de una función defensiva de carácter simbólico y legitimatorio. Se trata, antes bien, de un esfuerzo por alcanzar consistencia conceptual, de llegar a la comprobación de los principios, de los conceptos, de las reglas de decisión; esto es, un esfuerzo de “amplificación” y, más que nada, un afán de corregir las generalizaciones demasiado extensas por medio del esquema regla/excepción. Al interior del sistema esto puede entenderse como trabajo en torno a la justicia y que además se le atribuya un valor-valor que aclara y da sentido al trabajo del jurista. Esta concepción motivó durante algún tiempo los conocidos movimientos de los “Critical Legal Studies”, en los Estados Unidos. Sin embargo, actualmente se sustituyen cada vez más por el interés en la relevancia social de las formas del derecho, lo cual no se comprende ya irreflexivamente como “crítico de la ideología” (ideologiekritisch). Véase, por ejemplo, HUNT, Alan; *The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of the Concept of Ideology to the Analysis of Law, Law and Society Review*, (1958), p. 11-37; STEWART FIELD, *Without the Law? Professor Arthurs and the Early Factory Inspectorate*, *Journal of Law and Society* (1990), p. 445-468. LUHMANN, Niklas; *El Derecho de la Sociedad*; pp. 4, 5.

<sup>19</sup> Los términos primitivos que se trabajarán en esta investigación, que forman parte de la teoría axiomatizada son: Permiso, Modalidad, Expectativa y Sujeto. FERRAJOLI, Luigi; *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho*; Revista DOXA, No. 20 de 1997, traducción de Angeles Roderas y Juan Ruiz Manero; p. 236.

en este caso, que existe (o que X tiene) el permiso o el no permiso *de (o de no)* realizar una determinada acción; o que existe (o que X tiene) la facultad o la prohibición o la obligación *de* un comportamiento dado; o bien -en caso que se trate de aquellas figuras no genéricamente deónticas sino específicamente jurídicas que son las “*situaciones*”- que existe (o que X tiene) el poder, o el deber o el derecho *de* realizar un determinado *acto jurídico*. Derivándose de lo anterior las *cinco modalidades*<sup>20</sup> (comportamiento propio) correspondientes:

1. Permisi3n positiva o de la comisi3n: es la modalidad de lo permitido.
2. Permisi3n negativa o de la omisi3n: es la modalidad de lo permitido que no.
3. Facultad: es la modalidad de lo facultativo.
4. Obligaci3n: es la modalidad de lo obligatorio.
5. Prohibici3n: es la modalidad de lo prohibido.

Las mismas situaciones que son modalidades, anteriormente expuestas, son siempre correlatos de *expectativas*, positivas o negativas de su propio argumento, por parte de otros sujetos. Este concepto de expectativa, a juicio de Ferrajoli, y con el cual coincido, se revela esencial para obtener una definici3n satisfactoria de “derecho subjetivo”. Todos los derechos subjetivos consisten, en efecto, en expectativas: no s3lo aquellos que podemos llamar “*derechos a*” o “*positivos*”, como los derechos de cr3ditos o los derechos sociales, los cuales consisten en la expectativa (positiva) de prestaciones, sino tambi3n los derechos que podemos llamar “*derechos de*” o “*negativos*”, como la propiedad y las libertades, que por consistir en facultades incluyen siempre expectativas (negativas) de no impedir y de no turbar su ejercicio o disfrute. Se agrega adem3s, por 3ste autor, que las expectativas, no tienen necesariamente por argumento prestaciones (comisivas u omisivas) ventajosas para sus titulares: son, en efecto, expectativas tambi3n la exposici3n a sanciones o a anulaci3n, esto es la responsabilidad por actos ilegales y la anulabilidad de los actos inv3lidos. En fin las expectativas constituyen la posibilidad razonable de que algo suceda.

Por 3ltimo, de acuerdo con el postulado tercero, *el sujeto (o titular)* es un individuo al que son adscribibles (o imputable) modalidades y expectativas. Es aqu3 donde nace la relaci3n

---

<sup>20</sup> En este aspecto se coincide con Joaqu3n Almuquera Carreres, que como parte de la clasificaci3n de las normas jur3dicas, en su aspecto material, espec3ficamente por la eficacia de la norma jur3dica frente a los destinatarios, nos plantea que estas se clasifican en Normas imperativas (son aquellas que someten la voluntad del destinatario al contenido de la norma, excluy3ndose o prescindi3ndose de su voluntad, y puede decirse que son incondicionales) y Normas permisivas (son aquellas en las que la norma se pone bajo la voluntad del destinatario en lo relativo a su cumplimiento, de modo que sea cual sea la voluntad que 3ste determine, la norma reconoce efectos, y puede decirse que est3n condicionadas), a su vez, ambas pueden ser positivas o negativas. En el primer caso, una norma imperativa positiva es aquella que obliga a algo, por lo que se denominan obligaciones; por el contrario, el imperativo negativo proh3be un comportamiento, denomin3ndose prohibici3n. En el segundo caso, de permiso positivo faculta o permite la realizaci3n de ciertos comportamientos, mientras el negativo permite la exclusi3n o no realizaci3n de 3stos. ALMOGUERAS CARRERES, Joaquin; *La Teor3a normativista del Derecho y la Norma Jur3dica*; vid. FERN3NDEZ BULT3, Julio; P3REZ HERN3NDEZ, Lissette; *Selecci3n de lecturas de Teor3a del Estado y el Derecho*; Editorial F3lix Varela, La Habana, 2000; p.125.

deóntica entre dos sujetos titulares respectivamente de modalidades y expectativas (de una expectativa positiva y la obligación correspondiente, o de una expectativa negativa y de la prohibición correspondiente).

Es sobre esta base donde surgen o se construyen las *relaciones jurídicas*, identificables con las relaciones deónticas que se dan entre las modalidades y las expectativas consistentes en *situaciones jurídicas (activas o pasivas)* y las *responsabilidades*, en cuanto sus argumentos son no meros comportamientos jurídicamente irrelevantes, sino *actos jurídicos* productivos de *efectos*. Modalidades y situaciones activas, al afectar a los comportamientos propios de los sujetos que son sus titulares, forman el lado activo de la relación; expectativas y situaciones pasivas, al afectar a comportamientos ajenos, forman, por el contrario, su lado pasivo. Ver Anexo No. 1.

En todos los casos, las expectativas y los deberes correspondientes, sobre todo si tienen carácter universal (*omnium*) y/o absoluto (*erga omnes*), valen para fundamentar -tanto en el Derecho como en la moral y en los demás sistemas normativos-, la *reciprocidad* de las relaciones deónticas. Al mismo tiempo las relaciones deónticas forman la base de todas las formas -jurídicas y extrajurídicas-, de *solidaridad*. El sentimiento de solidaridad, en efecto, no es otra cosa más que el sentimiento de obligatoriedad con el que cada uno advierte las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas de otros, y que se encuentra con el sentimiento recíproco de confianza en la satisfacción por parte de los demás de las propias expectativas. Es principalmente este sentimiento intersubjetivo de la reciprocidad de las relaciones deónticas lo que sirve para fundamentar la efectividad de cualquier modalidad o expectativa. El mismo equivale, al *sistema de garantías* a las que estas modalidades y expectativas están conectadas<sup>21</sup>.

No hay ninguna prioridad lógica de las modalidades respecto de las expectativas. Se puede desarrollar una Teoría del Derecho, y más en general de los sistemas normativos, partiendo de las modalidades (o sea de las figuras deónticas activas) y definiendo a través de estas las expectativas (o sea las figuras deónticas pasivas); pero se puede también desarrollar partiendo de las expectativas y definiendo, a través de estas, las obligaciones, las prohibiciones y, aunque indirectamente: las facultades. En el primer caso tendremos una teoría del Derecho formulada, como por ejemplo la kelseniana, principalmente en términos imperativos o de deberes; en el segundo una teoría del Derecho formulada, prevalentemente en términos de expectativas o de derechos. Lo mismo se puede decir del ordenamiento objeto de la teoría: las normas pueden formularse en términos de obligaciones y prohibiciones, esto es, como normas imperativas, o bien en términos de expectativas, esto es como normas atributivas. Entre las dos cosas no hay ninguna diferencia. Lo que es argumento de expectativa, en efecto, es debido a alguien o a todos por parte de alguno o de

---

<sup>21</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho*; Revista DOXA, No. 20 de 1997, traducción de Angeles Roderas y Juan Ruiz Manero; p. 247.

todos; de la misma forma que lo que es argumento de deber corresponde a una expectativa de todos o de alguno frente a todos o frente a alguno.

De hecho el lenguaje legal hace uso de ambas formulaciones. Las normas en términos de expectativas están más difundidas en los textos constitucionales, y esto justifica la opción por formular en términos de expectativas la teoría del Estado de Derecho y de la democracia. Son por ejemplo expectativas positivas o negativas, los derechos de libertad, el derecho al trabajo, a la salud, a la educación y similares establecidos en la Constitución. Por el contrario, las normas imperativas están más difundidas en la legislación ordinaria, y en particular en la penal, formada por prohibiciones de comportamiento sancionado como delitos, vinculándose al principio de taxatividad en la configuración de los comportamientos que son violaciones de esas expectativas<sup>22</sup>.

Cualquiera que sea la técnica de formulación adoptada, expectativas y modalidades imperativas, se implican recíprocamente como posiciones de sujetos distintos en relación deóntica entre sí. Lo anterior quiere decir que la estipulación de un derecho, al consistir, nos dice Ferrajoli, siempre en la atribución de una expectativa, exige que sea identificable el sujeto titular del deber correspondiente. Lo que equivale igualmente, para las responsabilidades: son también ellas expectativas -de sanción-, cuya consistencia depende de la predeterminación de los sujetos obligados a declararlas. Asegurándose lo anterior a través de las *garantías*, que se definen como las técnicas y condiciones que aseguran la efectividad de las relaciones deónticas de la teoría axiomatizada. Estas garantías serán divididas, con relación al Derecho, en dos clases: por un lado las garantías primarias, que consisten en relación con las expectativas (positivas y negativas), que forman el contenido de los derechos subjetivos, en las obligaciones y en las prohibiciones implicadas por ellos, por lo que hace a los sujetos en relación deóntica con sus titulares; constituyendo las garantías secundarias en las obligaciones, de aplicar sanción o declarar la anulación, como efectos específicos, respectivamente por los actos ilícitos y por los actos inválidos. Como se deduce, las garantías secundarias, reenvían a relaciones jurídicas: precisamente a las relaciones entre las obligaciones (por lo que lo hace a órganos judiciales) y las correlativas expectativas positivas (de aplicación de sanción o declaración de anulabilidad) producidas por la desobediencia de las obligaciones o de las prohibiciones en las que consisten las garantías primarias.

Asociados a la anterior clasificación, se impone aclarar que la diferencia entre las dos clases de garantías, que justifica la clasificación de las primeras como “primarias” y de las segundas como “secundarias”, así como la clasificación como “primarias” y como “secundarias” de las normas que respectivamente las prevén<sup>23</sup>, se encuentra sin embargo en

---

<sup>22</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Expectativas y Garantías. Primeras tesis de una teoría axiomatizada del Derecho*; Revista DOXA, No. 20 de 1997, traducción de Angeles Roderas y Juan Ruiz Manero; p. 248.

<sup>23</sup> Hart caracterizó las normas que confieren poderes o normas de competencia como normas secundarias (distintas de las primarias, que son las que regulan conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas)

el hecho de que mientras que la obediencia de las primeras equivale siempre a la satisfacción en vía primaria de los derechos garantizados, la de las segundas entra en acción eventualmente, como remedio prestado por el ordenamiento para prevenir o reparar la desobediencia de las primeras por obra de actos ilícitos o de actos inválidos.

¿Cómo puedo dar cuenta de la existencia de las normas jurídicas dentro de la anterior concepción?, ¿Refleja, la norma jurídica, el criterio rector de ordenación que establece y diversifica los distintos roles a favor del funcionamiento del sistema social?

La persona no puede vivir aislada en sí misma. Para alcanzar sus fines y satisfacer sus necesidades precisa de la comunicación con otras personas y de su auxilio. La existencia humana supone siempre la coexistencia o convivencia; siendo esta última conflictiva. Es el resultado de un proceso dialéctico en el que el individuo renuncia a sus impulsos egoístas a cambio de que la comunidad con los demás le posibilite un mejor desarrollo de su personalidad y los medios necesarios para su supervivencia<sup>24</sup>.

Para regular la convivencia entre las personas se establecen normas que deben ser respetadas por esas personas en tanto son miembros de la comunidad. El acatamiento de esas normas es una condición indispensable para la convivencia. Como destacó Freud, frente al *principio del placer*, que impulsa a la persona a satisfacer por encima de todo sus instintos, existe el *principio de la realidad*, representado por las normas que los demás imponen, que obliga al individuo a sacrificar o limitar esos instintos y a tener en cuenta a los demás.

La regulación de la convivencia supone, por consiguiente, un proceso de comunicación o interacción entre los miembros de la comunidad que se consuma a través de una relación estructural que denominamos expectativa. Cualquiera puede esperar de mí que me comporte conforme a una norma y lo puedo esperar yo de los demás. La convivencia se regula, por tanto, a través de un sistema de expectativas que se deriva de una norma o conjunto de normas. Pero estas expectativas corren el peligro de que no se cumplan. Por las razones que sean, muchas veces se frustran, surgiendo entonces el problema de cómo pueden solucionarse las frustraciones o, en la medida en que esas frustraciones sean inevitables, de cómo pueden canalizarse para asegurar la convivencia. El sistema elegido para ello es la sanción, es decir, la declaración de que se ha frustrado una expectativa y la consiguiente reacción frente a esa frustración. Lo que denota la peculiaridad *contra fáctica*, de este tipo de normas. Es decir, su vigencia no se modifica en nada por el hecho de que

---

que atribuyen poderes tanto a autoridades públicas como a los particulares para, siguiendo ciertos procedimientos y observando ciertos requisitos, realizar actos válidos en el sistema de referencia. HART, H. L. A.; *The concept of Law* (1ª ed., 1961); Sobre normas que confieren poderes (*power conferring rules, Ermächtigungsnormen*) y las opiniones sobre ellas en Kelsen, Hart, Ross y otros autores, puede verse DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús; *El concepto de validez de los actos jurídicos de Derecho privado*; Anuario de Derecho Civil, Enero -Marzo, (2005), pp. 12 y ss. y las correspondientes notas en pp. 66 y ss.

<sup>24</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; 6 Edición, revisada y puesta al día; Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; p. 33.

sean incumplidas, más bien sucede lo contrario: su incumplimiento y la consiguiente sanción confirman su necesidad y vigencia<sup>25</sup>.

Esa es la razón por lo que coincidiendo con Santiago Nino, considero a las normas como técnicas de motivación social, o sea, instrumentos para inducir a los hombres a comportarse de determinada manera<sup>26</sup>.

Alrededor de los años 60 y 70, del siglo 20, los métodos y las conclusiones de la Teoría General y la Filosofía del Derecho sufrieron modificaciones revolucionarias. La aparición de obras como la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*<sup>27</sup> de Kelsen, de *El Concepto de Derecho*<sup>28</sup> de Hart, de *Norma y acción*<sup>29</sup> de von Wright y de *Sistemas Normativos* de Alchourrón y Bulygin marca el tiempo en que se nos presenta una nueva versión de una vieja historia: el modo en que se percibe el *fenómeno normativo*<sup>30</sup>.

El estudio de dicho fenómeno, resulta una cuestión de trascendencia para la filosofía práctica, y coincidiendo con Gunther Patzig<sup>31</sup>, se introducen nuevos métodos formales para la discusión de normas y valores que han proporcionado precisión científica en campos en los cuales antes predominaban formulaciones vagas, conllevándose además a la elaboración de numerosos sistemas lógicos que en un sentido amplio se han denominado modales,

<sup>25</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; 6 Edición, revisada y puesta al día; Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; p. 34.

<sup>26</sup> SANTIAGO NINO, Carlos; *Introducción al análisis del Derecho*; II Edición ampliada y revisada; 12 reimpresión, Editorial ASTREA, Colección mayor: Filosofía y Derecho V; Buenos Aires, 2003; p. 81. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal. Parte General*; 6 Edición, revisada y puesta al día; Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; p. 33. SQUELLA NARDUCCI, Agustín; *Introducción al Derecho*; Editorial Jurídica de Chile, 1999; pp. 21, 29-38. PACHECO G; Máximo; *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición; Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 40-42. MOUCHET, Carlos; ZORRAQUÍN BECÚ; Ricardo; *Introducción al Derecho*; Duodécima Edición Actualizada, Reimpresión. Abeló-Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 25. PINILLA, Ara I.; *Teoría del Derecho*, Taller Ediciones JB, Madrid, 1996, pp. 221-236. BETEGÓN, J.; Gascón, M.; DE PÁRAMO, J. R.; PRIETO, L.; *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, pp. 141-165. DE GREGORIO, Cristóbal, J; (y otros), *Teoría del Derecho*, Uned, Madrid, 2003, pp. 159-165. DE CASTRO CID, B.; (y otros), *Nuevas lecciones de Teoría del Derecho*, Universitas, Madrid, 2002, pp. 208-210, pp. 210-216. DE LUCAS, J.; (y otros), *Introducción a la Teoría del Derecho*, 2.ª edic., Tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 161-176. PECES BARBA, G.; Fernández, E.; DE ASÍS, R.; *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, 1999, pp. 175-185. Kelsen distingue dos técnicas diferentes de motivación, que le sirven de base para agrupar a las normas en diferentes clases. Por un lado, está la técnica de motivación *directa*. Se caracteriza porque las normas indican directamente la conducta deseable y se pretende motivar a la gente solamente por la autoridad o racionalidad de la propia norma. La técnica de motivación *indirecta* se caracteriza, en cambio, porque se pretende motivar a la gente, no indicándole directamente la conducta deseable, sino estableciendo una sanción para la conducta indeseable o un premio para la deseable. Las normas jurídicas también constituyen casos de técnica de motivación indirecta. SANTIAGO NINO, Carlos; *Introducción al análisis del Derecho*; II Edición ampliada y revisada; 12 reimpresión, Editorial ASTREA, Colección mayor: Filosofía y Derecho V; Buenos Aires, 2003; p. 81.

