

LOS CONCEPTOS NORMATIVOS EN DERECHO PENAL Y EL PROBLEMA DE LA FALACIA NATURALISTA. LA RELACIÓN SER-DEBER SER EN EL ÁMBITO DE LA CIENCIA PENAL

Leonardo Augusto Schonfeld¹

Pontificia Universidad Católica Argentina (Argentina)

leonardoschonfeld@uca.edu.ar

<https://orcid.org/0000-0003-2997-2172>

Recibido: 17/12/2025

Aceptado: 20/05/2026

<https://doi.org/10.26422/RJA.2026.0701.sch>

Resumen

Una de las cuestiones en las que parece haber mayor acuerdo en la teoría del delito es la existencia de términos normativos y descriptivos, especialmente en relación con los tipos penales. El finalismo, en la medida en que introduce categorías antropológicas, ha generado algunas reacciones de rechazo por parte de quienes buscan negar todo tipo de ontologismo y prefieren desarrollar una teoría puramente normativa. Uno de los argumentos utilizados por los normativistas en apoyo a esta postura es la supuesta ilegalidad lógica de derivar prescripciones e imputaciones a partir de elementos descriptivos y ontológicos. Este artículo propone una revisión de la dicotomía entre descriptivo y normativo, o “deber” versus “ser”, y formula un análisis de la supuesta falacia lógica. Asimismo, se afirma la existencia de elementos fácticos y ontológicos en la teoría del delito y se sostiene que su enfoque y estudio deben abordarse, pese a ello, mediante un método dialéctico.

Palabras clave: conceptos normativos, falacia naturalista, lógica deóntica.

1 Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas. Investigador y profesor adjunto de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho (Facultad Teresa de Ávila, Pontificia Universidad Católica Argentina). Ha publicado más de una decena de artículos científicos en revistas con referato de alcance internacional y artículos de divulgación en Argentina, Brasil, Chile y Perú.

The Normative Notions in Criminal Law and the Naturalistic Fallacy. The Be-Ought Relationship in Criminal Science

Abstract

One of the issues on which there seems to be greater agreement is the existence of normative and descriptive terms, especially in relation to types of criminal law. Finalism, insofar as it introduces anthropological categories, has aroused some rejections from those who seek to deny all kinds of ontologism and to develop a purely normative theory. One of the arguments used by normativists in support of this stance is the supposed logical illegality of deriving prescriptions and imputations from descriptive and ontological elements. This article proposes an overhaul of the dichotomy between descriptive and normative, or “ought” versus “be”, and formulates a review of the assumption of this logical pitfall. Likewise, it states the existence of factual and ontological elements in crime theory and argues that its approach and study must be addressed, although, through a dialectical method.

Key words: normative concepts, naturalistic fallacy, deontic logic.

1. Introducción. El problema de la falacia de naturalista

El asunto de la falacia naturalista ha marcado derivaciones metodológicas tanto en el campo de la ética como, por derivación, en el saber jurídico. Tematizar todo lo que se ha escrito sobre el problema de la derivación de proposiciones normativas o deónticas a partir de proposiciones especulativas o teóricas escapa al objeto y al espacio de este trabajo.² A los efectos de estudiar el impacto y la relevancia que dicho asunto ha tenido para la teoría del delito, me limitaré a exponer el problema sólo desde los autores fundacionales.

Entre estos autores, encontramos, por un lado, a David Hume, quien propone el problema lógico de la derivación de deberes a partir de premisas teóricas, de ahí que también se la denomine *Ley de Hume*, y, por otro, George Edward Moore,³ en su *Principia Ethica*, publicada en 1903, donde cuestiona la posibilidad de dar un concepto analítico de *lo bueno*.

2 El problema de la falacia naturalista tiene como una de sus concreciones el uso que de ella hicieron, fundamentalmente, el pensamiento iuspositivista y la corriente analítica inglesa para negar la existencia de realidades permanentes —naturaleza— que delimitaran el contenido del Derecho (Cfr. Kelsen, 1982; Moore, 1959; O'Connor, 1967, p. 65). Frente a ello, han surgido intentos de reformular el problema a partir de nuevas lecturas del pensamiento de Tomás de Aquino, sobre todo en el ámbito de la denominada Escuela Anglosajona del Derecho Natural (Cfr. Finnis, 2000).

