



PROBLEMAS DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO EJEMPLIFICADOS
EN EL DERECHO PENAL ¹

*PROBLEMS OF LEGAL KNOWLEDGE EXEMPLIFIED
IN CRIMINAL LAW*

ARMIN KAUFMANN

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO²

Universidad de Extremadura

Recibido: 30/10/2024 Aceptado: 20/11/2024

¹ Original alemán: KAUFMANN, Armin «Probleme rechtswissenschaftlichen Erkennens am Beispiel des Strafrechts, en *Wiissenschaft und Verantwortung*, Universitätstage 1962, de Gruyter, 1962, pp. 45 ss.; nota complementaria: «Das Transpositive im positiven Recht», *Der katholische Gedanke*, 1967, pp. 1 ss. Reedición: KAUFMANN, Armin, *Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert. Gesammelte Aufsätze und Vorträge*, ed. DORNSEIFER y otros, Heymanns, 1982, pp. 7 ss.- Traducción de José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Catedrático de Derecho penal de la Universidad de Extremadura.

² El presente ensayo de Armin Kaufmann, nunca traducido al castellano y apenas citado en la literatura, constituye una joya en la que se reflexiona sobre el conocimiento que puede proporcionar la ciencia penal, distinguiendo entre el conocimiento seguro, que debe respetar sí o sí el legislador (sólo lo dominable por el hombre puede ser objeto de normación), conocimiento ontológico (o pre-jurídico), y el conocimiento axiológico (jurídico), al que sólo podemos aproximarnos (aunque nunca renunciar a él). —Esta dicotomía se manifiesta con toda elocuencia en el momento de la aplicación del Derecho, que ha de ser positivo y justo, a la vez, y donde como muestran las excepciones a la prohibición, de matar en legítima defensa, p. ej., éstas sólo pueden concretarse de forma plausible (siempre caben interpretaciones mutuamente discrepantes, condenadas a coexistir), con la única exclusión de lo que bajo ningún concepto puede valer como Derecho justo, mientras que la culpabilidad, p. ej., exige comprobar que el acusado pudo actuar de otro modo. —Más allá del valor intrínseco de esta aportación de Kaufmann a la ciencia penal, resulta especialmente oportuna para terciar en el debate sobre normativización del Derecho penal habido en el paso del siglo XX al XXI, que ha versado también sobre el conocimiento alcanzable por la ciencia penal, pues avala el carácter científico de la dogmática normativista, empeñada en la búsqueda sin término de lo justo de un ordenamiento, y establece el límite infranqueable de lo incompatible con el conocimiento seguro. (Nota de Joaquín CUELLO CONTRERAS).

RESUMEN

En este artículo clásico, escrito hace más de 60 años, pero que conserva su actualidad, Armin KAUFMANN plantea y desarrolla la idea de que la jurisprudencia, como ciencia, ha de perseguir determinar hermenéuticamente lo justo, a partir del Derecho positivo, pero con los límites infranqueables de las estructuras lógico-objetivas de la realidad regulada, lo que en el caso del Derecho penal se concreta en el respeto a la estructura final del actuar humano.

ABSTRACT

In this classic paper, written more than 60 years ago, Armin KAUFMANN raises and develops the idea that jurisprudence, as a science, must seek to hermeneutically determine what is just, based on positive law, but with the unsurmountable limits of the logical-objective structures of regulated reality, which in the case of Criminal Law takes shape in respect for the final structure of the human action.

La jurisprudencia es una ciencia que, si se reflexiona en profundidad, ha de ponerse en duda ella misma; una ciencia que debe cuestionarse si su objeto de referencia es en absoluto verificable y por tanto si es que existe ella misma como ciencia. Bien es verdad que la ciencia jurídica es ciencia *del* Derecho. Y al objeto “Derecho” vinculamos todos nosotros (tanto juristas como no juristas) una noción concreta: Derecho es lo que se ordena, lo que se decreta para regular la sociedad por parte del Estado, o con su aprobación, tal como lo encontramos en las recopilaciones legislativas y boletines oficiales. Desde la Constitución a las normas reglamentarias, este objeto de la jurisprudencia comprende todo el Derecho escrito; añadiendo el denominado Derecho consuetudinario, no escrito (dentro de los límites en que la *lex scripta* admite su aplicabilidad), llegamos hasta el concepto del denominado Derecho *positivo*. Y a esto aludimos, de hecho, cuando, sin pararnos a pensar, hablamos de “nuestro ordenamiento jurídico” o del “Derecho de nuestro Estado”.

Naturalmente, el propio concepto de “Derecho positivo” ya indica que se trata de una postura determinada, de una concepción del Derecho. Si existe el Derecho positivo, también tiene que haber (parece que se quiere decir) Derecho *no* positivo. Y de hecho también hablamos del denominado Derecho

suprapositivo, ya sea el Derecho Natural, el Derecho Divino, el Derecho Racional, el Derecho “correcto” ajustado a la idea de lo justo, etc.

