

CONEXIÓN NORMATIVA DE SENTIDO ENTRE EL DERECHO PENAL Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Rafael MÁRQUEZ PIÑERO

SUMARIO: I. *Los fundamentos jurídicos y éticos del derecho.* II. *Distintas teorías éticas en la actualidad.* III. *El derecho penal y la ciencia del derecho penal.* IV. *El debido proceso y la imputación objetiva.* V. *El impacto sociológico moderno en la ciencia del derecho penal y en el propio derecho penal.*

I. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y ÉTICOS DEL DERECHO

Sin duda, la obtención de la justicia es un problema a solucionar en la vida comunitaria, en el proceso social, pero trascendiendo de este plano nos encontramos con la necesidad de una aplicación correcta del derecho, como un estadio superior del conocimiento y del impacto en la vida comunitaria.

Cabe mencionar que los más grandes penalistas alemanes (es decir, la avanzada brillante del penalismo mundial), como Hans Welzel, Reinhart Maurach, Claus Roxin, Günther Jakobs, Bernd Schünemann, Wolfgang Frisch, Michel Köhler, se señalan como profesores de filosofía del derecho y de derecho penal.

Toda una pléyade de consideraciones nos indican que es imposible establecer, adecuadamente, los conceptos de filosofía, derecho y ciencia jurídica, sin apoyarnos en los rasgos distintivos de la moderna filosofía, es decir, del tránsito de lo abstracto a lo concreto. Personalmente, estimo que la filosofía es una ciencia al cuadrado, ya que tiene la enorme capacidad de cuestionarse a sí misma.

Podemos considerar que existen dos alternativas viables, respecto de las cuestiones delimitadoras del campo de la jurisprudencia ética: la primera alternativa consiste en sustituir la pregunta “¿cuáles son los ideales a los que debemos adecuar el orden jurídico?” por la interrogante “¿cuáles son los ideales a los que se adecua de hecho el orden jurídico?”.

Este procedimiento elimina la jurisprudencia ética a favor de la jurisprudencia analógica. Las cuestiones *teoréticas* que interesan no son, actualmente, los requerimientos de una demostración “racional”; “cognoscitiva”; “objetiva”; “universal” y “necesaria”, de la validez de algunas normas jurídicas, en contraposición a otras.¹

La segunda alternativa consiste en modificar no sólo la pregunta, sino también el *status* lógico de su respuesta. Los defensores de la ética normativa consideran a dichas reglas como categóricamente válidas o inválidas. Todo lo anterior abre un abanico de posibilidades de estar conforme con lo dicho o de estar conforme con ellos.²

Dentro del ámbito de la segunda alternativa, pues, la disputa entre los partidarios y los adversarios de la ética normativa no se refiere a si las normas jurídicas requieren o no de otras normas para su convalidación. Versa, más bien, sobre la objetividad de la norma de convalidación. La interrogante: *¿es ésta un puro y simple juicio (esto es, una aserción algo susceptible de ser verdadero o falso), o es, en parte, un juicio, y, en parte, algo distinto, o no es en absoluto un juicio?*

Los críticos de la ética normativa afirman que las normas no son juicios puros y simples, y por esta razón no son juicios filosóficos puros y simples. Por consiguiente, no hay respuestas a las preguntas de la jurisprudencia

¹ Nakhnikian, George, *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*, México, Fontamara, 2004, pp. 10, 11 y 12.

Los señalamientos indicados *ut supra* constituyen más bien “los requerimientos de una explicación causal de las normas jurídicas, que busca sus fuentes en factores tales como la voluntad del electorado, o la dinámica de la psicología individual o social o los determinantes culturales autónomos. Éstas son cuestiones empíricas no filosóficas. Tal es, en efecto, la posición del positivismo lógico en filosofía, y la del positivismo jurídico en derecho”.

² *Idem.* “(a) En que la cuestión normativa de la jurisprudencia ética tiene sentido y no puede ser reducida a la cuestión sociológica de la primera alternativa. (b) En que el problema de la convalidación de las normas jurídicas es teóricamente interesante e irreducible a explicaciones causales y, (c) En que es lógicamente imposible la convalidación de las normas jurídicas sin recurrir a otras normas”.

ética que sean *simpliciter* filosóficamente verdaderas o falsas, válidas o inválidas.

En resumen, resulta necesaria la recurrencia a la ética teórica, cada vez que se plantea la cuestión referente a la legitimidad de la ética normativa. El *status* de la ética normativa —a su vez— afecta al *status* de la jurisprudencia ética. Si admitimos la ética normativa, la jurisprudencia ética tiene que encontrar en la filosofía la solución a sus preguntas.

En el supuesto de rechazo a la ética normativa (de conformidad con la primera alternativa), las cuestiones de la jurisprudencia ética se encuentran mal planteadas, no tienen respuestas, son sin sentido, o sus respuestas son falsas de plano. Acorde con la segunda alternativa, sus respuestas no son objetivas. Todo esto nos da una idea de la complejidad del análisis de los presupuestos terminológicos y de la formulación de algunas observaciones, *in genere*, sobre la interrelación entre la ética y la jurisprudencia.³

Las teorías éticas pueden ser clasificadas en cuatro tipos: el naturalismo; el intuicionismo; la posición cognoscitiva y el neokantismo. Las tesis esenciales del naturalismo son: los enunciados éticos son juicios genuinos (por tanto, susceptibles de ser verdaderos o falsos). La verdad o la falsedad de los enunciados éticos se determinan mediante métodos de experimentación y observación propios de las ciencias naturales.

