

El fundamento normativo del Derecho penal(*)

Dr. JOAQUIN CUELLO
Ayudante de Derecho penal (Sevilla)

Para la filosofía del Derecho, el concepto *validez de la norma* es complejo, como complejo es el fenómeno Derecho: realidad social y orden normativo al mismo tiempo. Por eso, habla Henkel (1) del «mehrdimensionale Phänomen Recht» y, por tanto, «validez del Derecho». Esta distinción, sin embargo, no debe llevar a destruir la conexión interna del fenómeno de la validez, lo que da lugar a difíciles problemas delimitativos. El procedimiento correcto ha de ser analizar primero los diferentes significados del concepto *validez*, para destacar después una consideración totalizadora del mismo.

En primer lugar, puede hablarse de *validez fáctica o sociológica* del Derecho. «La validez fáctica de las normas jurídicas puede ser estimada bajo tres aspectos: 1. Si son seguidas por los ciudadanos en la mayoría de los casos; 2. Si encuentran en la praxis aplicación habitual; 3. Si en su ejecución tienen posibilidad de imponerse» (2). Este doble aspecto de la validez fáctica de la norma: regulativo y coactivo, nos enfrenta al problema de su constatación, pues si bien es cierto que de su no aplicación en casos aislados no debe derivarse la validez (a veces se habla del efecto positivo de la no aplicación: «präventive Funktion des Nichtswissen»), es lo cierto que una disminución considerable y rápida de su actualización determinaría la invalidez fáctica de la norma. El problema reside, repetimos, en la determinación de cuándo se ha producido una inactualización suficiente para poder afirmar la invalidez. Validez fáctica de la norma significativa, por tanto, actualización.

A continuación es necesario preguntar por la «forma» en que se produce esta validez. La cuestión nos retrotrae al estudio del conocimiento individual por quienes componen una comunidad

(*) En memoria de don José Antón Oneca.

(1) Heinrich HENKEL, *Einführung in die Rechtsphilosophie. Grundlagen des Rechts*, 2.^a ed., págs. 543-544 (existe traducción de la primera edición de esta obra: *Introducción a la filosofía del Derecho. Fundamentos del Derecho*, Madrid 1968, a cargo de E. Gimbernat). Cfr. también H. HENKEL, *Das Problem der Rechtsgeltung*, en *Festschrift für René Marcic* (editado por Fischer y otros), tomo I, Berlín 1974, págs. 63-87.

(2). HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 545.

de las normas que la regulan. Para precisar este concepto, hay que partir de que, por un lado no es necesario ni posible que todos, absolutamente todos, los miembros de la comunidad lo conozcan; y que, por otro, la norma no necesita estar *actualizada* «de facto» en dicho conocimiento colectivo, siendo suficiente que sea *actualizable*. Sin conocimiento colectivo de la norma jurídica no puede suponerse su validez.

Lo anterior nos obliga a preguntarnos sobre la causa inmediata motivadora de la eficacia (3), tema de gran tradición jurídico-filosófica (*Anerkennungstheorie*). No es este el lugar de describir la evolución de estas teorías en la historia de la filosofía del Derecho (4), pero sí de poner de relieve que dicha evolución comienza siendo una configuración individualizadora del reconocimiento (de hecho o presunto) para convertirse en otra generalizadora. Tampoco podemos ocuparnos de quién sea el sujeto que ha de llevarlo a cabo. Más importante es en esta ocasión el concepto mismo de *Anerkennung*, es decir, cuáles son las bases o presupuestos que deben concurrir en el proceso de formación y mantenimiento de la norma para poder decir que dicha norma es aceptada. En este punto, a mi manera de ver, la respuesta de nuestros filósofos-juristas es bastante incompleta, insuficiente. Para Henkel, por ejemplo, consiste en la actitud positiva dominante en una comunidad jurídica frente a su Derecho (5), con lo que da entrada a otro de los conceptos de validez a que aludíamos al principio: la *validez espiritual* (*geistige Geltung*). La conciencia del ciudadano de la validez del Derecho junto con su complemento, el poder jurídico que lo impone sobre el ánimo y voluntad de validez fáctica del Derecho.

El segundo momento de la validez de la norma es uno existencial, o sea, su *Sein als Rechtsnorm* (6). La norma existe porque tiene la validez que le conceden los órganos encargados de crearla: el Parlamento como representante del pueblo en las democracias occidentales. A este proceso se llama *positivación*. Derecho positivo significa Derecho válido. Son tres las fases: Derecho meramente pensado, Derecho válido porque ya ha sido aprobado y Derecho positivo vigente (7). Cuestión delicada en este extremo es la de qué efectos produce el Derecho que todavía no ha entrado en vigor, y si existe alguna diferencia con el Derecho sólo pensado (8).

(3) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 546-549.

(4) Cfr. Hans WELZEL, *An den Grenzen des Rechts. Die Frage nach der Rechtsgeltung*, Köln 1966, págs. 8-19; Karl ENGISCH, *Auf der Suche nach der Gerechtigkeit. Hauptthemen der Rechtsphilosophie*, München, 1971, págs. 69-81.

(5) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 548.

(6) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 550-554.

(7) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 551-552.

(8) Tienen razón Hans RYFFEL (*Grundprobleme der Rechts- und Staatsphilosophie. Philosophische Anthropologie des Politischen*, Neuwied, 1969, pág. 372, nota 1) y HENKEL (*Rechtsphilosophie*, pág. 552, nota 22) en rechazar la *ideelle Geltung* con que Rupert SCHREIBER (*Die*

Desde el momento en que la norma se positiviza se hace independiente de su creador (9). Por eso, a diferencia de lo que propugna el realismo jurídico escandinavo, la norma existe independientemente de que sus destinatarios la tengan «in mente», lo que ocurre cuando se reactualiza, cuando los órganos encargados de administrar justicia por ejemplo la aplican en el proceso. Es en este contexto donde cobra significado la *función de determinación* de la norma, pues su ser, a diferencia de la proposición lógica o matemática, es el de una prescripción, un *deber ser* (Sollensnorm), un criterio de actuar correcto. *La norma jurídica obliga a sus destinatarios.*

Esa es precisamente la tercera dimensión de la norma jurídica, su tercer fundamento de validez: *normative Geltung* (10): «Por eso, el "Sollen" instituido por la norma no es un deber puro, aespacial y atemporal; por el contrario, es uno espacio-temporal delimitado por el ente existencial que es la norma». Henkel formula de la siguiente manera la pregunta sobre el fundamento de validez normativa del Derecho: «¿Qué proporciona a la pretensión de deber de la norma su adecuación y qué fundamenta conforme a ello la obligación del destinatario de la norma a su cumplimiento?».