<sup>27</sup> KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*, UNAM, 1960, traducción de Roberto Vernengo.

<sup>28</sup> HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*; Editora Nacional, 2 edición, 1980, traducción de Genaro Carrió.

<sup>29</sup> VON WRIGHT, G. H., *Norma y Acción*; Editorial TECNOS, Madrid, 1970, traducción de Pedro García Ferrero.

<sup>30</sup> MENDONCA, Daniel; *Introducción al análisis normativo*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992; p. 15.

<sup>31</sup> PATZIG, Gunther; *Acerca de la fundamentación de las normas de comportamiento social*; en Hechos, normas y prescripciones, Editorial Alfa, Barcelona, 1986; p. 95.

ocupando la lógica deóntica<sup>32</sup> y los usos normativos del lenguaje, un lugar prominente entre las lógicas modales<sup>33</sup>.

Von Wright nos advierte que “sin pretender exagerar la importancia de la *lógica deóntica* y aun cuando se reconozca que su uso no ha penetrado profundamente en lo que he llamado teoría jurídica en sentido propio, no puedo dejar de creer que la lógica jurídica tiene, como instrumento, importantes potencialidades para el estudio del Derecho y que estas virtualidades, durante tanto tiempo latentes, serán en un futuro previsibles actualizadas y dejarán permanentemente su huella en la filosofía del Derecho”<sup>34</sup>.

Para entender la línea de integración en la que coexisten axiomas y normas jurídicas, garantías y juicios de *deber ser*, debo remitirme al análisis de las normas a partir de las diferencias entre dos “juegos de lenguaje” distinto: describir y prescribir. Estos dos juegos o actividades se corresponden con dos usos o funciones del lenguaje: el uso o función *descriptiva* y el uso o función directiva o *prescriptiva*. Ambas funciones, generalmente, se consideran independientes entre sí<sup>35</sup>. Mientras las proposiciones se corresponden con el uso descriptivo del lenguaje, las normas son, un claro ejemplo de uso prescriptivo del mismo. Por un ser un tema tan extremadamente complejo, solo enunciaré, siguiendo la obra de más influencia en este aspecto<sup>36</sup>, sus diferencias.

Hare nos explica que “podemos caracterizar provisionalmente las diferencias entre afirmaciones y mandatos diciendo que mientras el consentir sinceramente en las primeras implica *creer* en alguna cosa, el aceptar sinceramente las segundas implica *hacer* alguna cosa”. Por ello propone que entendamos por expresión descriptiva aquella que en un cierto contexto tiene exclusivamente significado descriptivo y por expresión prescriptiva aquella que tiene significado prescriptivo, tenga o no también significado descriptivo<sup>37</sup>.

Este entretejido es la base que sustenta la distinta función de uno u otro tipo de enunciados: mientras que la función de los enunciados descriptivos es informar, la de los enunciados prescriptivos es guiar la conducta, y guiar la conducta es responder a la pregunta “¿qué

<sup>32</sup> ALCHOURRÓN, Carlos; *G. H. von Wright y los desarrollos de la lógica deóntica*; Anuario de Filosofía jurídica y social, Buenos Aires, número 1, 1981; p. 122.

<sup>33</sup> ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987; p. 19.

<sup>34</sup> VON WRIGHT, G. H., *Problemas abiertos en la filosofía del Derecho*, Doxa, Alicante, 1984, traducción de José Aguiló Regla; p. 267.

<sup>35</sup> Sobre el tratamiento en la filosofía del Derecho de la cuestión de si los enunciados prescriptivos son reducibles a enunciados descriptivos (o a enunciados expresivos) puede consultarse: BOBBIO, Norberto; *Teoría general del Derecho*; Editorial Temis, Bogotá, 1987; p. 50 y ss. Además Bulygin ha insistido sobre su importancia y sobre la irreducibilidad de unas a otras en su trabajo; BULYGIN, Eugenio; *Normas, proposiciones normativas y enunciados jurídicos*; en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>36</sup> HARE, R. M.; *The Language of Morals*, Oxford, Clarendon Press, 1952; p. 20.

<sup>37</sup> HARE, R. M.; *Freedom and Reason*, 2.1 y 2.8. Vid., HIERRO, José; *Problemas del análisis del lenguaje moral*; Editorial Tecnos, Madrid, 1970; p. 55.

hacer?”<sup>38</sup>. Como ninguna expresión descriptiva puede responder a una pregunta como ésta, una *pregunta práctica*, el criterio para saber cuándo nos encontramos ante una expresión prescriptiva es precisamente constatar si es adecuada para contestar estas cuestiones. Así, nos sigue diciendo Lagier, que para Hare no sólo los imperativos son prescripciones, sino también aquellos enunciados que implican o permiten deducir imperativos<sup>39</sup>.

Siendo así, las normas jurídicas desde el punto de vista lógico, tienen la estructura de un juicio<sup>40</sup>; sin que ello signifique -según la opinión predominante-, que la norma jurídica sea en sí un juicio y, como tal, un objeto ideal; en efecto, la realidad es que cada norma puede ser reducida a un juicio, que es la representación de su estructura lógica<sup>41</sup>. El juicio es una relación de conceptos, hecha de cierta manera, que consta de tres elementos: sujeto, cópula y predicado<sup>42</sup>. Ver Anexo No. 2.

<sup>38</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Acción y Norma en G. H. von Wright*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; p. 232.

<sup>39</sup> De la irreductibilidad de ambos enunciados nace la “**gran división**”, que distingue entre lenguaje prescriptivo y lenguaje descriptivo. Lo que da lugar a tres postulados de gran importancia para la filosofía de las normas contemporáneas: *Primer postulado: acompaña frecuentemente a esta distinción semántica la tesis de que dicha distinción es exhaustiva y excluyente. Es decir, se piensa, habitualmente, que no existen ni usos lingüísticos que, participando tanto del descriptivo como del prescriptivo, no sean reducibles el uno al otro sin pérdida de significado; ni los usos lingüísticos que, no siendo ni descriptivos ni prescriptivos configuren otra clase de significados proposicionales. Segundo postulado: el más importante corolario de la gran división es una tesis metalógica conocida como “Ley de Hume”. Una formulación posible de ésta es la siguiente: no se pueden inferir, válidamente, prescripciones de premisas todas descriptivas (ni, tampoco, se pueden inferir descripciones de premisas prescriptivas). A su vez, la Ley de Hume es rica en implicaciones metaéticas, como el no cognoscitivismo y del rechazo al ius naturalismo. Tercer postulado: la gran división ha tenido también una obvia, por decir así “natural”, aplicación en la filosofía jurídica, dando lugar a la teoría prescriptivista del derecho. Porque este excluido que el lenguaje jurídico (o al menos el lenguaje del legislador) sea descriptivo, esto es, que sea usado para transmitir informaciones o conocimientos; y porque, a su vez, todo el lenguaje no descriptivo es prescriptivo (tertium non datur); entonces el lenguaje jurídico (legislativo) no puede ser sino prescriptivo, es decir, usado para guiar, modificar, el comportamiento.* GUASTINI, Ricardo; *Teoría de las reglas constitutivas*: Searle, Ross, Carcaterra; en Alf Ross. Estudios en su homenaje, Vol., I, Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, 1984; pp. 302, 303.

<sup>40</sup> Los juicios admiten múltiples clasificaciones, de las cuales, según Ferrater Mora, las más importantes son: A) Desde el punto de vista de la inclusión o no inclusión del predicado en el sujeto, los juicios se dividen en analíticos o sintéticos; B) Según la cualidad, los juicios se dividen en afirmativos y negativos; C) Según la cantidad, los juicios se dividen en universales y particulares; D) Según la modalidad, los juicios se dividen en asertóricos, problemáticos y apodícticos; E) Según la relación establecida entre sus términos, los juicios se dividen en categóricos, hipotéticos y disyuntivos. FERRATER MORA, José; *Diccionario de Filosofía*; 4ta. Edición. Editorial Sud-Americana, Buenos Aires, 1958. Tres han sido las concepciones por las que se ha movido la explicación de las normas jurídicas como juicios: juicio categórico (Concepción tradicional), juicio hipotético (Concepción kelseniana) y juicio disyuntivo (concepción egológica). Nota del Autor (N.A).

<sup>41</sup> TORRÉ, Abelardo; *Introducción al Derecho*; 14 Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003; p. 170. PERRIAUX, Jaime; *Las Reglas de Conducta*; Buenos Aires. 1949; p. 8.

<sup>42</sup> MARTÍNEZ RIU, Antoni; CORTÉS MORATÓ, Jordi; *Diccionario de Filosofía HERDER*; Empresa Editorial HERDER, S.A., Barcelona; 1991. Software de Desarrollo: Microsoft Multimedia Viewer 2.0, Microsoft Corp. La lógica tradicional, que considera al juicio compuesto de tres elementos: sujeto, cópula y predicado, es la única que podría considerar distintas lógicamente esas tres formas empíricas de juicio, pretendiendo que existe una lógica autónoma para cada una, porque existen tres tipos diversos de cópula, siendo que ésta no es un elemento independiente de la judicación, pues apenas si se la puede comprender

Esos tres elementos del juicio, en el terreno jurídico, se suelen llamar de la siguiente manera:

- a) un *supuesto o hipótesis o condición*, es decir, un concepto que hace referencia a un hecho determinado.
- b) una *disposición o consecuencia jurídica*. Otro concepto que hace referencia a ciertos hechos de conducta que, como es evidente, sólo deberá tener lugar en el caso de haberse realizado el supuesto normativo; y
- c) la *cópula*; el concepto que relaciona, la consecuencia jurídica al supuesto normativo.

Es con las investigaciones lógicas que los juicios, según la *cópula*, pueden ser clasificados en, juicios del *ser* y juicios del *deber ser*<sup>43</sup>.

Los juicios del *ser* son aquellos que expresan algo que es, ha sido, o será de cierta manera. Esta particular estructura lógica se debe a que la *cópula* de los respectivos juicios, además de establecer una relación -como toda *cópula*- tiene otra función peculiar: la de *enunciar algo*<sup>44</sup> -, la de aseverar algo. Por esta razón, se los llama también juicios *enunciativos*, y se los representa esquemáticamente de la siguiente manera: "S es P" (o fue o será), o bien, "dado S es P".

Esta conceptualización de los hechos *en tanto ser*-como se dice en lenguaje filosófico- es propia por ejemplo, de las leyes naturales. Coincidiendo con Torr , las leyes naturales<sup>45</sup> se refieren a lo que *es*, o si se quiere, expresan un *ser* y, desde el punto de vista lógico, tienen la estructura de juicios del *ser*. Ahora bien, estas leyes, una de las especies de juicios del *ser*, constan también de un supuesto y una consecuencia, pero enlazados *causalmente*.

En tanto los juicios del *deber ser* son aquellos que expresan algo que debe ser de cierto modo (o que debió o deberá ser), sin perjuicio de que ello no ocurra en la realidad de la

---

como el modo en que el predicado se dirige al objeto del conocimiento. Además, esta lógica tradicional se fundamenta en postulados metaf sicos, pues afirma la existencia independiente de elementos inconexos: el sujeto y el predicado, inventando la *c pula* para enlazarlos, cuando que sujeto y predicado se correlacionan y co-determinan forzosamente. Si esto no fuera así, sujeto y predicado tendrían que ser pensados como conceptos perfectos anteriores al juicio, anteriores al conocimiento, preteor ticos, lo que es claramente metaf sico y, por ende, anticientífico. El juicio no es relación de conocimiento entre sujetos cognoscentes y objetos cognoscibles, sino que es el propio conocimiento, en cuanto objetiva, como psicología natural, al sujeto cognoscente, y como cada ciencia en particular, al objeto cognoscible por la misma. Luego, las partes del juicio: objeto o problema y predicado o solución, se encuentran indisolublemente unidas en cuanto tales, por lo que no requieren de ningún enlace extraño a ellas mismas, como lo sería la *c pula*, que sólo existe en función del predicado o concepto y formando parte de él. VALLADO BERR N, Fausto; *Teoría General del Derecho*; Textos Universitarios, UNAM, México, 1972, pp. 85-86.

<sup>43</sup> COSSIO, Carlos, *La Teoría Ecológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires; 1964; p. 329; KELSEN, Hans-COSSIO, Carlos; *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho (Teoría Ecológica y Teoría Pura)*, Buenos Aires, 1952, p. 89; LEGAZ Y LACAMBRA, Luis; *Filosofía del Derecho*, Barcelona, 1953, p. 38.

<sup>44</sup> ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio; *Lógica*; 11 Edición; Buenos Aires, 1948; p. 53; FATONE, Vicente; *Lógica y Teoría del Conocimiento*; Buenos Aires, 1951, p. 18.

<sup>45</sup> TORR , Abelardo; *Introducción al Derecho*; 14 Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003; p. 171.

vida. No expresan pues un *ser*, sino un *deber ser*. Por otra parte, el verbo *deber ser* es el *único* que expresa la conducta como manifestación de la libertad espiritual<sup>46</sup>.

Esa peculiaridad definitoria, se debe a que la cópula respectiva tiene una función, no sólo relacionante, sino también *imputativa o atributiva*<sup>47</sup>, porque, imputan o atribuyen, una consecuencia a un determinado antecedente, pero la consecuencia no es un efecto de un antecedente que obre como causa (empleada esta palabra en su sentido naturalista)<sup>48</sup>, sino algo libremente atribuido a él. En todo juicio del *deber ser*, encontraremos pues un supuesto o condición, enlazado *imputativamente* a una consecuencia<sup>49</sup>.

Kelsen<sup>50</sup> también emite sus consideraciones sobre los dos tipos de juicios: los juicios del *ser* y los juicios del *deber ser*. Los juicios del *ser* son enunciados descriptivos, susceptibles de verdad y falsedad. En segundo término, los del *deber ser*, son directivos y respecto de los cuales no tiene sentido predicar verdad o falsedad<sup>51</sup>, estos, a criterio de Nino, sirven para interpretar, pues constituyen su sentido, los actos de voluntad, o sea los actos cuya intención se dirige a la acción de otra persona.

Pasando ahora al análisis de la estructura lógica de la norma jurídica, veo que corresponde a la de los juicios del *deber ser*; en efecto, dicha norma, dado el supuesto jurídico, es decir, un hecho antecedente, señala otro hecho, no como algo que ocurrirá necesariamente, sino como algo que debe ser. Y eso, como es evidente, por la especial cópula con que se construyen (*deber ser*).

Por eso se dice que toda norma jurídica expresa un *deber ser* que, sintetizado en una fórmula mínima, se suele enunciar así: "si es A, debe ser B", o bien "dado A, debe ser B".

En este mapa de estructura y juicios, cuál será, entonces la estructura relacional de la norma jurídica: ¿categórica?, ¿hipotética?, o ¿disyuntiva?

<sup>46</sup> COSSIO, Carlos; *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 215.

<sup>47</sup> A los juicios del *deber ser*, también se los llama *imputativos o atributivos*, porque en ellos se atribuye o imputa una consecuencia a una condición, y *normativos*, porque la función de las normas no es explicar ciertos hechos, como sucede por ejemplo con las leyes naturales, sino dirigir o encauzar el obrar humano.

<sup>48</sup> TORRÉ, Abelardo; *Introducción al Derecho*; 14 Edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2003; p. 171.

<sup>49</sup> Por esto se dice que la relación de imputación normativa descansa sobre la hipótesis de la libertad, pues ésta es necesaria para concebir al *deber ser* lógico como tal *deber*, ya que si el mismo se cumpliera necesariamente expresaría un *ser* y no un *deber*. Esto *es*, sólo puede estarse obligado a una conducta cuando el mandato implica y postula la posibilidad de que se realice la conducta contraria. Y aquí es conveniente afirmar que no hay para el conocimiento ninguna otra clase de *deber*, pues el llamado *deber ser* axiológico únicamente podría objetivarse a través del *deber ser* lógico. VALLADO BERRÓN, Fausto; *Teoría General del Derecho*; Textos Universitarios, UNAM, México, 1972, p. 84.

<sup>50</sup> El jurista austríaco, en su búsqueda de una teoría pura del derecho trató de encontrar, primero que todo, el espacio geográfico de la normatividad jurídica y comenzó por distinguir lo que él llamó el *sein* o mundo de las relaciones causales, regido por las leyes inflexibles de la causalidad; y el *sollen*, que llamaba mundo de la cultura, del *deber ser* y que no está aprisionado dentro de esa causalidad indeclinable. FERNÁNDEZ BULTÉ, Julio; *Teoría del Estado y del Derecho: Teoría del Derecho, Tomo II*; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005, p. 97.

<sup>51</sup> SANTIAGO NINO, Carlos; *Introducción al análisis del derecho*; II Edición ampliada y revisada; 12 reimpresión; Editorial ASTREA, Colección Mayor : Filosofía y Derecho V; Buenos Aires, 2003; p. 79.

Parto del criterio relacional, porque tomo como criterio clasificatorio la forma en que se establece esa relación inter conceptual: sin condición alguna (categóricos), sometida a una condición (hipotéticos) y finalmente, estableciendo una disyunción (disyuntivos)<sup>52</sup>. Ver Anexo No. 3.

La concepción tradicional, desde el punto de vista lógico, ve la norma jurídica como un juicio categórico<sup>53</sup>, ya que encierra un mandato u orden. Tales juicios pueden ser formulados positivamente o en forma negativa. Tal y como nos ilustra Pacheco<sup>54</sup>, la doctrina jurídica tradicional, si bien no se planteó directamente el problema de la estructura lógica de las normas, las consideró como órdenes impartidas por el Estado en forma de juicios categóricos. Así, "el hombre no debe matar", "no debe causar daño a otro", "debe pagar los impuestos", "debe cumplir los pactos" y otros tantos juicios categóricos son proposiciones que utiliza el Derecho para regular las conductas del *hombre* en sociedad. Su fórmula, de acuerdo con la tesis tradicional, es: "S debe ser P".