Las palabras éticas pueden definirse a través de vocablos que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas, científicamente discriminables. I. Los enunciados éticos son juicios genuinos (susceptibles de ser verdaderos o falsos). II. La verdad o la falsedad de los enunciados éticos es determinada a través de métodos de experimentación y observación característicos de las ciencias naturales. III. Las palabras éticas son definibles mediante vocablos que se refieren a propiedades de objetos o de estados de cosas científicamente discriminables.

Por lo que hace a la afirmación conjunta de I, II y III, por parte de los naturalistas, resulta equivalente a expresar que la ética normativa consti-

³ *Idem*. “La ética teórica también tiene consecuencias para la jurisprudencia analítica. Un terreno neutral común para la ética teórica y la jurisprudencia analítica es el estudio de las locuciones normativas. ¿Es la palabra ‘normativo’ un mero homónimo en las expresiones ‘éticamente normativo’ y ‘jurídicamente normativo’? ¿O son las locuciones jurídicas y éticas iguales en cuanto normativas? El teórico de la ética no tiene el monopolio de estos problemas. Un estudioso de la jurisprudencia analítica podría con igual derecho buscar su solución. Esto significa que los teóricos de la ética podrían extraer enseñanzas de la obra de los juristas analíticos y viceversa. Es esto último lo que nos interesa aquí”.

tuye una investigación empírica. El procedimiento usual es empezar por tratar de demostrar que III es admitida, entonces II se sigue de ella y I se deriva de II.⁴

El resultado de que las teorías éticas naturales son correctas vendría siendo el de que es posible la ética normativa. En el supuesto de que los juicios éticos sean cognoscitivos y empíricos pueden ser descubiertos, justificados y comunicados mediante los mismos recursos utilizados respecto de los principios morales.

Sabiendo de antemano que con el transcurso de la secuencia temporal puede alcanzarse un acuerdo sobre lo que es verdadero y lo que es falso en el terreno moral. No obstante, por lo que un principio moral tiene que ser práctico, es que sea capaz de determinar y guiar conductas, resolviendo conflictos entre principios menos generales.

Ya que la ética naturalista favorece la ética normativa, la jurisprudencia ética naturalista tiene a su disposición un conjunto de principios morales objetivos y empíricamente justificables. Lo que en conclusión nos lleva a interrogarnos sobre qué tipo de normas jurídicas debe haber. Tal pregunta podría ser contestada objetivamente y mediante elementos empíricos de convalidación. Por tanto, no habría necesidad de apelar al derecho divino a intuiciones morales autoevidentes o a decisiones finales arbitrarias e irracionales.

Por su parte, Hans Welzel⁵ nos habla de que la idea de la desigualdad *natural* entre los hombres dio lugar al derecho natural individual-revolucionario. En este sentido, puede decirse que es *una ley natural*, no que el

⁴ *Ibidem*, pp. 14 y ss. Supóngase, por ejemplo, que definimos “X es intrínsecamente bueno” como “X es deseado por sus propios méritos, por un observador normal” —donde por “un observador normal” entendemos un observador cuyos juicios fácticos son dignos de confianza— y que definimos “X es extrínsecamente bueno” como “X es causalmente necesario para realizar lo intrínsecamente bueno...”.

Así, los juicios de valor resultan ser verificables. Al construir sobre este fundamento, podríamos entonces definir “deber ser” tal vez en términos de “bueno” (por ejemplo, “X debe ser hecho” en el sentido de que “hacer X es un deber”, lo cual podría ser interpretado como que “X conduce a la realización del bien máximo”). Todo ello de modo que las proposiciones sobre deberes resultarían también empíricamente verificables.

⁵ Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicen, Montevideo-Buenos Aires, Editorial B. de F., 2005, pp. 10-12 y ss. “La común naturaleza biológica es puesta en juego para justificar la igualdad jurídica natural. Por muy insuficiente y problemática que sea la justificación, no debe pasarse por alto que, con ella, se abre paso por primera vez una gran idea ético-social: *LA IDEA DE LA HUMANIDAD*. Pero fueron no los grandes filósofos Platón y Aristóteles, sino sofistas como Licofrón, Hipias, Alcidas, quienes primero derribaron no sólo las barreras nacionales que

débil cohíba al fuerte, sino que éste rijá y conduzca a aquél, que el fuerte vaya a la cabeza y el débil le siga.

En este sentido, Tucídides afirma (en relación con la guerra del Peloponeso) la teoría de que el derecho es una función de la fuerza, y que la igualdad jurídica únicamente se basa en el equilibrio de fuerza; quien, en cambio, tiene una fuerza superior va tan lejos como le resulta posible, y el más débil no tiene más opción que doblegarse y seguirlo.

II. DISTINTAS TEORÍAS ÉTICAS EN LA ACTUALIDAD

Por su parte, el intuicionismo ha formulado fuertes críticas contra las definiciones naturalistas de los términos éticos, basándose en que en tales definiciones la frase que define no posee la fuerza normativa del término definido. La expresión “x” es “bueno”, o “x” es “correcto” tiene una fuerza normativa que —según los intuicionistas—, no aparece en “x” es “placentero” o “x” es “satisfactorio” o “x” es “deseado” por sus propios méritos en condiciones normales.