Ahora bien, el Derecho positivo y el suprapositivo no son, en modo alguno, por así decir dos partes de un ordenamiento jurídico total. Por el contrario, se contradicen genéricamente en su pretensión de validez. La contraposición queda oculta, en tanto que el Derecho positivo y el suprapositivo coinciden en cuanto a su contenido. Sin embargo, dicha contraposición se pone de manifiesto cuando uno y otro aportan enunciados materiales contradictorios. Y esto es precisamente la regla general, porque no existe un Derecho suprapositivo *unitario*, sino solo un número difícilmente abarcable de concepciones del Derecho “justo”. El Derecho suprapositivo basa su pretensión de validez en la calidad de su contenido o de su origen; el Derecho positivo afirma su validez porque está *ahí*, porque se impone, porque se le obedece.

Entonces, “Derecho vigente” es un pleonismo; pues el ordenamiento jurídico como ordenamiento de lo que debe ser solo existe con efecto obligante en tanto que rige, en tanto que está vigente para los miembros de la comunidad jurídica. Y si solo está vigente el Derecho positivo, el que se impone, entonces solo *aquí* hay Derecho. Al estarle negada la vigencia al denominado Derecho suprapositivo, también le está negado el ser Derecho.

Esta es precisamente la postura del *positivismo* jurídico, que dominó en los últimos decenios del siglo XIX y en los cuatro primeros del XX en Alemania y que, si no me engaño, vuelve a avanzar en la actualidad.

A la difusión del positivismo han contribuido numerosas corrientes: la escuela histórica dejó de interesarse por la mera elucubración filosófica y se centró en los *hechos jurídicos*. El mismo efecto tuvo la asunción del pensamiento de las ciencias naturales en las del espíritu; en la jurisprudencia, esta asunción situó en el centro, como objeto único de la investigación empírica, a la *realidad del Derecho*, esto es, al Derecho aplicado, el que se impone, el positivo. Y la *fe en el progreso*, ininterrumpida al menos hasta la I Guerra Mundial, en la jurisprudencia buscó y encontró su confirmación en el Estado de Derecho liberal; este puede que mostrara aún, en parte y provisionalmente, *mal* Derecho; pero que lo *injusto* se pudiera positivizar como Derecho, parecía inconcebible. Hasta se recurrió a la filosofía, a saber, a la Escuela Suroccidental del neokantismo (traducida a relativismo jurídico), para afianzar la posición del positivismo.

El positivismo jurídico halló su expresión formal más acabada en el sistema de la denominada *teoría pura del Derecho*, cuyo fundador, Hans Kelsen, aún

la sostiene, no obstante su reciente giro a la teoría imperativista. La teoría pura del Derecho se convierte en ejecutor consecuente del planteamiento positivista; Derecho será solo aquella exigencia que se conmina con un acto de coerción estatal en caso de que se la desobedezca; dependiendo la validez del Derecho, o sea, el ser Derecho, de la *conminación coactiva*.

También para la *Ciencia jurídica* extrae de ahí sus consecuencias la teoría pura del Derecho. La jurisprudencia ha de limitarse estrictamente a las normas dotadas de conminación coactiva; a analizarlas, sistematizarlas y aplicarlas. Cualquier mirada que se dirija más allá constituirá mera especulación, será metodológicamente ilegítima; y justo por eso se llama a esta concepción teoría *pura* del Derecho. El jurista se convierte en un mero técnico del Derecho, que ha de aproximarse lo más que pueda al ideal de la máquina de subsumir. Ni siquiera la labor legislativa es tarea suya; legislar no es un problema de la *Ciencia jurídica*, sino exclusivamente de la política.

Claro que esta imagen, tan sugestiva por su claridad, del Derecho positivo nunca se ha ajustado a la *realidad del Derecho*, ni siquiera en la época cumbre del positivismo. Aun cuando partiéramos de acotar el Derecho como lo caracterizado por la coerción, la jurisprudencia tendría que liberarse de las ataduras impuestas por la teoría pura del Derecho; pues también a esta teoría se le plantea el problema de *para qué* casos se prevé la conminación coercitiva, esto es, el problema de la *interpretación* del Derecho.

Ningún ordenamiento jurídico (tampoco precisamente el aludido por el positivismo) es completo, en el sentido de tener lista una solución para cada caso imaginable, una solución referida directamente al caso concreto. Ahora bien, podrá debatirse si tal carácter completo, en el sentido de comprender todos los fenómenos con relevancia social, forma parte de la esencia del ordenamiento jurídico; este sería ya (al menos para la mentalidad de la teoría pura del Derecho) un planteamiento metajurídico. Sin embargo, también para el positivismo hay que conseguir tener claro, negativamente, *dónde* no opera el Derecho; y positivamente, *cómo* está regulado lo sí abarcado. Toda interpretación jurídica que no se limite a la interpretación gramatical, trasciende al Derecho positivo; pues *siempre* se trata de la cuestión de si cabe trasladar, o no, la regulación positiva *de un grupo de casos a otro*. Los criterios para decidir en uno u otro sentido solo en apariencia lo son del Derecho positivo; en realidad, el denominado Derecho positivo no es capaz de proporcionarnos ningún criterio para los supuestos *discutidos*.