Por su parte, la concepción hipotética o condicional, es la sostenida por Kelsen<sup>55</sup>, el que fundamenta su postura basado en el criterio, de que si toda norma jurídica posee una sanción, ésta se encuentra condicionada por un supuesto o hipótesis, de cuya realización depende precisamente que deba aplicarse dicha sanción<sup>56</sup>. Agregando además este autor

---

<sup>52</sup> ROMERO, Francisco; PUCCIARELLI, Eugenio; *Lógica*; 11 Edición; Buenos Aires, 1948; Nota 2, p. 61; FATONE, Vicente; *Lógica y Teoría del Conocimiento*. Buenos Aires, 1951, Nota 2, p. 24. PACHECO G; Máximo; *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición; Editorial Jurídica de Chile, 1990, pp. 83, 84.

<sup>53</sup> La idea de que la norma jurídica es un juicio categórico, implícita en la concepción tradicional, no da margen para ligar, con enlace lógico, unas a continuación de las otras, las normas de un mismo plano normativo, porque el juicio categórico carece de estructura relacionante fuera de su intencionalidad. En consecuencia, esta concepción no suministra la estructura del enlace de una norma con otra en relación de coordinación, ni se hace cargo del correspondiente fenómeno incontrovertible de tránsito dinámico que nos lleva consecutivamente de una situación jurídica a otra como religación, en la experiencia. El juicio categórico, en tanto que estructura cerrada y encerrada en sí misma, coloca aisladas entre sí las múltiples normas, unas al lado de las otras, sin puentes de tránsito; de manera que la actualización sucesiva de "la voluntad del Derecho", concordaría con las normas con las que debe concordar, no porque siga un camino lógico trazado de antemano que la lleve a ello, sino por algo así como una misteriosa armonía pre-establecida entre norma y realidad. A salvo, naturalmente, que se abandone el racionalismo y, con viraje empirista, se entregue la concatenación de los deberes al juego causal de los intereses humanos; en cuyo caso queda totalmente oscurecida la relación entre norma y realidad porque no se advierte qué papel le queda por desempeñar a la norma en ese fenómeno, una vez que la realidad de los intereses humanos y su juego causal ha tomado toda la explicación. COSSIO, Carlos; *La "Causa" y la Comprensión en el Derecho*; Estudios Ecológicos Fundamentales No. 7, Colección: *IDEAS Y PROBLEMAS LATINOAMERICANOS*; *Dirigen*: CARLOS COSSIO, GUILLERMO NOLASCO JUÁREZ, 4ta. Edición JUÁREZ EDITOR S. A., Buenos Aires, Printed in Argentina, 1969, pp. 20-21.

<sup>54</sup> PACHECO G; Máximo; *Teoría del Derecho*, Cuarta Edición; Editorial Jurídica de Chile, 1990, p. 84.

<sup>55</sup> KELSEN, Hans-COSSIO, Carlos; *Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho (Teoría Ecológica y Teoría Pura)*, Buenos Aires, 1952, pp. 89 y ss. VALLADO BERRÓN, Fausto; *Teoría General del Derecho*; Textos Universitarios, UNAM, México, 1972, pp. 86, 87. KELSEN, Hans; *Teoría pura del Derecho*; Traducción de Moisés Nilve. 11 ediciones. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, pp. 43-45.

<sup>56</sup> La idea kelseniana de que la norma jurídica es un juicio hipotético, permite encarar el problema de la consecutividad lógica de las normas en plano horizontal, porque el planteamiento de una condición como hipótesis para la validez lógica de un segundo juicio, permite utilizar a esa condición como puente de unión

que la norma será completa, cuando abarca la norma primaria y la norma secundaria. Siendo la norma primaria la que se refiere a la sanción, y la norma secundaria la que conceptúa la conducta ilícita. Destacando además el mencionado autor que ambas normas no tienen la misma jerarquía, pues es sólo la norma primaria la que tiene verdadero o auténtico valor ontológico, mientras que la secundaria, es sólo una expresión auxiliar para decir explícitamente, lo que ya esté implícito en la norma primaria<sup>57</sup>.

Es Carlos Cossío<sup>58</sup>, el que fundamenta una concepción disyuntiva de la norma jurídica. Este autor critica a Kelsen, porque al desconocer valor ontológico a la norma secundaria, resulta

con un primer juicio siempre que lo contradictorio lógico de esa condición sea el contenido del primer juicio. Siendo tal la relación entre transgresión y prestación, se ha dado con una relación puramente lógica para ligar dos juicios diferentes. De esta manera, dos juicios de deber diferentes (el que versa sobre la prestación y el que versa sobre la sanción) se encuentran entre sí ligados por el eslabón de la transgresión, que excede del primero en relación contradictoria (relación de pura lógica formal) y que excede del segundo en relación condicional (también relación de pura lógica formal). El Derecho se actualiza, así, en deberes consecutivos enlazados en sucesión de acuerdo a un camino lógico trazado con aprioridad. Tal es la transitividad de las normas a que alude Schreier y que Kaufmann, con mayor detenimiento, analiza en cuanto sucesión de deberes jurídicos: "Un sujeto A debe actualizar una conducta V-1; si no hace esto, debe tener lugar respecto de él, una conducta V-2 por otro sujeto". SCHHEJEH, Fhitz; *Conceptos y Formas fundamentales del Derecho*; Buenos Aires, Losada S. A., 1942; pp. 114, 162, 167, 241, 243 y 244. COSSÍO, Carlos; *La "Causa" y la Comprensión en el Derecho*; Estudios Ecológicos Fundamentales No. 7, Colección: *IDEAS Y PROBLEMAS LATINOAMERICANOS*; *Dirigen*: CARLOS COSSIO, GUILLERMO NOLASCO JUÁREZ, 4ta. Edición JUÁREZ EDITOR S. A., Buenos Aires, Printed in Argentina, 1969, p. 21.

<sup>57</sup> Referido al tema que se trata Hans Kelsen se plantea el problema de las normas jurídicas y de las reglas de Derecho y, al respecto, expone: "La regla de derecho es, en la ciencia jurídica, el equivalente de la ley causal en la ciencia de la naturaleza. Es el instrumento mediante el cual la ciencia del derecho describe su objeto, constituido por las normas jurídicas creadas y aplicadas en el marco de un orden jurídico. La regla de derecho es un acto de conocimiento, en tanto que la norma jurídica es un acto de voluntad. De aquí resulta que la regla de derecho no es un imperativo sino un juicio hipotético, tal como lo hemos demostrado en una de nuestras primeras obras. Por el contrario, la norma jurídica puede muy bien presentarse bajo la forma de un imperativo, dado que la función de los órganos legislativos, judiciales o administrativos, que crean y aplican las normas jurídicas, no es la de conocer o describir estas normas sino prescribir o autorizar una conducta determinada. El agente de policía que mediante un toque de silbato ordena a un automovilista detenerse crea una norma jurídica individual. La ley que prescribe al tribunal de policía imponer una multa al automovilista que no se ha sometido a las órdenes de un agente de policía, es una norma general, cualquiera sea la forma (gramatical) bajo la cual se presente. Hasta lo que se llama el "juicio" de un tribunal no es un verdadero juicio en el sentido lógico de esta palabra. Es una norma jurídica que prescribe una conducta determinada a los individuos a los cuales se dirige. La situación es diferente cuando un jurista, describiendo el derecho relativo a la circulación de los automóviles, formula una proposición que dice: "Si un automovilista no obedece las órdenes de un agente de policía, un tribunal de policía debe aplicarle una multa". Esta proposición es un verdadero juicio hipotético; no se trata de una norma jurídica, sino de una regla de derecho. Si el automovilista llamado a comparecer ante el tribunal consulta a un abogado, éste le dirá: "Si usted no ha obedecido al agente de policía, el tribunal le debe aplicar una multa". El abogado enunciará así una regla de derecho, pues su función no es la de dictar normas jurídicas, sino solamente conocer las que se encuentran en vigor. Podemos, pues, afirmar simultáneamente que las reglas de derecho son juicios formulados por la ciencia jurídica y que el objeto de esta ciencia está constituido por normas jurídicas". KELSEN, Hans; *Teoría pura del Derecho*; Traducción de Moisés Nilve. 11 ediciones. Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1973, pp. 47-48.

<sup>58</sup> Para Carlos Cossío, el Derecho no es prescripción de conducta sino "la conducta humana considerada en su interferencia intersubjetiva". No ya la conducta reducida a un puro ser, que puede ser patrimonio de otras ciencias, sino "la conducta como conducta, es decir, la conducta en su libertad". El Derecho no es la

que el *deber jurídico* y la *facultad* correlativa, no tienen un lugar intra-sistemático en la norma jurídica, con lo que se demuestra que el esquema kelseniano es incompleto. Por ejemplo: si yo tengo un deber jurídico determinado, el de pagar un impuesto, es porque una norma lo establece. En síntesis, el esquema lógico de la norma jurídica debe contener todos los elementos que encontramos en la experiencia jurídica.

Por su parte, Cossío sostiene que la estructura lógica de la norma jurídica, es un juicio disyuntivo que puede esquematizarse así: "*dado A, debe ser P, o dado no-P, debe ser S*". Esto significa lo siguiente: dado un hecho con su determinación temporal, debe ser la prestación, por un sujeto obligado, frente a un sujeto pretensor; o dada la no prestación (es decir, la transgresión), debe ser la sanción, por un funcionario obligado, ante la comunidad pretensora.

---

regulación de la conducta, sino la conducta regulada. La norma jurídica es, para Cossío, el concepto mediante el cual se explica la conducta del hombre en interferencia intersubjetiva. "Las normas son simplemente los conceptos con que pensamos esa conducta". COSSÍO, Carlos; *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 51, p. 26. (...) no está claro en estos autores cuál de los principios lógicos, si el de contradicción o el de tercero excluido, es el que establece la relación entre el juicio hipotético y el juicio que lo precede como prestación. Aquí, la teoría egológica, con su idea de que la norma jurídica es un juicio disyuntivo, ha precisado los términos reajustando el problema y ha señalado que es el principio del tercero excluido el que cumple esta función, porque no se trata de afirmar los dos deberes así relacionados, sino de que los dos no pueden ser negados. Kaufmann cree, en efecto, que con el modo de la conjunción y, es como el deber del juez subsigue al no cumplido deber antecedente: debe ser cierta conducta del súbdito, y si esto no ocurre, debe ser la conducta del juez. En cambio, la estructura disyuntiva de la norma, que suministra la teoría egológica, muestra que la sucesión de deberes se efectúa con el modo de la conjunción o, desde que la relación del opuesto contradictorio que existe entre prestación y transgresión viene para afirmar a alguno de aquéllos: debe ser cierta conducta del súbdito, o si no es, debe ser la conducta *del* juez. No se trata aquí de una sutileza verbal por la y o por la o, pues cada conjunción expresa una diversa clase de relación; y esto no es indiferente para saber con cuál se describe de verdad la experiencia jurídica. En tal sentido ha de tenerse en cuenta que la apodíctica subsecuencia del deber del juez únicamente se explica con la conjunción o porque ella traduce el principio lógico del tercero excluido en disyunción contradictoria. La conjunción y presenta las normas, cada una como un sentido independiente (sin duda adicionados entre sí; y esto es algo más que la simple yuxtaposición), de modo que la unidad del conjunto resulta contingente, pudiéndose hablar con todo rigor de dos normas externamente ligadas. Esto lo vemos muy bien en las obligaciones recíprocas de un contrato bilateral (por ej.: el comprador debe hacer tal cosa y el vendedor debe hacer tal otra), donde no sólo salta a la vista la contingencia o independencia de las prestaciones entre sí, en cuanto el ser de la una no contribuye a constituir el ser de la otra, y viceversa, sino que también tiene igual evidencia la destrucción total de estas figuras jurídicas (la compraventa, por ejemplo), por el sinsentido que implica, si se sustituyera aquí la conjunción y por la conjunción o: el comprador debe hacer tal cosa o el vendedor debe hacer tal otra. En cambio, la conjunción o presenta las dos normaciones (la del súbdito y la del juez) en forma de sentidos no independientes cada una y, en rigor, compenetrados internamente (en cuanto el ser de la una contribuye aquí a constituir el ser de la otra y viceversa). Esto se debe al ligamen lógico-formal que entre ellas pone el principio del tercero excluido; por esto el deber del juez subsigue *necesariamente* al incumplimiento de un otro deber; y por eso la unidad del conjunto de estas dos normaciones no es contingente, pues ambas pertenecen al sentido único de una sola totalidad sucesiva *coexistencial*. COSSÍO, Carlos; *La "Causa" y la Comprensión en el Derecho*; Estudios Ecológicos Fundamentales No. 7, Colección: *IDEAS Y PROBLEMAS LATINOAMERICANOS*; Dirigen: CARLOS COSSIO, GUILLERMO NOLASCO JUÁREZ, 4ta. Edición JUÁREZ EDITOR S. A., Buenos Aires, Printed in Argentina, 1969, pp. 22, 23.

Cabe destacar que este juicio disyuntivo se compone de dos juicios hipotéticos enlazados por la conjunción disyuntiva "o", constituyendo una sola estructura unitaria. Ahora bien, a la primera parte del juicio (*conceptuación de la conducta lícita*), Cossío la denomina *endonorma* y, a la segunda parte (*conceptuación de la conducta ilícita y por lo tanto de la sanción*), la llama *perinorma*. El filósofo argentino propone llamarlas así, "no sólo para terminar con el caos de las designaciones de norma primaria y secundaria que los diferentes autores usan con sentido opuesto, sino para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas, punto indispensable para entender el concepto de la norma jurídica como un juicio disyuntivo"<sup>59</sup>.

El fundamento de la citada disyuntividad radica en que toda conducta jurídica tiene que ser forzosamente *lícita o ilícita*, y sólo con dicha estructura disyuntiva es como quedan conceptuadas ambas posibilidades. Debido a esa estructura, dice Cossío<sup>60</sup> que *no se puede violar una norma jurídica*, aunque sí un deber jurídico, incurriéndose en una transgresión. Por último, aclara que la estructura disyuntiva explicada, es válida para cualquier clase de norma jurídica, inclusive la norma penal; en efecto, ejemplificando con el caso del homicidio, tendríamos la siguiente regla: "dada tal situación jurídica debe ser no matar, o dado el homicidio, debe ser aplicada tal sanción".

Concluyo<sup>61</sup>, incorporándome a las ideas de Jorge Millas<sup>62</sup>, que la norma jurídica se reconoce como un ***complejo proposicional de carácter conjuntivo de dos juicios hipotéticos***, según la fórmula general: "Si A es, debe ser B y si no es B, debe ser S". Este esquema siguiendo el de Cossío, en su descripción de la complejidad de tercer grado que tiene la norma jurídica, lo adelanta en que expresa la coexistencia de las dos fases, es decir el carácter conjuntivo de su coordinación. La *norma jurídica, constituye desde el punto de vista de su estructura lógica, una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas*. Esta interpretación permite ver la norma en una función de conocimiento

<sup>59</sup> COSSÍO, Carlos; *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 338; p. 661. COSSÍO, Carlos; *Teoría de la Verdad Jurídica*; Editorial Losada, S. A, Buenos Aires, 1954; pp. 134, 135.

<sup>60</sup> COSSÍO, Carlos; *La Teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*; Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964; p. 674.

<sup>61</sup> Posiciones eclécticas: A) Se ha sostenido que las tres opiniones explicadas serían verdaderas, según el distinto punto de vista en que nos coloquemos: a) si se considera que toda norma contiene una disposición u orden, resulta *imperativa o categórica*; b) si se considera la estructura lógica de la norma simple (la disposición o consecuencia jurídica condicionada por el supuesto), será entonces un juicio *hipotético o condicional*; c) por último, encarando no ya una norma simple, sino la norma jurídica completa o total (la endonorma y la perinorma), aparece entonces como un juicio disyuntivo. B) García Maynez, por su parte, sostiene que toda norma jurídica es categórica e hipotética, según el momento que se considere. Dice este autor: "Aun cuando parezca paradójico, antes de la realización de los supuestos, toda norma es hipotética, y cuando aquéllos se producen, deviene categórica. Considerado en forma abstracta, el precepto que ordena a los hijos respetar a sus padres es hipotético, encierra un supuesto: el vínculo entre progenitor y descendiente; mas en relación con las personas que se hallan colocadas en la situación prevista por la norma, constituye un mandamiento incondicional". GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; *Introducción al Estudio del Derecho*; México, 1978; pág. 14.

<sup>62</sup> MILLAS JIMÉNEZ, Jorge; *Filosofía del Derecho*; Editorial Publillex, Santiago, 1970, p. 127.

jurídico muy importante: la de definir lógicamente el deber ser jurídico, en un sentido análogo al que ha mostrado Kelsen. En la expresión “Si A es, debe ser B y si no es B, debe ser S”, aparece, en efecto, gracias al símbolo conjuntivo, que indica la concurrencia de las dos proposiciones hipotéticas, al alcance exacto del *deber ser* de la conducta principal: *el hecho de que está prohibido robar significa, que si se roba, se debe sancionar al que desobedece tal proposición, establecida en una norma jurídico penal.*

Tal concepción se entroniza con el papel que juega la norma bajo el prisma de una teoría axiomatizada del Derecho, porque si anteriormente expuse que la norma jurídica será el criterio rector de ordenación que establece y diversifica los distintos roles a favor del funcionamiento del sistema social y la regulación de ésta convivencia social, a través de un sistema de expectativas que se deriva de la norma, el no cumplimiento de estas expectativas, por la razones que sean, conlleva a la declaración de que se ha frustrado la misma y la consiguiente reacción ante la frustración, que será la sanción, como sistema elegido para ello.

Para entender la línea de integración que ilumina plenamente la ontología de la norma jurídica, con su trasfondo en el prisma axiomatizado del derecho, debo definir<sup>63</sup> bajo que concepción situamos a la norma jurídica.