La tesis de Henkel es que cuando los juristas se han preguntado por el fundamento de validez del Derecho sólo han respondido a esta pregunta: el fundamento de validez *normativa* de la norma, cuando lo correcto es distinguir los planos que con anterioridad hemos descritos. Así:

a) La teoría sociológica de un Theodor Geiger, que define la obligatoriedad del Derecho como «la probabilidad con que una persona que se encuentra en una determinada situación típica normativa, destinataria de la norma, bien realice una determinada conducta, bien sea alcanzada por una reacción pública del grupo frente a conductas que se desvían del núcleo de la norma» (11). O sea, esta teoría identifica validez *normativa* con validez *fáctica*. En otro lugar (12), hemos puesto de relieve como la *Criminología*

Geltung von Rechtsnormen, Berlín, 1966, págs. 65-68) alude al Derecho meramente pensado. Este "Derecho" carece en absoluto de cualquier tipo de validez. Ahora bien, en momentos críticos de transición legislativa como el que actualmente nos ha tocado vivir, la falsa expectativa de un cambio legislativo no hecha realidad podrá ser esgrimida en determinados casos como base de un error de prohibición inevitable. Cfr. Hans-Joachim RUDOLPHI, *Unrechtsbewusstsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums*, Göttingen 1969, págs. 93-118 y 217-251; del mismo autor, en *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, tomo I, Parte general, 2.^a ed., Frankfurt, 1977, comentario al § 17, 31-43 págs. 149-152.

(9) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 552.

(10) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 554-561.

(11) Theodor GEIGER, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, Kopenhagen, 1947, pág. 161.

(12) Joaquín CUELLO, *La definición de "criminalidad"*. (Competencias del Derecho penal y de las Ciencias sociales), "Cuadernos de Política Criminal" 1980 (en prensa), "IV. La Criminología como crítica del De-

crítica parte de una tal concepción sociologista del Derecho penal y su sistema de sanciones. Con razón pone de relieve Henkel como «esta fundamentación, caracterizada como "Legitimation durch Verfahren" (Luhmann) significa por tanto para el Derecho positivo una remisión a la *fuerza coactiva fáctica* del Derecho a través del procedimiento, pero no una interpretación de su *fuerza vinculante*, en sentido de legitimidad de su pretensión de obligar» (13). Las teorías sociológicas no responden pues a la pregunta por el fundamento normativo de validez del Derecho. Y si a ello añadimos que el fundamento normativo de validez del Derecho es el *ser* del Derecho, no responden a nada que no sea puro arbitrio en donde la misma palabra *Derecho* sobra.

b) Lo mismo cabe decir de las teorías psicológicas: convencimiento de la mayoría de los ciudadanos de que la norma jurídica obliga. Además, para que el ciudadano se sienta psicológicamente obligado es necesario que previamente exista un orden jurídico objetivo frente al que se produzca aquella actitud de acatamiento. Por otra parte, y de esta objeción no se salva el propio Henkel. «la creencia de los ciudadanos en la legitimidad permite, ciertamente, robustecer el efecto regulativo del Derecho, pero no, sin embargo, fundamentar la obligatoriedad de sus normas» (14). Estas concepciones plantean el problema del *destinatario de la norma*, que es otro de los temas relacionados con el de la validez. Si se exigiese el convencimiento por parte del destinatario de su carácter vinculante, la norma no obligaría a los inimputables: enfermos mentales, niños; siendo así que la norma, como *Sollen*, tiene a *todos* por destinatarios, independientemente de que en determinados casos ese *Sollen* no se concrete en *Pflicht* (15).

c) Tampoco el positivismo jurídico da respuesta a la pregunta sobre la validez de la norma según el *Sollen* contenido en ella. Pues si aquél conduce la validez del Derecho a la voluntad del legislador, ello quiere decir que la norma será válida cualquiera que sea su contenido (16). La norma se impondrá entonces sobre la voluntad como un acto de fuerza, pero no como un «deber obligatorio».

d) Este es el mismo destino de la norma en la teoría pura del Derecho de Hans Kelsen, la validez de la norma se deriva única y exclusivamente de una norma superior de donde toma aquella su fuerza vinculante. «La institución de la norma por el legislador está fundamentada si y cuando aquél es *autorizado* por una *norma general superior*, o sea, por la Constitución vigente, anteriormente por la primera Constitución histórica y finalmente por la Grund-

recho penal. Su pretensión de universalidad. La imposibilidad de cooperación entre ambos. Anticrítica».

(13) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 555.

(14) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 554.

(15) Ver *infra*.

(16) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 556.

norm que Kelsen presupone» (17). La norma fundamental de Kelsen es por tanto una norma *vacía de contenido material* de la que no puede derivarse un *Sollen* (a no ser que por tal se entienda el propio carácter obligatorio de la misma: obligación de los órganos de justicia de aplicarla y del destinatario de elegir entre obedecerla o soportar la sanción derivada de su incumplimiento (18). Kelsen es consciente de este problema, pero considera que es una cuestión metajurídica la pregunta por la razón material de obligar de la norma.

e) Es precisamente la búsqueda de respuesta a esa pregunta lo que explica las teorías absolutas iusnaturalistas: «que no sólo ven el definitivo fundamento de autorización para el legislador del Derecho positivo en un Derecho natural previo, sino que además deducen de las normas de ese Derecho de rango superior la fuerza obligante de la norma jurídica positiva» (19), sin tener en cuenta que no existe un modelo de ordenamiento jurídico único e inalterable que valga para todos los tiempos y lugares y del que pueda derivarse sin más, obteniendo de ahí su validez, la concreta norma positiva.

f) Algo parecido ocurre con el intento de Radbruch de querer deducir la fuerza obligatoria de la norma jurídica del *fundamento de la ética*. «La moral se subordina aquí a una legislación extraña» (20): el legislador estatal. Si bien la norma estatal es pasada por el control de la conciencia moral, no deja de ser una aceptación «in toto», un «cheque en blanco», que en nada se distingue de la tesis fundamental del positivismo. Como pone de relieve Henkel (21), «en qué ámbito de la moral, sin embargo, haya de encontrarse un deber del tipo "subordinaos a la autoridad" permanece en la oscuridad».

g) Por contra, intenta Laun deducir el fundamento de validez normativa del Derecho del principio de la moralidad autónoma subjetiva, «conforme a la cual mantienen las normas del Derecho positivo su obligatoriedad de forma que el individuo en el caso particular sólo se obliga mediante una *decisión de conciencia*, mediante un acto de autolegislación» (22). Según Laun, «o bien las aprueba, experimenta en el caso concreto su aplicación como *Sollen*, como coacción interior de su conciencia o sentimiento jurídico, en cuyo caso son aquéllas para él Derecho aún en el caso de que no las cumpla; o falta esta aprobación interior, en cuyo caso son para él pura violencia, incluso si se somete a ellas». Como denuncia Henkel, esta teoría o bien lleva a la anarquía (quien no acepta la norma no es obligado por ella) o bien encierra la con-

(17) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 557.

(18) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, págs. 557-558.

(19) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 558.

(20) Gustav RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* (editado por E. Wolf y H.-P. Schneider), 8.^a ed., Stuttgart, 1973, pág. 135.

(21) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 559.