Valga un ejemplo, de entre innumerables: el § 53 del Código penal, en concordancia con el § 227 del Código civil, declara justificada la legítima defensa. Lo que significa que quien obra en legítima defensa no incurre en responsabilidad penal ni está sujeto a responsabilidad civil. La legítima defensa se define como aquella que resulta necesaria para repeler una agresión actual y *antijurídica* dirigida contra uno mismo o un semejante. Pues bien, el ámbito de aplicación de esta denominada causa de justificación depende decisivamente, entre otros aspectos, de cuándo un ataque es “antijurídico”. En esta cuestión caben al menos dos interpretaciones, y las dos cuentan con partidarios: por una parte, se puede determinar la antijuricidad desde el punto de vista del *atacante*, preguntando cuándo es antijurídica la acción del agresor. Por otra, puede contemplarse la antijuricidad de la agresión desde la perspectiva el *agredido*, preguntando qué ataques no tiene este ya que tolerar.

Desde el Derecho positivo resulta imposible hallar respuesta a esta pregunta. Desde luego, no es correcto aducir, por ejemplo, que en la legítima defensa se trata del conflicto entre bienes del agredido -vida, salud, propiedad- y bienes del agresor -p. ej., vida y salud-, y que estos *bienes jurídicos* están valorados positivamente, y por eso protegidos, en otro lugar de nuestro ordenamiento jurídico positivo. Esto no significa nada para nuestra cuestión, pues precisamente debemos decidir, mediante interpretación, *cómo* ha de juzgarse este conflicto de bienes jurídicos en la *concreta* situación de legítima defensa, y justamente eso no nos lo indica el Derecho positivo. Los criterios con los cuales nosotros -jurisprudencia y ciencia- debemos decidir aquí los tomamos de nuestra racionalidad jurídica. Lo que significa que en toda interpretación legítima³ hemos de desarrollar una noción (si bien

³ Bien es verdad que la aplicación del Derecho en sentido estricto consiste en el esclarecimiento del supuesto de hecho y en su subsunción en la proposición o regla jurídica como premisa mayor. En esta medida, junto a la investigación meticulosa del supuesto de hecho solo se requeriría el conocimiento del Derecho necesario para aplicar la proposición jurídica.

Pero esta regla jurídica en la que hay que subsumir no está en realidad aún disponible en el Derecho positivo: o bien no en absoluto -así, en las lagunas de la ley- o bien solo lo está como material en bruto, más o menos preelaborado, el cual, para aplicarse, aún requiere ulterior elaboración, es decir, *interpretación*. Pero toda interpretación que vaya más allá de constatar la norma y su tenor literal (o más allá de comprobar la costumbre), o sea, toda interpretación genuina, es más que mera aplicación de la ley; consiste en *hallar* el Derecho (en creación jurídica, *Rechtsfindung*). Y precisamente por eso la aplicación del Derecho en sentido amplio es una parte de la Ciencia jurídica; es el intento de conocer el Derecho correcto.

Así pues, en nuestro contexto es esencial el hecho de que para esa búsqueda del Derecho correcto mediante la interpretación del Derecho positivo, las reglas del Derecho positivo precisamente no son capaces de proporcionarnos criterio alguno, en todo caso no criterios que sustenten la decisión. Bien es verdad que para interpretar en el caso dudoso hay que recurrir al ordenamiento jurídico en su totalidad. Y ciertamente de ahí se desprende una multitud de puntos de vista y de modelos de

limitada) del Derecho “correcto”. En todo caso, no podemos hacer de la *conminación coactiva* el criterio de nuestra decisión, pues precisamente de eso se trata, para empezar: de si, y en qué medida, ha de operar la conminación penal.

Así que no es extraño, sino evidente, que en la argumentación de los positivistas decididos aparezca la invocación a la “naturaleza de las cosas” o expresiones sinónimas, en que ya por la elección de conceptos se pone de manifiesto que se trata de algo *más* que de extraer la regla jurídica de la mera existencia del acto coactivo. Por esto también la teoría pura del Derecho tendrá que admitir que la jurisprudencia es una ciencia *normativa* en sentido propio.

regulación que han de tenerse en cuenta para la concreción correcta de la proposición jurídica que ha de interpretarse. Pero, en todo caso, el argumento *más convincente* sigue siendo la ausencia de contradicciones del ordenamiento, que ha de concebirse como unidad; principio, por lo demás, que es especialmente difícil de manejar en el ámbito de la axiología.

Tampoco la teoría de la interpretación como metodología de la interpretación alcanza a cambiar nada en este panorama; pues, por una parte, dicha teoría es en sí misma discutida, y por otra, ni el mejor método de interpretación puede conseguir más que el que no quede sin considerar ningún elemento relevante en la ponderación axiológica. Por el contrario, precisamente la metodología de la interpretación moderna, orientada teleológicamente, pone de manifiesto que los criterios de decisión con respecto a la corrección de la solución jurídica no cabe extraerlos del tenor literal de la ley positiva. Lo cual rige también para el Derecho penal, aun cuando aquí las posibilidades de interpretación parecen estar drásticamente restringidas, debido a la vigencia del principio de “*nullum crimen sine lege stricta et scripta*”. Sin embargo, el propio ámbito de aplicación de este principio es objeto de discusión (p. ej., precisamente que sea aplicable a las causas de justificación). E igualmente resulta problemático su alcance. En todo caso, también en el Derecho penal, los conceptos en apariencia simples, descriptivos (persona, cosa, documento, accidente) requieren una laboriosa interpretación teleológica, por no hablar de los conceptos jurídicos indeterminados, como p. ej. responder a la cuestión de cuándo una coacción ha de considerarse “reprobable”, o cuándo “contraria a las buenas costumbres” una acción.