Que las normas pueden ser, al menos formuladas lingüísticamente, es algo comúnmente asumido. Pero esta relación entre las normas y el lenguaje es magistralmente expuesta por Von Wright<sup>64</sup>, y es el autor que acertadamente, me ayuda a entender esa relación de las normas con el lenguaje, y si es una relación de dependencia, toda vez que es un problema compartido por la filosofía del lenguaje, la lógica deóntica y la teoría general del Derecho.

Es con los filósofos del Derecho que encuentro la más resumida y acertada fórmula de localizar las concepciones sobre las normas y me permitirá diseñar la mía, como hilo conductor de la presente investigación.

---

<sup>63</sup> Daniel Mendonca nos alerta de que la discusión de qué son las normas y cuál es su relación con el lenguaje se ha desarrollado fundamentalmente en un plano ontológico, lo que se explica por la estrecha vinculación que la filosofía del lenguaje ha mantenido con la ontología. “En realidad, en el problema encarado, se trata de hacer explícitos los supuestos ontológicos que subyacen a las diferentes concepciones de las normas desde el punto de vista lingüístico. Será mediante el análisis del lenguaje que se desvele la ontología subyacente a las diferentes teorías acerca de las normas. La respuesta, a este respecto, puede llevarnos a atribuir a las normas existencia ideal o factual, lo cual tendrá repercusiones más que importantes a nivel metodológico y epistemológico”. MENDONCA, Daniel; *Introducción al análisis normativo*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 40.

<sup>64</sup> Aún cuando no se pueda mantener el carácter de dependencia del lenguaje de las normas sin salvedades y restricciones, es obvio que hay una diferencia característica entre las normas y los valores en su respectiva relación con el lenguaje (...). Las normas, en mi opinión, puede decirse que presuponen lógicamente las evaluaciones, pero las evaluaciones pueden existir independientemente de las normas. Y lo que sustancialmente distingue a las normas como conceptualmente superiores a los valores es la dependencia de las primeras con respecto al lenguaje. Von WRIGHT, G. H., *Norma y Acción*; Editorial Tecnos, Madrid, 1970, trad., de Pedro García Ferrero, pp. 110, 111.

Daniel Mendonca distingue tres grandes grupos de tesis acerca de las normas, que llama concepciones *semántica*, *pragmática* y *sintáctica*<sup>65</sup>: “Para la primera, las normas son significados de enunciados y se ubican, por tanto, a nivel semántico; para la segunda, las normas son el producto del uso prescriptivo del lenguaje y deben ser explicadas, por consiguiente, a nivel pragmático; la tercera concepción identifica las normas con los enunciados, y por ello, sólo existen las normas como entidades sintácticas”.

Por su parte Alchourrón y Bulygin han afirmado, que no identificaban a las normas con enunciados sin más, con entidades lingüísticas no interpretadas, sino con “*oraciones significativas*”, esto es, “*oraciones dotadas de significado definido y constante*”<sup>66</sup>. Esto sugiere<sup>67</sup> la conveniencia de añadir una cuarta concepción en la clasificación de Mendonca, que llamaremos *concepción mixta (sintáctica-semántica)*. En orgánica consonancia, estos autores llaman *concepción hilética* a la perspectiva semántica de las normas y la *concepción expresiva* a la perspectiva pragmática<sup>68</sup>.

Lo anterior se resume, de la siguiente manera:

- 1) Concepción sintáctica<sup>69</sup>: la norma se identifica con su formulación.

---

<sup>65</sup> La *sintaxis* es la ciencia que trata de las relaciones (internas) entre los símbolos o palabras de un lenguaje, al margen de cuál sea el significado de esos símbolos o palabras, y prescindiendo también de cualquier otra consideración. La *semántica* es la ciencia del significado. La *pragmática* es la parte de la semiótica que se ocupa de las relaciones entre las expresiones de un lenguaje y los usuarios de dicho lenguaje. HERNÁNDEZ MARÍN, Rafael; *Introducción a la teoría de la norma jurídica*; Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1998, Barcelona; p. 185; MENDONCA, Daniel; *Introducción al análisis normativo*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 41.

<sup>66</sup> BULYGIN, Eugenio; *Dogmática jurídica y sistematización del Derecho*; en *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, 1991, p. 468. ALCHOURRÓN, Carlos; *Systematization and Change in the Science of Law*; en *Rechtstheorie*, Número 10, 1986, p. 173.

<sup>67</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Acción y Norma en G. H. von Wright*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; pp. 344-345.

<sup>68</sup> ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *La concepción expresiva de las normas*; en *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>69</sup> La *concepción sintáctica de las normas* parece haberse desarrollado fundamentalmente por influencia de opiniones como las siguientes: “Una cuestión capital para la teoría de la significación es la siguiente: ¿qué clase de cosas son las significaciones? La necesidad tradicionalmente sentida de recurrir a las entidades mentadas puede deberse a la antigua ceguera para apreciar el hecho de que significación y referencia son dos cosas diversas. Una vez tajantemente separadas la teoría de la referencia y de la significación, basta dar un breve paso para reconocer que el objeto primario de la teoría de la significación es, simplemente, la sinonimia de las formas lingüísticas y la analiticidad de los enunciados; las significaciones mismas, en tanto que oscuras entidades intermedias, pueden abandonarse tranquilamente”. QUINE, W. V. O.; *Desde un punto de vista lógico*, Orbis, 1984, pp. 37, 52, 84. “Algunos habrá a quienes resulte chocante que se diga de los enunciados que son verdaderos o falsos; y a la largo de la historia de la lógica ha habido propuestas para que se hable más bien de aseveraciones, proposiciones, pensamientos o juicios. Sin embargo, a juzgar por las descripciones que de ellos hacen sus defensores, estos últimos términos parecen, escuetamente considerados, participar de un grave inconveniente, el cual, dicho con toda su crudeza, es el siguiente: que no existen”. En el terreno de la teoría de las normas, este tipo de afirmaciones ha llevado a identificar las normas con los enunciados normativos. Así, Rafael Hernández Martín define norma como “*una oración normativa con sentido directivo*” (HERNÁNDEZ MARTÍN, Rafael; *El Derecho como dogma*; Editorial Tecnos, Madrid, 1984, p. 44) y sostiene que “*todas las entidades jurídicas son entidades de algún lenguaje; concretamente, son expresiones bien formadas y con significado completo. Todas las entidades*

- 2) Concepción semántica (o hilética)<sup>70</sup>: la norma se identifica con el significado del enunciado con que se formula.
- 3) Concepción pragmática (o expresiva)<sup>71</sup>: la norma se identifica con un acto de habla de un tipo específico o su resultado.

---

*jurídicas son, en una palabra, enunciados*". HERNÁNDEZ MARTIN, Rafael; *Teoría General del Derecho y de la Ciencia Jurídica*; Editorial PPU, Barcelona, 1989, p. 49.

<sup>70</sup> Entre los lógicos que se han ocupado en los últimos años de las normas o lógica deóntica, la posición dominante, opina Alchourrón y Bulygin, ha sido la que hemos calificado como concepción hilética, especialmente aquellos lógicos que trabajan en modelos semánticos en la línea de Kripke, Hintikka y Kanger (ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *Sobre la existencia de las normas jurídicas*; Cuadernos de Metodología y filosofía del Derecho, Universidad de Carabobo, 1979, p. 48). El punto de partida es la afirmación de que las normas pueden ser analizadas en dos componentes; uno descriptivo y uno prescriptivo. El primero es una descripción de un estado de cosas o una acción. Es a propósito del segundo de estos componentes donde surge el conflicto entre ambas concepciones (hilética y expresiva). La **concepción hilética** sostiene que este *componente normativo* es el significado del enunciado con que se formula la norma, de una manera análoga a como la proposición se considera el significado de un enunciado descriptivo. De esta manera, la diferencia entre normas y proposiciones se sitúa en un nivel semántico: "Para la concepción hilética el componente normativo forma parte del contenido conceptual de la norma; se trata de un operador que, operando sobre una oración descriptiva, hace surgir una oración normativa. La norma es el significado de esta nueva oración (normativa) en el mismo sentido en que una proposición es considerada como el significado de una oración descriptiva. Lo peculiar de las oraciones normativas (...) es que tienen un *significado prescriptivo*: no dicen que algo es, sino que algo debe (o puede) ser"; (BULYGIN, Eugenio; *Normas y lógica. Kelsen y Weinberger sobre la ontología de las normas*; en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; p. 251). Para la **concepción hilética** las normas son entidades parecidas a las proposiciones, esto es, significados de ciertas expresiones, llamadas oraciones normativas. Una oración normativa es la expresión lingüística de una norma y ésta es el significado de una oración normativa en el mismo sentido en que la proposición es considerada como el significado (sentido) de una oración descriptiva. Pero las oraciones normativas, a diferencia de las oraciones descriptivas, tienen *sentido prescriptivo*: ellas no indican que algo *es* de cierta manera, sino que *debe* o *no debe* o *puede ser* (hecho)" (ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *La concepción expresiva de las normas*; en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 122). Por último, en opinión de Alchourrón y Bulygin, para la concepción hilética la existencia de las normas es independiente del lenguaje, aunque puedan ser expresadas por medio de éste y, por tanto, "hay normas que no han sido formuladas (aún) en ningún lenguaje y que tal vez no serán formuladas nunca. Una norma es, en esta concepción, una entidad abstracta, puramente conceptual". (ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *La concepción expresiva de las normas*; en Análisis lógico y derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 122).

<sup>71</sup> Si la concepción hilética se encuentra muy extendida entre los lógicos, comparten la **concepción expresiva** de las normas la mayoría de los filósofos del Derecho y la moral, así como también muchos estudiosos de la lógica deóntica. Son expresivistas Bentham, Austin, Kelsen, Alf Ross, Hare, Jorgensen, Moritz, Hansson, Aqvist, Raz y von Kutschera. Para estos autores no cabe hablar de "significado prescriptivo", esto es incluso un contrasentido, así que el componente normativo de los enunciados con los que se formulan normas no puede consistir en el significado de esos enunciados. Lo característico de las normas está más bien en un nivel pragmático: la diferencia entre una interrogación, una orden, una afirmación, etc., se encuentra en el distinto uso que el hablante hace de un mismo enunciado, en la distinta fuerza ilocucionaria con que se emite dicho enunciado. En el caso que nos interesa, las normas son el resultado de un específico acto del habla: prescribir. El componente normativo de las normas no es en realidad un operador que actúa sobre el significado, sino un indicador de fuerza: sólo tiene "capacidad pragmática". (ALCHOURRÓN, Carlos; BULYGIN, Eugenio; *Fundamentos pragmáticos para una lógica de normas*; en Análisis lógico y Derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; p. 157). Por último, para la concepción expresiva las normas no pueden tener valores de verdad o falsedad. "Para la concepción expresiva, en cambio, las normas son el resultado del uso prescriptivo del lenguaje. Una oración que expresa una misma proposición puede ser usada en diferentes ocasiones para hacer cosas distintas: para

Coincido con Lagier que la distinción entre concepción hilética y expresiva se ha trazado de una manera muy tajante y que una teoría adecuada de las normas debe reunir ambos elementos<sup>72</sup>.

Tal y como nos indica Juan Carlos Bayón, no puede decirse que para la concepción hilética cualquier norma “lingüísticamente posible” sea una norma “realmente existente”; “de ahí que, cualquier partidario de la concepción hilética debe contar además con algún tipo de explicación acerca de cómo adquieren su realidad las normas, de cómo una norma lingüísticamente posible llega a ser realmente existente<sup>73</sup>”. Y es aquí donde converge la concepción hilética con la concepción expresiva.

Sin embargo, armonizando con Daniel González Lagier, tampoco creemos que debe decirse que para la concepción expresiva las normas no tienen significado: incluso para esta concepción las normas no pueden ser sólo determinados actos del habla, o sólo actos de habla junto a los efectos que producen en el receptor. Una concepción adecuada de las normas debe dar cuenta de ciertas características -como permanencia de las mismas, o la necesidad de su interpretación, etc.- que requieren cierto grado de abstracción en la teoría, y este grado de abstracción se consigue considerando a las normas, en ocasiones, como significados<sup>74</sup>.

Tales planteamientos<sup>75</sup> me conducen a considerar una *concepción compleja de las normas*<sup>76</sup> que conecte los tres planos o niveles anteriores del fenómeno normativo: el acto normativo, el enunciado normativo y la norma.

aseverar (afirmar), interrogar, ordenar, conjeturar, etc. El resultado de esas acciones será una aserción, una pregunta, una orden o una conjetura. Sólo en el nivel pragmático del uso del lenguaje surge la diferencia entre aserciones, preguntas, órdenes, etc. No hay tal diferencia en el nivel semántico”. Como señala Bayón, a diferencia de la concepción hilética, “la concepción expresiva es a la vez e indisolublemente un punto de vista acerca de las normas como entidades lingüísticas (lo específicamente normativo no se encuentra en el plano semántico sino en el pragmático: las normas se conciben como un tipo específico de acto de habla) y una teoría acerca de la generación de normas (una norma no llega a existir si no es a través de la formulación del acto de habla correspondiente -en sentido amplio, *ordenar*). (BAYON, Juan Carlos; *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; p. 260.)

<sup>72</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Acción y Norma en G. H. von Wright*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; p. 352.

<sup>73</sup> BAYON, Juan Carlos; *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991; p. 259.

<sup>74</sup> GONZÁLEZ LAGIER, Daniel; *Acción y Norma en G. H. von Wright*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995; p. 353. De este modo, introducida esta distinción, parecería que las concepciones expresiva e hilética tienen posibilidades de convivir en una sola teoría, una teoría en la que las normas sean concebidas como oraciones (con significado) o como significados de expresiones resultantes de la ejecución de actos prescriptivos. MENDONCA, Daniel; *Sobre una concepción compleja de las normas*; Revista DOXA No. 20, 1997, p. 309.

<sup>75</sup> En otros estudios Nino ha distinguido tres conceptos de norma muy diferentes desde el punto de vista ontológico, aunque íntimamente relacionados entre sí: 1-. Hace referencia a un *juicio o proposición* que predica de una acción que debe, no debe o puede hacerse; 2-. Se refiere a una *prescripción* o sea al acto lingüístico consistente en formular una norma en el sentido anterior; 3-. Hace referencia a un texto escrito que es el resultado de un acto lingüístico como el referido por el sentido anterior. MENDONCA, Daniel; *Sobre una concepción compleja de las normas*; Revista DOXA No. 20, 1997, pp. 309-310.

De acuerdo con este punto de vista, el acto normativo es un acto lingüístico, ejecutado por un sujeto determinado en un lugar y tiempo dados, destinado a promulgar una prescripción y, como tal, orientado a dirigir la conducta de determinados sujetos. Por su parte, el enunciado resultante del acto normativo, el enunciado normativo, es una cadena de expresiones del lenguaje natural, gramaticalmente correcta y compleja. Finalmente, la norma es el significado del enunciado formulado con motivo de la ejecución del acto normativo. Este esquema explicativo, permite especificar y diferenciar el status lingüístico que a cada uno de los componentes del fenómeno normativo corresponde:

- I. Pragmático en el caso del acto;
- II. Sintáctico en el caso del enunciado;
- III. Semántico en el de la norma.

Las valoraciones que han precedido me llevan a sostener que el concepto de norma como expectativa, incorporados al criterio de Silva Sánchez, además de lo expresado *ut supra*, se centra, en efecto, en la relación del Derecho con cada ciudadano en tanto que "no delincuente potencial", en tanto que "víctima potencial" o, sencillamente, en tanto que alguien interesado en su seguridad. Con respecto a éste, la norma supone una fuente de orientación, o sea, la norma le indica lo que puede esperar de los demás y lo que los demás pueden esperar de él, a fin de que unos y otros se organicen, en definitivas una institucionalización de su expectativa<sup>77</sup>.

Quien se centra en la norma como fuente de expectativas (orientación) para los ciudadanos no debería, por tanto, perder de vista que esta perspectiva se complementa con una vertiente de directivas para los mismos (en su faceta de autores potenciales). De modo que resulta unilateral fijarse únicamente en ellos como sujetos fieles al Derecho (víctimas potenciales) y no como autores potenciales o viceversa: pues en cada sujeto confluyen las dos vertientes. Si la norma puede ser, para unos, fuente de orientación contra fáctica (fuente de derechos, diríamos seguramente, en lenguaje pre funcionalista) ello es porque para los otros es directiva de conducta (fuente de deberes)<sup>78</sup>.

El concepto de expectativa tiene un doble sentido<sup>79</sup>: por un lado, puede ser entendido en un sentido descriptivo: esperar un determinado comportamiento significa que se pronostica que el mismo se realizará. Por otro lado, puede tener un sentido normativo: esperar un comportamiento significa, entonces, que se quiere que se realice un determinado comportamiento.

---

<sup>76</sup> En este particular me sumo al certero criterio de Daniel Mendonca. MENDONCA, Daniel; *Sobre una concepción compleja de las normas*; Revista DOXA No. 20, 1997, p. 310.

<sup>77</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 27.

<sup>78</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 27.

<sup>79</sup> BAURMANN; *Die Markt der Tugend. Recht und Moral in der liberalen Gesellschaft*; p. 61.

Siguiendo a Silva Sánchez, entiendo que las expectativas de los ciudadanos en cuanto a sus relaciones con los demás se estabilizan normativamente (contra fácticamente) a un doble nivel<sup>80</sup>. En primer lugar, ya antes (no en términos cronológicos, sino analíticos) de su frustración, mediante su incorporación a normas de conducta que se imponen como vigentes y válidas a todos los demás. Desde esta perspectiva, en efecto, las normas jurídicas de conducta estabilizan expectativas más aún, una de las mejores formas de asegurar las expectativas es, de entrada, ésta: precisamente, intentar comunicativamente que no lleguen a frustrarse. Por tanto, la propia dimensión expresiva inherente a la institucionalización de la expectativa en una norma que apela a la racionalidad valorativa de los ciudadanos, unida a su dimensión intimidatoria, que apela a su racionalidad instrumental, constituye una forma esencial de aseguramiento de la expectativa<sup>81</sup>.