El clásico intuicionista, G. E. Moore, y una buena parte de los partidarios de esta teoría, afirman tener una captación inmediata de la no identidad de significado entre un *definiendum* ético y su *definiens* naturalista.⁶

separaban a los helenos de los bárbaros, sino también las que separaban las diversas clases dentro del Estado: *DIOS HA CREADO A TODOS LOS HOMBRES LIBRES, A NINGUNO LE HA HECHO ESCLAVO*. La nobleza es algo sin significación y que descansa tan sólo en un prejuicio. Frente al ímpetu revolucionario de esta teoría, Aristóteles trató trabajosamente de defender la tradición con su teoría del *esclavo por naturaleza*, el cual sólo tiene parte en la razón en tanto que la percibe en otros, pero sin poseerla él mismo. Y, sin embargo, esta doctrina de Aristóteles ha sido aceptada repetidamente hasta Pufendorf, con la intención de justificar por la *naturaleza* lo existente... Ya en los comienzos de la teoría iusnaturalista aparece con toda claridad la profunda problemática del derecho natural: la estructura cambiante de la naturaleza humana toma en manos de cada pensador iusnaturalista la forma que él desea... De la idea de la desigualdad *natural* entre los hombres surgió el derecho natural individual revolucionario”.

⁶ Moore, G. E., *Ensayos éticos*, trad. de Carme Castell Sauleda, Barcelona, Paidós, 1993, pp. 17-19, 89 y ss.

Definiendum = concepto a definir. *Definiens*: Es el conjunto de términos que explican el *definiendum*. La posición intuicionista en la teoría ética puede ser resumida en la siguiente forma:

- 1) Los enunciados éticos son juicios; son verdaderos o falsos.
- 2) Su valor de verdad es conocido independientemente de toda experimentación u observación características de las ciencias naturales, son conocidos *a priori* en forma no inferencial mediante una intuición racional directa (son juicios sintéticos *a priori*).

Así, suponiendo que el intuicionismo ético es verdadero, la jurisprudencia se encuentra obligada a ser racionalista. Por tanto, la consecuencia para la jurisprudencia ética es, entonces, la siguiente: las preguntas de la jurisprudencia ética tienen respuestas filosóficas verdaderas o falsas, porque el intuicionismo implica lógicamente la legitimidad de la ética-normativa. Las respuestas serán juicios sintéticos *a priori*.

Por su parte, José Ferrater Mora hace contar que George Edward se ha interesado, específicamente, por el análisis de la significación de expresiones utilizadas en el lenguaje corriente, y por su intento de averiguar lo que muchos filósofos han querido manifestar al decir lo que dijeron, y qué razones existen para suponer que lo que han dicho es verdadero o falso.⁷

El vocablo “intuicionismo” puede entenderse en tres sentidos: matemático (y lógico); general (metodológico) y ético. En esta tesitura, en el primer sentido, “intuicionismo” designa una cierta dirección de la actual lógica y filosofía de la matemática. En los artículos “Matemática y tercero excluido (principio del)”, el profesor Ferrater Mora⁸ señala que se han proporcionado algunos datos sobre la tendencia intuicionista en matemática y partidarios de la misma.

Enfocando dichas problemáticas, el profesor Mario Bunge expresa que si la ciencia se encuentra relacionada con la moral y con su teoría, cabría

Y 3) Los términos éticos, por ejemplo: “bueno”, “correcto”, nombran propiedades normativas objetivas no naturales, no pueden ser definidos en términos que se refieren a propiedades empíricas.

⁷ Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, K-P, edición actualizada por el profesor Josep-María Terricabras, Barcelona, Ariel, 2001, pp. 2457 y ss.

“El método analítico de Moore consiste en gran parte en una *práctica* del método más que en una dilucidación del mismo. Ello no quiere decir que no pueda también averiguarse en qué consiste el método, pero hay que aceptar el hecho de que ninguna formulación del método en términos de *reglas* puede agotarlo. Por otro lado, el doble interés de Moore antes descrito hace que, aunque no sean dos métodos distintos, se trate cuando menos de dos partes muy distintas entre sí del mismo método, partes que no es legítimo, ni conveniente, confundir. A consecuencia de ello, toda exposición del *pensamiento* de Moore, inclusive sólo de su *pensamiento metódico*, choca con la dificultad de que éste solamente puede superponerse con la práctica del método y ello hace que sea más difícil exponer que seguir el método de Moore”.

⁸ Ferrater Mora, José, *op. cit.*, nota 7, pp. 1901, y ss. El autor en comentario señala: “La lógica intuicionista mantiene, pues, un criterio de *verdad* diverso del de las otras lógicas, si bien hay que advertir que tal criterio se refiere a proposiciones matemáticas y no a cualquier enunciado. Junto a dicho criterio distinto de verdad, la lógica intuicionista mantiene un criterio diverso sobre la negación y un criterio diferente sobre la existencia... De tal manera que cuando afecta entidades matemáticas se afirma, efectivamente, que una determinada entidad matemática no existe cuando su existencia no puede ser probada”.

preguntarse: ¿lo estará igualmente la filosofía que aspira a ser científica? Ambos niveles tienen una zona de contacto, no obstante que mientras la ética no se constituya plenamente como ciencia, no podrá existir una epistemología de la ética.

Efectivamente, la epistemología puede contribuir a que la ética termine de convertirse en una ciencia, de la misma forma como ha contribuido a las demás disciplinas del ser humano. Además, así como hay una moral de la investigación científica, también existe un código moral de la reflexión filosófica, que aspira a ser científica. Resumiendo, podemos citar ciertas exhortaciones que forman parte de este código.⁹

Respecto de las teorías no cognoscitivas, en este grupo se encuentran: I. los positivistas lógicos, y II. los filósofos oxonianos del lenguaje ordinario (filósofos de Oxford).