Totalmente abandonados por la literalidad de la ley nos encontramos en el denominado delito de omisión impropia: el que no evitar un resultado sea punible del mismo modo que su realización mediante hacer positivo, no lo dice la regulación positiva ni siquiera de modo indiciario. Y no es mejor la situación en el caso de los delitos imprudentes: ni el propio concepto de imprudencia, ni la valoración central del delito (el deber de cuidado y la infracción del deber de cuidado) se encuentran siquiera aludidos en la ley penal.

De este modo, no salimos de la paradoja aparente de que la aplicación del Derecho requiere interpretarlo; pero la interpretación apunta más allá de lo establecido positivamente; reflexiona sobre lo que es correcto, y ello no cabe extraerlo del propio Derecho positivo. Toda interpretación del Derecho positivo significa desarrollar una noción parcial del Derecho correcto o justo.

De este hallazgo cabe extraer una consecuencia: obviamente, no nos es dudosa la *existencia* del objeto de nuestro esfuerzo, es decir, la existencia de proposiciones jurídicas correctas, y ello ni siquiera porque los criterios de interpretación no se encuentren precisamente en la literalidad del denominado Derecho positivo. Tampoco para los positivistas jurídicos resulta dudosa la existencia del Derecho positivo porque no se le pueda aplicar (y por tanto tampoco imponer) sin que previamente, con ayuda de criterios transpositivos, se haya determinado el contenido correcto de la norma que ha de aplicarse. Pero entonces no cabe negar que también la reflexión sobre contenidos jurídicos correctos que no se desprende de la literalidad de una ley formulada, sin embargo tiene un objeto existente: a saber, el Derecho correcto, el Derecho natural, el Derecho transpositivo.

También lo tiene que admitir por otro motivo; y es que la quintaesencia de su enunciado -de que el Derecho solo “existe” debido a que hay conminación coactiva- la designa ella misma como teoría *del Derecho*. Pero una teoría del Derecho -precisamente también una básica- tiene que admitir que la ciencia del Derecho le verifique si cabe mantenerla.

La validez del Derecho se demuestra y reafirma por su *eficacia vinculante*. ¿De donde toma si no la teoría pura del Derecho la obligatoriedad de sus normas? *La coacción fuerza, pero no obliga*. Y conminar con coacción puede *forzar* a cumplir una exigencia, pero ciertamente *no* significa que tal cumplimiento alcance a ser *obligación jurídica*. De lo contrario, la exigencia de un extorsionador constituiría una norma jurídica.

Bien es verdad que se trata de una conminación con coacción estatal, cuya ejecución se encomienda a los órganos del Estado, a su vez bajo esta *coacción* con que se conmina. Pero ¿acaso la meticulosa organización del campo de concentración con cámaras de gas y hornos crematorios va a ser un ordenamiento jurídico con eficacia vinculante solo porque la *conminación coactiva estatal* la respalde? ¿No existe el Estado precisamente *por el Derecho*, y no el Derecho por el Estado?

E incluso si el Derecho solo lo fuera en virtud del Estado, ¿en qué se distingue el Estado *de otros* detentadores *de poder*, y con ello la norma coactiva estatal como Derecho en qué se distingue de la mera *violencia*? Aquí la teoría pura del Derecho no tiene ningún criterio más que ofrecer para distinguir entre el cabecilla de la banda y el más alto órgano del Estado. No es de la coacción de donde obtiene la exigencia de deber su obligatoriedad, y con ello su validez como Derecho, sino que la obtiene solo de su *contenido*, de su *valor*, de su *corrección* interna.

Este es también, en cuanto al enfoque, el sentir del *relativismo* jurídico, que tiene por representantes más conspicuos a M. E. MAYER y Gustav RADBRUCH. Mediante un proceso mental habitual, este enfoque se transforma primero en relativismo valorativo y por último en positivismo jurídico. El relativismo de los valores se convierte en “absolutismo” del Derecho positivo.

El relativismo parte de que ciertamente existe una idea de Derecho, una idea del Derecho correcto, pero que no se ha conseguido llenar de contenido *concreto* a esta idea de Derecho: cierto que discernimos valores jurídicos, o al menos concepciones que requieren valores jurídicos, pero no qué jerarquía existe entre estos valores jurídicos y cómo ha de regularse el inevitable conflicto

entre ellos. De la imposibilidad de discernir el Derecho correcto se deriva entonces la relatividad de los valores jurídicos.

La declaración que constituye aquí el punto de partida es -al menos en general- correcta: de hecho no hemos conseguido, de modo totalmente convincente, demostrar regulaciones *concretas* como Derecho *correcto*. Sin embargo, la conclusión (que de ahí se extrae) de que resultaría *imposible* discernir contenidos jurídicos correctos, es radicalmente falsa. Del hecho de que no se *ha* discernido lo que es Derecho correcto, no se desprende que sea imposible discernir el Derecho correcto. Esa tesis solo se podría confirmar demostrando que es *imposible en general* conocer cuál es el Derecho correcto. Tal demostración no se ha producido hasta la fecha. (Dicho sea de pasada: de la propia imposibilidad de discernir el Derecho correcto no se puede deducir la *no* existencia del Derecho correcto.)

También resulta endeble el enunciado acerca de la relatividad de los valores jurídicos; pues queda por aclarar cómo, a pesar de la imposibilidad de conocer, sí es posible discernir los valores jurídicos en su relatividad.

