

Estructura y fines de la Norma Jurídico-Penal en el marco del Positivismo Jurídico

Resumen:

La estructura de la norma jurídico penal, así como su función y la finalidad a la cual atiende deberían orientarse en una misma dirección que respetara de una parte la estructura óptica de los elementos configuradores de la norma penal y de otra parte la naturaleza deontológica de los fines y funciones de la misma, todo ello a partir de la selección de la sanción penal como el elemento que resulta determinante en la esencia de la norma jurídico-penal, entendida como una de las tantas especies de normas que existen en el ámbito jurídico.

Palabras claves: norma jurídico-penal, finalidad, funciones, sanción penal.

Partiendo del hecho de que en el positivismo jurídico sólo es posible estudiar al Derecho en su aspecto formal y que la más perfecta expresión de esta formalidad es la norma jurídica, debemos centrar la atención en la norma jurídico penal como la extrema singularidad alcanzada por el Derecho Penal, para enmarcarla luego, y a partir de su naturaleza, en el ámbito de las funciones que cumple y de la finalidad a la que debe orientarse, que no son sino las funciones y la finalidad propias del Derecho Penal. Tal como se verá en el desarrollo de este artículo, pena y Derecho penal en cuanto a funciones y finalidades se interrelacionan en una suerte de determinación mutua en la que no es del todo posible establecer fronteras absolutamente delimitadas.

En la revisión de la doctrina jurídica, así como de la doctrina jurídico penal, se evidencia el interés de los teóricos por mostrar con claridad los distintos tipos de norma jurídica que existen, qué es lo que las hace a

todas ser normas jurídicas, a pesar de sus diferencias y cuál es su naturaleza.

En el positivismo jurídico, la caracterización de la norma jurídica se ubica, en una perspectiva metodológica, en la distinción entre el mundo del ser y del deber ser. El ser y el deber ser no son más que distintos modos del ser. El ser se expresa mediante estructuras lingüísticas que describen el devenir de los sucesos, que expresan la manera de ser de las cosas, informan sobre lo sucedido, relacionan la experiencia. El deber ser en cambio no puede expresar los fenómenos en estos términos porque el propio acontecer del fenómeno está supeditado a factores externos a él, de manera que éste puede suceder como puede no suceder y, en este orden de ideas, el mundo del deber ser no describe sino que prescribe, ordenando el que las cosas sean de una manera determinada, partiendo de una pretensión de regulación de la experiencia. El ser se maneja en el espacio propio de los fenómenos naturales cuya regularidad quebranta o afirma la regla descriptiva y el mundo del deber ser se maneja en el espacio propio de los fenómenos o experiencias humanas en el, que la contingencia en la orientación de la voluntad humana decide lo que sucederá. (García,1980,pp.252-256).

Es indudable que las normas pertenecen al mundo del deber ser y que funcionan como modelo de lo real. Son modelos *“que se presentan a la conciencia no para ser conocidos sino para ser realizados”* (García,1975,p.154). En el caso de la ciencia jurídica la idealidad que muestra el deber ser *“se transforma en una realidad efectiva, ya que el jurista no trata de penetrar la esencia de los fenómenos sino de fijar normas; para él, el único ser es el deber ser”*(Maggiore,1954,p.12).

En el escenario del deber ser Hart (1961), distingue entre norma jurídica, mandato y orden, señalando que tanto a la norma jurídica, como al mandato y a la orden, les es común el modo imperativo y que todas están impregnadas de la circunstancialidad social en la que son expresadas. La orden que el asaltante da a su víctima para que entregue el dinero, es una orden de carácter imperativo (p.p 23-26) que no puede equipararse a la norma jurídica porque está respaldada por la violencia, es lo que Hart llama "*ordenes respaldadas por amenazas*"(p.25). Por su parte el mandato refiere estructuras jerárquicas y apela a la autoridad aunque reconoce que puede estar acompañado de amenazas de daños. En su criterio el control jurídico se ejerce por directivas generales y permanentes a lo cual se une que aquellos a quienes las ordenes generales se aplican creen que con cierta probabilidad su desobediencia acarreará una sanción. En este sentido las normas jurídicas son distintas a ordenar a los demás que hagan cosas que les hemos pedido. (pp.26-29). Para Hart (1961) la norma jurídica implica que la conducta humana no es optativa, lo que reafirma su idea de imperatividad. Distingue entre normas de tipo primario, que son las que prescriben ciertas acciones y las normas de tipo secundario que son las que prevén actos que conducen a la creación y modificación de deberes y obligaciones. (pp.99-101)

En este mismo orden de ideas Bobbio (1997) se detiene en la distinción entre mandatos, consejos y peticiones, señalando que entre mandatos y consejos el criterio distintivo es la fuerza vinculante, mientras que en el caso de las peticiones se hace presente el interés del sujeto activo y no se tiene Derecho a obtener lo que se pide (p.59-66).

De otra parte Dworkin (1984) distingue entre reglas específicas, reglas generales y reglas de segundo grado. Las reglas específicas hacen referencia a una conducta determinada para elaborar a partir de ella una prohibición, un mandato, o un permiso. Las reglas generales cumplen las mismas funciones solo que en relación a conductas heterogéneas. Finalmente se encuentran las reglas de segundo grado también llamadas meta-normas que son las que regulan la interpretación, alcance y aplicación del resto de las normas y por lo consiguiente están dirigidas a los operadores del sistema de justicia. (pp.72-73)

Nino (1983) hace referencia a directivas en cuyo seno el lenguaje puede ser utilizado de manera informativa, expresiva, interrogativa, operativa y prescriptiva; resaltando, de estas últimas las que son formuladas para influir en el comportamiento de los demás; indistintamente que se obtenga lo que se pretende. Las prescripciones no tienen carácter ni verdadero ni falso pues no informan sobre la realidad, sólo puede predicarse de ellas su justicia o injusticia; conveniencia e inconveniencia su oportunidad o no; su racionalidad o irracionalidad; su eficacia o ineficacia; entre otros aspectos. En el contexto de las prescripciones se encuentran las ordenes, los mandatos y las imposiciones. (pp.63-66)

Bobbio (1997) parte de que el Derecho es una experiencia normativa en la que las normas jurídicas juegan un importante papel, convirtiéndose en el fenómeno originario de dicha experiencia. Conviene en que la norma jurídica es una proposición prescriptiva en la que pueden separarse totalmente los criterios de validez, justicia y eficacia, razón por la cual pueden conseguirse normas justas que son inválidas, normas

válidas que son injustas, normas válidas que son ineficaces, normas eficaces que son inválidas, normas justas que son ineficaces y normas eficaces que son injustas (p.p 22-24). Reconoce que el problema del carácter de la norma jurídica está en distinguir el lenguaje prescriptivo del lenguaje descriptivo y buscando tal distinción parte de tres criterios: el criterio funcional, el criterio del comportamiento del destinatario, y el criterio de valoración. Las proposiciones prescriptivas, en lo que a la función se refiere, pretenden la modificación del comportamiento del otro; en cuanto al comportamiento del destinatario refieren la aceptación de la misma a partir de su cumplimiento, y, respecto al criterio de la valoración estas proposiciones, se corresponden con los valores supremos y las fuentes primarias de producción jurídica. (pp.47-49)