Las normas jurídico penales, en tanto condómino de este edificio familiar, ¿cómo responderán a las anteriores concepciones?, ¿dónde se centrará su formulación?, ¿qué matices compartirán con la ontología de una norma jurídica axiomatizada? Estas y otras interrogantes serán ventiladas en el siguiente epígrafe.

↳ **La formulación de las normas jurídicas penales: Principales escenarios que marcan su contenido y estructura.**

Al analizar el itinerario de la norma jurídica, bajo el prisma de la teoría axiomatizada del Derecho, como ya expuse, se sigue la senda que la reconoce como una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas, matizándose con una concepción compleja de ésta, lo que sienta las bases teóricas y doctrinales de su ontología; pero si bien, estas formulaciones han ocupado más el espacio de debate en la teoría y filosofía del Derecho, no menos importante ha sido para la ciencia penal su estudio y concepción.

Es, tras escribir Armin Kaufmann<sup>82</sup>, en 1954, su contribución al estudio de la teoría de las normas, que en la discusión jurídico-penal sobre este extremo se abrió un largo período de controvertida calma. En el mismo, hubo una serie de cuestiones que dejaron de discutirse. Así, por ejemplo, la efectiva existencia de "normas"; el *contenido valorativo*<sup>83</sup> de éstas; o su función -directiva-, de conducción de conductas. En realidad, la discusión se centró, de

<sup>80</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 32.

<sup>81</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 30-31.

<sup>82</sup> KAUFMANN, Armin; *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Göttingen, 1954; p. 67. Anterior a esta obra merece resaltarse la obra de Binding; *Die normen und ihre übertretung*, I, 1ra. ed., 1872; 4ta. ed., 1922, que abrió el debate sobre la configuración de la norma y desde entonces ha estado siempre en la base del sistema de la teoría del delito. JAEN VALLEJO, Manuel; *Cuestiones básicas del derecho penal*; Editorial Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, p. 49.

<sup>83</sup> Quienes conciben la norma penal como "norma de valoración" la entienden como expresión de un *juicio de valor*, que distingue lo ilícito penal de lo antijurídico penal. MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 41.

modo constante, sobre el alcance de la "*dimensión de determinación*" (o imperativa) de las normas y en las repercusiones sistemáticas de ésta.

En particular, se debatía si el concepto de norma completa implicaba, junto a la *dimensión de valoración*, una *dimensión de determinación*<sup>84</sup>. Para un sector, la dimensión de determinación no era consustancial a la norma, que se limitaba a fijar un orden objetivo de conductas (el Derecho), cuya vulneración constituía la antijuricidad del hecho. Por contra, dicha dimensión surgía sólo en la relación de la norma ya completa con un determinado círculo de sujetos (los culpables); sólo respecto de éstos podía afirmarse que, además de lesionar el Derecho, hubieran infringido un deber. Para otro sector, en cambio, la dimensión de determinación era consustancial a la norma, pues carecía de sentido una norma sin destinatarios; de modo que, en realidad, sólo quienes se encontraban en condiciones de entrar en contacto personal con la norma, podían vulnerarla<sup>85</sup>.

En tal sentido y como se ha señalado antes, para la determinación de la formulación de la norma jurídico penal hay que partir de la base de que ella está inmersa en una relación social, esto es, en una relación entre personas. Por eso, tiene un carácter comunicativo o dialogal<sup>86</sup> y hay que tener en cuenta al «otro» respecto del cual la norma señala un determinado comportamiento. Y en este proceso comunicativo o dialogal siempre hay un tercero, que es el Estado, que está a la expectativa para imponer una pena al autor del acto contrario a la norma. Siendo el bien jurídico el objeto de protección y fuente de origen de una norma penal.

Para conseguir la tutela de esos bienes jurídicos, la norma penal funciona protegiendo las condiciones elementales mínimas para la convivencia y motivando, al mismo tiempo a los individuos para que se abstengan de dañar esas condiciones elementales<sup>87</sup>; siendo aquí donde radica<sup>88</sup>, el primer elemento para la configuración de este tipo de norma jurídica: la

---

<sup>84</sup> Se trata de un problema específicamente penal, que no puede resolverse acudiendo sin más a la teoría general del derecho. MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 41. La elección entre ambos puntos de vista puede ser distinta en relación a la norma penal que en relación a la norma jurídica en general. Respecto de esta última posiblemente tenga razón Larenz al señalar la inconveniencia de ver la esencia de toda norma jurídica en una función imperativa, pues hay normas jurídico-civiles que no se explican satisfactoriamente con arreglo a esta concepción: así, las proposiciones jurídicas que conceden a alguien un derecho o modifican, limitan o sustraen un derecho existente (como las disposiciones sobre la adquisición o pérdida de la propiedad), las que regulan la constitución de un poder de representación, o la adquisición o pérdida de un poder. En cambio, en el Derecho Penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente. LARENZ, K.; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, pp. 167 y ss.

<sup>85</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, pp. 15-16.

<sup>86</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan J.; Hormazábal Malarée, Hernán; *Lecciones de derecho penal, Volumen I, Fundamentos del sistema penal, esquema de la teoría del delito y del sujeto responsable y teoría de la determinación de la pena*; Editorial Trotta, 1997, Madrid, pp.36-37.

<sup>87</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco; García Arán, Mercedes; *Derecho Penal: Parte General*; 6ta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; pp. 57-65.

<sup>88</sup> Más adelante se expondrá una postura ecléctica en esta materia, que es la que asumo. Nota del Autor.

*concepción imperativa*<sup>89</sup> de la norma jurídica penal, ya que a través de ésta es que se trata de incidir sobre la conducta de sus destinatarios y es la más coherente con la atribución al Derecho penal de una misión preventiva y, a la vez, garantística. En efecto, la misión preventiva del Derecho penal no se apoya en la sanción efectiva, sino, ante todo, en la amenaza, esperando que ésta resulte eficaz por sí sola a la vez que, por otra parte, restringe mucho menos la libertad de los destinatarios. Este «tratar de influir» sobre la conducta de los destinatarios a través de la amenaza expresa, una perfecta orientación de la norma penal al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal<sup>90</sup>.

La teoría imperativa<sup>91</sup> considera a la norma penal como norma de *determinación*, esto es, como *mandato* o *prohibición* dirigida al ciudadano. El ordenamiento jurídico consiste, en este sentido, en manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, y sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a quienes afectan. Esta es la concepción compartida por Quirós Pérez<sup>92</sup>, quien nos plantea: “*Cierto es que al imperativo precede un momento valorativo; pero éste se materializa en la etapa de elaboración de la norma. La norma penal implica un juicio de valor negativo (un desvalor) respecto a determinado comportamiento del hombre, por cuanto en ella se asocia una sanción a la ejecución de la conducta prohibida. No obstante, ese juicio de valor constituye sólo el fundamento para atraer al campo del Derecho penal positivo, una conducta perteneciente a la vida social, a la realidad social, al mundo de las relaciones sociales. Sin embargo, si bien el momento de la previsión normativa está determinado por un juicio valorativo acerca de ciertas*

<sup>89</sup> Esta concepción tiene su origen científico en una concepción voluntarista del Derecho, apreciable en antiguos pensadores, como Alfonso de Castro y, más tarde, en los representantes de la Escuela Racionalista de Derecho Natural. En el pensamiento dogmático penal la tesis fue defendida por Thon y Von Ferneck y, con especial rigor, por Binding. Para esta corriente de pensamiento, el Derecho no es más que un conjunto de imperativos, destinados a plegar la voluntad de quien a ellos se resista (Von Ferneck). La idea de norma entendida como *imperativo*, supone lógicamente la presencia de una *voluntad creadora* de ese imperativo. El carácter imperativo (generación de mandato) del fenómeno normativo resulta muy discutible, (...) se constituyen sobre el *principio de concurrencia de una pluralidad de voluntades*, siendo la norma fruto de la discusión, votación, etc. Puede consultarse, PÉREZ ALONSO, Esteban Juan; *Las revoluciones científicas del Derecho Penal: Evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal*; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo L, 1997; p. 188.

<sup>90</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; p. 352. En este sentido se manifiesta, por ejemplo, Octavio de Toledo cuando señala que «la teoría imperativa se sostiene sobre la función del Derecho: si ésta consiste en regular la vida de la comunidad, sólo puede obtenerse reclamando imperativamente de sus miembros la observancia de ciertos comportamientos. En este sentido, se describe la norma jurídica como norma de comportamiento”. DE TOLEDO Y UBIETO, Octavio; *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid 1981, p. 98.

<sup>91</sup> MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 42.

<sup>92</sup> QUIRÓS PÉREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; pp.35-36. MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 45. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; p. 335. BAJO FERNÁNDEZ, *Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*, en Estudios Penales I, Santiago de Compostela, 1977, pp. 9-49.

*relaciones sociales, después de elaborada la norma, después de aprobada y vigente, ella constituye un imperativo. La valoración no es más que un momento previo, en el marco del proceso legislativo; mientras que para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que el legislador le asigne la virtualidad de un imperativo”.*

Esta asociación entre concepción imperativa de la norma jurídico penal y atribución de una misión de motivación es correcta. La concepción imperativa de la norma jurídico-penal debe verse, paralelamente, como una defensa de la misión de motivación. Como nos ilustra Mir Puig, tal carácter imperativo de la ley penal se corresponde con la *función* que está destinada a cumplir. La norma penal opera apelando a la *motivación*<sup>93</sup> del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del Derecho y en contra del delito. La amenaza de la pena cumple su función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza. Teniendo dicha motivación dos clases de incidencias sobre el sujeto que supone la norma jurídico penal. Una limitada a *condicionar su conducta externa, sin penetrar en su esfera valorativa*, y otra consistente precisamente en *producir una interiorización por el sujeto de los valores contenidos en las normas*<sup>94</sup>.

No se pierde de vista además, que la concepción de la norma como directiva de conducta en Derecho penal nunca ha prescindido de asignar a ésta un contenido valorativo, de manera que la comunicación entre la misma y su destinatario no se produce sólo en el plano de la mera coactividad, sino también en el plano de la racionalidad valorativa<sup>95</sup>.

Para los defensores de la tesis de que las normas tienen exclusivo carácter de **normas de valoración**, es evidente que el Derecho es “ordenación objetiva de la vida”; y sus normas, normas objetivas de valoración; la antijuridicidad, por consiguiente, de naturaleza objetiva, será infracción de las normas de derecho así entendidas. Mezger, destacado representante de ésta postura, decía a renglón seguido que de las normas objetivas de valoración “se deducen” normas subjetivas de determinación que no afectan al injusto (juicio sobre el acto), pues éste solo depende de la infracción de la norma objetiva de valoración, sino a la

---

<sup>93</sup> La **teoría de la motivación** toma el concepto psicológico de *motivación* que engloba *todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo que explican su conducta o la hacen comprensible* e incluye entre tales procesos los desencadenados por las normas jurídico-penales. Se piensa, en suma, que los imperativos del Derecho penal ejercen una fuerte influencia sobre la motivación humana. Precisamente por esta razón es por la que el ordenamiento jurídico-penal dirige sus normas como directrices de conducta a sus destinatarios: porque espera que las normas reforzadas por la amenaza de pena tengan sobre los diferentes sujetos un efecto disuasorio respecto de la realización de conductas delictivas. PUIG MIR, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, p. 107. MUÑOZ CONDE, Francisco; GARCÍA ARÁN, Mercedes; *Derecho Penal: Parte General*; 6ta edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; pp. 61-65. LUZÓN PEÑA, Diego M., *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, Barcelona 1978, p. 219 y ss.

<sup>94</sup> PUIG MIR, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, p. 57. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; p. 357.

<sup>95</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Normas y Acciones en Derecho Penal*; 1ra. Edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 30.

culpabilidad (juicio sobre el sujeto), que resulta de este modo de naturaleza preponderantemente subjetiva. A juicio de Quintero Olivares, esto último resulta lo más discutible de la teoría, es decir, que en el ámbito de la norma haya normas subjetivas de determinación, pero cuya infracción no sea “antinormativa” y no tenga trascendencia para el injusto. Además, si la antijuridicidad surge de la contrariedad entre el hecho y el ordenamiento jurídico y la culpabilidad, en sentido normativo, es un juicio sobre el autor, parecería lógico que *todo aquello que se refiere a la norma, sea de índole objetiva o subjetiva, sirva para calificar al hecho como injusto*. El caso límite se produce cuando un determinado tipo es portador de uno de los llamados elementos subjetivos del injusto. Por ejemplo, el delito de hurto que requiere un ánimo de lucro; en tales supuestos resulta que la norma se compondrá de un juicio objetivo de valoración y de una regla de determinación, el autor del tipo se comportará en contra de esa regla subjetiva y, además habrá otras reglas secundarias de determinación útiles para configurar la antijuridicidad. El planteamiento no es, desde luego sencillo; pero, si nos aferramos a una concepción de la norma como juicio de valoración objetivo exclusivamente, será difícil encajar todos los casos en los que puede demostrarse *ex lege* que el injusto depende de la dirección de voluntad del autor<sup>96</sup>.

No resulta cuestionable el hecho de que la norma penal consagra la protección de bienes jurídicos, en consecuencia la lesión o puesta en peligro de los mismos, objeto sustancial de dicha norma, es por ello antinormativa; tal afirmación comporta indudablemente un “juicio objetivo” de valoración<sup>97</sup>. Pero en muchos supuestos el injusto no puede decidirse con arreglo al anterior criterio objetivo. Por lo que no se puede prescindir del juicio subjetivo en la determinación de lo que se opone a la norma, y forma parte de ella, en tanto reguladora de la conducta<sup>98</sup>.

Estas dos tesis acerca del contenido de las normas jurídico penales, plantean una repercusión sobre la teoría de la antijuridicidad, toda vez que desde la perspectiva de una concepción meramente valorativa de la norma no hay problemas para una construcción objetiva de la antijuridicidad, como relación de contrariedad a la norma<sup>99</sup>; pero bajo la configuración imperativa, se hace evidente la inclusión de ciertos elementos subjetivos en

<sup>96</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 55.

<sup>97</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 55.

<sup>98</sup> Supuestos de la ineludible necesidad de que la voluntad del agente juegue en la determinación del injusto, son: 1-. Elementos subjetivos del injusto; 2-. Elementos subjetivos o componentes subjetivos de las causas de justificación; 3-. La tentativa; 4-. El actuar del inimputable. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, pp. 55-58.

<sup>99</sup> OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E; *Sobre el concepto de Derecho penal*; Madrid, 1981; pp. 93-94. MEZGER, W; *Tratado de Derecho penal*; Tomo I, revisado y puesto al día por J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1955; pp. 340-341.

la infracción de la norma: conductas humanas que revisten el carácter de acción, dolosas o imprudentes potencialmente lesivas para bienes jurídicos<sup>100</sup>.

Es por ello que, coincidiendo con Quintero Olivares<sup>101</sup>, se comprende fácilmente, que debo tomar una *postura ecléctica*, ya que la norma jurídico penal encierra una *regla objetiva de valoración*, cuyo contenido sustancial es desvalorar los ataques a determinados bienes jurídicos; pero tampoco puede negarse que la norma *persigue* orientar la voluntad de los sujetos en un sentido determinado, y que, si esa voluntad se dirige a metas acordes o disacordes con la norma, tal fenómeno no puede en forma alguna reputarse indiferente; la lesión de un bien jurídico se produce, no sólo por su objetivo menoscabo, sino porque la *voluntad del sujeto*, con independencia de que esa voluntad pertenezca o no a un individuo capaz de valorar su conducta, ha querido ese menoscabo.

Si bien existe un acuerdo doctrinal acerca de que la norma jurídico penal expresa una valoración<sup>102</sup>, y a la vez es también un imperativo, que presiona sobre las tendencias antisociales del individuo, alterando la vida personal en el sentido de lo social, el debate alrededor de éste tópico no se ha superado. De una parte existen ciertas concepciones que admiten el aspecto de determinación en un sentido diverso al planteado *ut supra*; por otra parte, y bajo otras perspectiva el aspecto de determinación de dicha norma se remite al ámbito sistemático de la culpabilidad, con lo que la antijuridicidad permanece como contradicción a las norma objetiva de valoración.

La primera concepción la encabeza Larenz<sup>103</sup>, que partiendo de su teoría de la norma jurídica general, como norma de determinación, distinta de las proposiciones enunciativas como de los imperativos, plantea que si bien todas las normas jurídicas son normas de determinación, ello no significa que pueda contemplárselas como imperativos, en el sentido de la teoría de los imperativos; a diferencia de éstos, la determinación no toma como objeto inmediato el comportamiento de otras personas con el fin de influir sobre el mismo, sino que en primera instancia pretende que lo dispuesto sea aceptado en adelante como regulativo que valga en sentido normativo. Lo decisivo es la pretensión de validez, la orden de validez, aconteciendo su efecto en el ámbito de lo normativo, de los hechos o relaciones jurídicas, a diferencia de los mandatos o prohibiciones, cuyos efectos tiene lugar en el ámbito de lo que de hecho sucede.

La segunda concepción, protagonizada por Cobo y Vives<sup>104</sup>, parte de la doble función de la norma penal, y en tal sentido se reconoce la existencia de un aspecto de valoración y uno de

---

<sup>100</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; p. 335.

<sup>101</sup> QUINTERO OLIVARES, Gonzalo; *Manual de Derecho Penal, Parte General*, 3ª edición. Editorial Aranzadi, Navarra, 2002, p. 58. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978, p. 83.

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978, p. 77.

<sup>103</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, pp. 248-249.

<sup>104</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, pp. 213-214.

determinación en la norma jurídico penal, dándose franca preferencia al aspecto valorativo. La consecuencia de ello es afirmar que la norma dirigida a todos sólo lo hace en tanto que norma objetiva de valoración. El conjunto de los ciudadanos recibe la expresión de un deber ser objetivo, despersonalizado, cuya lesión da lugar a la formulación del juicio de antijuridicidad. En cambio, la norma con sus dos aspectos, sólo se dirigiría a algunos ciudadanos, a los que pueden ser receptores del “deber” contenido en ella. Consecuentemente, la obligación personal de actuar de un determinado modo sólo podría dirigirse a quienes se encuentran en condiciones de actuar de modo distinto al desvalorado. La actuación de estos sujetos, por tanto, no sólo lesionaría el juicio impersonal de valoración, sino también el deber personal de actuar de modo distinto a como se actuó. La infracción de este complejo de valoración y determinación permitirá la formulación del juicio de culpabilidad<sup>105</sup>.