Y resulta evidente que, asimismo, el principio de la indiscernibilidad del Derecho correcto y de la relatividad de todos los valores jurídicos es peligrosísimo desde la perspectiva de la política jurídica; pues nos despoja de la defensa intelectual frente a todo lo que aparezca afirmando ser el Derecho “correcto”; a ello nunca podría negársele su relativa corrección.

Ahora bien, el relativismo jurídico -desde el punto de vista de política jurídica-, con todos sus aspectos negativos, contiene al menos algo positivo: el hecho de que la postura relativista hay que admitirla *también* frente al *Derecho positivo*. También el Derecho positivo podría encarnar valores solo *relativamente* correctos, reclamar solo validez *relativa*. No obstante, precisamente en *este* lugar se transforma el relativismo en positivismo: dado que la yuxtaposición de distintas concepciones sobre el Derecho correcto sería intolerable y la ciencia no podría llevar a cabo ninguna selección vinculante, tendría que adoptar la decisión una *tercera* instancia (el poder, el Estado). Dicho de otro modo, en palabras de *Radbruch*: “El Derecho... rige *si* es capaz de imponerse efectivamente.”

Pero así no se hace sino añadir una contradicción más a las ya existentes: pues si no sabemos lo que es Derecho, e incluso resulta imposible discernirlo, ¿cómo podemos llegar a discernir si el ordenamiento *que se impone* es el ordenamiento *jurídico*? O bien *tenemos* en principio la posibilidad de discernir lo que es Derecho; y entonces cabría pensar -aun cuando hasta hoy no se haya

demostrado- que *el que se impone* es también Derecho correcto (y con ello precisamente Derecho). O bien *no* tenemos esa posibilidad de discernir (con arreglo a la posición básica del relativismo); y entonces es también imposible manifestar que el denominado Derecho positivo sea en absoluto Derecho. *Tertium non datur*, a no ser que también el principio de que posibilidad e imposibilidad se excluyen recíprocamente resultara ser solo *relativo*.

Para fundamentar el positivismo jurídico se aduce asimismo otro aspecto, también por parte de los relativistas, pero no solo por ellos. Todo ordenamiento que se impone ofrece al menos una cosa, a saber: la *seguridad jurídica*. Y esta seguridad por medio del ordenamiento constituye un alto valor, propio del Derecho, que es capaz de sustentar por sí solo la validez y la obligatoriedad de las formas de ordenación efectivas, o sea, del Derecho positivo.

De hecho, parece ser la función básica de todo ordenamiento jurídico que genera paz jurídica, el que cree seguridad jurídica y ponga fin al *bellum omnium contra omnes*.

Pero este razonamiento da por supuesto aquello de lo que realmente se trata. El propio concepto lo indica, en el fondo: la seguridad jurídica es seguridad *del Derecho*; allí donde no se asegura lo justo -sino p. ej. lo *injusto*- bien podrá reinar la seguridad, pero desde luego no la seguridad *jurídica*. La perfecta seguridad de la organización cotidiana en el campo de concentración no es seguridad jurídica; y la ordenación efectiva que se consigue con *esta* seguridad no es parte del ordenamiento jurídico. No de esa seguridad que proporciona, sino solo de los *valores* que asegura, puede una ordenación derivar su fuerza vinculante y con ello su carácter de ordenamiento jurídico. Pero precisamente esto es lo que quiere evitar el positivismo.

El recurso a la seguridad jurídica contiene, ciertamente, una verdad, pero no de carácter normativo, sino histórico-estadístico: la mayoría de los ordenamientos protege, al menos en parte, auténticos valores jurídicos. Y en tanto que ataco este ordenamiento para sustituirlo en su parte injusta por otro mejor, a menudo pongo en peligro o lesiono precisamente los bienes que constituyen bienes jurídicos. Aquí reside la problemática de toda resistencia, de toda insurrección contra un ordenamiento establecido.

De todo lo cual se desprende que no cabe fundamentar el positivismo jurídico. Por el contrario, los intentos de fundamentarlo ponen de manifiesto que presuponen de entrada la corrección de lo que cabe llamar Derecho. Está demostrado que la fuerza vinculante de una exigencia dirigida a los seres humanos

solo puede derivarse de su *contenido*, de su corrección, de lo valioso de lo exigido.

También el impacto *externo* del positivismo ha disminuido notablemente tras las experiencias del III Reich y de la época posterior. El positivismo no estaba a la altura de lidiar con la problemática del Estado de injusticia, ligada a la raíz misma del Derecho, que se planteó entonces (y todavía hoy). Por eso, pudimos asistir desde la Guerra a un retorno al Derecho suprapositivo, a un nuevo florecimiento de las concepciones del Derecho natural en el más amplio sentido del término.

No obstante, en este debate en torno al Derecho correcto nos encontramos en una situación incómoda que, si se malinterpreta (y ya se ha malinterpretado), lleva (y ya ha llevado) a una revitalización del positivismo.

La situación en Filosofía del Derecho es hoy esta: no cabe obtener enunciados *seguros* sobre contenidos jurídicos *concretos*. Hasta ahora no ha sido posible comprobar, con una convicción que resista toda crítica, cómo ha de ordenarse correcta y necesariamente una situación, suficientemente concretada, de la convivencia humana. Quizá se ha obtenido conocimiento en cuanto a los principios generales. Pero en cuanto a las conclusiones (y únicamente estas cuentan en definitiva en la jurisprudencia) ni de lejos se alcanza convicción alguna.