En su opinión, también son criterios distintivos de las prescripciones, la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; así como la forma y la fuerza obligante de las prescripciones. Por la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo las prescripciones pueden ser autónomas o heterónomas, siendo éstas las prescripciones en las que quien dicta la norma y quien la ejecuta son personas diferentes (pp.54-57). Por la forma las prescripciones pueden ser imperativos categóricos o hipotéticos. Son imperativos hipotéticos los que prescriben una acción como buena en relación a un fin que se pretende lograr mientras que los imperativos categóricos prescriben una acción como buena en sí misma (p.57). Finalmente por la fuerza vinculante las prescripciones pueden ser mandatos o consejos. Los mandatos tienen fuerza imperativa y el comportamiento que prevén es obligatorio, mientras que los consejos tienen una finalidad persuasiva y queda bajo la potestad del individuo el acogerlos o desecharlos. (pp.60-62)

Alexy (2001) es partidario de que la conceptualización de la norma jurídica pase por una toma de postura sobre el objeto y sobre el método. Afirma que la norma jurídica es el significado de un enunciado normativo; es, en todo caso, el concepto primario respecto a dicho enunciado normativo. En su criterio la delimitación conceptual de la norma jurídica debe buscarse en sus modalidades deónticas: mandato, prohibición y permisión. Esto es lo que Alexy llama el concepto semántico de la norma jurídica que a su vez resulta ser, en su opinión, el más adecuado en lo que a la dogmática jurídica se refiere, pues no presupone ni niega la teoría ética, jurídica, ni sociológica de la validez de la norma. (pp.47-62).

Atienza y Ruiz (1966) distinguen entre principios y reglas y la comprensión de ambos conceptos depende de la perspectiva que se asuma en el análisis. Distinguen entre el enfoque estructural, el enfoque funcional y el enfoque que pone de relieve la conexión entre intereses y relaciones de poder. El enfoque estructural destaca la explicación y sistematización del Derecho, el enfoque funcional pone de relieve el razonamiento jurídico justificativo y el enfoque que conecta intereses con poder destaca la función de legitimidad del Derecho (pp.6-15).

Señalan que concretamente para el caso de la norma jurídico- penal, se manejan básicamente dos concepciones, la que aprecia la norma jurídica como imperativo y la que la ve como un juicio de valor. Como imperativo, la norma jurídico-penal es norma de determinación, esto es, mandato o prohibición dirigido al ciudadano. Como norma de valor se distingue entre la norma objetiva de valor, que establece lo injusto de la

acción, antijuridicidad, y la norma subjetiva de determinación, que establece la culpabilidad (pp.124-126). Sin embargo, separar el plano del disvalor y el plano motivacional o imperativo es insostenible, pues cuando se afirma el carácter disvalioso de un determinado comportamiento, esto implica que ese comportamiento no debe realizarse, es decir, la antijuridicidad contiene lo valorativo y lo imperativo (p.129). Finalmente, Atienza y Ruiz (1996), apelan al enfoque funcional que distingue entre normas y principios para asegurar que en este enfoque las normas son vistas como razones para la acción, es decir, que la norma es una guía de comportamiento, al tiempo que es también un criterio de valoración de la conducta. Esto es lo que hace posible distinguir en una norma el aspecto directivo o normativo y el aspecto valorativo (p.131)

Cossio (1944) al referirse a la estructura de la norma jurídico penal apuesta por una forma disyuntiva señalando que

la norma jurídica completa, que en cuanto concepto adecuado al objeto que menciona no puede menos que ser disyuntiva por la razón ontológica de la interferencia intersubjetiva, tiene dos miembros, a los que proponemos llamarlos endonorma -conceptuación de la prestación- y perinorma -conceptuación de la sanción-... para subrayar que se trata de una norma única y no de dos normas. (p.302).

Aclara que la disyunción lógica puede ser predicativa o proposicional y que su propuesta se refiere a la disyunción proposicional. Por interferencia intersubjetiva refiere la conformidad parcial que existe

entre la conducta que se describe en la norma y el concepto normativo de dicha conducta; parcialidad que viene determinada por la propia estructura disyuntiva de la norma, pues si la conducta es conforme con el primer miembro de la norma -endonorma-, la conducta es lícita o jurídica, y si es conforme con el segundo miembro perinorma-, la conducta es ilícita o antijurídica (pp.300-303).

Si se entiende por prescribir, el hecho de preceptuar o determinar algo, es casi imposible, tanto desde el punto de vista lógico como desde el punto de vista gramatical, negar la condición prescriptiva de la norma jurídica; pues, en su más pura esencia, la norma jurídica implica, tácita o expresamente “orden” y el orden exige establecer el cómo deben hacerse las cosas más allá de que la voluntad de los individuos coincida o no con lo establecido en el supuesto normativo. El Derecho se valdrá del recurso de la coactividad para imponer, por encima de la voluntad particular, sus disposiciones.

Cuando se hace referencia, en el desarrollo de este artículo, a la norma jurídico-penal, se está aludiendo a la norma jurídico penal incriminatoria -que manda o prohíbe una conducta y que la hace acompañar de una sanción- este tipo de norma resulta ser la más representativa y la que mejor consagra la propia esencia del Derecho Penal. Al hablar de Derecho Penal la asociación normativa que se hace no es precisamente con normas enunciativas ni permisivas sino fundamentalmente con las normas que ordenan hacer algo o que en su defecto prohíbe que se haga a costa de aplicar una sanción. Es decir, el Derecho Penal está básicamente constituido por normas prescriptivas de determinación, *“el Derecho Penal se expresa a través de auténticas normas y la*

*sanción ligada a ellas le pertenece específicamente” (Pérez, 1975,p.51). Sin embargo, este señalamiento no niega que en el Derecho Penal existan también normas permisivas o autorizaciones, tal es el caso de las normas que consagran las causas de justificación, las normas de tipo enunciativo, entre otras, como por ejemplo, las que consagran las circunstancias del delito, las que señalan cómo realizar el computo de las penas, entre otras.**

* La función motivadora de la norma penal ha sido particularmente resaltada por autores como Muñoz Conde, Gimbernat Ordeig y Bettiol.

Ahora bien, ¿Qué clase de prescripción es la norma jurídico-penal?
¿Cuál de sus elementos define su esencia?

Hart (1961) ha advertido que el carácter distintivo de una norma jurídica está en su pertenencia a un sistema jurídico que sea generalmente obedecido; que sea permanente y que se sostenga en la creencia generalizada de que su incumplimiento implicará una sanción (p. 32). Este señalamiento de Hart coincide con el criterio funcional que expone Bobbio, distinguiendo entre el lenguaje prescriptivo y el lenguaje descriptivo, como carácter distintivo de lo jurídico-normativo propiamente dicho y en razón del cual con el lenguaje prescriptivo se pretende modificar el comportamiento de los demás, lo que en ningún modo implica que esta modificación se consiga realmente. En el mismo orden de ideas se expresa Nino al desarrollar las distintas facetas de la función directiva del lenguaje entre las que se cuenta la de “prescribir” mediante órdenes, mandatos e imposiciones, que no son sino modos de influir en el comportamiento de terceros.

Otro de los aspectos asociado con el criterio de distinción de lo jurídico normativo en sí, es la imperatividad, que apoyada en el carácter coactivo del Derecho ha resultado atractiva para teóricos como Binding, Bierling, Ihering, Thon, Carnelutti, Del Vecchio, Ferneck y Mir Puig, entre otros., como criterio determinante para la identificación de lo jurídico-normativo.