(22) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 559.

tradición de considerar suficiente dicha aceptación individual por parte de la mayoría (con lo cual la minoría no puede considerarse participe en el reconocimiento de aquélla al menos en los términos propuestos por Laun). El fundamento de obligar de la norma no puede estar en la propia decisión moral, sino en un orden supraindividual que impone deberes sobre los que rige: «obligatoriedad "objetiva" individual» (23).

h) Henkel, siguiendo a Welzel, hace derivar la validez normativa del Derecho de un concepto ético fundamental: *el Rechtsethos*: «El Ethos jurídico no se actualiza mediante la ejecución de una coacción y por medio de un orden coactivo, sino en la obligatoriedad conforme a deber de un comportamiento jurídico» (24). O sea, el legislador no legisla para dar cualquier contenido a la norma por él creada, sino que en su tarea está condicionado por un Sollen superior, el «Ethos» jurídico, «das Recht in Recht»; pues sólo eso, el «Rechtsethos» vivido como tal por el individuo, puede obligarle a respetar al norma como *Rechtspflicht*.

Welzel ha puesto de relieve a qué debe responder la pregunta sobre la validez del Derecho, que necesariamente ha de ser diferente de la imposición del simple poder. «El hombre necesita en su actuar social de un orden social que le obligue normativamente» (25). También ha descrito por qué cauces ha de discurrir ese proceso de realización del Derecho como tal orden normativo: «El Derecho es un complejo de proyectos de sentido para el ordenamiento de la vida social que sobre la base de formaciones institucionales transmitidas, bajo las condiciones concretas de su presente, son en parte continuadas, en parte formuladas y confirmadas. En ello participa tanto el trabajo del legislador como su acogida en la conciencia jurídica general, sobre todo «in medium» de jurisprudencia y doctrina jurídica. Todos ellos se encuentran sometidos a la llamada del *Sollen*: encontrar un orden correcto, justo, en el tiempo» (26).

Ahora bien, a lo que ni Welzel ni Henkel han respondido («porque para ello no existe ninguna receta de validez general») es a la pregunta sobre el cómo pueden lograrse esos «proyectos de sentido para la ordenación de la vida social». Por eso «permanece el dilema de que no puede obtenerse una obligatoriedad general estricta sobre el contenido de la exigencia del *Sollen*» (27).

* * *

(23) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 560.

(24) HENKEL, *Rechtsphilosophie*, pág. 561.

(25) WELZEL, *Macht und Recht (Rechtspflicht und Rechtsgeltung)*, en: *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, págs. 287-296, pág. 295.

(26) WELZEL, *Rechtsgeltung*, págs. 30-31.

(27) Gerhard DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik Adolf Merkels. Ein Beitrag zum Realismus in der Jurisprudenz*, Berlín, 1979, pág. 75.

Gerhard Dornseifer ha tratado de llenar esa laguna conectando con la obra de Adolf Merkel y con la filosofía del *racionalismo crítico*. Merkel, como Max Weber y Rickert, estaba convencido de que la cuestión sobre el *deber ser* se basa en una decisión sobre el *ser*. Como empirista, rechaza Merkel la concepción idealista según la cual la evolución de las *formas de vida* es un desarrollo de valores (*Wertverwirklichung*); por el contrario, el criterio obtenido con el análisis histórico «permanece dependiente de la sensibilidad de cada nueva generación» (28). Dornseifer ha puesto de relieve las dificultades que presenta una concepción como la de Merkel como consecuencia de su punto de partida evolucionista: «Poder y Derecho coinciden si la decisión conforme a poder se consigue de acuerdo con las convicciones éticas fundamentales de la mayoría de los ciudadanos. Por tanto, el legislador o cualquier otra autoridad no pueden derivar el Derecho correcto de la "evolución histórica ilustrada" si el pensamiento de la mayoría contradice dicho conocimiento» (29). Por esa razón, tiende más Merkel a elaborar el marco que posibilite una valoración realista y crítica del orden actual. Que ello no es suficiente para que el hombre pueda sentirse identificado consigo mismo y con la sociedad de que forma parte salta a la vista (30). Esta insuficiencia no ha pasado desapercibida. «Pero si el Derecho está necesariamente vinculado a la estructura moral cimentada del comportamiento del individuo en la comunidad, y al mismo tiempo no se produce la estricta deducción de la regla (llena de valor) correcta para la situación concreta, se suscita la pregunta de si es posible la superación del relativismo y el decisionismo» (31).

Un conocimiento inmediato de los objetos como el propuesto por Nelson, en contraposición al escepticismo científico, ha de ser rechazado pues como ha dicho Hans Albert ello sería una forma *psicologizada* de dogmatismo. Al contrario, «las construcciones teóricas deben estar abiertas a la publicidad del fracaso a través de la confrontación con el mundo real, para así aproximarse más a la verdad mediante la corrección de suposiciones y constataciones» (32). No se trata, por tanto, de descubrir qué es saber (*Gewissheit*) absoluto, sino de una aproximación paulatina a la verdad, lo que no exige nada más que una «disposición a la búsqueda inflexible de la verdad».

En estrecha conexión con la filosofía del racionalismo crítico (Popper, Albert), en la línea de Merkel y Welzel a la búsqueda de

(28) Adolf MERKEL, *Übersicht über die Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie von Dr. A. Geyer*, revisado y continuado por A. Merkel, en *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft* (editada por Holtzendorff), 5.^a ed., Leipzig, 1890, pág. 90.

(29) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 77.

(30) Ver *infra*.

(31) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, páginas 78-79.

(32) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 79.

la efectividad fáctica y legitimidad supraindividual y, conforme al consenso constitucional engendrado por el Estado democrático-liberal y social de Derecho se tratará, según Dornseifer, de mantener las reglas del juego garantizadas jurídicamente que aseguran la mayor racionalidad posible y capacidad consensual pensable (33). En definitiva, «la legitimidad se deriva del proceso de identificación, cuya fuerza es el recurso a la libertad de participación garantizada jurídicamente» (34). «El mantener la obligatoriedad de la *decisión de la mayoría* en el contexto del aseguramiento institucional y la garantía jurídica de la discusión espiritual y la argumentación alternativa es una decisión, la más de celebrar hasta ahora».

* * *

La pregunta sobre la fundamentación de los juicios de valor, de las normas (éticas, jurídicas, etc.), es uno de los grandes temas de la filosofía contemporánea (35). La filosofía actual realiza el gran esfuerzo de buscar criterios conforme a los cuales poder deducir la validez, verdad o falsedad, de aquellos juicios de valor, lo que hasta ahora sólo se postulaba de los predicados. En este contexto, ha desarrollado Jürgen Habermas (36) una *teoría pragmática de la verdad* de gran significado, a mi entender, para fundamentar la validez de la norma jurídica. Lo fascinante en Habermas es su armonización con el procedimiento acuñado por la doctrina jurídica tradicional para derivar la aplicación de la ley en el proceso de desarrollo del Derecho.

Habermas defiende una teoría consensual de la verdad acerca de los juicios de valor, entendiéndola como proceso de comunicación entre sujetos capaces de hablar y actuar frente a quienes han sostenido la imposibilidad de trasladar a este terreno criterios como los de verdad o falsedad sólo válidos para declaraciones: «La afirmación según la cual la verdad y la corrección son pretensiones de validez de manifestaciones resueltas discursivamente se extiende a relaciones pragmáticas universales, a hablantes y a situaciones en las que es posible el entendimiento, pero en ningún caso a determinadas estrategias para la obtención de declaraciones ciertas o exigencias correctas. Además, es consustancial a las pretensiones de validez que puedan ser resueltas; y de qué manera puedan ser resueltas es lo que les da sentido. Si he de interpretar un determi-

(33) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, págs. 78-81.