Welzel ha demostrado, con respecto a las concepciones sobre el Derecho natural de cuño tanto antiguo como moderno, que a partir de ellas no cabe obtener conocimientos irrefutables acerca de lo correcto de contenidos jurídicos *concretos*. Y WEISCHEDEL ha expuesto gráficamente que también fracasa el recurso a la ética filosófica; ni siquiera la ética (incluida la ética material de los valores, de *Hartmann* o *Scheler*) puede aportar ningún sistema *concluyentemente* demostrado de valores o incluso de reglas para los supuestos de conflicto.

Permítaseme ilustrar la problemática de que aquí se trata con un ejemplo relativamente sencillo: el Derecho se define como la regulación de la convivencia humana. Por eso, el ser humano en su existencia específicamente humana se halla en el centro del ordenamiento jurídico, como objeto suyo y como sustentador de múltiples aspectos. Yo puedo expresar esta idea de infinidad de formas y deducir de ahí que el ordenamiento jurídico no puede aniquilar a *su propio objeto*, el ser humano, sino que justamente ha de protegerlo.

Lo cual parece significar que, así, la prohibición de matar se hace directamente comprensible y ajena a toda duda.

Pero en el fondo solo se ha demostrado esto: que un ordenamiento que permita o incluso prescriba *en todas las circunstancias* concebibles la muerte de todas las demás personas, no es un ordenamiento *jurídico*. Quizá cabría entonces decir que con ello queda confirmada la necesidad de la prohibición de matar. Si es así, entonces solo incipientemente, como un principio supremo que está a la espera de su concreción. Según el planteamiento del jurista: ¡la *regla* claro que la percibo; la *excepción* es lo que me falta! ¿Qué hay de la admisibilidad de la pena de muerte? ¿Y el matar al enemigo en tiempo de guerra? ¿Y la muerte en legítima defensa, por volver a nuestro anterior ejemplo? ¿Me está permitido *matar para defender mi propiedad*?

Antaño, PUFENDORF, en nombre del Derecho natural, reclamó un derecho a defenderse muy riguroso, con arreglo al principio: “El Derecho no tiene por qué ceder ante el injusto”, frente al Derecho positivo de su época. Hoy, una vez que el Derecho positivo hace tiempo que ha asumido el principio de legítima defensa en toda su agudeza, este se nos ha vuelto dudoso, al menos en cuanto a su alcance.

Al respecto un ejemplo que la mayoría de los juristas, entre ellos, identificarán como caso de manual: Un muchacho está sentado frente a un cerezo de propiedad ajena, atiborrándose y llenándose los bolsillos de cerezas. El hortelano, paralítico, que lo ve desde la lejana ventana de su casa, no tiene otra posibilidad de repeler esta agresión antijurídica contra su propiedad que matar al chico de un disparo certero. Según la literalidad de la ley, no hay duda de que se da legítima defensa justificada.

Si queremos exacerbar el caso hasta lo grotesco, sustituyamos al chico por un mono que acaba de escaparse del circo. Con respecto a cosas -entre las que se cuenta el mono- la destrucción no está permitida si resulta desproporcionada con respecto al daño que amenaza producirse. Así pues, al mono el hortelano *no* podría matarlo.

Pero calma. Hoy decidimos casi unánimemente en el sentido de que *tampoco* matar al chico está amparado por el derecho a la legítima defensa. Decidimos, pues, contra la ley *positiva*, si bien con fundamentación diversa. Y no ha de extrañar, pues hasta hoy no se ha puesto de manifiesto irrefutablemente si esa decisión es la *correcta* o no, y cómo ha de determinarse *en general* el alcance del derecho a la legítima defensa.

Quizá se ofrezca para tales casos dudosos el recurso a la *conciencia*; si es que contáramos en la conciencia con un lugar para el *sentir* (Erlebnis)

metafísico. Este recurso está muy difundido, y a él se alude precisamente con el “*sentimiento valorativo*” correcto de Nicolai HARTMANN, con el “*sentimiento jurídico*” de muchos juristas o con la “sensación inmediata del deber ser” de LAUN.

No puedo abordar aquí la problemática epistemológica, si bien cabe señalar que “*con-ciencia*” (Ge-wissen) no por casualidad proviene de *ciencia* (Wissen). Sin un conocimiento existente o un conocimiento nuevo, que se haya obtenido mediante comprobación “concienzuda”, no cabe ninguna decisión en conciencia; lo cual nos lo corrobora a nosotros, los penalistas, el caso del autor por convicción. También la tensión *de la conciencia* es, pues, un acto de conocimiento y requiere *prueba*, como todo conocimiento. Pero de esto es precisamente de lo que estamos tratando.

Las dudas, que no pueden descartarse ni siquiera con respecto a un bien jurídico tan elevado e indiscutible como la vida humana, documentan la problemática de la lucha por el Derecho correcto: la del hecho de que no se hayan conseguido demostrar concluyentemente, para situaciones concretas de la convivencia humana, las reglas correctas correspondientes.