⁹ Bunge, Mario, *Ética, ciencia y técnica*, Buenos Aires, Editorial Sudamericana, 1998, pp. 61 y ss. El autor en comento indica el contenido literal de las exhortaciones del código moral: “1). *No filosofarás sobre la ignorancia* sino fundándote sobre el conocimiento; para esto empezarás por adquirirlo. O sea *primum cognoscere, deinde philosophari*. Esta máxima es una especificación de esta otra: *No simularás*, que, desde luego, es deseable respetar en toda acción y que será posible hacerlo en toda ocasión en una comunidad sin censura cultural. 2). *No te jactarás de poseer poderes cognoscitivos especiales*, de alcanzar el conocimiento por vías supraracionales o supraempíricas: aprenderás con trabajo, sin creerte dueño privilegiado de una intuición especial, visión de las esencias, sentimiento de los valores o comprensión simpática que te permitan ahorrarte el aprendizaje y la investigación y eximirte de ser criticado. 3). *Intentarás expresarte con sentido y con claridad*, formulando enunciados que, por poseer significado, sean susceptibles de ser convalidados o al menos justificados pragmáticamente: rehuirás la frase sonora pero hueca o irrefutable, no disimularás la vaciedad conceptual con un lenguaje oscuro o metafórico, no reemplazarás el análisis por el juego de palabras. 4). *Justificarás lo que afirmes*: intentarás ofrecer los medios para el test lógico o empírico de tus aserciones, y recurrirás a la autoridad solamente como expediente pragmático transitorio. 5). *No te atarás a dogma alguno*: en particular, no acatarás filosofías de iglesia ni de partido, y no te encerrarás obstinadamente en una escuela; tomarás el partido de la verdad, no cesarás de dudar, de criticar, de poner a prueba, de preguntar y preguntarte; te rectificarás cuantas veces lo exija el ajuste a la verdad, y lo harás sin vergüenza, ya que lo vergonzoso es seguir creyendo que puedan existir, fuera de las ciencias formales, verdades irrefutables y definitivas, y que un individuo o una secta puedan poseer la suma del saber. 6). *Te renovarás*: no te fossilizarás, sino que te mantendrás alerta a las grandes novedades del saber, sin intentar forzarlas en tus esquemas preconcebidos: antes bien, reajustarás de continuo tus esquemas a la novedad, aunque sin abandonar la cautela propia del sabio, que impide aclamar lo último como lo mejor o lo más verdadero. 7). *Tolerarás* toda investigación científica de hipótesis que no creas; pero serás intolerante con la ignorancia organizada, con el oscurantismo, con el mito, con las barreras a la búsqueda y la difusión del conocimiento”.

III. EL DERECHO PENAL Y LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

En cuanto a los positivistas lógicos, su representación puede ser conferida a favor de A. J. Ayer, en su libro *Lenguaje, verdad y lógica*. Ayer se muestra partidario de determinar una serie de cuestiones:

- Las definiciones naturalistas de los términos éticos son defectuosas, en función del razonamiento de los intuicionistas, ya que son la fuerza normativa del *definiendum*, que no tiene su contrapartida con el *definiens*.
- Contrariamente al intuicionismo, se expresa que las palabras normativas son “seudoconceptos”, no nombran cualidad o relación alguna, ni empírica ni lógica, los conceptos genuinos son empíricos o lógicos, por lo que para Ayer los conceptos éticos no son conceptos genuinos en absoluto.
- Para Ayer hay dos dimensiones de significado: la emotiva y la cognoscitiva; lo verificable empíricamente y certificable lógicamente agotan el significado cognoscitivo; todo lo demás es emotivo.
- Por tanto, decir que una expresión es emotiva significa que ella exterioriza o provoca una emoción.
- Exteriorizar una emoción es distinto de afirmar que se tiene la emoción, un sonrojo, un bostezo, una interjección, una orden dirigida a un ser humano (“levántate”), pertenecen todos a la categoría emotiva (no cognoscitiva), no afirman nada ni siquiera sobre sentimientos.
- Para Ayer, vocablos como “bueno”, “malo”, “deber”, “lindo”, son, desde esta perspectiva, como sonrojos y bostezos, si digo a alguien: “usted se ha comportado mal en robar ese dinero”, aquí no se afirma nada más que cuando digo simplemente: “usted robó ese dinero”, al agregar que esta acción es mala no hago ninguna afirmación nueva sobre ella; si generalizo ahora mi afirmación anterior y digo: “robar dinero es malo”, estoy formulando un enunciado que no tiene ningún significado fáctico —es decir, no expresa ninguna proposición que pueda ser verdadera o falsa—. ¹⁰

¹⁰ Ayer, A. J., *Lenguaje, verdad y lógica*, trad. de Marcial Suárez, Barcelona, Ediciones Martínez Roca, 1971, pp. 52-54, 94-96 y ss. Una teoría ética, para Ayer, “implica que la filosofía ética consiste simplemente en decir que los conceptos éticos son pseudoconceptos... No puede haber tal cosa como ciencia ética, si por ciencia ética se entiende la

Por su parte, Charles L. Stevenson, otro representante del positivismo lógico, establece:

- Refiriéndose a Ayer, manifiesta que no dice nunca el criterio distintivo del sentimiento ético o moral de otros tipos de sentimientos.
- Stevenson sitúa la distintividad de lo ético en “actitudes” que se contraponen a creencias, los desacuerdos éticos son genuinos e irreductibles, son desacuerdos de actitud.¹¹

En términos generales, las consecuencias de la teoría ética de Stevenson, en relación con la jurisprudencia, son las mismas que las del positivismo lógico. Para la jurisprudencia analítica, las consecuencias son estas:

1. Todo análisis adecuado de los conceptos jurídicos normativos debe tener en cuenta su significado emotivo.
2. No existen propiedades normativas naturales o no naturales.
3. La función normativa de los términos y principios jurídicos normativos se encuentra determinada por su capacidad de provocación de actitudes en los intérpretes.
4. Elimina la ética normativa como disciplina teorética (teoría del conocimiento).
5. Las respuestas a las preguntas de la jurisprudencia ética no se contienen en normas objetivas, ya que se fundamentan en métodos persuasivos, mediante los cuales se pretende y aspira alcanzar acuerdos de actitudes.

elaboración de un sistema moral verdadero, porque hechos, visto que dado que los juicios éticos son meras expresiones de sentimientos, no puede haber ninguna forma de determinar la validez de ningún sistema ético... en resumen: el estudioso de la jurisprudencia que adopta la teoría ética del positivismo lógico y que decide también que los conceptos jurídicos son normativos tiene que considerar a la jurisprudencia ética como una disciplina no teorética”, entendiéndolo por tal lo que se dirige al conocimiento, al estudio del mismo, no a la acción ni a la práctica.

¹¹ Stevenson, Charles L., *Ética y lenguaje*, Buenos Aires, Paidós, 1971, pp. 110, 111 y ss. El autor en comento dice: “En concordancia con los positivistas lógicos considera que las cuestiones de creencia son cuestiones de lógica o de hechos empíricos... Las actitudes, por otra parte, tienen que ver con intenciones, finalidades, deseos, intereses, preferencias, etcétera. Ya que cuando dos personas tienen un desacuerdo ético, esto significa simplemente una oposición de actitudes, porque en la ética tratamos con acuerdos y desacuerdos de actitudes”.

En lo que se refiere a los filósofos oxonianos del lenguaje ordinario (filósofos de Oxford), puede afirmarse que la filosofía de Oxford constituye una concepción revolucionaria de la actividad filosófica. Entre ellos se encuentra, en primerísimo plano, H. L. A. Hart, profesor de jurisprudencia de la Universidad de Oxford.

Hart se ocupa, primordialmente, del análisis filosófico, en donde pretende esclarecer el lenguaje, y su manera de realizarlo es a través de la aplicación típica de lo que se quiere elucidar. Así, el uso valorativo de “bueno” es prescribir elogiar o recomendar. Realmente todo análisis que evita este hecho lingüístico propone para “bueno” un uso que esté de acuerdo con su utilización típica.

Pero hay que decir, como afirma el propio Hart, en este sentido, el positivismo jurídico y la separación entre el derecho y la moral tiene su fundamento. Para Hart, en un punto de vista que el *justice* Holmes (entre otros pensadores) sostuvo, y a raíz del cual tanto aquél como los otros seguidores han sido muy criticados.¹²

No obstante, conviene hacer justicia a Holmes, independientemente de los altibajos de su reputación en los Estados Unidos, ya que seguirá siendo para los ingleses una figura histórica en la teoría del derecho, tal cosa

¹² Hart, H. L. A., *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis*, Buenos Aires, Depalma, 1962, pp. 1-3 y ss. “El jurista Inglés que dirige su atención a *Holmes* llega a ver que lo que ha tomado como algo fijo y estable está en realidad siempre en movimiento. Descubrir esto con *Holmes* es hacerlo con un guía cuyas palabras pueden dejarnos no convencidos, a veces incluso convencidos en sentido contrario, pero nunca engañados. Como nuestro *Austin*, con quien *Holmes* compartió muchas ideas y muchos ideales, *Holmes* estaba a veces claramente equivocado; pero también como *Austin*, cuando ello ocurría, *Holmes* estaba siempre equivocado claramente. Esto es, por supuesto, una virtud soberana en materia de teoría del derecho. Ya sé que se dice que la claridad no basta; ello puede ser verdad, pero todavía existen cuestiones en la teoría jurídica cuyos temas están confundidos porque se los discute en un estilo que *Holmes* hubiera menospreciado por su oscuridad. Quizás esto sea inevitable: la teoría jurídica vacila tan inciertamente en los lindes de muchos tópicos, que siempre será necesario (para usar la expresión de Bentham) que alguien “arranque la máscara del misterio” de sus rostros. Esto vale en grado preeminente para el tema de este artículo. Voces de su época nos dicen que debemos admitir algo que ha sido oscurecido por los “positivistas jurídicos” cuyos días se estiman terminados: a saber, que hay “un punto de intersección entre el derecho y la moral”, o lo que *es* y lo que *debe ser*, de algún modo están indisolublemente unidos o son inseparables, aunque los positivistas lo hayan negado. ¿Qué significan estas enunciaciones?, o más bien, ¿cuáles de las muchas cosas que ellas *pueden* significar, efectivamente significan?, ¿cuáles de ellas no aceptan los positivistas y por qué están equivocados al adoptar esa aptitud?”.

ocurrirá, porque Holmes supo equilibrar, combinándolas, dos cualidades: una, el poder imaginativo que ha estado ausente frecuentemente del pensamiento jurídico inglés; la otra, la claridad expositiva del pensamiento jurídico británico que posee.

Dos grandes utilitaristas, Jeremy Bentham y John Austin, insistieron constantemente en la necesidad de distinguir, con firmeza, y con el máximo de claridad, el derecho que es del derecho que debe ser.

IV. EL DEBIDO PROCESO Y LA IMPUTACIÓN OBJETIVA

El ilustre jurista mexicano, doctor Sergio García Ramírez, afirma que ahora existe una panorámica universal, que renueva ciertas posiciones doctrinales acerca del debido proceso, en permanente revisión y precisión, detectando la relevante influencia del derecho internacional de los derechos humanos y por la jurisprudencia dimanante de los tribunales, que tienen como tarea la interpretación y aplicación de los tratados sobre dicha materia.