(34) DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik*, pág. 81.

(35) Cfr. la amplia panorámica presentada en el "Coloquio de Paderborn": Willi OELMÜLLER (editor): *Materialien zur Normendiskussion 1. Transzendentalphilosophischen Normenbegründungen*, Paderborn 1978; *Materialien zur Normendiskussion 2. Normenbegründung, Normendurchsetzung*, Paderborn, 1978; *Materialien zur Normendiskussion 3. Normen und Geschichte*, Paderborn, 1979. Entre los juristas cfr. Robert ALEXY, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt, 1978.

(36) Jürgen HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, en *Wirklichkeit und Reflexion Walter Schultz zum 60. Geburtstag* (editado por H. Fahrenbach), Pfullingen, 1973, págs. 211-265.

nado título jurídico, por ejemplo un derecho de propiedad, como tal, podré referirme a las garantías que existen para el caso de que otro cuestione mi derecho; como título jurídico podré en caso de necesidad obtener un reconocimiento general con la ayuda de procedimientos judiciales. Lo mismo ocurre con la verdad como pretensión de validez. El sentido de esta clase de pretensiones de validez consiste en la sumisión en cualquier momento y en todas partes a un «modus» especial de control. La obtención de un consenso bajo las condiciones del discurso es el "procedimiento" a través del cual se cumple una pretensión de validez discursiva y en el que consiste su sentido de verdad y corrección. (La diferencia específica entre estas dos pretensiones de validez puede ser aclarada en base a las formas del discurso conforme a las cuales se realizan)» (37).

Contra las teorías consensuales de la verdad se ha hecho una segunda objeción: «Si por "consenso" entendiésemos cualquier acuerdo casualmente obtenido, no podría servirnos evidentemente como criterio de verdad». Respuesta de Habermas: «Por eso es la "solución discursiva" un concepto normativo: el acuerdo a que podemos llegar en el discurso es sólo un *consenso fundamentado*. Este vale como criterio de verdad; pero el sentido de verdad no es la circunstancia de que se haya obtenido un consenso, sino que en cualquier momento y lugar si entramos en un discurso podremos alcanzar bajo condiciones un consenso caracterizado como *consenso fundamentado*» (38). Unas teorías de la validez de la norma que sólo quieran fundamentar su «verdad» en el consenso *qua* consenso, como las teorías consensuales expuestas más arriba (Dornseifer), no pueden evitar caer en contradicción: «Pero si sólo se permite como criterio de verdad a un consenso fundamentado, desemboca la teoría consensual de la verdad en una contradicción. Las condiciones bajo las cuales puede valer como consenso real o racional, en cualquier caso garante de la verdad, no pueden hacerse depender a su vez de un consenso».

Habermas, para fundamentar su teoría, ha precisado más aún esta objeción: «Si el sentido de verdad consiste en la posibilidad de proporcionar en un discurso una decisión positiva sobre lo correcto de la pretensión de validez problematizada, y si una decisión producida discursivamente sólo puede obtenerse en forma de consenso perseguido argumentativamente, entonces ha de mostrarse dónde reside la fuerza consensual del argumento: no puede consistir en el simple factum de que el acuerdo sea de obtener argumentativamente, sino que este mismo factum necesita de aclaración» (39). La teoría propuesta por Habermas no es una teoría consensual, la calificación por él propuesta de *Diskurstheorie* me parece mucho más afortunada: «La teoría consensual de la verdad

(37) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 239.

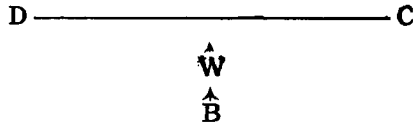
(38) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 239-240.

(39) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 240.

promete aclarar la propia fuerza, no coactiva, del mejor argumento mediante las propiedades formales del discurso, y no a través de algo que o bien subyace a la conexión argumentativa, como la consistencia lógica de las oraciones, o bien de algo que simultáneamente penetra desde afuera en la argumentación, como la evidencia de la experiencia. *La salida de un discurso no puede decidirse únicamente ni mediante la fuerza lógica ni mediante la fuerza empírica, sino a través de la "fuerza del mejor argumento". A esta fuerza la llamamos motivación racional y debe ser aclarada en el marco de una lógica del discurso...*» (40).

La lógica del discurso (en nuestro caso *jurídico*) se diferencia de la lógica formal (lógica jurídica), que proporciona las reglas de elaboración y transformación de declaraciones con contenidos de valor constantes, y de la lógica trascendental, que investiga los conceptos fundamentales relevantes para la configuración de objetos de posible experiencia (axiología jurídica o, en términos más modernos, política criminal). La lógica del discurso es una *lógica pragmática* que «investiga las propiedades formales de conexiones argumentales» (41). La argumentación jurídica no consiste en una serie de conclusiones extraídas por deducción de determinadas premisas preexistentes, sino en *Sprechakten*. El paso de un punto de la argumentación a otro no aparece fundamentado ni lógico (argumento del positivismo jurídico) ni empíricamente.

Los criterios proporcionados por la lógica formal no son suficientes para caracterizar la lógica del discurso pragmático. Un argumento puede ser *imposible* o *necesario* para fundamentar una pretensión de validez; pero con todo, el criterio más importante es el de *posible*, pues es él el que proporciona un nuevo contenido sustancial ya que al fin y al cabo «un argumento es la fundamentación que ha de motivarnos a reconocer la pretensión de validez de una afirmación o de un mandato, o sea, una valoración» (42). Habermas utiliza a esta finalidad el esquema de Toulmin (*Uses of argument*):



Se trata de justificar que del hecho D (data) (A te ha prestado 50 marcos el día 1) surja el mandato C (conclusión) (¡Debes devolver 50 marcos a A antes de que finalice el mes!) que a su vez es la valoración W (warrant) de una hipótesis inicial B (backing): Fundamentación de una norma de acción W (¡Los préstamos deben devolverse transcurrido el plazo convenido!) que se conecta con la evidencia casuística que llevó al establecimiento de la norma (efec-

(40) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 240.

(41) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 241.

(42) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 241-2442.

tos principales y secundarios de la aplicación de la norma que explican cómo ésta sirve para satisfacer determinadas necesidades: por ejemplo, el crédito posibilita un sucedáneo flexible a la escasez de recursos financieros). Aceptada la validez de las premisas (el crédito es positivo en nuestra sociedad, los préstamos deben liquidarse en la cuantía y el tiempo convenido, etc.), lo importante en la argumentación será encontrar motivos para aceptar la valoración que media entre B (hipótesis de hecho inicial en relación con la cual se estableció la valoración genérica W) y D (hecho posterior cuya valoración se cuestiona) a través de W, y que implica en los casos más interesantes una discontinuidad (*argumento sustancial*) (43).