De la situación actual de la cuestión⁴ se desprende, a mi juicio, lo siguiente:

1. El que *concretos* contenidos jurídicos no se hayan podido demostrar no implica nada sobre la *posibilidad* de llegar a discernirlos, y mucho menos sobre la *existencia* del Derecho. El desconocimiento no debe equipararse a la imposibilidad del conocimiento, ni tampoco a la

⁴ Reanudar la reflexión lleva hoy (1967) a formular así el resultado de estas consideraciones:

1. El Derecho positivo, al ser interpretado, se halla ante la misma problemática metodológica que el Derecho suprapositivo en la configuración de su contenido (y como las consideraciones *de lege ferenda*). La diferencia reside en que en el ámbito del Derecho positivo tanto el punto de partida como el marco de la reflexión está en lo correcto transpositivamente.

2. La verificación concluyente de contenidos jurídicos suficientemente concretos (aplicables) hasta ahora no se ha conseguido ni en uno ni en otro, sin que quepa extraer de ahí conclusiones relativas a existencia o validez.

3. Quizá debamos indagar acerca de otro método de argumentar que es más adecuado para la ciencia del Derecho, al menos en tanto que practica la axiología. Quizá tengamos que conformarnos, en lugar de requerir la plena convicción de la prueba, con alcanzar un *principio calibrador de la plausibilidad*, aun a riesgo de que dos contenidos jurídicos de la misma plausibilidad adecuada se excluyan mutuamente. Quizá debamos, aún más que hasta ahora, intentar, arrojando luz sobre criterios positivos o negativos, excluir si acaso la corrección de un contenido de una regulación; *prima facie* parece más fácil que dé resultado este proceder negativo.

4. En todo caso, sin embargo, la lucha por el Derecho correcto o justo es un problema cotidiano de la jurisprudencia, no solo un campo específico de los cultivadores del Derecho natural. En la problemática metodológica coinciden la interpretación del Derecho positivo y la obtención del Derecho suprapositivo.

inexistencia del objeto del conocimiento.

2. Está cerrado ya el retorno al positivismo, *demostrablemente*.
3. La Ciencia jurídica tiene planteada la tarea de seguir esforzándose por conseguir discernir las reglas jurídicas correctas en cada caso. A esta tarea se dedica todos los días -en parte consciente, en parte inconscientemente- al esforzarse por la interpretación correcta sirviéndose de criterios que precisamente no pueden extraerse del Derecho positivo.
4. En particular, la filosofía del Derecho debería plantearse otra tarea más (quizá más modesta): Si hasta hoy no se ha conseguido demostrar el “cómo” correcto de cada una de las reglas jurídicas, separando así esmeradamente del Derecho todo no-Derecho, en tanto que no correcto; más fácil resultaría separar al menos una *parte* del no-Derecho empleando criterios positivos o negativos. *Este* planteamiento es más sencillo: se trata solo de los criterios que el Derecho debe o no debe ostentar, sin que se le dote de contenido con precisión.

¿No se conseguiría, digamos, poner de manifiesto convincentemente que las reglas con las que en una banda se reparte el botín no son normas *jurídicas* y que las órdenes de matar en el campo de concentración no son parte del ordenamiento *jurídico*? Puntos de partida para ello existen en la ética, en las teorías iusnaturalistas y en la filosofía del Derecho.

5. Del debate sobre el contenido correcto que convierte en cada caso las reglas en normas jurídicas, han de descartarse problemas que por razón de materia y de metodología están situados en muy otro lugar, y abordar los cuales solo conduciría a error.

A este punto de partida vamos a dirigirnos ahora. WELZEL, en su análisis de las teorías iusnaturalistas (y ya antes), se ha referido a las denominadas “estructuras lógico-objetivas”, que constituyen el sustrato primigenio de las reglas jurídicas, y que en su configuración, en su estructura, son previas a la norma jurídica, como objeto suyo. Ya se deba a la expresión “lógica objetiva”, ya a la relación con las teorías del Derecho natural, que también tratan este problema, lo cierto es que se ha suscitado el malentendido de que estas estructuras lógico-objetivas entrarían en el mismo saco que la “naturaleza de las cosas” y plantearían los mismos o al menos parecidos problemas, tal como fueron tratados.

No obstante, el planteamiento, y sobre todo el método de hallar respuesta a él, son radicalmente distintos en estas “estructuras lógico-objetivas”. Hemos de diferenciar: hasta ahora nuestra pregunta se refería al contenido correcto de una regulación, a la *valoración* que se halla en esta determinación del contenido y que dota a la exigencia de su poder vinculante y con ello de su naturaleza de Derecho. Así nos hemos preguntado por el alcance correcto del derecho a la legítima defensa. Y así podemos también preguntar si el matrimonio monogámico es un bien jurídico, si el adulterio está jurídicamente desvalorado y prohibido, si el adulterio es merecedor de punición, si habría que punir asimismo los daños imprudentes, etc.