El debido proceso, bajo la influencia de alguna expresión de las mismas exigencias (por lo general, *fair trial* en su versión inglesa de dichos instrumentos) tiene carta de naturalización en el derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo con lo anterior, se ha considerado un nuevo paradigma del debido proceso, y que resulta conveniente replantear éste con la cobertura de las novedades derivadas de aquella rama notable del derecho de gentes.¹³

¹³ García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXIX, núm. 117, septiembre-diciembre de 2006, pp. 637-670. El autor en comentario dice literalmente: “En buena medida, el problema central de la justicia penal en nuestro tiempo, que se proyecta sobre las contiendas acerca de derechos humanos, gira en torno al (falso) dilema entre debido proceso (*due process*) y contención del crimen (*crime control*), o bien, a la eficacia de la persecución penal instalada sobre el respeto a los derechos humanos, por una parte, y la seguridad pública, por la otra. El debate acerca del debido proceso, proyectado sobre asuntos judiciales penales de gran relevancia e influencia, pone de manifiesto la tensión existente entre las concepciones que acentúan el valor de los derechos humanos —más allá de consideraciones “prácticas”, que pudieran “relativizar” su alcance—, y aquellas otras que reclaman ponderación en el entendimiento del debido proceso, de manera que no melle el interés social en la seguridad pública”.

El profesor doctor Sergio García Ramírez (en el desempeño de sus relevantes funciones en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) enfatiza que en los casos sometidos al conocimiento de la Corte, en los que se ha aducido la existencia de crímenes gravísimos como motivo para la reacción severa del Estado. Desde luego, la Corte ha sostenido que el Estado debe combatir el delito y proteger a la sociedad, pero ha de hacerlo con respeto a los derechos humanos y estricta observancia de los principios y las normas del Estado de derecho, orientación que también aparece en otros actos de la comunidad interamericana.

Al debate, sobre la cuestión que nos viene ocupando, se añade el concepto de “mal menor”, como signo distintivo de una tercera postura, que pretende equilibrar en una especie de “justo medio realista” las exigencias extremas (en un punto absoluto respecto de los derechos, y en el otro, satisfacción irrenunciable de la seguridad), situaciones presentes en situaciones de crisis.

La tercera postura reconoce el carácter intrínsecamente reprochable de ciertas medidas que —en determinadas circunstancias— pueden considerarse admisibles siempre bajo riguroso escrutinio. El alcance de aquellas (se afirma) convendría que fuera estrictamente acotado: la resistencia a emplearlas y los límites a los que se les somete dimanarían de una aceptada condición de “medidas necesarias”, pero “moralmente problemáticas”.¹⁴

¹⁴ *Ibidem*, p. 647. García Ramírez hace constar que: A este respecto Michael Ignatieff señala que “justamente porque las medidas son moralmente problemáticas deben ser estrictamente focalizadas, aplicadas al número más pequeño posible de personas, utilizadas como último recurso y sujetas al escrutinio adversarial de un sistema democrático abierto”.

Cfr. “La democracia y el mal menor”, *Anuario de Derechos Humanos*, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Centro de Derechos Humanos, 2005, p. 17. Este artículo, traducido por los editores, constituye el primer capítulo del libro de Ignatieff, *Democracy and the Lesser Evil, Political Ethic in and Age of Terror*, Princeton University Press, The Gifford Lectures, 2004.

Cfr. García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, nota 13, p. 648. “Existe, se manifiesta una doble proyección del estado de necesidad, con diversas consecuencias en cada supuesto: *por una parte*, el estado de necesidad *justificante* que legitima la conducta: estado de peligro actual para intereses legítimos, que solamente es posible conjurar mediante lesión a los intereses, igualmente legítimos, de otra persona; y *por la otra*, el estado de necesidad *exculpante*, que no legitima la conducta pero aminora el injusto y disminuye el contenido de culpabilidad del hecho”.

Cfr. Jeschek, Hans-Heinrich, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. de Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, vol. I, pp. 482 y 658. Desde luego, el análisis del tema desde la perspectiva del derecho penal atiende a los requerimientos de esta disciplina, pero se debe considerar la pertinencia general de las reflexiones y los argumentos correspondientes, sobre todo en lo que atañe a los datos de justificación, en su caso”.

El profesor Günther Jakobs expresa que el funcionalismo jurídico-penal es concebido como aquella teoría según la cual el derecho penal se encuentra orientado a garantizar la identidad normativa, la Constitución y la sociedad.

Partiendo de esa concepción, la sociedad no es concebida (a diferencia de lo que creyó la filosofía —entroncada con Descartes— desde Hobbes a Kant) adoptando el punto de vista de la conciencia individual, como un sistema que puede componerse de sujetos que concluyen contratos, producen imperativos categóricos o se expansionan de modo similar.

No puede negarse que la historia de la filosofía nos muestra que esta última perspectiva puede ser un objeto de discusión, que sea capaz de abarcar conceptualmente durante algún tiempo los problemas existentes. Pero de igual modo que la conciencia sigue sus propias reglas, también lo hace la comunicación.