Constituido el lenguaje de fundamentación, puede éste precisarse en base a la descripción del fenómeno en cuestión y de los datos elegidos dados por evidentes. Al elegir un determinado sistema lingüístico (en nuestro caso corresponde esa elección a la política criminal), se ha ordenado ya el fenómeno a justificar en un determinado ámbito objetivo. Los predicados fundamentales del sistema lingüístico deciden con qué clase de causas, motivos y fundamentos normativos ha de ser puesto en relación el fenómeno. La argumentación, entonces, servirá al desarrollo de implicaciones contenidas en la descripción del fenómeno gracias a su ubicación en ese concreto sistema lingüístico y conceptual, pues «sólo como elementos de su sistema lingüístico son capaces de fundamentación las afirmaciones y recomendaciones (44). *La fundamentación no establece una relación entre la premisa jurídica y la realidad, sino una coherencia entre varias premisas pertenecientes a un mismo sistema lingüístico.*

Por otra parte, lo que es más importante, el sistema lingüístico elegido decide qué clase de experiencia puede ser tenida por evidente en una determinada conexión argumentativa. Observaciones, encuestas, necesidades, etc., que deseáramos introducir en la argumentación son experiencias *interpretadas*, dependientes del sistema lingüístico en cuestión. Cierto que de la hipótesis general no se deduce la valoración puente, pero sí en cambio la fuerza argumentativa que posibilita el consenso. Lo correcto de ese paso de la hipótesis a la valoración se basa en el *principio de la inducción* (para la primera) y en el *principio de la universalidad* (para la segunda). La inducción permite incluir el hecho concreto en la hipótesis inicial, pese a que existe una discontinuidad (45). La universalización hace posible el paso de una serie de indicaciones descriptivas (consecuencias y efectos que se derivarán de aplicar la norma para satisfacer las necesidades previstas) a la norma (46).

La función que cumplen los principios de inducción y universa-

(43) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 243.

(44) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

(35) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

(46) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 245.

lidad aparece íntimamente ligada con el lenguaje de fundamentación o sistema lingüístico. Puesto que tal sistema presupone en cierta manera *experiencia*, respecto de la cual no aparece aquél como proceso de formación independiente, puede esclarecerse de esta suerte por qué es posible la inducción y la universalidad. Una y otra son respectivamente posible y necesaria a la fundamentación de afirmaciones por un lado, y de mandatos y valoraciones por otro (47).

¿Cuál es la *realidad* de los predicados básicos preservados del lenguaje fundamentados? Según Habermas (48), se trata de *esquemas cognitivos* entendidos a la manera de Piaget: «Los esquemas cognitivos son el resultado de una pugna activa del sistema de la personalidad y social con la naturaleza: aquéllos forman los procesos de asimilación y acomodación a un tiempo. El plano fundamental de estos esquemas penetra en la estructura de la personalidad y forma el aparato cognitivo; pero también los esquemas menos fundamentales y variables que se introducen como conceptos fundamentales en las teorías y otros sistemas de interpretación juegan un papel constitutivo en la construcción tanto de los ámbitos objetivos como de las estructuras de interacción. Mientras que de una parte son resultado del proceso de formación, dependiente de la experiencia, tienen estos esquemas, de otra, al mismo tiempo, validez apriorística frente a las experiencias, que son organizadas bajo ellos *como experiencia*».

Es en conexión con tal entendimiento de los predicados básicos del lenguaje fundamentador de donde se deriva el significado de la *inducción* como categoría básica de la argumentación (en nuestro caso *jurídica*). Inducción es «la repetición ejemplar precisamente del tipo de experiencia en base a la cual son formados anteriormente los esquemas cognitivos introducidos en los predicados básicos del lenguaje fundamentador». La casuística evidencia de la verdad (única posible) puede convertirse en afirmación universal *inductivamente* sólo si el sistema lingüístico y conceptual elegido admite los resultados del desarrollo cognitivo: «éste garantiza precisamente eso que queremos llamar "adecuación" de un lenguaje fundamentador a un determinado ámbito objetivo, que ha llegado a ser relevante de una determinada manera». Y continúa Habermas (49): «En esa medida obtiene también el desarrollo cognitivo, indirectamente, una garantía para la validez de las declaraciones que son *posibles* en el sistema descriptivo que de él depende».

De lo anterior se derivan también las limitaciones de la inducción: «Los datos admitidos a confirmación o rechazo inductivamente, son solucionados inevitablemente por el sistema lingüístico elegido, de tal manera que la *experiencia* no representa sin más

(47) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 245-246.

(48) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 246.

(49) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 246.

una instancia independiente de control» (50). Por esa razón precisamente no puede ser utilizado directamente el dato sociológico en la interpretación jurídica, frente a lo que recientemente ha pretendido algún sector de la doctrina (51). Ahora bien: ¿Significa esto que no existe relación alguna entre el lenguaje jurídico y la realidad? No, lo único que ocurre es que la «inducción garantiza la coherencia de las declaraciones universales introducidas en una argumentación con otras declaraciones universales que puedan ser hechas *en el seno del mismo sistema lingüístico*; este procedimiento no confronta a *oraciones individualizadas*, sino a un sistema lingüístico *en su totalidad* con la realidad». Por tanto, «la relación del lenguaje fundamentador con la realidad está ya regulada por un previo proceso de aprendizaje fundamentador con la realidad está ya regulada por un previo proceso de aprendizaje evolutivo, es decir, mediante el desarrollo cognitivo que, puesto que determina a los predicados básicos del sistema lingüístico elegido, procede a cualquier posible argumentación particular *en ese lenguaje*. ¿En base a qué, sino a la confrontación de las oraciones particulares con la experiencia interpretada, consiste la fuerza consensual del argumento?».

Ahora bien: ¿Cuándo es adecuado un sistema lingüístico al ámbito de su objeto? Frente a Piaget y C. F. v. Weizsäcker, para los que *adecuación y verdad* se corresponden con la realidad mediante adecuación a los esquemas cognitivos (entendidos como *realidad* constituida a través de procesos de formación) (Weizsäcker: teoría cibernética de la verdad como relación sistema-medio que se corresponde con los niveles del desarrollo cultural de la relación de adecuación de los organismos a su ambiente), ha contrapuesto Habermas cómo la verdad no puede ser concebida como adecuación de esquemas cognitivos a su ámbito objetivo, a no ser que se distinga a la verdad de las pretensiones de validez vinculadas a declaraciones: pues ni los esquemas cognitivos ni los conceptos y predicados son verdaderos o falsos. *Sólo las declaraciones, formadas sobre tales conceptos y predicados son verdaderas o falsas* (52).

(50) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 247.

(51) Cfr. Wolfgang NAUCKE, *Über die juristische Relevanz der Sozialwissenschaften*, Frankfurt, 1972 y la literatura allí criticada. De interés es la polémica suscitada con motivo de este trabajo entre su autor y Rüdiger LAUTMANN (*Wie irrelevant sind die Sozialwissenschaften für die Arbeit des Juristen?*, *Rechtstheorie* 4, 1973, págs. 57-63; NAUCKE, *Jurisprudenz und Sozialwissenschaften*, RTh, 1973, págs. 64-68). Por la cooperación de ambas disciplinas se ha pronunciado con cierto optimismo LAUTMANN, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz. Zur Kooperation beider Disziplinen*, Stuttgart, 1971; y *Justiz - die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt, 1972. Mucho más escéptico, desde el prisma de la Sociología: Fritz SACK, *Die Chancen der Kooperation zwischen Strafrechtswissenschaft und Kriminologie ? Probleme und offene Fragen*, en *Seminar: Abweichendes Verhalten II Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität* 1. (editado por K. Lüderssen y F. Sack), Frankfurt, 1975, págs. 346-385. Cfr. también mi *Definición de "criminalidad"*.