El criterio de Binding, ampliamente conocido en la dogmática jurídico-penal, distingue entre la ley y la norma penal. El delincuente cumple con el precepto punible de la ley penal, toda vez que materializa el supuesto de hecho que la constituye; en cambio violenta el principio de prohibición de la norma penal, que no es sino el mandato que va dirigido al ciudadano y que conceptualmente contiene el bien protegido por la ley penal. (Kaufmann,1977,pp.3-17). El carácter imperativo que Binding adjudica a la norma se observa claramente en el concepto que de ella maneja; para él son “normas” las ordenes de obligatorio cumplimiento y de contenido jurídico (Kaufmann,1977, p.50) La teoría imperativa considera a la norma penal como una norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano (Mir Puig, 2002,p.42) que se expresa bajo una forma hipotética que no se limita a señalar una pena para el caso de que se incumpla la norma sin que haya habido una prohibición. En Derecho Penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente (Mir Puig,2002, pp.42-44)

Lo imperativo de la norma jurídico penal debe entenderse como la posibilidad que tiene la norma de supeditar la voluntad de alguien a la de otro, lo que implica una dimensión relacional entre quien emite y quien debe prestar obediencia a la norma. Lo que Bobbio traduce en la relación

sujeto activo y sujeto pasivo como distintiva de la norma jurídica, relación de la que surgen normas autónomas y normas heterónomas, siendo estas últimas las normas en las que quien dicta la norma y quien la ejecuta son personas distintas. Esto reafirma el hecho de que la norma jurídico-penal debe entenderse como una prescripción.

Se ha querido ver en la sanción el elemento distintivo de la norma jurídico penal, entendida la sanción como la pena de carácter penal que por su cualidad autonómica se distingue de los otros tipos de sanciones en el ámbito jurídico. Ciertamente la sanción penal tiene la fuerza inequívoca del aspecto más dominante de la ciencia jurídico-penal y ver en ella el referente distintivo del Derecho Penal resulta útil, toda vez que obliga a no restringir el análisis de la naturaleza de la norma a lo estrictamente formal, sino a tener en cuenta también su contenido, trayendo de nuevo a colación que en Derecho Penal las normas jurídicas son fundamentalmente normas incriminatorias y que por tanto deben enmarcarse en una estructura legitimada o justificada que muestre tanto instrumental como valorativamente su razón de ser, sometiendo a prueba su propósito con la concreción de éste en los fenómenos reales de la sociedad.

Bobbio (1997) señala que buscar en la sanción el elemento distintivo de la norma jurídico-penal remonta el problema a la relación entre condiciones y consecuencias, relación que se da en términos diferentes para leyes científicas y para normas jurídicas. Para el caso de la ley científica, si la consecuencia no se verifica, la ley simplemente no se cumple, en cambio, en el caso de las normas jurídicas ellas siguen siendo válidas aunque el presupuesto no se verifique, pues la norma jurídica trata de modificar la conducta humana que no es conforme a ella,

neutralizando sus consecuencias y esta neutralización se realiza por la sanción que es el medio que se usa en los sistemas normativos para salvaguardar la ley de las acciones contrarias a ella. (p.p 104-105). Ahora bien, la sanción jurídica es una sanción externa e institucionalizada, pues la juridicidad es sinónimo de organización impuesta desde un sistema central. Así, a toda violación corresponde una sanción específica lo cual se traduce en certeza; toda sanción tiene una medida, lo que implica proporcionalidad; y, adicionalmente, se señalan con antelación las personas encargadas de su ejecución, lo que implica imparcialidad. Los criterios de certeza, proporción e imparcialidad pretenden, en opinión de este autor no solo aumentar la eficacia de las reglas institucionales sino caracterizar la norma jurídico-penal en la singularidad que le es propia dentro del universo de normas jurídicas (p.110).

Roxin (1997) es igualmente partidario de esta idea, al señalar que el Derecho Penal es la suma de los preceptos que regulan los presupuestos o consecuencias de una conducta conminada con una pena, medida de seguridad o de corrección. Afirma que pena y medida son el punto de referencia común a los preceptos jurídico-penales, lo que significa que el Derecho Penal es definido por sus sanciones (p.41). Para este autor lo característico del Derecho Penal no es que regule normativamente las infracciones de los individuos, sino que las castigue con sanciones de carácter penal; de donde infiere que, en consecuencia, el carácter determinante de la norma jurídico penal es la sanción.

Sin embargo, si se quiere aceptar el criterio de la sanción como el criterio distintivo de la norma jurídico-penal, debe revisarse con precaución la cuestión de la estructura de la norma en si.

En tal sentido, debe señalarse que conceptual y analíticamente la esencia de algo apunta en una dirección y la estructura de ese algo, donde corresponde evaluar sus elementos constitutivos, se orienta en una dirección ontológicamente distinta, aunque esencia y estructura interactúan mutuamente en una relación de determinación. Así, antes de proseguir en el análisis de la norma jurídico-penal, debe sentarse posición respecto a lo que se considera como su estructura así como los elementos que dan sentido y contenido a dicha estructura. Al respecto ya se ha señalado que la norma jurídico penal es una proposición prescriptiva hipotética de carácter imperativo, esto es, que establece obligaciones concretas que tendrán que ser obedecidas por sus destinatarios so pena de la imposición de un castigo.

En toda norma se expresan dos preceptos distintos, y no sólo uno: el primero dirigido al ciudadano, le prohíbe o le ordena actuar de determinada forma (norma primaria) y el segundo, que se dirige al juez, le obliga a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho (norma secundaria). Las normas penales se distinguen de las demás normas jurídicas por el mandato penal de la norma secundaria -el deber del juez de imponer una pena- (Mir Puig,2002,p.21)

En opinión de Pérez (1975)

...comúnmente se afirma que la ley penal es doble en su estructura: en cuanto contiene el precepto y en cuanto señala la pena. Precepto y

pena son los dos elementos que configuran la norma... Algunos autores al tratar de la estructura lógica de la norma, dicen que ésta debe responder a tres cuestiones básicas: 1.- En qué circunstancias reales hay que regirse por ella -hipótesis- 2.- Qué comportamiento es el que prescribe o permite, vale decir cuál es la relación que regula -disposición- 3.- Qué consecuencia recae sobre el violador -sanción-.(p.357)

En tal sentido, si se entiende, como de hecho debe entenderse, que la sanción es parte estructural de la norma jurídico-penal, puede señalarse que es la sanción el elemento que finalmente determina el carácter distintivo de este tipo de normas jurídicas, más aún cuando la sanción penal es una sanción que por su carácter intrínsecamente agresivo debe legitimarse mediante argumentos justificativos, obligando a evaluar la naturaleza de la norma más allá de su pura forma, según lo señalado anteriormente. Esto reafirma el carácter hipotético de la norma jurídico penal así como su carácter imperativo. La sanción sólo se hará presente en caso de que se compruebe el incumplimiento del precepto, bien que sea positivo -mandato- o negativo -prohibición-; y a su vez dicho incumplimiento sólo tiene sentido si se parte de que el ciudadano o el juez estaban en la obligación de cumplir determinada orden.

De lo anteriormente expuesto puede señalarse que la norma jurídico penal desde el punto de vista de su naturaleza, es una proposición prescriptivo-imperativa que implica una valoración y que se presenta bajo la forma hipotética conformada en su estructura por un precepto y una sanción cuyo carácter distintivo, en relación al resto de las normas jurídicas, es su naturaleza sancionatoria, entendida la sanción en su

acepción penal. La naturaleza de la norma jurídico-penal queda así ubicada dentro del campo del deber ser que es el que corresponde a toda norma jurídica, pues aunque su existencia precisa de la positividad, ésta no agota el ser de aquella, el cual exige tener en cuenta tanto la forma positiva de la norma como su contenido. Esta exigencia a su vez tiene su razón de ser en la necesidad de justificar la existencia de la norma jurídico-penal toda vez que ella conlleva en sí misma un perjuicio a la condición humana.