Estas tesis que comparten en su esencia la concepción imperativa de la norma jurídico penal, han sido sometidas a profundas críticas, las que se circunscriben esencialmente en cinco aspectos: el imperativismo no es la forma más adecuada de explicar la esencia de la norma, puesto que puede prescindir de la valoración, siendo ésta, sin embargo, consustancial a toda proposición jurídica; la existencia de proposiciones jurídicas permisivas, como las que contienen las causas de justificación, no predicen el carácter imperativo; resulta imposible advertir en la relación entre la norma y sus destinatarios el vínculo psicológico de dos voluntades; tropieza con dificultades insuperables para explicar la antijuridicidad de las conductas de los inculpables y que, en consecuencia, acaba diluyendo la distinción entre antijuridicidad y culpabilidad; por último, se plantea que el imperativismo hace del aspecto subjetivo de desobediencia, esto es, del dolo, el aspecto central de la antijuridicidad<sup>106</sup>.

Tales criterios, han sido refutados, bajo la égida de que en la concepción imperativa de la norma jurídico penal se trata de incidir sobre la conducta de los destinatarios, siendo coherente con la misión preventiva y a la vez garantística del Derecho penal. La misión preventiva no se apoya en la sanción efectiva, sino, ante todo, en la amenaza, esperando que ésta resulte eficaz por sí sola a la vez que, por otra parte, restringe mucho menos la libertad de los ciudadanos, lo que resulta una perfecta orientación al cumplimiento de los fines propios del Derecho penal, a juicio de Silva Sánchez<sup>107</sup>.

Si la postura eclética<sup>108</sup> es la idea rectora inicial de la configuración de la norma jurídica penal, o sea, por un lado, la norma valora objetivamente ciertas acciones u omisiones como

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978, pp. 325-326.

<sup>106</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; pp. 341-351.

<sup>107</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *Aproximaciones al Derecho penal Contemporáneo*; José María Bosch Editor, S. A, Barcelona, 1992; pp. 341-351.

<sup>108</sup> Un criterio diferente se muestra a continuación: Las normas son más bien, “fórmulas de generalización indicativa en orden a la satisfacción de pretensiones. Si se prefiere, se puede decir que constituyen una

valiosas o disvaliosas desde el punto de vista ético social y por otro se dirige subjetivamente a los destinatarios imponiéndoles el deber de decidirse conforme a aquella valoración; cómo entonces estructurar formalmente la misma.

Partimos de que la norma jurídica es *una coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas*, donde su expresión quedaba configurada de la siguiente forma: “Si A es, debe ser B y si no es B, debe ser S”, configuración que tiene como base una proposición de “deber ser”, pero el uso del lenguaje ordinario, en el que se hallan formuladas dichas proposiciones, permite emplear la forma gramatical declarativa, que usamos en la fórmula expuesta. Así, en la legislación penal cubana vigente, en su artículo 272.1 (Lesiones) se dispone: “El que cause lesiones corporales graves o dañe gravemente la salud de otro, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años”, con ello se plantea que existe una modalidad: “prohibido lesionar” y una expectativa: “no lesionar”, con ello según nuestra concepción se dicen dos cosas, una que si defraudas la expectativa existe una norma que regula tal defraudación y puede ser castigado el infractor, y en segundo lugar, que no todo el que lesione va a ser efectivamente o probablemente castigado con dicha pena, sino que “debe” serlo, ya que se deben valorar en la conducta punible sus cuatro elementos comunes: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, a los cuales puede añadirse incluso en algunos casos un ulterior presupuesto el de la punibilidad<sup>109</sup>.

Tal y como nos dice Cobo del Rosal y Vives Antón<sup>110</sup>, la apariencia gramatical declarativa encubre un juicio normativo. De ese primer juicio normativo explícito (el que cause lesiones corporales graves o dañe gravemente la salud de otro *deberá* ser castigado con la sanción de privación de libertad de dos a cinco años) que conecta a la realización del presupuesto una consecuencia jurídica gravosa, se deduce, como contenido implícito en él, un segundo juicio normativo según el cual el presupuesto no debió haberse realizado (no se *debe* lesionar). La norma jurídica completa incluye estos dos juicios normativos: el juicio normativo implícito, que establece una determinada regla de conducta y el juicio normativo explícito en la ley que, en el caso de las normas incriminadoras, sanciona con un castigo la violación.

El primero de dichos juicios recibe el nombre de (norma primaria, precepto, antecedente, presupuesto o supuesto de hecho) y el segundo el de (norma secundaria, sanción, consecuente, consecuencia jurídica). Constituyendo, ambos, dos aspectos de una totalidad normativa única<sup>111</sup>.

---

enunciación de los criterios generales de decisión de los conflictos”. DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*; Barcelona, 1973, p. 91-92.

<sup>109</sup> MÉNDEZ LÓPEZ, Mirna Beatriz; *La responsabilidad civil derivada del delito de las personas naturales en Cuba*; Tesis presentada en opción al grado de Doctora en Ciencias Jurídicas; Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, 2009; p. 20.

<sup>110</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, p. 36.

<sup>111</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, p. 36.

A los fines de la presente investigación y atemperándonos<sup>112</sup> a la estructura lógica de la norma jurídica, considero como estructura de la norma penal la de: *supuesto de hecho*<sup>113</sup> o *presupuesto y consecuencia jurídica*. El supuesto de hecho lo constituirá un delito y la consecuencia jurídica una pena y/o medida de seguridad.

Si la norma describe claramente el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, será catalogada como una norma penal completa. Pero no debe confundirse norma penal con artículo del Código penal. Normalmente pueden coincidir, pero otras veces el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica se encuentran repartidos en diferentes artículos del Código<sup>114</sup>.

Todo lo planteado nos conduce entonces interrogarnos; ¿qué papel desempeñará el principio de legalidad sobre la base de una norma jurídico penal axiomatizada?, ¿será el principio de legalidad el plano que sustentará el desarrollo hétero-integrativo de la norma jurídico penal como *coordinación conjuntiva de dos proposiciones hipotéticas*?

Hacer un alto en la perspectiva legalista, no será una exigencia burocrática, es la necesidad de identificar los presupuestos y exigencias que integran dicho principio y que nos abrirán un horizonte analítico que nos permitirá profundizar en la problemática de la norma penal en blanco, con sus aporías, determinando soluciones para su perfeccionamiento.

---

<sup>112</sup> LARENZ, K.; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, p. 164. RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal Español. Parte General*, p. 141. Este último autor plantea que es preferible utilizar la anterior terminología, que responde a la estructura lógica de la norma y no la de **Precepto-Sanción**; ya que no es exacto que el precepto se limite a una parte de la ley penal, ya que la ley es una unidad en la que el precepto va unido indisolublemente a la sanción. Asociado a lo anterior se plantea la procedencia de la norma primaria, y para mayor estudio se puede consultar, PUIG MIR, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona 1976, pp. 22-29; toda vez que, acogiendo la distinción entre normas primarias y normas secundarias, realizada por Hart, Mir Puig, nos realiza un adecuado resumen del origen de la norma primaria, o sea la que prohíbe u ordena una conducta al ciudadano, que en su criterio hay que inferirla indirectamente de la ley. Quirós Pérez, es del criterio que la norma penal consta de dos partes o momentos fundamentales: la disposición (que es la parte de la norma jurídico penal en la cual se describe el acto socialmente peligroso que resulta prohibido) y la sanción (que es la parte de la norma jurídico penal en la cual se señala la consecuencia que trae aparejada el incumplimiento de la prohibición); QUIRÓS PÉREZ, Renén; *Manual de Derecho Penal*, I; Editorial Félix Varela, La Habana, 2005; p. 32.

<sup>113</sup> Así suele traducirse, en este contexto, la palabra alemana *Tatbestand*. LARENZ, K.; *Metodología de la ciencia del derecho*, Barcelona, 1966, pp. 167 y ss. La voz *Tatbestand* significa "supuesto de hecho". La expresión *se* remonta al latín medieval, en que se hablaba de la *facti species*, en la terminología de Teófilo, que literalmente significa "figura del hecho". ZAFFARONI, Eugenio Raúl; *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, III; Ediar, Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera, Buenos Aires, 1981, p. 195.

<sup>114</sup> Por ejemplo en el Código Penal español, en sus Artículos 238 y 240: Artículo 238. Son reos del delito de robo con fuerza en las cosas los que ejecuten el hecho cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes: 1-. Escalamiento; 2-. Rompimiento de pared, techo o suelo, o fractura de puerta o ventana; 3-. Fractura de armarios, arcas u otra clase de muebles u objetos cerrados o sellados, o forzamiento de sus cerraduras o descubrimiento de sus claves para sustraer su contenido, sea el lugar del robo o fuerza del mismo; 4-. Uso de llaves falsas; 5-. Inutilización de sistemas específicos de alarma o guarda. Artículo 240. El culpable de robo con fuerza en las cosas será castigado con la pena de prisión de uno a tres años. *Código penal y Ley penal del Menor*; 7ma Edición anotada y concordada, incluyendo Ley orgánica 15/2003; Tirant lo Blanch, Valencia 2004.

### ↳ Principio de legalidad- Exigencias: ¿Ecuación garantista de la ontología de la norma jurídico penal?

El Estado debe proteger al individuo no sólo *mediante* el Derecho penal, sino también *del* Derecho penal. Es decir, que el ordenamiento jurídico<sup>115</sup> no sólo ha de disponer de métodos y medios adecuados para la prevención del delito, sino que también ha de imponer límites al empleo de la potestad punitiva, para que el ciudadano no quede desprotegido y a merced de una intervención arbitraria o excesiva del "Estado Leviatán". Frente a esto, el **principio de legalidad**, que se examinará seguidamente, sirve para evitar una punición arbitraria y no calculable sin ley o basada en una ley imprecisa o retroactiva<sup>116</sup>.

Feuerbach lo concibió como indispensable para su teoría de la coacción psicológica, Beccaria lo hizo derivar como exigencia del contrato social, pero no pasó mucho tiempo sin que se independizara de toda atadura a determinadas teorizaciones para constituirse en el fundamento formal limitador del *ius puniendi*, consagratorio del sistema de legalidad, en cuanto requiere que el razonamiento jurisdiccional para estimar si alguien puede ser castigado tenga, indispensablemente, que "comenzar por la ley" y sin poder, en su desarrollo, ser sacado de ella<sup>117</sup>.

Indudablemente para hablar del principio de legalidad hay que ubicarse en sus orígenes y es con la justicia penal de las Monarquías absolutas europeas (*Ancien Régime*) caracterizadas por una marcada irregularidad en el sistema jurisdiccional; por el desorden y multiplicidad de leyes; por los innumerables privilegios para castigar de que gozaban los señores feudales y, en particular, por el derecho del Rey o sus representantes para penar sin observar procedimiento regular alguno, donde ubico el punto de partida. Las "*maisons de force*", los "*hospitaux généraux*", las "*ordenes del rey*" o de los jefes de policía, las "*lettres de cachet*" constituían toda una práctica represiva, y superpuesta a la "*justicia regular*" (ordinaria) y

<sup>115</sup> García de Enterría, expone que el ordenamiento jurídico resulta ser una unidad con vida propia, independiente y distinta de las propias normas, que son tales, precisamente, en cuanto se integran en él. Criterio al que me afilio. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; Fernández, T. R.; *Curso de Derecho Administrativo*, I; Decimotercera Edición, Thomson-Civitas, España, 2006; p. 70. ASENSI SABATER, J.; *Constitucionalismo y Derecho Constitucional. Materiales para una introducción*; Tirant Lo Blanch; Valencia, 1996; p. 92.

<sup>116</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; p. 137. "La ley penal es, por lo tanto, particularmente importante y debe ser minuciosamente establecida y respetada. Es y debe ser, como se ha dicho desde Montesquieu y Beccaria, la regla de los ciudadanos. Debe limitar exactamente sus derechos, sus deberes y sus obligaciones, así como las sanciones a las que se exponen al violarlas. El Código debe ser la tabla de la ley, llevando grabados los preceptos y las prohibiciones limitativos completos del Derecho penal o, para decirlo con las conocidas palabras de von Listz, la Carta Magna de las libertades del delincuente". "Citando al profesor Donnedieu de Vabres en su curso de 1948 en la Academia Internacional de La Haya: la máxima *nulla poena sine lege* no es más que el coronamiento de una legislación desarrollada, codificada y llegada a su estado de fijeza (...)". GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal siuzo*; Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo LII, 1999; pp. 14-17.

<sup>117</sup> CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; Tercera Edición actualizada y ampliada; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 52.

muy frecuentemente opuesta a ella. El Soberano, directa o indirectamente, reclama, decide y ordena ejecutar los castigos. Esto se explica porque en el sistema, entonces vigente, se consideraba que "en toda infracción hay un *"crimen majestatis"* y en el más insignificante delincente un pequeño regicida en potencia". De allí que el derecho a castigar fuese considerado como un aspecto del derecho que el Soberano tiene para guerrear contra sus enemigos; un poder absoluto de vida o muerte<sup>118</sup>.

Sin embargo, no sólo es de ver, en esta forma de ejercicio del poder punitivo, la arbitrariedad real eficaz para eliminar *"nobles infidèles ou grands vassaux désobligéants"*. Se trata de algo más complejo. Si el sistema de *"lettres de cachet"* alcanzó una amplia aplicación y -al menos, durante un tiempo - una general aceptación, fue debido a la demanda de las personas privadas interesadas a eliminar (temporal o definitivamente) una de los suyos. Foucault y Farge, presentando las *"lettres de cachet de famille"*, se refieren a la puesta al servicio del público del poder absoluto del soberano. Según estos autores, tales mandatos de detención no sólo llenan los vacíos dejados por el sistema jurídico ordinario, sino que duplican el proceso y se introducen en él para modificarlo y desnaturalizarlo<sup>119</sup>.

A mediados del siglo XVIII, filósofos, juristas, magistrados, políticos, protestan y tratan de modificar ese irregular y arbitrario sistema represivo, que por su incoherencia no permitía una eficaz y general lucha contra los actos delictivos. Los objetivos de ese movimiento eran someter a un control más estricto y constante la conducta ilegal de las personas y de limitar el poder punitivo. Para alcanzar tales objetivos, se consideró necesario, junto a otros medios, dar a las disposiciones legales cierto grado de certitud. En éstas se debería, mediante la descripción de los delitos y la fijación de las penas, revelar la idea de que cada crimen y las ventajas que se esperan obtener mediante su comisión se hallan, fatalmente, vinculados con el castigo y los inconvenientes ciertos que éste acarrea. Se trató, pues, de una actitud política conducente a poner en marcha una nueva manera de ejercer el derecho de castigar<sup>120</sup>.

Esta nueva actitud encontró su fundamento ideológico en la teoría del contrato social. Según esta teoría, "la necesidad obligó a los hombres a ceder una parte de su propia libertad al poder público; parte que, evidentemente, constituía sólo una pequeña porción, suficiente para obligar a los otros a defenderla. El conjunto de esas porciones (las más pequeñas posibles) forma el derecho de castigar, todo lo demás es abuso y no justicia; hecho y no derecho". De esta manera, se presupone que el ciudadano ha aceptado todas las leyes de la sociedad, aun aquellas de acuerdo a las cuales se le puede sancionar. Quien viola el pacto se convierte en el enemigo de toda la sociedad y participa, al mismo tiempo en el castigo que se le impone. El más pequeño delito ataca toda la sociedad; y toda la sociedad - comprendido el infractor- está presente en la más pequeña sanción. El castigo penal es,

<sup>118</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*; EDDILI, Segunda Edición, Lima, 1987, p. 72.

<sup>119</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*; EDDILI, Segunda Edición, Lima, 1987, p. 72.

<sup>120</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*; EDDILI, Segunda Edición, Lima, 1987, p. 72.

pues, una función general, coextensiva al cuerpo social y a cada uno de sus elementos. Para la justicia penal, la principal consecuencia que se deriva de tales principios es que sólo en las leyes penales se pueden establecer las conductas prohibidas y fijar las penas que les corresponden. El único titular de este poder es el legislador que representa a toda la sociedad constituida por el contrato social<sup>121</sup>.

Según plantea Claus Roxin<sup>122</sup>, en el Derecho romano<sup>123</sup> y el Derecho medieval románico preveían ya en cierta medida prohibiciones de retroactividad, pero era absolutamente usual castigar conforme al Derecho consuetudinario o al arbitrio judicial. La Constitutio Criminalis Carolina, o Peinliche Gerichtsordnung (Ordenanza de los Tribunales Penales) del emperador Carlos V, de 1532, que regía el Derecho penal común alemán, si bien remite, en sus artículos 104 y 105, fundamentalmente, al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la "buena costumbre" y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a "casos penales innominados"; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales. Pero incluso esa muy limitada vinculación a la ley de la Peinliche Gerichtsordnung se volvió a suprimir entre los siglos XVI-XVIII, sobre todo con la admisión de los "crimina extraordinaria", en los que la conducta merecedora de pena se podía sancionar, incluso sin ley, por decisión judicial.

El mencionado autor continúa confirmando que la arbitrariedad e inseguridad jurídica que ello producía preparó finalmente el cambio radical propugnado por los pensadores de finales del siglo XVI y del XVIII, que hizo posible la siguiente época de las codificaciones. A ese respecto aún no estaba en primer plano el deseo de proteger al ciudadano de la arbitrariedad del Estado, sino que se quería (sobre todo entre los pensadores del Derecho natural alemán) darles a los gobernantes del absolutismo ilustrado la posibilidad de imponer

<sup>121</sup> HURTADO POZO, José; *Manual de Derecho Penal*; EDDILI, Segunda Edición, Lima, 1987, pp. 72-73.

<sup>122</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; pp. 141-142.