(52) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 247-248.

Por contra, la «adecuación» «es una categoría que pertenece al ámbito de la cognición, o sea, la obtención de informaciones sobre objetos de la experiencia; en esta esfera de la experiencia vinculada a acción las pretensiones de validez, como ya se mostró, no son tematizadas. Donde por el contrario, como en el discurso, se trate de hechos que son sometidos a discusión, *se cuestiona la validez de declaraciones, no la fiabilidad de informaciones o lo atinado de los actos de cognición*».

En suma, un sistema lingüístico es la condición necesaria para llevar a cabo, en su seno, declaraciones, afirmaciones (que sí pueden ser verdaderas o falsas). Al mismo pertenece la previa adecuación de los esquemas cognitivos a su ámbito objetivo; «pero eso que expresamos con el empleo de medios (siempre adecuados) cognitivos y lingüísticos son ciertamente determinados hechos que existen o no existen» (53). Si existen, se decide sobre la verdad de la declaración manifestada, pero no sobre la adecuación del sistema lingüístico empleado. Evidentemente, si éste no es adecuado faltará una de las condiciones de la verdad de la afirmación. Si, en cambio, es adecuado, podremos comprobar indirectamente las declaraciones hechas a su través. Pero *directamente* sólo será accesible si partimos de un desarrollo cognitivo entendido como proceso y aprendizaje discursivo consciente, es decir, a través de la argumentación. Y es precisamente esta exigencia la que siempre debemos presuponer cumplida cuando somos capaces de aceptar la fuerza de convicción de un argumento, es decir, cuando nos dejamos motivar racionalmente (54).

* * *

Son muchos los aspectos desde los cuales la teoría acabada de exponer puede ser de gran utilidad para la argumentación jurídica (55). A algunos nos hemos referido ya en otra ocasión (56), al poner de relieve la función de política criminal del propio Derecho penal. Si el Derecho penal es una fórmula de cohesión social en cuanto consenso de los ciudadanos para no permitirse a sí mismos determinadas conductas muy desestabilizadoras de la sociedad que forman (por ejemplo estafar), será algo más que un deseo de aquéllos que la norma que prohíbe estafar se cumpla. La regulación de la estafa en Derecho penal constituye un sistema lingüístico, con sus conceptos y principios; con una hipótesis inicial (la forma más simple de estafa: A exhibe un documento falso del que se deduce un crédito frente a B que éste satisface llevado del error que A ha suscitado, produciéndose la consiguiente pérdida patri-

(53) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, pág. 248.

(54) HABERMAS, *Wahrheitstheorie*, págs. 248-249.

(55) Cfr. la exposición de la teoría de Habermas hecha por Robert Alexy: ALEXY, *Juristischen Argumentation*, págs. 134-177.

(56) CUELLO, *Definición de "criminalidad"*, "V. Justificación del Derecho penal"; *La "ideología" de los fines de la pena*, en ANUARIO DE DERECHO PENAL, 1980, *in fine*.

monial de B, de la que se deduce la valoración subyacente a la estafa: el engaño encaminado a perjudicar patrimonialmente a terceros es un desvalor jurídico; siempre que me encuentre ante hipótesis asimilables a la inicial, estimaré la valoración jurídica negativa consiguiente.

Lógicamente, la fuerza expansiva interna de la regulación legal de la estafa nos llevará a encontrar el máximo de hipótesis que caben en su seno: nuevos contenidos sustanciales (el daño patrimonial no consiste en un simple empobrecimiento fáctico de la víctima, sino en el desvío de una perspectiva de la inversión: la víctima ha obtenido una contraprestación equivalente a su prestación, pero ha sido engañado acerca de una utilidad que en realidad no tenía la cosa vendida). Es esa fuerza expansiva de la regulación legal, convertida en lo que he llamado *configuración jurídica de la realidad*, lo que garantiza la función de cohesión de la norma, es decir, la conciencia colectiva de que todo lo subsumible en la estafa va a ser considerado como tal por los tribunales de justicia.

Por no hablar de la argumentación jurídica en sí, entendida como *Dogmática*. No es este el lugar de referirnos a los cánones de la interpretación, pero el principio de inducción, tan claramente formulado por Habermas, creo disipa toda duda y prejuicio a favor de una interpretación de la ley entendida como concreción de W (*Wertung*) en el esquema de Toulmin, frente a la rigidez de la estricta deducción con que a veces se ha identificado el principio de legalidad en Derecho penal (57).

También es necesario extraer consecuencias de la relación sistema lingüístico-esquema cognitivo-realidad. Hoy, como nunca, se habla de la necesidad de que el jurista práctico adecúe su labor de creación y aplicación del Derecho a la realidad (58). Es entonces cuando con una simplicidad irritante se pretende que el dato sociológico sea utilizado *directamente* en la argumentación jurídica. Habermas ha puesto también claramente de relieve que ello es inviable, que implica una confusión entre el plano de la *obtención de datos* y el de la *validez de declaraciones*. O sea, tan sólo a través de la conversión del dato en principios y conceptos del sistema lingüístico en cuestión podrá obtener aquél validez para la finalidad que quiere atribuírsele (¿No subyacerá a los postulados de política criminal propugnados en torno a la desincriminación del aborto un cambio en la valoración de este bien jurídico?).

Habermas ha sostenido que esquemas valorativos del tipo: tal bien jurídico debe ser protegido en nuestra sociedad, a su vez forman parte del esquema cognitivo que acompaña al niño desde que nace a través de un proceso de aprendizaje racional. Ello

(57) Conforme a criterios orientados en esta dirección he intentado interpretar la normativa concursal en nuestro Código penal. Cfr. CUELLO CONTRERAS, J., *La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: El delito "sui generis". La función de la normativa concursal (I y II)*, ANUARIO 1978, págs. 35-95; 1979, págs. 45-91 y 451-477.

(58) Ver *supra* nota 51.

explicará muchas cuestiones quizá incomprensibles a quien pueda ver el desarrollo de una sociedad desde afuera (¿por qué han de protegerse determinados tabúes como el respeto a los símbolos del Estado o el incesto?), pero que sería un error no querer tenerlos en cuenta como partes constitutivas del «páthos» de una sociedad. Naturalmente, su tratamiento adecuado no consistirá en «no contar con ellos», como si no existieran; lo racional, mejor, es saber a qué necesidades responden (59). Pero yo diría más: tales esquemas valorativos forman parte de la realidad del hombre y mediante ellos aprehende la realidad circundante. ¿Quién ha pensado que la realidad se presente ante el hombre en estado «químicamente puro»? Al contrario, el primer acto de confrontación con tales «hechos» es el de su *interpretación*, única forma que el ser humano tiene de aprehender la «realidad» (60). Por eso, el juicio de reproche de la culpabilidad, o responsabilidad penal, es un juicio acerca de la capacidad de formar y seguir o utilizar tales esquemas (61).