Hacer especial referencia a la sanción como elemento de la estructura de la norma y como su elemento característico diferenciador, y habiendo señalado que la norma jurídico penal se presenta bajo la forma hipotética, esto es, que prescribe algo como bueno para lograr un fin, hace necesario echar mano del recurso del fin para el cual han sido creadas las normas jurídico-penales y es aquí donde la norma jurídico-penal, propiamente dicha y el Derecho Penal, se conjugan en una unidad pragmática de carácter deontológico a partir de la cual es usual ver en la doctrina penal una estrecha interrelación entre los fines que se asignan a la norma jurídico penal y los asignados al Derecho Penal.

Si se ha señalado que el carácter distintivo del Derecho Penal como disciplina jurídica, es la sanción con que acompaña los preceptos de sus normas y siendo que la norma jurídico-penal es el instrumento más contundente del que se vale el Derecho Penal para trabajar en procura de los fines que se ha planteado, es evidente que entre la finalidad de la pena, de la norma jurídico-penal y del Derecho Penal en sí mismo, aunque puede llegar a establecerse una sutil distinción que cobra vida en el plano fundamentalmente teórico, tal distinción deviene en una

apariencia que se desvanece al profundizar en los detalles no sólo teóricos sino pragmáticos y que alcanzan su máxima expresión en el plano de la legitimación tanto de la pena como del Derecho Penal. Así, el fin de la pena y el fin del Derecho Penal se interrelacionan en una suerte de dependencia que genera un entramado de relaciones en las que la finalidad del uno determina en buena medida la finalidad del otro y viceversa. Esta interdependencia a su vez tiene como escenario la filosofía política en la cual se inscriba el Derecho Penal, habida cuenta de que se trata del más político de todos los derechos y del que mejor expresa la soberanía nacional de un país.

No se trata de ninguna manera que los doctrinarios asuman, tácitamente, que la norma jurídico-penal, que la pena, y que el Derecho Penal como ciencia o como ordenamiento jurídico sean lo mismo, sino que el análisis jurídico, político y filosófico de la finalidad del Derecho Penal y de la pena se valen en forma directa e inmediata del recurso de la norma jurídico-penal, lográndose entre dichas finalidades, una identidad que se orienta definitivamente en una misma dirección. El fin que el Derecho Penal y que la pena están llamados a cumplir se lleva a cabo a través de la norma jurídico penal, la cual ha sido diseñada de una particular forma en función de dicho fin. De manera que si la norma jurídico penal no cuenta con un precepto y una sanción, quizá no estuviera en capacidad de cumplir el fin que le corresponde, su estructura se vincula a su finalidad y por tanto a la finalidad del Derecho Penal, en una estrecha relación que muestra la importancia de la sanción penal como elemento caracterizante de dicha estructura normativa y al mismo tiempo como elemento determinante del Derecho Penal.

Ahora bien todo lo antes señalado se mantiene en armónica coherencia con la distinción entre el ser y el deber ser que se propuso como escenario natural de valoración tanto de la naturaleza como del carácter de la norma jurídico-penal. Esta distinción entre el mundo del ser y del deber ser es la distinción que Ferrajoli (1997) maneja como legitimación interna y legitimación externa o entre Derecho y Moral o entre validez y justicia, que ha devenido en una confusión cuyo resultado ha sido la superposición entre el Derecho positivo como hecho y el Derecho natural como valor o entre el ser y el deber ser del Derecho. Esto es, se ha confundido el Derecho válido con el Derecho como fenómeno o como entidad fáctica. (p.p 354-355)

En opinión de Ferrajoli (1997) la “función” y la “motivación” de algo obedecen a los usos descriptivos de ese algo, esto es, obedecen al como ese algo es, mientras que la función atiende al uso histórico o sociológico la motivación hace lo propio con el uso jurídico, al tiempo que el “fin” obedece a los usos normativos, es decir, a los usos axiológicos o valorativos, atendiendo a lo que ese algo debería ser (p.322) lo que significa que ver la norma jurídico-penal como parte del mundo del deber ser, y a la sanción penal como su elemento característico distintivo, implica que en atención a su estructura y naturaleza corresponde separar lo que la norma es y lo que está en capacidad de hacer, de lo que en orden al fin para el cual fue creado debería hacer; de forma tal, que exista identidad lógica y ontológica entre el fin y la estructura del medio a través del cual dicho fin debe ser procurado.

Partiendo de que el carácter distintivo de la norma jurídico penal no es dado valorarlo “in abstracto”, visto sólo desde la perspectiva formal,

sino que precisa llevar el análisis hasta su aspecto material, esto es, el aspecto que atiende a su contenido deontológico, en el que debe observarse la cuestión de su finalidad, significa orientar el análisis en relación a los propósitos sociales o personales que el Derecho Penal pretenda alcanzar con dicha norma. Revisar el fin de la norma jurídico-penal y por consiguiente el del Derecho Penal, exige detenerse en la pretensión que el legislador se ha propuesto con su creación (Ferrajoli, 1997, pp. 322-323). El cumplimiento de un fin es siempre una expectativa que puede o no cubrirse, lo cual depende de factores y circunstancias que no es dado controlar desde la propia dinámica del recurso que se utiliza para alcanzar tal fin, es decir, el uso de uno u otro recurso para alcanzar una finalidad, no garantiza el que dicha finalidad se concrete, toda vez que dicho recurso no es más que el medio, que se empleará para llegar a la meta, el cual no cuenta con la posibilidad de asegurar que efectivamente así se hará, lo que reafirma el hecho de que la norma jurídico-penal no es más que un modelo de lo real que busca ser materializado.

En el caso del presente análisis, se trata de la norma jurídico-penal, cuya estructura se conforma, tanto por el precepto como por la sanción, y siendo que la sanción es su elemento característico, en ella reposa el peso específico de la finalidad a la cual atiende el Derecho Penal. En tal sentido, se suscribe la opinión de Bobbio (1997) que señala que en las normas jurídicas, como proposiciones que pertenecen al mundo del deber ser, se da una particular relación entre la condición y las consecuencias, toda vez si lo que establece el precepto normativo no se cumple, esta expectativa no cubierta no altera en nada la validez de la norma jurídico penal y lo que corresponde es

...modificar la acción no conforme y por consiguiente tratando de hacerlo de forma tal que la acción no se lleve a cabo, o, por lo menos, tratando de neutralizar sus consecuencias. La acción que se cumple sobre la conducta para anularla, o, por lo menos, para eliminar sus consecuencias dañosas, es precisamente lo que se denomina sanción. La sanción puede definirse, desde este punto de vista, como el medio con el cual se trata, en un sistema normativo, de salvaguardar las leyes ante la erosión de las acciones contrarias y es, por consiguiente, una consecuencia del hecho de que un sistema normativo, a diferencia de lo que ocurre en un sistema científico, los principios dominan a los hechos antes que los hechos a los principios (p. 105)

Vista así, la sanción, es el medio del que se vale la norma jurídico penal particularmente y el Derecho Penal en términos más generales, para cumplir con el fin para el cual han sido creados pudiendo agregarse que *“las penas son algo en sí mismo disvalioso, lo que vuelve valiosa su imposición es exclusivamente su carácter de medio para lograr la retribución o la prevención general y/o especial”* (Atienza y Ruiz, 1996, p. 140). Tal carácter disvalioso es lo que exige que la pena en particular y que la norma penal en general deban ser justificados a partir de un fundamento de carácter deontológico y no simplemente teleológico.