Estas preguntas acerca de las *valoraciones específicas* respectivas se mueven en el ámbito de la pura axiología. Pero junto a esta cuestión axiológica se plantea otro problema más: ¿cómo se consigue discernir el objetivo de la valoración específica, el fin de la regla respectiva? Y en este lugar opera la vinculación del Derecho a lo que se denomina “estructura lógico-objetiva”. Si el Derecho pretende proteger la vida en formación, tendrá que prohibir (entre otras cosas) a las mujeres *tener* abortos involuntarios. Pero una prohibición de *sufrir* abortos involuntarios sería tan absurda como prohibir a la nieve acumularse y formar aludes. No son los cursos *causales* los que pueden mandarse o prohibirse, sino solo las *acciones*. No se halla aquí el Derecho ante una elección que pudiera decidirse, digamos, mediante valoración; tiene que ser en función de la capacidad específicamente humana de orientarse por fines y de actuar según fines e imbuirse de ellos. No puede prescribir llegar a ser *causal*, sino solo *obrar deliberadamente, de manera final*.

En pocas palabras: la estructura ontológica del actuar humano determina la estructura posible del objeto de los mandatos. El que determinada acción se *prescriba o no* lo decide la *valoración*, pertenece al ámbito axiológico. *El que* lo prescrito siempre tenga que ostentar la estructura del obrar humano finalista es de naturaleza lógico-objetiva, es decir, está determinado por su estructura óntica.

La estructura prefijada de los objetos de mandatos y prohibiciones determina, pues, -solo en cada caso a la inversa- el objeto de lo que se opone a mandatos o prohibiciones: el juicio de antijuricidad (en tanto que se aplique a la conducta humana y no a meros estados o acontecimientos) se refiere necesariamente a acciones finales o a su omisión.

Más que esta estructura lógico-objetiva de la *acción* nos interesa, en este contexto, otra desde luego estrechamente vinculada a ella. La moderna teoría del delito ha conseguido discernir los presupuestos mínimos bajo los cuales podemos hacer *responsables* a las personas por su conducta. Hoy conocemos (y estamos casi totalmente de acuerdo al respecto) bajo qué presupuestos, concurriendo qué fenómenos, podemos dirigir un reproche de culpabilidad, cuándo podemos decir que una persona ha de responder por su conducta, porque podría haberse comportado de otro modo (o sea, conforme a la norma). Esta comprensión es solo en parte fruto directo de la ciencia del Derecho penal. Lo esencial procede simplemente de lo empírico, de la psicología, de la etología, de la psiquiatría, de la antropología.

No es este el lugar de exponerlo en detalle. Traducido al lenguaje conceptual de nuestra ley, puede expresarse así el resultado: la *culpabilidad* solo recae sobre aquel autor que estaba en condiciones de comprender lo injusto de su hecho y de motivarse conforme a esta comprensión de lo injusto.

Esta visión de la estructura llamada “culpabilidad” nos pone en condiciones de p. ej. superar la tesis del “error iuris nocet”, empleada hasta el final por el Tribunal Supremo del Imperio (*Reichsgericht*). Con arreglo a esta teoría, se consideraba culpable, y punible, también a aquel que no conoció ni pudo conocer la ilicitud de su conducta. Por el contrario, hoy no incurre en *culpabilidad alguna*, según jurisprudencia y doctrina unánimes, quien sufrió un *error de prohibición invencible*.

Ahora bien, de esta estructura de la culpabilidad se habla por parte tanto de doctrina como del Tribunal Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*) en formulaciones que se derivan de determinado “modelo de persona”, o que remiten a él; ya sea el modelo de persona del humanismo, de la ética kantiana o del Derecho penal cristiano. Lo cual ha dado lugar a la justificada crítica de *Weischedel* a este modelo de persona; pues tales modelos de persona proceden de, y desaparecen con, los enunciados éticos y jurídicos a los que están conectados. Y precisamente por eso nos encontramos en la situación incómoda, ya indicada, de que estos contenidos reguladores no hayan podido verificarse en cuanto a su corrección.

En la moderna teoría de la culpabilidad se trata, sin embargo, no de estos *modelos*, sino de la propia *estructura* de la culpabilidad. Para continuar con la metáfora del modelo o imagen de persona: Para la ciencia del Derecho penal existe una radiografía, obtenida empíricamente, de la estructura del ser humano

como persona; pero no se trata de un cuadro en que, según el ideal del pintor, se sesguen las pinceladas en esta o aquella dirección.

A la radiografía existente está vinculado el Derecho penal. Como el médico, que no puede cerrar los ojos ante lo que le muestra la radiografía, así también el Derecho penal ha de basarse en la radiografía *completa*, empíricamente obtenida.

A *esto* se alude cuando se habla de la “lógica objetiva” de la estructura de la culpabilidad. Ciertamente es cuestión de la valoración, de la axiología, decidir que solo podamos punir a *culpables* (o también a *inculpables*). Pero si no debe haber pena sin culpabilidad (y de esto está convencida toda la ciencia del Derecho penal alemana), entonces el Derecho penal está vinculado a la comprensión de la estructura lógico-objetiva de la culpabilidad.

Así pues, sabemos ya cuándo puede existir *culpabilidad*; pero no tenemos certeza concluyente sobre si lo *reprochado a título de culpabilidad* también es, en cada caso, *antijurídico* en su contenido concreto.

Y precisamente en ello se pone de manifiesto la responsabilidad, pero también la maldición, de la jurisprudencia como ciencia simultáneamente normativa y práctica: que tengamos que determinar el Derecho (*Recht*), sin seguridad completa de estar expresando también lo correcto o justo (*das Rechte*).

JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO
Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Extremadura
jlsgm@unex.es
ORCID: 0000-0003-2414-8774