* * *

Con todo, el extremo más importante sobre el que la pretensión de validez de un sistema lingüístico como el jurídico ha de confrontarse es el de su relación con los destinatarios del mismo.

El problema de la esencia *valorativa* o *imperativa* de la norma es una constante en la historia reciente del Derecho penal. Ciertamente, el tema se convierte en una cuestión escolástica cuando del estudio de sus características se quiere inducir: «la norma, por tanto, es norma de valoración...». O lo contrario. Y nada más. Este planteamiento es erróneo, entre otras cosas, porque la norma es norma de valoración y determinación al mismo tiempo. Y la norma penal no es ni una cosa ni otra, sino mera sanción (62). Más importante que todo eso es cómo lleva a cabo la norma sus funciones. Y puesto que a función de valoración se reduce al análisis de cómo la comunidad organizada jurídicamente selecciona estados y procesos a proteger mediante la pena, su estudio no es de este lugar, sino de la *Axiología jurídica* o, dicho más secularmente, creación, elaboración y abstracción de bienes jurídicos. Sí nos interesa en esta ocasión, en cambio, cómo lleva a cabo la norma su función de determinación.

(59) Cfr. Winfried HASSEMER, *Theorie und Soziologie der Verbrechen*, Frankfurt, 1973, págs. 160-191.

(60) Jean PIAGET, *Psicología y Epistemología*, Barcelona, 1971, páginas 85-112 (El mito del origen sensorial de los conocimientos científicos).

(61) Siegfried HADDENBROCK, *Die Beurteilung der Schuldfähigkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, en *Kriminologische Gegenwartfragen*, fascículo 13 (editado por H. Göppinger y H. Walder), Stuttgart, 1978, págs. 161-180, págs. 174-179.

(62) Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas. Fundamentos de la Dogmática penal moderna* (traducción del alemán por E. Bacigalupo y E. Garzón Valdés de la obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954), Buenos Aires, 1977, págs. 309-312.

Nadie ha estudiado en el Derecho penal contemporáneo el proceso de concreción de la norma en deber como Armin Kaufmann (63). De nuestra exposición anterior no ha debido quedar duda de que el ser de la norma no es el de una declaración (cierta o falsa) sino el de valer o no valer, tener o no tener validez a través de su actualización dentro del sistema lingüístico donde está ubicada. Ahora bien, la norma, como producto de un juicio de valor (axiología jurídica), pretende tener validez. Armin Kaufmann ha resuelto el problema del paso que media entre la norma como ente necesariamente abstracto por estar dirigida a todos sin excepción: al ser de la norma es consustancial estar dirigida a todos (64), con su realización concreta: obligar a sus destinatarios (deber). «Mientras el juicio de valor subyacente en la norma se concreta con la realización de su objeto, la concreción de la norma ya tiene que haber tenido lugar con anterioridad. En efecto; el individuo determinado que realiza el objeto de la norma y del juicio de valor, concretando de esa manera este último, ya antes de actuar tiene que estar obligado por la norma. De otro modo fracasaría el fin motivador de la norma» (65).

Pero todavía hay un tercer plano de la existencia de la norma, cuyo desarrollo es patrimonio del finalismo: el *injusto personal*. La norma no es sólo un juicio sobre un deber, sino sobre un *deber algo* (66). El juicio de valor sobre el acto es un juicio sobre algo fáctico (hipótesis inicial del esquema de Toulmin), pero la prohibición se concreta «con respecto a un individuo determinado que entra en consideración para un acto concreto que es objeto de la norma» (67). El error de Binding estribó en el concepto de acción, mejor, *hecho* como «acción que cumple un deber como tal, o una acción que culpablemente lesiona un deber» (68). Lo que aquí falta es el *acercamiento de la norma a la realidad*, hueco que sólo puede ser llenado por una teoría final de la acción o injusto personal. Pese a distinguir Binding entre *antijuricidad* e ilícito («la antijuricidad es un elemento que se agrega a la acción y que consiste, por cierto, en la contradicción expresa entre acción y orden jurídico»; «lo ilícito, al contrario, es la acción antijurídica como un todo, es decir, el objeto junto con su predicado valorativo, o sea, la acción misma valorada y reputada antijurídica»), erró al estimar que no cabía un ilícito no culpable (69). La oposición entre objeto valorado y relación valorativa del objeto no fue suficientemente precisa por Binding que, sin embargo, acertó de lleno al establecer la relación de ambos planos (sujeto actuante y deber) en el ámbito de la culpabilidad.

(63) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 135-259.

(64) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 167.

(66) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 173.

(67) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 185.

(68) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 190.

(69) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, págs. 195-196.

A mi entender, el máximo grado de aproximación conseguido por la Dogmática penal moderna entre *orden normativo* y *comportamiento humano en sociedad* está en el «segundo camino» a que alude Binding de acceso al conocimiento de la norma («capacidad de conocer el deber») como presupuesto de *culpabilidad penal*: El segundo camino para la obtención de una conciencia actual de la norma, consiste en el conocimiento de la norma por el obligado *a través de sí mismo*, es decir, en la autodeducción de la norma, en la comprensión de sus fundamentos y del juicio de valor mediante el cual la norma se hace necesaria» (70). Welzel, en un pequeño trabajo que determinó el giro definitivo del tribunal supremo alemán hacia la teoría de la culpabilidad, demostró rotunda y convincentemente que incluso en el delito doloso, donde el conocimiento de la antijuricidad «debe existir, ello no depende de la conciencia actual, sino que la *actualización posible del conocimiento* en el momento del hecho» (71). Kaufmann ha precisado que no se trata de un conocimiento de la norma «sin ninguna conexión directa con la situación en que se genera el deber» (72): «en el momento del hecho».

Y es por este camino por donde se puede plantear en Derecho penal el problema a que aludíamos al principio de este trabajo: la fuerza de *validez de la norma*, «fundamental para la teoría de la culpabilidad en general, dado que un reproche de culpabilidad resulta impensable sin una norma "válida" y sin la capacidad de conocer esta "validez"» (73). De la doble vía de acceso al conocimiento de la antijuricidad elaborada por Binding: conocimiento directo y actualizado de la norma por un lado y autodeducción de la misma por otro, se pone de manifiesto la unilateralidad de las teorías acerca de la validez del Derecho que la hacen descansar bien en la voluntad del legislador (heteronomía) bien en la del individuo (autonomía) por ejemplo: Laun), irreductibles entre sí: «En lugar de la "ciencia del legislador" y de la razón del individuo como fuente del *conocimiento* se pone la voluntad del Estado y la voluntad individual como fuente de la validez del derecho. De esta manera, de las posibilidades objetivas de conocimiento, situadas unas al lado de las otras, se pasa a la oposición de heteronomía y autonomía como teorías de la validez, una oposición que no se resuelve mediante artificio alguno» (74). Y es precisamente a través de la *segunda vía*, ya acuñada, por donde penetra con toda claridad en Derecho penal la necesidad de su *fundamento normativo*: en cuanto conciencia por parte del individuo de que la comunidad tiene que estar necesariamente reglamentada por una *voluntad*

(70) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 217.