Ahora bien, este medio no tiene en sí mismo cómo garantizar que efectivamente el fin se logre, pues él hace parte de una estructura proposicional que se presenta bajo una forma hipotética que puede o no verificarse, y que para el caso de las normas jurídico-penales, tal

verificación depende directamente de la voluntad humana no sometida a la infalibilidad de las leyes científicas y cuya efectiva realización no es dado predecir;

... solamente con el verbo “deber ser” como cópula (que nada dice sobre lo que necesariamente será) podemos presentar en un juicio la libertad que se hace efectiva en la conducta, es decir, tomamos dos momentos de una conducta y afirmamos que dado el primero debe ser el segundo, dejando que la libertad se abra curso a su manera para llegar del primero al segundo. (Cossio, 1954, p. 54)

Retomando lo pertinente a las finalidades tanto de la norma penal como del Derecho Penal, debe señalarse que es poco usual encontrar en la doctrina análisis teóricos acerca de la finalidad de la norma penal propiamente dicha, más por el contrario, no lo es así para el caso de la finalidad del Derecho Penal, lo que los autores han dado en llamar la función del Derecho Penal.

En tal sentido valga recordar lo afirmado anteriormente en cuanto a la distinción teórica entre la finalidad de la norma jurídico-penal y la finalidad del Derecho Penal la cual tiende a desaparecer cuando se abordan los detalles de la una y de la otra y cuando se valoran sus planteamientos desde una perspectiva pragmática. Se afirma que, por ejemplo, la prevención general positiva en cualquiera de sus versiones se identifica mayormente con los fines del Derecho Penal y no con los de la pena, entre otras razones porque el Derecho Penal debe apuntar tanto a la protección de las víctimas como a la de los delincuentes. (Alcacer, 2004; p

25)* Al abordar los fines de la pena no se piensa precisamente en posibles víctimas sino sólo en los delincuentes más sin embargo debe advertirse que no es posible trabajar teórica ni fácticamente la prevención general

* En el mismo orden de ideas Ferrajoli en Derecho y Razón. 1997 p.331 y sgts

positiva abstrayendo la pena, sus expresiones, sus implicaciones político-criminales, sus usos y sus abusos, todo lo cual resulta demostrativo de la interdependencia mutua que existe entre ambos y a la cual se hizo referencia. La revisión de la doctrina jurídico-penal universal muestra cómo han sido contestes los autores en asimilar funciones de la pena y funciones del Derecho Penal.

En este sentido Jeschek (1981) habla de la función preventiva y de la función represiva del Derecho Penal (pp. 6-9); Hassemer y Muñoz Conde (1999) hacen referencia a la misión y función del Derecho Penal (pp 99-100); Mir Puig (2002) asimila directamente la funciones del Derecho Penal a las funciones de la pena (pp. 49-66); por su parte Maggiore (1954) se refiere directamente a las funciones del ordenamiento penal en general como sistema regulador y organizador de carácter imperativo y aflictivo (pp. 34-37); Hassemer (1999) asienta que la misión del Derecho Penal es el aseguramiento de las normas fundamentales (p. 207); Binding (citado por Kaufmann,1977) señala que la norma jurídico penal tiene una función protectora (pp.14-16); Fernández Carrasquilla (1995) cuenta entre las características del Derecho Penal el ser represivo-preventivo *“su misión central consiste en proteger los bienes jurídicos reprimiendo las conductas que*

real o potencialmente los vulneran, pero al hacerlo así, previene nuevos atentados...”(pp. 34-35); Para Soler (1976) el Derecho Penal regula los actos externos y tiene carácter sancionatorio (pp. 9-12); Welzel (1997) por su parte señala que el Derecho Penal tiene la misión de proteger los valores de la actitud jurídica como un fin vinculado a la protección de bienes jurídicos, siendo su misión central “asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente” (p.2)

Sobre el particular ha sido claro Jiménez de Asúa (1964) en señalar que el Derecho Penal es finalista, siendo éste uno de sus más esenciales caracteres, afirma este autor que *“el Derecho, puesto que se ocupa de conductas no puede menos que tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida”* (pp. 306-307). No en balde conceptualiza el Derecho Penal como *“el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora”* (p.33) y bajo el mismo carácter teleológico concibe el ordenamiento jurídico, señalando que éste tiene *“un contenido de cultura, un objeto que consiste en la protección de los bienes jurídicos y un fin: la justicia y la seguridad, embebiendo en ellos la condición de la libertad... de donde surgen dos principios: a.- la ley nace de una determinada serie de hechos y por eso debe hablarse de que tiene una base fáctica; b.- la ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige lo que constituye su base axiológica...”* (p.321).

Ferrajoli (1997) señala para el Derecho Penal dos fines, a saber: prevenir delitos y prevenir penas informales (pp.331-3349)

También ha sido resaltada la idea del fin en relación al Derecho Penal por Von Liszt (1998), quien orienta su análisis hacia la pena desde enfoques distintos, señalando que la pena como protectora de los bienes jurídicos se crea en función de un fin y dentro de una estructura organizativa de una determinada sociedad, sólo así, pueden sostenerse las teorías relativas del fin de la pena, y a partir de allí ir evolucionando en función de su perfeccionamiento, de manera que ella pueda adaptarse al fin, esto es, aplicarse sólo en determinados casos y en la medida del daño (pp.1-12) Acá muestra Von Liszt su desacuerdo con el carácter absoluto de la pena y del Derecho Penal, exigiendo una constante revisión de ambos en relación a la función que deben cumplir.

No existe contradicción teórica ni lógica en asumir como funciones de la norma jurídico penal las funciones del Derecho Penal, toda vez que no se trata de equiparar conceptualmente la norma jurídica con el Derecho Penal, sino de resaltar que la función que el Derecho Penal está encargado de cumplir sólo la puede llevar a cabo mediante las normas jurídicas que lo constituyen como ordenamiento jurídico y a su vez la función de la norma jurídico penal se determina a partir de su elemento caracterizante como lo es la pena. No es casual que la legitimación del Derecho Penal dependa en buena medida de la legitimación de la pena.

Sin embargo, es común ver en la doctrina que los estudiosos y tratadistas utilizan indistintamente la expresión “finalidad” y la expresión “función”, tal como se observó en las opiniones antes

transcritas. Sin embargo un análisis filosófico de la cuestión muestra que se trata de espacios teóricos distintos. Ya se señaló siguiendo a Ferrajoli (1997) que la función atiende a los usos descriptivos de algo, es decir, a lo que realmente sucede, mientras que el fin, en cuanto que pretensión, atiende a los usos normativos o axiológicos, esto es, a lo que debería suceder (p. 322). Es decir, la función refiere el aspecto fáctico de la norma, lo que ella es, los elementos que la constituyen, su carácter, su estructura, entre otros, en cambio la finalidad opera en relación a lo que debería aspirarse realizar con la norma, es decir a lo que se aspira obtener con la implementación de la norma y que se emparenta con la función pero que en ningún momento puede equipararse o identificarse con ella. En resumidas cuentas la función obedece al ser y el fin al deber ser. De allí la importancia de descubrir en la norma jurídico penal su naturaleza y su caracterización propias con su condición de ente que pertenece al mundo del deber ser.