<sup>123</sup> No es cosa clara cuál era el alcance del principio de reserva en el derecho romano, pues por una parte, el Fr. 131, § 1, D. 50, 16, establece la diferencia entre multa y pena, consistiendo ésta precisamente en que *poena non irrogatur, nisi quae quaque lege. vel quo alio jure specialiter huic delicto unpositu est*, de donde se deduce que se designa como multa la pena no especialmente establecida o la impuesta por el juez y que, en consecuencia, la pena sería siempre legal; sin embargo, la aplicación de las penas se veía ampliada en los casos de crímenes extraordinarios por la aplicación analógica de la ley: ". . . si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit, vel ad exemplum legis vindicandum est", Fr. 7, § 3, D. 48, 4. Buscando precedentes en el derecho romano, se invoca un texto de Ulpiano, recogido en el Digesto, en el que se establecía: "*Poena non irrogatur, nisi quae quaque lege vel quo alio iure specialiter huic delicto imposita est*". Rodríguez Mourullo, Principio de Legalidad; en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo XIV, Barcelona, 1971, pp. 882 y 883. Pero la interpretación de este precepto no es clara y, por otra parte, pueden invocarse otros muchos de la misma época, en los que se admite la analogía y los *crimina extraordinaria*". WELZEL; *Derecho Penal alemán*, traducción de Bustos y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 36. También se desconoció este principio en el antiguo derecho germánico, que se regía fundamentalmente por la costumbre. WELZEL; *Derecho Penal alemán*, traducción de Bustos y Yáñez Pérez, Santiago de Chile, 1970, p. 37.

su voluntad del modo más amplio posible frente a los jueces; y para ello eran necesarias regulaciones en forma de leyes exactas. Pero ese deseo coincidió con las ideas liberales de la Ilustración, tendentes a la autolimitación del poder estatal, y que se impusieron ampliamente en las obras legislativas de la post-Ilustración.

Fue Anselm Feuerbach quien, entre fines del siglo XVIII e inicios del XIX, en el cuadro de una valorización de los derechos del hombre realizada por la tradición iusnaturalista-iluminista, vinculó de manera clara la tutela de la libertad y la dignidad del individuo con la realización de la función de la pena -vista en términos de prevención general negativa mediante la definida y rigurosa afirmación del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*<sup>124</sup>, es decir, de la legalidad y la certeza del derecho penal. El empeño de Feuerbach por establecer la primacía de la ley penal era funcional, ante todo, a la realización de la idea del Estado de Derecho en el campo de la legislación penal.

El principio de legalidad no nació, entonces, con su dimensión eminentemente tecnicista: la claridad de los conceptos penalistas, la precisa determinación de las figuras jurídicas expresan exigencias de tipo político-jurídico de derivación liberal. Tales exigencias son, en esencia, dos y están vinculadas entre sí. La primera, de alcance más amplio, concierne a la realización de uno de los motivos fundamentales del pensamiento de Feuerbach, es decir, la defensa del ciudadano frente al poder estatal, con la consiguiente definición de límites precisos a la potestad pública y con el sometimiento del soberano mismo a los vínculos de la ley. La segunda exigencia es de carácter más estrictamente político-criminal y está vinculada con la concepción general preventiva de la pena. Si el significado de la sanción penal consiste, principalmente, en el efecto de intimidación relacionado con la conminatoria legal y si su concreta aplicación sirve sólo para reforzar la eficacia de la amenaza, entonces podrá y deberá ser aplicada sólo la pena con que la misma ley ha amenazado.

La enunciación legislativa de ese principio se encuentra en *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan sin Tierra, de 1215<sup>125</sup>, y la *Constitutio Criminalis Carolingia* germánica, de

<sup>124</sup> Fue Feuerbach quien le dio su formulación latina. Feuerbach; *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Reimpresión de la 14 edición de 1847, 1973, p. 41.

<sup>125</sup> Art. 39. *No frenman shall be taken or imprisoned, or disseised, or outlawed, or bartished, or any ways destroyed, non will we pass upon him, nor will we send upon him, save by the lawful judgement of his peers, or by the law of the land*". The text of Magna Charta, *Historian's History of the World*, vol. XVIII. p. 627. Art. 39: "Ningún hombre libre será detenido ni preso, ni desposeído de sus derechos ni posesiones, ni declarado fuera de la ley ni exiliado, ni perjudicada su posición de cualquier otra forma, ni Nos procederemos contra él, ni mandaremos a otros hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales y por la ley del país". Es este, según palabras de Eugenio Cuello Calón, el más antiguo antecedente de la máxima intangible y venerada, "nulla poena sine lege". CUELLO CALÓN, Eugenio; *Las normas penales de las modernas constituciones*; GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo IV, Fascículo I, Enero- Abril, 1951; p. 28. A la que Jiménez de Asúa añade, como más antigua y dotada de mayor sentido de defensa del pueblo, la *Charta Magna* leonesa de 1188, otorgada por Don Alfonso, rey de León y Galicia, aunque reconoce que en ella no se contiene ninguna declaración tan terminante como en la inglesa. JIMÉNEZ DE ASÚA, L; *Tratado de Derecho Penal, Tomo II*, 3 edición,

1532, que si bien no expresan la expresión moderna del principio, sientan su génesis. Así, la *Magna Charta* inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal y la *Carolingia* no prohibía la analogía *contra reo*<sup>126</sup>. En España en el Decreto de Alfonso IX en las Cortes de León de 1188.

En palabras de Muñoz Conde se podrían citar otros textos legales parecidos u opiniones doctrinales en las que se han querido ver los atisbos o precedentes del principio de intervención legalizada en la Edad Media, pero una tal enumeración o cita no tendría otro objeto que el de la vana erudición, pues, como con razón observa Jiménez de Asúa, "estos supuestos antecedentes, aunque tengan aparente parentesco con el problema que se estudia, responden a concepciones tan distintas y a vivencias tan diferentes que no podemos en verdad hallar en ellos el auténtico origen del problema que nos ocupa"<sup>127</sup>.

Siguiendo a Muñoz Conde, el origen del principio de legalidad debe buscarse, por tanto, en aquel momento histórico en el que el pueblo pasa de ser instrumento y sujeto pasivo del poder absoluto del Estado o del Monarca que lo encarna, a controlar y participar en ese poder, exigiendo unas garantías en su ejercicio. A esta situación se llega, precisamente, con la Revolución Francesa, que no fue más que la coronación del pensamiento político y filosófico del siglo XVIII<sup>128</sup>, la época del Iluminismo<sup>129</sup>. Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dice Mezger, "un *Palladium* de la libertad ciudadana"<sup>130</sup>.

Durante esa época se suceden las declaraciones de derechos fundamentales de las personas y las del principio de legalidad de los delitos y las penas, como, por ejemplo, en la *Petitions*

Buenos Aires, 1964, pp. 385 y ss. Una exposición detallada sobre el origen legislativo del principio se puede ver en: MEZGER, Edmund; *Derecho Penal. Libro de Estudios. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina, SRL; Buenos Aires, Julio, 1958; pp.63-65. Cuellón Calón manifiesta que en época no mucho más tardía se encuentran en España, en los Ordenamientos de Cortes, frecuentes disposiciones de los monarcas impregnadas de un marcado sentido de legalidad que prohíben y castigan matar, lisiar, ni tomar cosa alguna a los malhechores, hasta que no sean oídos y juzgados conforme a la ley, tal es el caso de los Ordenamientos de las Cortes de Valladolid de 1293, de las Cortes de Burgos de 1301, y de la Cortes de Medina de 1303. CUELLO CALÓN, Eugenio; *Las normas penales de las modernas constituciones*; GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo IV, Fascículo I, Enero- Abril, 1951; p. 28.

<sup>126</sup> BONNE, *Die Magna Charta und das strafgesetzliche Analogieverbot*, en Festschrift für H. Lehmann, 1937; pp. 80 y ss.

<sup>127</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*; Julio Cesar Faira, Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp. 138-139.

<sup>128</sup> ". . . sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad". BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Editorial Heliastra, Argentina, 1993, pp. 29 y ss.

<sup>129</sup> MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*; Julio Cesar Faira, Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 139.

<sup>130</sup> MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; p. 126. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, p. 59.

of Rights de los Estados americanos de Filadelfia (1774), Virginia (1776) y Maryland (1776), en la *Josephina austríaca* de 1787, y sobre todo, en la famosa *Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 26 de agosto de 1789, en la que se establecía en su Artículo 8 que: "*nadie podrá ser castigado, sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al delito y legalmente aplicada*". Esta regla fue reproducida en el art. 4 del Código Penal napoleónico. Poco después aparece también, en el *Preußisches Allgemeines Landrecht* (Derecho General del Territorio Prusiano) de 1794<sup>131</sup>. En su sentido actual, el principio de legalidad, y coincidiendo con Mir Puig<sup>132</sup>, se derivó en un principio de la teoría ilustrada del contrato social y suponía una organización política basada en la división de poderes, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto -contrato social- en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa -al menos teóricamente- al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular. Exigir que las penas se hallen previstas por la ley persigue, como se ve, que cuenten con el consenso de los ciudadanos, únicos legitimados para establecer las privaciones de derechos fundamentales que implican. El principio de legalidad no es sólo<sup>133</sup>, entonces, una exigencia de *seguridad* jurídica, que permita sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la *garantía* de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.

<sup>131</sup> ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; p. 142. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; pp. 382-384. Conjuntamente con otros principios, el de legalidad se declara núcleo principal de las normas penales contenidas en las Constituciones políticas de la anteguerra. La legalidad penal, como derecho ciudadano, se halla en la Constitución de Noruega de 1814, en la Constitución de Argentina de 1853, en la que fundidas con garantías procesales se exigía la existencia de una ley anterior al hecho castigado; en la mexicana de 1917; en la alemana de Weimar de 1919, en la peruana de 1933, en la Checoslovaca de 1920, en la Polaca de 1921, y en la yugoslava de 1921, entre otras. GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo IV, Fascículo I, Enero-Abril, 1951; pp. 29-30.

<sup>132</sup> MIR PUIG, Santiago; *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*; 2da edición, reimpresión, Euros Editores S.R.L., B de F Ltda; 2003, Julio Cesar Faira Editor; pp. 126, 127.

<sup>133</sup> Este principio, entendido en su forma abstracta, es decir, dando a la palabra *ley* el sentido de *norma preestablecida a la acción que se juzga delictiva*, es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy pueda o no acordarse. Asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda hoy ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza. SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Actualizador Guillermo Fierro; TEA: Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992; p. 136. Se realiza una valoración del alcance del principio en un doble sentido: por lo que respecta a los *actos* que pueden ser castigado, a las incriminaciones, y por lo que respecta a las *penas* que les puedan ser aplicadas, a las sanciones. GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo III, Fascículo I, Enero- Abril, 1950; pp. 17-19.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, tuvo entonces desde su aparición un doble significado<sup>134</sup>: político<sup>135</sup> y científico. En primer término, como se vio, representa una lucha contra el *ius incertum*, contra la incerteza y la inseguridad características del Derecho Penal del antiguo régimen. En cambio, con Feuerbach, adquiere un importante matiz científico, toda vez que apareció indisolublemente ligado a su particular teoría penal. Para éste autor, la pena debe cumplir una función de coacción psicológica, a fin de que los ciudadanos se aparten del delito. Para que la pena pueda desarrollar esta función es preciso que el delito y la pena misma aparezcan descritos en la ley, el amenazado tiene que conocer por qué se le conmina y con qué se le conmina<sup>136</sup>.

Por lo demás, la vigencia del principio de legalidad repercutió en la elaboración técnico-dogmática de la teoría del delito. En los primeros años del siglo XX, Beling<sup>137</sup> dedujo del principio de legalidad el fundamental concepto de tipo y la teoría de la tipicidad<sup>138</sup>. El tipo

<sup>134</sup> Claus Roxin plantea, que en concreto, se puede distinguir cuatro puntos de partida distintos, aunque conexos, en cuanto a su fundamentación, cuyo conocimiento es necesario también para una interpretación actual del principio. Para una primera división en grandes bloques se puede distinguir entre una justificación jurídico política y una jurídico penal, pudiéndose dividir ambas a su vez en dos componentes de legitimación distintos. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; pp. 144-147.

<sup>135</sup> El aspecto político del principio de legalidad predomina en la exposición de Beccaria: "*La prima conseguenza di questi principii, é che le solé leggipossono decretare la pena su i delitti, e questa autorità nonpuó risiedere chepresso il ligistatore che rappresenta tutta la società unitaper un contratto sociale*". Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764, t. III, p. 15, citado según la edición de 1973, al cuidado de Gian Domenico Pisapia. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978; p. 59.

<sup>136</sup> Para Feuerbach este principio era una consecuencia inmediata de su teoría de la pena, entendida como "coacción psicológica". La pena, según este autor, ejerce una coacción psicológica en los ciudadanos, que les hace abstenerse de la comisión de delitos. Pero para que pueda desempeñar esta función es necesario que se describan previamente en la ley las conductas prohibidas y las penas con que se conminan esas conductas. Sin esa previa descripción legislativa, el potencial delincuente no podría saber si su conducta estaba previamente prohibida y castigada y, por consiguiente, no significaría la pena una coacción psicológica para nadie. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho Penal*; Julio Cesar Faira, Editor, Buenos Aires, Argentina, 2001, p. 145.

<sup>137</sup> Beling trazó una distinción entre el "tenor literal" y el "significado esencial" del principio de legalidad. El tenor literal se identifica con la existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley que abarca la totalidad de la materia relativa a la definición de delitos y al establecimiento de las sanciones correspondientes, afectando, cuando menos, a la totalidad de las normas de las que quepa deducir la imposición o agravación de cualquier pena. Pero el significado esencial del principio de legalidad de los delitos y las penas no se agota en el requisito formal de reserva de ley, sino que comporta múltiples exigencias materiales, relativas al "quomodo" de la legislación penal. Así dice Beling, una ley que estableciese que "el que cometa una acción antijurídica e imputable será castigado según el criterio del juez" respetaría el tenor literal del principio de legalidad, pero entraría en pugna con el significado esencial del mismo, expresado en las ideas del Iluminismo. COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, pp. 60-61.

<sup>138</sup> Es un mérito sobresaliente de Beling haber mostrado, en 1906, que la efectiva vigencia del principio *nullum crimen sine lege* exige que la ley anterior, además de ser anterior reúna algunas otras condiciones y, en particular, la de que consista en la definición específica de un tipo de acción. SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Actualizador Guillermo Fierro; TEA: Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992; p. 138.

aparece como el *precipitado técnico* del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Este principio obliga al legislador a describir con claridad y precisión las acciones punibles. Para que una acción se considere tal, no bastará con que sea antijurídica, sino que será necesario que se corresponda perfectamente con alguno de los comportamientos injustos concretamente descritos en una ley penal. Es necesario, en una palabra, que la acción sea típica. En virtud del principio de legalidad, la *tipicidad* (adecuación entre el hecho real que se enjuicia, por ej., haber dado muerte a un hombre, y la descripción legal de la conducta prohibida, p. ej., acción de «matar a otro»), entra como elemento necesario en el concepto general de delito<sup>139</sup>.

Tras la delimitación del surgimiento del principio de legalidad, y bajo la perspectiva de ubicar el papel<sup>140</sup> del mencionado principio en el desarrollo hétero-integrativo de la norma jurídico penal, bajo la mirada de una teoría axiomatizada del derecho, procede examinar, sus límites. El principio de legalidad es de *carácter formal*, porque se refiere a la manera como el Estado ejerce su facultad de castigar: sólo puede hacerlo cuando una *ley* anterior a la ejecución del hecho describe a ese hecho como delito y precisa cuál es la pena que debe aplicarse a quien lo realiza. El principio consagra el imperio de la ley frente a la autoridad que detenta el poder y frente al súbdito; a la primera le señala cuándo y en qué condiciones puede hacer uso del *ius puniendi*, al segundo le informa cuáles son los comportamientos prohibidos. La *ley positiva* para lograr ese objetivo debe cumplir una triple exigencia, que se sintetiza en las expresiones latinas: *lex praevia, scripta y stricta*<sup>141</sup>.

➤ "*Lex praevia*":

Un determinado comportamiento para ser delictivo debe estar descrito como tal por *una ley promulgada con anterioridad* a la fecha de comisión del hecho. En materia penal, de consiguiente, rige el principio de *irretroactividad de la ley*, no puede operar hacia atrás, salvo de manera excepcional. En efecto, si la ley promulgada con posterioridad al hecho es *más favorable* para el imputado, a saber "cuando exima el hecho de toda pena o le aplique una pena menos rigurosa", esa ley ha de aplicarse no sólo a los hechos posteriores, sino también a aquellos actos realizados antes de su promulgación (aplicación retroactiva de la ley).

➤ "*Lex scripta*":

<sup>139</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978, pp. 59-60.

<sup>140</sup> El principio de legalidad se ha convertido así en uno de los símbolos más característicos del Estado de derecho. En él se concentran las esperanzas de que tanto el sistema como la administración de justicia penal sean transparentes, controlables y sinceros. HASSEMER, Winfred; *Persona, Mundo y Responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*; Editorial Temis S.A, Colombia, 1999; p. 5.

<sup>141</sup> MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal, Parte General*, t. I, traducido por Juan Córdoba R., Buenos Aires, 1962; p. 100-101. CREUS, Carlos; *Derecho Penal. Parte General*; Tercera Edición actualizada y ampliada; Editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, pp. 55-56. GARRIDO MONTT; *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I; Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001; pp. 31-33. SILVESTRONI H., Mariano; *Teoría Constitucional del delito*; 1ra edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004; p. 139.

La norma positiva que describe una conducta como delito y determina su sanción debe consistir en una ley *formalmente* dictada por los cuerpos legislativos (Parlamento, Congreso, Asamblea Legislativa y Poder Ejecutivo), o sea con las formalidades y en el procedimiento señalado para su formación por la Constitución Política.