De acuerdo con lo anterior, la solución tampoco ha de buscarse en la postura antagónica con el punto de partida orientado sobre la base del sujeto; es decir, tampoco ha de buscarse en la tradicional doctrina europea aristotélica del Estado como conjunto, orientada en atención a la comunidad, aunque, desde luego, se pueda formular dentro de este modelo de sustancia social.¹⁵

La exposición más clara de la distinción entre sistemas sociales y psíquicos, que tiene consecuencia para el sistema jurídico, aunque con una

¹⁵ Jakobs, Günther, *Sociedad, norma y persona, en una teoría de un derecho penal funcional*, trad. de Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, Civitas, 2000, pp. 17 y ss. El profesor Jakobs dice literalmente: “Son funciones las prestaciones que —solas o junto con otras— mantienen un sistema. En lo que se refiere a las prestaciones, interesan aquí, aquellas del conjunto del derecho penal y, dicho expresamente, no sólo la pena. Tomada de modo aislado, la pena no es más que un mal, y si se mira la secuencia externa de hecho y pena, se produce (según la conocida expresión de Hegel) la irracional secuencia de dos males. Sólo sobre la base de una comprensión comunicativa del delito entendido como afirmación que contradice la norma y de la pena entendida como respuesta que confirma la norma, puede hallarse una relación ineludible entre ambas, y en ese sentido, una relación racional, y todo ello bajo condiciones de las que aquí habrá que hablar... La prestación que realiza el derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado ese defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, *la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo*”.

gran distancia con respecto al derecho penal, se encuentra, en esta época, en la teoría de los sistemas de Luhmann. No obstante, un conocimiento superficial de dicha teoría permite detectar rápidamente que estas consideraciones no son consecuentes con la citada teoría, y ni siquiera en lo referente a todas las cuestiones fundamentales.

Precisando toda la problemática de la imputación objetiva en derecho penal, Günther Jakobs expresa que cualquier contacto social entraña un riesgo, aun cuando todos los intervinientes actúen de buena fe: mediante un apretón de manos puede transmitirse (no obstante todas las precauciones) una infección. En el tráfico rodado cabe la producción de un accidente que, al menos mientras exista tráfico, sea inevitable.

Lo mismo puede ocurrir en otras situaciones: como por ejemplo cuando se nos sirve un alimento en mal estado, sin posibilidad de conocer tal situación. También en el caso de una anestesia médicamente indicada, que puede provocar una lesión. O en el supuesto de un niño, que puede sufrir un accidente de camino a la escuela, aunque se hayan establecido medidas de seguridad adecuadas.¹⁶

Sin embargo, la referencia a la adecuación social es demasiado genérica como para la obtención de una concreción del riesgo permitido. De ahí que, para conseguir esa concreción, frecuentemente se intenta presentar el riesgo permitido como un resultado del cálculo de costes y beneficios: el beneficio estaría ubicado por la libertad de comportamiento obtenida con la permisión de riesgos, mientras los costes serían la pérdida de aquellos bienes a cuya destrucción conduce el riesgo, siendo exigible obtener una relación recíproca.

¹⁶ Jakobs, Günther, *La imputación objetiva en derecho penal*, trad. de Manuel Cancio Meliá, México, Editorial Ángel Editor, 2002, pp. 33, 34 y ss. El profesor Jakobs dice: “Puesto que una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entrañe la total ausencia de riesgo no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediamente tolerado, como *riesgo permitido*.”

Sin embargo, la presente exposición únicamente se refiere a la permisión de aquel riesgo que necesariamente se haya vinculado a la configuración de la sociedad; se trata, por tanto, de una concreción de la adecuación social. Aquí no se toman en consideración las situaciones de justificación. El riesgo permitido no resuelve una coalición de bienes, sino que establece lo que son supuestos normales de interacción, ya que la sociedad (cuyo estado normal es el que interesa aquí) no es un mecanismo para obtener la protección de bienes, sino un contexto de interacción”.

V. EL IMPACTO SOCIOLOGICO MODERNO EN LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL Y EN EL *PROPIO* DERECHO PENAL

Puede afirmarse que, desde la antigüedad, los juristas han detectado, sin aguardar la llegada de los estudios sociológicos, que junto al derecho existen otras normatividades, otras reglas que gobiernan las relaciones interhumanas; esto ha sido especialmente significativo en relación con la moral y los restantes usos sociales. Desde luego, la definición no es fácil, y se ha dudado inclusive de su utilidad.

Si pensamos en la finalidad del derecho, que apunta hacia la realización de una serie de valores, unos de carácter eminentemente utilitarios y otros éticos *prima facie*, cabe resaltar que aun estos últimos tienen un sentido distinto de la moral. La norma moral regula la conducta humana, pero lo hace en función de los valores “trascendentes”, contempla al ser humano en su realidad individual, singular, íntima e intransferible.

La norma jurídica regula la conducta humana, pero teniendo en cuenta su repercusión sobre las demás personas, sobre la colectividad, es decir, que procura conseguir una recta convivencia social. Podría decirse que si bien la norma moral o la jurídica acentúan la intimidad del ser humano, la norma jurídica lo hace desde el punto de vista social, de sus relaciones o efectos respecto de los demás seres humanos, la norma jurídica tiende pues a la exterioridad. Junto a los usos sociales, también denominados reglas sociales,¹⁷ frente a las normas morales, fundamentalmente individuales,

¹⁷ Márquez Piñero, Rafael, *Sociología jurídica*, 2a. ed., México, Trillas, 2006, pp. 59 y ss. “En relación con las normas jurídicas los usos o reglas sociales *tienen una diferencia esencial*. El incumplimiento de dichos usos y reglas sociales tiene su sanción a través de una censura, que puede llegar a la exclusión del grupo o círculo no social, pero carecen de coercitividad impositiva como la norma jurídica. Los sociólogos actuales han intentado concretar los usos sociales. En particular, los estadounidenses han introducido dentro de los usos sociales, una subdivisión en tres planos que se ha hecho clásica:

- *Law* (derecho).
- *Mores* (usos sociales en sentido estricto).
- *Folkways* (maneras de vivir nacionales).