En la caracterización de la norma penal, se ha dicho que de sus elementos estructurales es la sanción -pena- la que le imprime la distinción que la hace pertenecer exclusivamente al Derecho Penal. De manera tal que, siguiendo a Mir Puig (2002), se asume la función del Derecho Penal como la función del Derecho Penal de la pena (p.48)* y en este sentido se atribuyen al Derecho Penal las históricas funciones que se han identificado como propias de la pena. De una parte la función preventiva y de otra la función retributiva.

En el marco de la función retributiva de la pena y del Derecho Penal, se han apoyado las teorías absolutas para las cuales la pena y el Derecho Penal constituyen fines en sí mismos y justificados por su valor axiológico

intrínseco se ubican dentro de las “justificaciones retribucionistas”, las cuales parten de una legitimidad interna apriorística de la pena, pues sostienen que ni la pena, ni la existencia del Derecho Penal están condicionadas, de manera que atendiendo a lo sucedido, es decir, al pasado, el sujeto activo del delito debe ser castigado. En el marco de esta

* Nótese que habla este autor de función retributiva y función preventiva de la pena, no de finalidades de la pena, al márgen de lo cual debe señalarse que las expresiones utilizadas por el autor son la terminología universalmente aceptada en la doctrina penal.

teoría la función de la norma jurídico-penal y del Derecho Penal en sí es la internalización y reforzamiento de valores. Ello obedece a un modelo de Estado que procure mantener la totalidad ética y que se entienda como una realidad óptica conformada por la esencia moral de la comunidad que trasciende a la esencia moral del sujeto singularmente concebido, toda vez que el individuo carece de sentido sin el Estado.

En este orden de ideas, el Derecho que necesita un Estado con estas características, es un Derecho que refleje la moral colectiva de manera que su trasgresión se traducirá en la expresión de infidelidad a los valores del sistema plasmados en la norma. A un Derecho Penal que obedezca a este modelo no le corresponde proteger intereses individuales de los sujetos, sino exigir de éstos que sean fieles a las convicciones de la colectividad que tiene además una moral propia. Todo ello supone la identidad moral del Estado y de los individuos; supone la prioridad de los derechos sociales, la noción atomista del sujeto que están íntimamente vinculado a un código social de valores, supone escoger los deberes y los derechos en función de las necesidades colectivas, supone distinguir entre lo bueno y lo justo y la necesidad de inclinarse por lo bueno. (Alcácer, 2004;pp 52-73) Su fundamento es recompensar el mal con el mal, lo cual reposa en las

tesis religiosas de la expiación, de la venganza y del restablecimiento del equilibrio pena-delito, parte de la creencia de que necesaria e inevitablemente culpa y castigo están vinculados. Tal planteamiento sólo es entendible a partir de la confusión Derecho y la moral y de la validez con la justicia. Entre los representantes de esta propuesta se cuentan, entre otros, a Kant, Hegel, Campanella, Leibniz, Genovesi, Rossi, Rosmini, Pessina, Bettiol, Mathius, Berner, Binding y Maurach. (Ferrajoli. 1997, pp. 253-257)

En el marco de la función preventiva que se ubica en las justificaciones utilitaristas, se han expuesto las teorías relativas de la pena y del Derecho Penal, en el marco de las cuales la función de la pena es evitar la producción de delitos futuros, lo que significa que la pena se entiende como un medio que se utiliza para alcanzar una finalidad específica. Con estas teorías se pretende orientar o conducir la conducta humana en una determinada dirección, en la idea de proyectar la conducción de los individuos en el futuro. Para estas teorías la legitimidad de la pena y del Derecho Penal es externa, es decir, no es intrínseca a la propia naturaleza y existencia del fenómeno jurídico, sino que está condicionada por factores externos distintos a la pena y al Derecho en sí, pudiendo ser sometidos a verificación, contrastables con la realidad fáctica y por lo tanto modificables y superables.

La legitimidad de la pena y del Derecho Penal, las cuales se entrecruzan y determinan mutuamente, como se afirmó, dependen en gran parte de que el fin que se asigna al Derecho Penal sea efectivamente alcanzable con la pena como instrumento idóneo para ello. El origen de las justificaciones utilitaristas se desarrolla como doctrina jurídica y

política por el pensamiento iusnaturalista y contractualista del siglo XVII cuyo fundamento fue entender la pena como un instrumento de tutela para los ciudadanos. A finales del siglo XVIII se distinguen estas teorías partiendo de que su finalidad se oriente a los destinatarios de la prevención de donde surge la prevención general y la prevención especial; o de que se oriente a la naturaleza de las prestaciones de la pena, de donde se desprenden la prevención positiva y la negativa, entremezclándose para generar la pena como corrección del reo (prevención especial positiva); la pena como instrumento para neutralizar o eliminar (prevención especial negativa); la pena como instrumento para reforzar los asociados al sistema del orden social (prevención general positiva); y la pena como proceso psicológico intimidativo (prevención general negativa). (Ferrajoli, 1997, pp 260-262)

En el ámbito preventivo se distingue la forma de prevenir positivamente, lo cual se logra internalizando valores y fortaleciendo maneras de ser y de pensar; estabilizando conciencias jurídicas y restableciendo la paz social o en una tercera opción protegiendo el todo social organizándolo y socializándolo, caso en el que al Derecho le corresponde asegurar expectativas que orienten al hombre en el trato social y que aseguren pautas de confianza de que no se producirán eventos que atenten contra sus intereses. Se distingue también la forma de prevenir negativamente que se logra intimidando, mostrando al sujeto el carácter negativo de la pena, quien como ente libre y racional decide inclinarse o no por la violación de la norma.(Alcácer, 2004; p.p. 135-152) Entre sus representantes se encuentran, entre otros, Groccio, Hobbes, Locke, Thomasius, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham, Humboldt, Carmignani y Feuerbach.

A grandes rasgos estas son las funciones que teóricamente corresponden al Derecho Penal y que se cumplen mediante la pena. Sin embargo no es objeto del presente análisis revisar en profundidad estas posturas teóricas y sus planteamientos, lo que no obsta para asumir una posición determinada frente a la función tanto de la pena como del Derecho Penal. Más allá de ello corresponde revisar si se han asignado a la norma jurídico penal y por consiguiente al Derecho Penal, mediante la pena, finalidades que no se corresponden con la estructura hipotética del deber ser, pues, de ser así, debe aceptarse la imprecisión teórico-conceptual que ha impedido llegar al fondo del asunto toda vez que *“no es correcto confundir los campos y dar respuesta a la cuestión de la función de la pena y de las medidas de seguridad en el derecho positivo apelando a la función que se opina deberían cumplir”*(Mir Puig, 2002,p.77)

Como fines de la pena se asume, dentro de la corriente prevencionista, de una parte prevenir delitos futuros y en esta medida proteger al ciudadano común y de otra parte evitar una reacción injusta e informal por la comisión del delito, es decir, proteger al delincuente de penas informales (Ferrajoli, 1997, pp. 331-332)

La distinción entre función, motivación y fin en relación a la naturaleza de la norma jurídico penal, que se encuadra dentro del deber ser, permite afirmar que la pena debe tenerse como el medio por el cual se aspiran obtener los fines antes señalados, los cuales estando en el ámbito de lo deontológico, esto es, de lo que debe ser, se presentan en armonía con el medio escogido para su materialización. Sin embargo, es de advertir que cuando en la doctrina jurídico-penal se ha dicho que *“la*

pena tiene efecto retributivo, se está queriendo señalar que tiene un fin retributivo; cuando se afirma que la pena previene delitos se está queriendo señalar que debe prevenir delitos; y cuando se afirma que la pena reeduca se está queriendo señalar que la pena debe reeducar al reo” (Ferrajoli, 1997, pp. 321-326) se dice que la pena debe prevenir delitos, que la pena debe reeducar y que la pena debe disuadir, porque la pena debe justificarse tanto en su existencia como en los fines que está llamada a cumplir, pues constituye un costo humano y social muy elevado.