➤ "*Lex stricta*":

Es insuficiente para que se cumpla con el principio de legalidad que un acto sea calificado por una ley como delito; es necesario, además, que se *describa* la conducta prohibida y se *determine* la pena a imponer. Esa es la manera de cumplir con el requisito de que la *lex* sea *stricta*. Para legislar en materia penal se exige cierta precisión, que se concreta en dos aspectos: a) la conducta prohibida ha de describirse con claridad y exhaustivamente en lo sustancial, “diferenciando una de otra adecuadamente, de modo que puedan individualizarse sin dudas; b) en la misma forma ha de precisarse la pena que corresponderá aplicar. Indudablemente, dentro de ciertos límites, toda vez que resulta imposible que indique la que concretamente el tribunal debe imponer en cada caso particular. Se cumple ese objetivo al señalar la ley los márgenes genéricos de la sanción, como son su naturaleza y los extremos de su duración, ya que es labor del juez determinarla con exactitud en la situación real que se enfrente.

Las anteriores exigencias en el marco de la moderna teoría de la decisión<sup>142</sup>, combinado con la relación individuo/entorno, garantiza un contexto paramétrico para el individuo, ya que la autonomía personal tiene ante sí un marco de acción y decisión lo suficientemente estable y acotado, previsible o predecible; o sea, sólo se pretende que el ser humano tenga la posibilidad en el más alto grado posible “de prever las consecuencias de sus acciones”<sup>143</sup>. No puede sorprender entonces que el principio en estudio, en el contexto axiomatizado del Derecho, significa *seguridad jurídica* (el ciudadano conoce con anticipación las conductas prohibidas) y *garantía política* (el Estado *no* puede amenazar a las personas con otras penas que las que han sido previamente determinadas)<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> Teoría pluridisciplinar que estudia el logro de decisiones racionales, individuales o colectivas, con miras a determinar, ante situaciones alternativas, la actuación más beneficiosa, a través del análisis formal de las estrategias que pueden seguirse. *Diccionario de filosofía en CD-ROM*. Copyright © 1996. Empresa Editorial Herder S.A., Barcelona. Todos los derechos reservados. ISBN 84-254-1991-3. Autores: Jordi Cortés Morató y Antoni Martínez Riu.

<sup>143</sup> LAPORTA, Francisco J; *Imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz*; en Revista DOXA 15-16 de 1994; pp. 137-139.

<sup>144</sup> Vale en este momento hacer referencia a los criterios que nos expone Ferrajoli, cuando nos dice: “El ideal de claridad, de la simplicidad, de la coherencia y del número limitado de las leyes, sobre todo penales, es común a toda la tradición ilustrada-de Hobbes a Montesquieu, de Voltaire y Rousseau a Filangieri, Bentham y Condorcet-, y está en la base de todo el movimiento reformador a favor de la codificación penal en Europa en el siglo XVIII”. Además consultar las excelentes notas al pie de páginas, de la 7 a la 16, del Capítulo 3, (pp. 179-180), donde se exponen los principales criterios de los mencionados pensadores sobre el tema. FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; pp. 122; 179-180.

De este modo el principio de legalidad tiene dos alcances, uno *restringido*, que corresponde al antes referido *nullum crimen, nulla poena sine legem*, y otro *amplio*, comprensivo de cuatro garantías<sup>145</sup>:

- *Garantía criminal (nullum crimen sine lege)*. Ningún hecho puede ser considerado como delito sin que una ley anterior lo haya calificado como tal.
- *Garantía penal (nulla poena sine lege)*. No podrá imponerse pena alguna que no haya sido previamente establecida por la ley.
- *Garantía de jurisdicción (nemo damnetur nisi per légale iudicium)*. Esta garantía significa que la aplicación de una pena y la declaración de la existencia de un delito han de ser consecuencia de una *sentencia judicial*, recaída en un proceso legalmente instruido, con derecho a defensa, ante tribunal competente, precisado por una ley promulgada con anterioridad al hecho que juzgará.
- *Garantía de ejecución*, que significa, a su vez, que es la *ley* la encargada de señalar la forma de cumplir la pena (oportunidad, lugar, condiciones, entre otras).

La exigencia de que la ley precise la conducta se denomina *mandato de determinación* o de *taxatividad*, que se vincula con el *tipo penal*, toda vez que al legislador le corresponde *tipificar* el delito, o sea describir los elementos subjetivos y objetivos que conforman la conducta conminada con sanción penal; el principio de tipicidad es un aspecto del mandato de determinación. Es aquí donde se concreta el significado esencial del principio de legalidad<sup>146</sup>, conjuntamente con las cuatro *prohibiciones*, que se derivan del mismo, y que en la teoría y en la práctica han alcanzado un difundido consenso<sup>147</sup>:

- De aplicación retroactiva de la ley (*lex praevia*);
- De aplicación de otro derecho que no sea el escrito (*lex scripta*);
- De extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*lex stricta*);
- De cláusulas generales indeterminadas (*lex certa*).

<sup>145</sup> Cobo del Rosal parte de considerar que son tres garantías, aunando en la primera la garantía criminal y la penal (La garantía de *legalidad propiamente tal*, que corresponde al referido *nullum crimen, nulla poena sine legem*, en cuanto sólo una ley *formalmente* dictada con *anterioridad* al hecho puede determinar que esa conducta es delito y la sanción que corresponderá al que la realiza (*lex scripta y praevia*); y que la conducta ha de ser *descrita expresamente* y la pena debe ser *determinada* (mandato de determinación -*lex stricta*-). DEL ROSAL, Cobo-VIVES, Antón; *Derecho Penal. Parte General*, T.1, Valencia, 1982; p. 77. Nos acogemos a la clasificación ofrecida por RODRÍGUEZ MOURULLO en su obra; *Derecho Penal. Parte General*; Editorial Civitas, 1978, pp. 60-61.

<sup>146</sup> COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T. M., *Derecho Penal: Parte General*; 3ra. Edición corregida y actualizada, Tirant lo Blanch, p. 61.

<sup>147</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Principios Constitucionales de Derecho Penal*; Editorial Hammurabi, S.R.L; Buenos Aires, 1999; pp. 44-45. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General*; Tomo I; Traducción de la Segunda Edición Alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal; Civitas, 1997, Madrid, España; pp. 140-141. SILVESTRONI H., Mariano; *Teoría Constitucional del delito*; 1ra edición, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004; p. 139. GRAVEN, Jaen; *Los principios de legalidad, de la analogía y de la interpretación y su aplicación en el Derecho penal suizo*; en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo III, Fascículo I, Enero- Abril, 1950; pp. 20-23.

Cada una de estas prohibiciones, coincidiendo con Bacigalupo, tiene un destinatario preciso: la exigencia de *lex praevia* se dirige tanto al legislador como al juez; la de *lex scripta*, al igual que la de *lex stricta*, al juez; por último, la de *lex certa* tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez<sup>148</sup>.

Es ante las anteriores consideraciones que estoy convencido de que el principio de legalidad bajo el prisma del derecho axiomatizado, en sede penal, juega un papel imprescindible, ya que al admitir, solamente en su seno, normas *regulativas de la desviación punible*, o sea, sólo reglas de comportamiento que establecen una prohibición, hace que solamente nos remitamos a las únicas acciones taxativamente denotadas en la ley, excluyendo de ella cualquier configuración ontológica, o en todo caso extra legal. Lo que pone en vigencia para el Derecho penal moderno, la máxima: *auctoritas, non veritas facit legem*: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal.

Todo lo anterior configura el criterio que sostiene Ferrajoli<sup>149</sup> y con el cual coincido, de que la ley no puede calificar como penalmente relevante cualquier hipótesis indeterminada de desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, exactamente identificables como tales y, a la vez, adscribibles a la culpabilidad de un sujeto. Lo que ha motivado dos logros fundamentales de la teoría clásica del Derecho penal. El primero es la garantía para los ciudadanos de una esfera intangible de libertad, asegurada por el hecho de que al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, nada de lo que la ley no prohíbe es punible, sino que es libre o está permitido. El segundo es la igualdad jurídica de los ciudadanos ante la ley: las acciones o los hechos, cualquiera que los cometa, pueden realmente ser descritos por las normas como “tipos objetivos” de desviación y, en cuanto tales, ser previstos y probados como presupuestos de iguales tratamientos penales; mientras que toda prefiguración normativa de “tipos subjetivos” de desviados no puede dejar de referirse a diferencias personales, antropológicas, políticas o sociales y, por tanto, de concluir en discriminaciones apriorísticas.

Es aquí donde podemos entonces afirmar que el principio de legalidad, que bajo el aforismo, *nullum crimen, nulla poena sine lege* se describe, se convierte en un axioma que se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y el delito y; como condición de la vigencia o de la existencia de las normas que prevén penas y delitos, es en cambio una condición de validez o legitimidad de las leyes vigentes.

El principio de legalidad se identifica, en primer lugar, con la reserva relativa de ley, entendiendo “ley” en el sentido formal de acto o mandato legislativo; y se limita a prescribir la sujeción del juez a las leyes vigentes, cualquiera que sea la formulación de sus

<sup>148</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Principios de Derecho Penal. Parte general*, 2da edición, 1990, p. 32 y ss; CEREZO Mir, *Curso de Derecho Penal Español*, 2da edición., 1984, p. 190 y ss; COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, 3ra edición, 1990, p. 60 y ss; Mir Puig, *Derecho penal. Parte general*, 3ra edición, 1990, p. 84 y ss.

<sup>149</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; p. 36.

contenidos, en la calificación jurídica de los hechos juzgados. En segundo lugar, se identifica en cambio con la reserva absoluta de ley, entendiendo “ley”, en el sentido sustancial de norma o contenido legislativo; y prescribe además que tal contenido esté formado por supuestos típicos dotados de significado unívoco y preciso, por lo que es posible su empleo como figuras de cualificación en proposiciones judiciales verdaderas o falsas y resulta así garantizada la sujeción del juez solamente a la ley<sup>150</sup>.

Estos presupuestos teóricos que he descrito tiene para el Derecho Penal el mismo valor teórico-práctico que la Teoría de la Relatividad de Einstein para la Física del mundo. Puesto que su mayor postulado axiomático, tal como nos dice Ferrajoli<sup>151</sup>, garantiza la inmunidad de los ciudadanos respecto de intervenciones punitivas infundadas o arbitrarias, y que al ser la savia de la teoría de la responsabilidad penal, no solo son presupuestos epistemológicos de racionalidad del juicio, sino también regulativos de justicia formal<sup>152</sup>.

No puedo, entonces, hablar del significado actual del mencionado principio en la llamada sociedad de riesgo y su trascendencia para el Derecho penal, sin antes sentar las tareas a las que se enfrenta la perspectiva garantista para una filosofía analítica del Derecho penal.

Al respecto nos dice Ferrajoli<sup>153</sup>: *“Más exactamente, dentro de una perspectiva garantista, identificaré cinco tareas que un sistema penal positivo, con sus carencias y sus aporías, abre a una filosofía analítica del garantismo penal: 1) la elaboración, de jure condendo, de técnicas de formación de los lenguajes legal y jurisdiccional capaces de satisfacer en el máximo grado, más allá de las ingenuas ilusiones de la filosofía penal ilustrada, las reglas semánticas con las que hemos caracterizado los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad; 2) la clarificación de las condiciones y los procedimientos que permitan, sin formalismos inútiles, la verificación procesal y la comprensión equitativa; 3) el desarrollo en el plano teórico-político de criterios pragmáticos idóneos para limitar y disciplinar la hétéro-integración potestativa del ordenamiento; 4) la crítica externa e interna de las leyes y de las decisiones judiciales conforme a sus fuentes de legitimación y de deslegitimación política y jurídico-constitucional; 5) el análisis de todos los espacios de discrecionalidad que caracterizan el juicio penal, con el fin de someterlos a las formas de argumentación racional propias de los juicios de valor y de exponerlos a la responsabilidad política y al control público”*.

De aquí surge nuestra adscripción a la profundización en la primera tarea, que en esta investigación ya se cumple parcialmente, toda vez que hemos diseñado los fundamentos

<sup>150</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; p. 95.

<sup>151</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; p. 97.

<sup>152</sup> Tal como nos dice Ramón de la Cruz Ochoa, el principio de legalidad constituye uno de los elementos centrales de toda sociedad. DE LA CRUZ OCHOA, Ramón; COBO ROURA, Narciso; *Diké: diez notas (críticas) sobre el acceso a la justicia*. Revista Temas: Cultura, Ideología y Sociedad; Número 59/ Julio-Septiembre, 2009; La Habana, Cuba; p. 85.

<sup>153</sup> FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Editorial Trotta, Madrid, 1989; pp. 176-177.

teóricos sobre lo que se sustenta la ontología de la norma jurídico penal, bajo una teoría axiomatizada del Derecho.

El principio *nullum crimen sine lege*, resultado de una laboriosa conquista de la cultura humana, no puede ser considerado como la culminación de un proceso cerrado y concluido definitivamente. Antes al contrario, la experiencia jurídica y política posterior a la vigencia de aquél, nos ha revelado aspectos nuevos del problema, que muestran la necesidad de reforzarlo, ya que puede ser violado *en su sustancia*, sin necesidad de recurrir a una derogación expresa<sup>154</sup>.

Nuevos problemas que hoy transitan por las dificultades de *vertebración interna de las sociedades*, y el *vértigo al relativismo*<sup>155</sup>, sociedades en la que se constata la ausencia de referencias de «*auctoritas*» o de principios generalizables<sup>156</sup>, mientras prevalece el pragmatismo del caso o la búsqueda de la solución consensuada, sin premisas materiales a partir de las que buscar el consenso, todo motivado por el desarrollo acelerado de la sociedad de riesgos<sup>157</sup>.

Una mirada a las palabras de Silva Sánchez, me ubican en tan complicado entramado para el principio de legalidad<sup>158</sup>. Es innegable que la población experimenta una creciente dificultad de adaptación a sociedades en continua aceleración. Así, tras la revolución de los transportes, la actual *revolución de las comunicaciones* da lugar a un vértigo derivado de la falta -sentida y probablemente asimismo real- de dominio del curso de los acontecimientos, que no puede sino traducirse en términos de inseguridad. Por otro lado, las personas se hallan ante la dificultad de obtener una auténtica *información* fidedigna en una sociedad -la de la economía del conocimiento- caracterizada por el alud de informaciones. Éstas, que de modo no infrecuente se muestran contradictorias, hacen en todo caso extremadamente difícil su integración en un contexto significativo que proporcione alguna certeza. En tercer lugar, debe señalarse que la aceleración no es sólo una cuestión de la técnica, sino precisamente también de la vida. La lógica del mercado reclama individuos solos, móviles,

<sup>154</sup> SOLER, Sebastián; *Derecho Penal Argentino*; Actualizador Guillermo Fierro; TEA: Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992; p. 137.

<sup>155</sup> SMART; *Postmodernity*, London, New York, 1993, p. 111.

<sup>156</sup> Lo señaló Juan Pablo II, que al aludir a lo postmoderno y sus corrientes de pensamiento, sella críticamente que «... según algunas de ellas, el tiempo de las certezas ha pasado irremediablemente; el hombre debería ya aprender a vivir en una perspectiva de carencia total de sentido, caracterizada por lo provisional y lo fugaz». *Fides et Ratio*, Capítulo VII, núm. marg. 91.

<sup>157</sup> Esto es, una sociedad en la que los riesgos se refieren a daños no delimitables, globales y, con frecuencia, irreparables; que afectan a todos los ciudadanos; y que surgen de decisiones humanas. Una descripción resumida en: BECK, Ulrich; *De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo*; traducción Del Río Herrmann, en “Revista de Occidente”, núm. 150, noviembre 1993, pp. 19 y ss. PÉREZ DEL VALLE, Carlos; *Sociedad de riesgos y Derecho penal*, Revista Poder Judicial, 1996, números. 43-44, pp. 61 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, Revista Poder Judicial, 1997, núm. 48, pp. 289 y ss. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, Revista Poder Judicial, 1997, núm. 48, pp. 289-321.

<sup>158</sup> No ajustar el Derecho Penal a estas nuevas exigencias implica la pérdida de la relevancia social que éste ha de tener. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, Revista Poder Judicial, 1997, núm. 48, pp. 289-321.

pues éstos se encuentran en mejores condiciones para la competencia mercantil o laboral. De modo que, en esta línea, las nuevas realidades económicas, a las que se han unido importantes cambios ético-sociales, han ido dando lugar a una inestabilidad emocional-familiar que produce un vértigo adicional en el ámbito de las relaciones humanas<sup>159</sup>.

En respuesta<sup>160</sup> a problemas tan relevantes, en la sociedad actual se producen dos importantes efectos entrelazados: por un lado, el aumento y la dispersión de las opciones y, por otro lado, el crecimiento y la propagación de los riesgos; lo que ha conllevado al florecimiento de dos importantes características que claramente repercuten, en las legislaciones penales de finales del siglo XX y se desarrolla aceleradamente en el presente siglo. Por una parte, la conveniencia de dejar de lado en la técnica legislativa el resultado, dado que éste exige una precisa relación de imputación con la acción y, en consecuencia, acudir a los delitos de peligro y, entre estos, a los delitos de peligro abstracto. Y, por otra parte, la necesidad de flexibilizar los tipos penales mediante el *recurso a la técnica de las normas penales en blanco*<sup>161</sup>.

Las razones hasta aquí expuestas sobre determinadas causas epistemológicas, favorecen la entronización de la norma jurídico penal, desde una perspectiva axiomatizada del Derecho, en la sociedad de riesgos.

---

<sup>159</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*; Segunda Edición, Revisada y Ampliada; Civitas, Madrid, España, 2001; pp.33, 34.

<sup>160</sup> En el momento actual existen varias tendencias claramente diferenciables: Los puntos de vista *individualistas* defienden la protección de los bienes jurídicos desde la óptica de la lesión del individuo como titular de los mismos. Las tendencias *colectivistas*, por el contrario, buscan la protección de bienes jurídicos colectivos, esto es, supraindividuales. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; *El moderno Derecho penal para una sociedad de riesgos*, Revista Poder Judicial, 1997, núm. 48, pp. 289-321.

<sup>161</sup> BACIGALUPO, Enrique; *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, Madrid, 1994, págs. 218 y ss.