Los *folkways* son usos anodinos, ordinarios, de la vida cotidiana (la forma general del vestido —hecha abstracción de la moda—, el saludo, el orden de las comidas, etcétera). Son hábitos (así serían considerados) pero más que individuales o familiares, son hábitos de un país o cuando menos de un grupo social. Las *mores* son más difíciles de aprehender,

dichas reglas son colectivas, están establecidas y practicadas en función de la colectividad, son exteriores y tienen una vigencia social efectiva, no dependiente de la adhesión interna, íntima del sujeto.

George Gurvitch enfatiza la dificultad de la asociación entre sociología y derecho. De esta forma, los juristas, *stricto sensu*, se preocupan solamente del *quid juris*, mientras que los sociólogos tratan de describir el *quid facti*, haciendo un esfuerzo por reducir los hechos sociales a las relaciones de fuerza.¹⁸

Por su parte, la filosofía del derecho, apartada del empalagoso iusnaturalismo, presenta variabilidades no reducibles a la unidad. De esta manera, un clásico de clásicos, Gustav Radbruch, considera que, estrictamente hablando, la ciencia jurídica, es decir, la ciencia dogmática del derecho, en cuanto ciencia sistematizada, puede ser definida *como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo*.

La resultancia es que sitúa en el centro de la consideración la expresión “derecho positivo”, marcando así la distinción entre la ciencia jurídica, en sentido estricto, de la filosofía del derecho y de la política jurídica, que se dedican, respectivamente, al valor del derecho y de los medios para realizar dicho valor.

También cabe considerar con Radbruch, que aquí reside la distinción de la ciencia jurídica respecto de la historia del derecho y de la ciencia del

un ejemplo de ellas podría ser la unión libre (existente en los países civilizados como forma de estado civil) inferior a la institución matrimonial pero perfectamente lícito.

La diferenciación entre *mores* y *folkways*, conforme a los criterios de los sociólogos estadounidenses, es que su violación puede poner en peligro intereses ajenos (verbigracia, los hijos nacidos de la unión libre); dicho con mayor claridad, hay mayor gravedad en las *mores*.

Sin embargo, aparte de tratarse de una diferencia de grado nunca suficiente, esta distinción puede servir para delimitar la línea divisoria del lado de los *folkways*, pero no de la vertiente del derecho, con lo que subsiste el problema de la juridicidad”.

¹⁸ Cfr. Gurvitch, George, *Sociología del derecho*, trad. de Romera Vela, Buenos Aires, Editorial Rosario, 1945, pp. 1-3 y ss. En términos generales, los juristas y los jusfilósofos se preguntan si el sociólogo del derecho no se propone más que la destrucción de todo derecho en cuanto a normas, principio regulador de hechos y valoración. Por su parte, los sociólogos (o al menos un considerable número de ellos) ven inquietos la posibilidad de reintroducir juicios de valor en el estudio de los hechos sociales, y ello mediante la sociología del derecho. La función de la sociología sería la de unir lo que las tradicionales ciencias sociales han separado con arbitrariedad notoria, y, en este sentido, los sociólogos insisten en la imposibilidad de separar la realidad del derecho de la realidad social, que estiman como una totalidad indestructible”.

derecho comparado de la sociología y de la psicología jurídicas, que hacen referencia todas ellas a la existencia del derecho y a los hechos de la vida jurídica.

Situados en esta coyuntura, podemos decir que el proceso creativo del derecho positivo (en cuanto forma de ciencia jurídica) tiene tres etapas: la de la interpretación, la de la construcción y la de la sistemática.¹⁹

Para finalizar, el profesor Carlos Santiago Nino, en relación con los conceptos básicos del derecho, habla de que las descripciones del sistema jurídico hacen uso típico de un conjunto de nociones, constitutivas de un fundamento teórico para la construcción de muchos otros conceptos.²⁰

No creo que haya que agregar más nada, opinión personal, a lo que he venido desarrollando.

¹⁹ Márquez Piñero, Rafael, *El fenómeno de la renormativización del derecho penal*, México, Porrúa, 2005, pp. 39 y ss.

I. *La interpretación jurídica* investiga el sentido objetivo del derecho positivo, o sea, el sentido referente a la norma jurídica misma y no el sentido subjetivo, es decir, el pensamiento de las personas intervinientes en su creación. En esto se distingue la interpretación jurídica de la interpretación filológica.

II. *La construcción jurídica* requiere el mismo carácter metodológico que la construcción matemática, técnica, gramatical o histórica. Su finalidad es la reestructuración de cualquier institución jurídica, partiendo de sus trozos aislados por el pensamiento. En otras palabras: *la síntesis realizada sobre los resultados del análisis previo*.

III. *La sistemática jurídica* es relativa a partes más extensas del orden jurídico o al conjunto del mismo, y constituye una institución jurídica separada. En resumen: *el desarrollo de las normas específicas de todo el orden jurídico o de una de sus partes, teniendo como fundamento una idea única*.

²⁰ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 2a. ed., ampliada y revisada, Buenos Aires, Editorial Astrea, 2005, pp. 165, 166 y ss. Parafraseando al autor en comento, podemos decir, como ejemplo de tales nociones: las de sanción, responsabilidad, acto jurídico, obligación, facultad, persona jurídica y un amplio etcétera. Su basamento propicia el empleo de los mismos en casi todas las explicaciones, desarrolladas en las distintas ramas del árbol del derecho.

En este sentido, pueden diferenciarse de expresiones más estrictas, como “defraudación”, “sociedad anónima”, “hipoteca”, “matrimonio”, “seguro” y otras similares. Precisamente, la función de análisis de la significación de la terminología de los conceptos básicos integra una de las funciones de la filosofía del derecho.