Esta confusión se produce, a criterio de Alcácer (2004, p 216-238) cuando a los conceptos normativos no se les proporcionan contenidos de carácter deontológico sino exclusivamente teleológico, lo que deviene en la instrumentalización del concepto el cual adopta el contenido necesario para cumplir la función que se requiere en el momento. Es decir el concepto se convierte en una noción que “sirve para” en lugar de ser una noción que “tiene que servir para”, en la cual existe un condicionante que viene dado por la necesidad de responder al contenido social de un determinado modelo socio-político, es decir, un condicionante de contenido material. Lo teleológico obedece a una finalidad que puede ser cualquiera en cambio lo deontológico obedece a una finalidad cuya escogencia ha sido justificada, señalándose el por qué debe ser esa y no otra finalidad.

Para el caso que nos ocupa se trata de la función de la pena en coordinación con la función del Derecho Penal, en el cual si se afirma que estamos en un Estado social Democrático de Derecho y de Justicia, dicha noción de Estado debe tenerse presente en el diseño del modelo de sistema jurídico-penal que va a servir en dicho Estado, respetando la condición del ser humano, el concepto de libertad, las nociones

garantistas propias de tal modelo político. En este sentido si se le da a la pena y al Derecho Penal carácter deontológico ambos conceptos deben o tienen que servir a tales nociones democráticas y no ser simplemente conceptos que “sirven para” a los que se les puede dar el contenido que se quiera o convenga al momento histórico o al sistema político de que se trate. De esta manera tal contenido deontológico, fungirá como límite o barrera material para establecer el propio contenido de tales conceptos.

La confusión antes señalada en cuanto al contenido de “función” y “finalidad” tiene su origen en el hecho de haber superpuesto contenidos en conceptos a los que no corresponden. Es propio de la “finalidad” tender hacia algo, pretender algo, procurar alcanzar algo, es decir, la finalidad se mueve en el espacio de lo deontológico, espacio del deber ser, que de igual forma pretende que los fenómenos, en este caso los fenómenos conductuales, sean de una determinada manera. Al tiempo que lo funcional apunta a lo que es, al cómo se suceden los hechos; en este caso a cómo ha sido históricamente y a cómo es jurídicamente el desempeño de la pena. Es decir, la función tiene como punto referencial los fenómenos sociales verificados a partir de la puesta en práctica de la pena, mientras que la finalidad debe valorarse respecto a lo que ha sido encomendado a la pena cumplir.

Ferrajoli (1997) explica el problema de la superposición y del verdadero contenido de la finalidad, a partir del análisis de la pregunta ¿por qué castigar? que es a lo que finalmente se reduce la fundamentación del Derecho Penal en la vida de los seres humanos. A la respuesta de esta pregunta pueden darse distintos sentidos. Puede interpretarse ¿por qué existe la pena? o puede interpretarse ¿por qué debe

existir la pena? En el primero de estos sentidos la cuestión se enfoca en una perspectiva científica que admite respuestas empíricas, asertivas, verificables, verdaderas o falsas, que superan lo que ha sido el empleo de la pena, es decir, que refiere la experiencia de su aplicación, lo que ha sucedido y lo que sucede al implementarla, refiriendo los hechos. El segundo de los sentidos, se enfoca en una perspectiva deontológica que admite respuestas ético políticas mediante proposiciones normativas que sólo pueden aceptarse como justas o injustas. Esta orientación de la interrogante pretende dar una justificación ético-filosófica a la cuestión del fin.

En este sentido, explica Ferrajoli, (1997) que las doctrinas filosóficas entienden como fines las funciones o efectos de la pena obtenidos empíricamente o que han sido establecidos jurídicamente, de donde se deduce la confusión conceptual que señala que la pena debe ser segregativa sobre la base de que lo es; o que debe satisfacer las exigencias de estabilidad institucional porque realmente las satisface (p.322). La confusión reside en que las tesis deontológicas o justificativas no pueden expresarse en términos asertivos por que son doctrinas normativas, doctrinas del deber ser.

Sucede entonces, que de las funciones que la pena ha cumplido histórica y sociológicamente, se derivan conclusiones proposicionales que señalan lo que la pena debería cumplir, es decir, de su fin; lo que desde el punto de vista lógico es inadmisibile pues *“sólo la estructura intelectual del Derecho puede tratarse como lógica, sólo el contenido dogmático puede tratarse como experiencia contingente y sólo la valoración jurídica puede tratarse como experiencia necesaria (Cossio, 1954, p. 26)”* por lo que no es posible, desde el

punto de vista lógico, hacer derivar del ser el deber ser, así como tampoco hacer derivar de la estructura del deber ser el ser.

*Cossio señala como los seis errores metodológicos mas comunes los siguiente: trabajar en el plano de la lógica jurídica el contenido dogmático y la valoración jurídica, en el campo de la experiencia contingente la estructura lógica y la valoración jurídica y en el campo de la experiencia necesaria la estructura lógica y el contenido dogmático. En el caso del contenido dogmático vista desde la perspectiva de la lógica jurídica el jurista toma los conceptos legales en su extensión lógica porque la ley los enuncia necesariamente de esa manera tomando lo que realmente son posibilidades como realidades jurídicas del deber ser.

Ahora bien, se ha afirmado que la norma jurídico penal es una proposición prescriptiva imperativa de contenido valorativo que pertenece al mundo del deber ser, de manera que la pena como elemento estructural característico de la misma debe enfocarse hacia la obtención de un fin, cualquiera que este sea. En el marco de este enfoque la pena se presume idónea para cumplir los fines ya aludidos, de manera que existe coherencia lógica y metodológica entre el medio escogido para la concreción de los fines y los fines en sí mismos. Sin embargo, la cuestión aporética reside en que se han tomado como funciones lo que en realidad se pretende obtener con la pena y con base al criterio distintivo entre función y fin, de Ferrajoli, al cual ya se ha hecho mención; las funciones corresponde revisarlas en relación a lo que ha sucedido y no en relación a lo que está por suceder y que por tanto constituye una aspiración. Así se han equiparado conceptualmente fines y funciones, lo que desde el punto de vista lógico resulta incoherente, pues las funciones atienden a lo sucedido y los fines a lo que sucederá. Las funciones pertenecen al mundo de los fenómenos que pueden percibirse por los sentidos a lo que ya sucedió, en cambio los fines pertenecen al mundo de lo que está por venir y en aras de lo cual debe trabajarse, buscando los medios adecuados.

En este sentido, tomando como referencia lo que ha sido la experiencia de la aplicación de la pena, se ha dicho que lo que ella ha sido o que lo que con ella se ha conseguido, es lo que en realidad debe buscarse con su implementación, es decir, es lo que debe ser, siendo que ciertamente lo que ha sido viene determinado por la dinámica de los fenómenos sociales y no necesariamente tiene que haber cubierto las expectativas de determinados fines o propósitos deontológicos.

El escenario de la discusión ha sido fundamentalmente, la naturaleza y el carácter de la norma jurídico-penal, en el entendido de que sólo teniendo claridad conceptual sobre estos dos aspectos se puede llegar a abordar en una perspectiva filosófica idónea lo pertinente a la finalidad de esta norma y por consiguiente del Derecho Penal. Se ha dicho que partiendo de la naturaleza de la norma así como de los elementos que configuran su estructura, la pena viene a determinar la cuestión funcional de la norma y por derivación la del propio Derecho Penal.