(71) WELZEL, *Schuld und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit*, en *Monatsschrift für deutsches Recht* (5), 1951, págs. 65 ss., pág. 66.

(72) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 221.

(73) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 223.

(74) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 225.

común de los individuos que la componen, lo que hace que su admisión no se produzca coactivamente, sino a través de un «conocimiento libre» (75).

* * *

El momento actual del Derecho penal está marcado por su rechazo, por una tendencia a convertirlo en sociología criminal (76); lo que paradójicamente coincide con una voluntad de potenciar la pena con un criterio de prevención. A este estado de cosas subyace, en mi opinión, una gran confusión. El fundamento preventivo de la pena ya lo he criticado en otro lugar (77) al que me remito. Y el rechazo del Derecho penal como *totalidad*, que coincide con la renuncia a la *teoría de las normas*: la única norma que se reconoce es la norma penal (78), no soporta una crítica desde las más modernas ciencias del hombre, considerablemente desarrolladas en los últimos años.

Es erróneo, por ejemplo, suponer que el hombre prescinde de llevar a cabo una conducta delictiva por ser ésta *punible* (pretendida función de motivación del Derecho penal) (79), como si única-

(75) KAUFMANN, *Teoría de las normas*, pág. 225.

(76) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, "II. El origen de la polémica sobre la relación Criminología-Derecho penal: Feuerbach. El positivismo italiano (Lombroso, Ferri y Garófalo). v. Liszt. Su herencia". "IV. La Criminología como crítica del Derecho penal. Su pretensión de universalidad. La imposibilidad de cooperación entre ambos. Anticrítica".

(77) Cfr. mi *Definición de "criminalidad"*, V. Justificación del Derecho penal"; y *La "ideología" de los fines de la pena*.

(78) Así, Santiago MIR PUIG, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 32-36. A mi manera de ver, existe una conexión interna entre el rechazo de la *teoría de las normas* y la función de prevención como fundamento de la pena sustentada por un amplio sector de la doctrina penal actual (pretendidamente orientada por criterios de política criminal). Cfr. la nota 79.

(79) La teoría de la *motivación*, de cierto arraigo en la doctrina penal española (Gimbernat Ordeig, Muñoz Conde, Mir Puig), es una interpretación psicoanalítica de la pena y, en consecuencia, una teoría de la *prevención general*. Como teoría *psicoanalítica*, adolece de los defectos de unilateralidad e insuficiente constatación empírica común a todas las tesis psicoanalíticas sobre la criminalidad (véase mi *Definición de "criminalidad"*, "III. A la búsqueda de un concepto criminológico de delito. La Criminología como ciencia interdisciplinaria. La llamada Criminología "moderna"). Como teoría de la prevención general emparentada con la primera interpretación propuesta por Feuerbach, por su mayor proximidad al efecto de intimidación de delincuente potencial que al de fortalecimiento de la confianza del ciudadano no delincuente en la preservación del ordenamiento jurídico, es insuficiente para una política criminal, hoy perentoria, no encaminada tanto a hacer desaparecer el delito como a crear cohesión social mediante una participación de la sociedad en los valores mínimamente necesarios para su mantenimiento. *Para esa finalidad, el Derecho penal no puede renunciar a una teoría de las normas* (Cfr. mi *"Ideología" de los fines de la pena*). Véanse: Enrique GIMBERNAT ORDEIG, *¿Tiene un futuro la Dogmática jurídico-penal?*, en *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*, Salamanca, 1971, páginas 87-109, pág. 95; Francisco MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, págs. 50-52; MIR PUIG, *Bases del Derecho penal*,

mente fuese la pena el mecanismo inhibitor del hombre a actuar de contrariedad a Derecho. C. H. von Wricht ha puesto muy claramente de relieve cómo «las reglas secundarias (la norma sancionadora es una norma secundaria) no juegan un papel característico o importante en la *explicación* de la conducta. Ello es debido a que *no son mecanismos para inducir a la gente a hacer cosas*» (80).

Entonces, si no es la pena lo que motiva a los hombres a no infringir la ley: ¿Qué es lo que realmente motiva a ello? O dicho de otra manera: ¿Cómo puede desempeñar el Derecho penal su función de cohesión social sino a través de la teoría de las normas que *necesariamente* ha de subyacerle? El hombre actúa conforme a normas, y desde pequeño orienta su comportamiento de esa manera. Ciertamente que el padre acompaña sus enseñanzas de premios y castigos, pero con ello sólo pretende reforzar la bondad o no de la norma que el niño *ya ha asimilado*, como corrobora la psicología genética (81). Esa es la forma de estar del hombre en el mundo, y a través de la misma toma contacto con la realidad, transformándola mediante el lenguaje: «El lenguaje (en nuestro caso normativo) es el vehículo por el que el hombre trasmite el resultado de sus experiencias de instalación en la naturaleza y en la sociedad». «Las ideas reguladoras manifiestan el intento de situar en un horizonte fijo y controlable (la verdad o la justicia, por ejemplo) la plasticidad y ambigüedad con que se presenta la vida humana» (82).

págs. 106-107. Yo mismo, con los autores citados, he incidido en el defecto de basar el fundamento de punición de los actos preparatorios de la participación, en cierto sentido, desde el punto de vista de la pena y no desde la ruptura de la cohesión social (*La conspiración para cometer el delito. Los actos preparatorios de la participación*, Barcelona, 1978, páginas 11-25, "Introducción": "Lo que se trata de impedir con la punición de la conspiración es el peligro que supone que varias personas se crean colocadas por encima del Ordenamiento jurídico, es decir, piensen que éste no les puede alcanzar con su sistema de sanciones", pág. 17). La formulación del fundamento, más correctamente, rezaría así: "Lo que se trata de impedir es que varias personas se sugestionen mutuamente de que la Norma, cuya validez general aceptan, en esa *concreta* situación de necesidad, de escasa importancia o de poca trascendencia social, etcétera, puede ser infringida por ellos".

(80) Georg Henrik von WRAGHT, *Explicación y comprensión*, Madrid, 1979, pág. 179.

(81) El régimen político *totalitario*, al igual que el padre *autoritario*, antes de reprimir con sanciones, la primera tarea que se impone, y de cuyo éxito depende su mantenimiento en el tiempo, es la de indocinar a sus súbditos introyectando los esquemas valorativos en base a los cuales quiere manipularlos. Frente a esta primera y principal misión, la segunda de represión de las minorías que se resisten pasa a un segundo plano. Al contrario, una educación familiar y política *emanipatoria* no puede basarse sólo en un *dejar hacer* sin intervención, sino en tratar de introyectar en el niño y en el ciudadano esquemas valorativos como el de autonomía de la personalidad o tolerancia hacia los que piensan de otra manera. Cfr. HABERMAS, *Stichworte zu einer Theorie der Sozialisation*, en: *Kultur und Kritik*, Frankfurt, 1973, págs. 118-194, y la literatura allí citada.

(82) Emilio LLEDO, *Lenguaje e historia*, Barcelona, 1978, pág. 11.