Ahora bien, ¿Qué relevancia tiene para esta discusión el positivismo jurídico? En relación a ello puede afirmarse que el positivismo jurídico-penal es la dimensión normativa más perfecta que ha logrado alcanzar la ciencia jurídico-penal, pues la norma penal en sí, concentra la especificidad de lo jurídico convirtiéndose en el primer y más importante referente en las reglas de juego que implica la praxis del Derecho Penal, aportando fundamentalmente seguridad, tanto al ciudadano como al propio Estado. En este sentido, es notoria la relevancia adquirida por el principio de legalidad penal la cual se ha traducido en una trascendencia

filosófica, científica, política e histórica ampliamente desarrollada en la doctrina jurídico-penal* y a nivel de la dogmática se transformó, a partir

*Véase entre otros a Jimenez de Asúa. Tratado de Derecho Penal. T. II. 1964. Ed. Llossada. Buenos Aires. y Carlos Molina Arrubla. Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana. Editorial Jurídica Diké

de su reconocimiento, en una de las primeras y más importantes razones para la disminución de las condiciones cualitativas negativas de la imposición de penas por parte del Estado.

Así, en la aplicación de la pena no existe un recurso al que se apele con más rigurosidad y firmeza que la propia norma jurídico-penal, en función de conocer las dimensiones cualitativas y cuantitativas de la misma por lo que es justo reconocer la trascendencia jurídico política así como las consecuencias que a nivel de la política criminal representó dicho reconocimiento y la consideración del principio de legalidad de los delitos y de las penas en todos los ordenamientos jurídico-penales del mundo. A partir del reconocimiento del principio de legalidad penal, la positividad como principio condicionante se hizo inherente al Derecho y al hombre, tanto en su concepción humana como en su concepción social, adquiriendo a partir de allí, un nuevo carácter que le aportó una dimensión político-jurídica de trascendencia histórica.

La razón de esto reposa en el carácter ético de la cuestión, al hablar de castigos, al hablar de penas, de sanciones, en cualquiera de sus

expresiones, se alude a una medida Estatal de naturaleza agresiva a la propia condición humana, de manera que al ser la pena el medio por el cual el Estado y la sociedad se han propuesto alcanzar determinados fines, ésta, tiene que ser justificada tanto en su existencia, -consagración en la norma jurídico-penal- como en su aplicación, en tanto que ejecución concreta. De forma tal que, su efecto negativo quede reducido al mínimo y preferiblemente separado en la mayor medida posible de la arbitrariedad y del abuso.

En términos filosóficos esta idea podría señalarse como sigue:

*“¿Por qué nosotros restringimos la reacción penal?
La restringimos porque en filosofía sólo es justo lo idéntico y lo idéntico es lo igual...pues bien en materia penal no hay ninguna identidad. Entre un bien jurídico que queremos resguardar y el medio que empleamos para protegerlo, no hay paridades....Pues bien esta disparidad entre el bien jurídico y la pena es lo que hace que se restrinja por principio filosófico la aplicación de castigos y que el nullum crimen nulla poena sine lege no solo tenga aspecto político y científico sino también filosófico” (Jiménez de Asúa, 1964, p.380)*

Así, el Estado está en la obligación de explicar justificadamente la razón de ser de la pena y esta explicación debe hacerse en términos en los cuales, con el empleo de este recurso, el ser humano resulte individual y colectivamente favorecido. Sólo en estos términos estará el Estado autorizado y justificado en el empleo de tal recurso. Al lograr teóricamente esta justificación y cotejarla con la realidad para poner a prueba la coherencia pragmática de ambas, se está pisando el terreno de lo deontológico, es decir, el terreno propio de la estructura de la norma penal que sin su expresión positiva no tendría punto de referencia que

sirviera de medida tanto al sujeto activo del delito, como al juez, en la valoración que a este corresponde hacer.

Roxin (1997) señala que la fundamentación del principio de legalidad penal puede valorarse desde cuatro perspectivas distintas aunque conexas, a saber: el liberalismo político, la democracia y la división de los poderes, la prevención general como coacción psicológica y el principio de culpabilidad (pp.144-147)

El principio de legalidad penal que consolida y reafirma el carácter positivo de la ley penal se crea a partir de convenios y acuerdos humanos, en aras de lograr objetivos definidos; es decir, en coordinación con un fin específicamente determinado. Hoy en día este fin que se pretende alcanzar con la construcción del Estado no fundamentado en el principio de autoridad sino en el principio de razón, se mantiene latente y subyace en el desarrollo histórico de la pena, sus fines y sus funciones. Sin embargo, tal desarrollo no hubiese sido posible sin el principio de legalidad de delitos y penas en el que adquirieron una nueva dimensión ontológica el Estado, el individuo, la relación entre ambos y los límites de dicha relación.

La positividad del Derecho no sólo es producto de la racionalidad humana sino la razón de una nueva condición del Estado y del Hombre, en este aspecto reposa parte de su importancia, la cual traspasa la barrera de lo estrictamente jurídico.

CONCLUSIONES

1º El positivismo jurídico sólo admite analizar desde su espacio conceptual un aspecto del Derecho y no la totalidad de lo que éste es, pues el Derecho, en su esencia, excede lo que es la norma jurídica como su forma de expresión. Con el positivismo jurídico el hombre y el Estado adquieren una nueva ontología desde el punto de vista social toda vez que la norma jurídica escrita le imprime a lo normativo una nueva dimensión de personalidad propia, de autonomía y de independencia.

2º Un análisis filosófico de la estructura de la norma jurídico-penal y de los elementos que la constituyen, revela su pertenencia al mundo del deber ser, en el que predomina lo axiológico y la sanción determina su esencia. En dicho análisis el positivismo jurídico da la pauta para no extralimitar el análisis del Derecho Penal más allá de la norma jurídico-penal, aportando claridad en los conceptos.

3º Desde el positivismo jurídico la confusión que se ha manejado, en materia jurídico-penal, respecto a las funciones y los fines de la norma jurídico-penal, se aclaran, toda vez que partiendo de la naturaleza de la norma jurídico-penal, se le adjudica a ésta un fin que puede cumplir conforme a la naturaleza de sus elementos estructurales.

Referencias Bibliográficas:

- Alcocer, G (2004) *Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Alexy, R. (2001) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. Y Ruiz, J. (1996) *Las Piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Bobbio, N. (1997) *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Cossio, C (1944) *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Bs aires: Lossada.
- Cossio, C. (1954) *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú.
- Dworkin, R. (1984) *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Fernández, J. (1995) *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L (1997) *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta.
- Garcia, M (1975) *La Filosofía de Kant*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Garcia, M (1980) *Lecciones Preliminares de Filosofía*. México: Porrúa
- Hart, H (1961) *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hassemer, W. (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. y Muñoz, F. (1989) *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jescheck, H. (1981) *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez De Asúa, L. (1964) *Tratado de Derecho Penal. T.II*. Buenos Aires: Losada.
- Kaufmann, A. (1977) *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Depalma.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*. Bogotá: Temis.
- Mir, S. (2002) *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo. Bs Aires.
- Nino, C. (1983). *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Pérez, L (1975) *Tratado de Derecho Penal. T.I*. Bogotá: Temis
- Roxin, C (1997) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Soler, S (1976) *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.

Von Liszt, F (1998) *La idea del fin en el derecho penal*. Bogotá: Temis.

Welzel,H. (1997) *Derecho penal alemán*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.