3 Afirma Massini-Correas (1993) que “la influencia de Moore sobre la ética anglosajona posterior ha resultado decisiva, sobre todo en el punto, central para la ética, de la definibilidad y cognoscibilidad del bien” (p. 62), por lo que en su trabajo analiza los posteriores aportes de Hare, Ayer, Stevenson, Mackie.

En el siglo XVIII, Hume (1984) afirmó que los sistemas morales conocidos en su época, luego de realizar una serie de afirmaciones sobre la naturaleza y la existencia de Dios, pasan, sin más, a formular conclusiones del tipo *debe* o *no debe*.

Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto este *debe* o *no debe* expresa una nueva relación o afirmación, es necesario que esta sea observada y explicada, y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. (p. 689)

En otro lugar afirma el filósofo escocés que, “[d]ado que la moral influye en las acciones y afecciones, se sigue que no podrá derivarse de la razón, porque la sola razón no puede nunca tener una tal influencia” (Hume, 1984, p. 674).

En el planteo de Hume, la separación no sólo se da entre el orden del *ser* y del *deber ser*. A ella debe adicionársele la absoluta imposibilidad de que la razón pueda fundar preceptos morales. Las nociones de bien y de mal escapan a la órbita de lo razonable. Así las cosas, el problema no sólo es lógico, sino también ontológico. La propia complexión entitativa de la razón y sus objetos —lo verdadero y lo falso— determinan la imposibilidad de cualquier conexión entre la razón y las acciones.

Hume (1984, p. 680) admite la posibilidad de que la razón conozca las relaciones entre los objetos y que ellas pueden ser consideradas motivos para la acción, pero sólo lo serán de manera mediata o indirecta en la medida en que sugieren o dirigen una pasión, pero nunca podrán esos juicios o razones estar acompañadas de verdad o falsedad.

Lo que resulta llamativo es que Hume (1984, p. 674) no desconoce la división de raíz aristotélico-tomista entre la *filosofía especulativa* y *práctica*. La novedad consiste en que, en el tomismo, se admite una racionalidad teórico-especulativa, mientras que, para nuestro autor, la razón sólo puede operar en el plano de lo especulativo, de lo verdadero y de lo falso, relegando el mundo práctico-moral al plano de los sentimientos.

Entiendo que la crítica de Hume (1984) sólo puede dirigirse a los moralistas del racionalismo moderno. Ello surge a las claras del propio texto del escocés cuando afirma que “ha sido una opinión muy activamente propagada por ciertos filósofos, la de que la moralidad es susceptible de demostración (...) se da por supuesto que esa ciencia puede ser llevada a la misma certeza que la geometría o el álgebra” (p. 682).⁴

4 Como puede verse, se trata de una evidente referencia a la obra de Spinoza (2000) *Ética demostrada*

La afirmación de Hume acerca de la supuesta imposibilidad lógica de conectar los órdenes del ser y del deber ser ha impactado en los sucesivos modelos metodológicos de la ciencia jurídica. El asunto, si bien resulta propio de la filosofía —particularmente de la ética y la lógica—, repercutió de modo explícito en la teoría general del derecho e incluso en el derecho penal.

En el ámbito de la teoría general del derecho, Kelsen (1982) hace expresamente referencia al problema, sólo que no lo introduce por boca de Hume, sino de los filósofos Moore y Prior. Afirma el austríaco que

[n]adie puede negar que la afirmación de que “algo es” —esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real—, es esencialmente diferente del enunciado que dice que “algo debe producirse”, esto es: del enunciado con el cual se describe una norma: y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de que algo deba ser, no puede seguirse, que algo sea. (p. 19)

La afirmación, que parece ser una admisión del problema y la respuesta humeana, es luego matizada, admitiendo que las nociones de *ser* y de *deber ser* no pertenecen a mundos irreductibles. En efecto, Kelsen (1982) aclara el alcance de la relación sosteniendo que

[e]ste dualismo entre lo que es y lo debido no significa, con todo, que lo que es y lo debido se encuentren lado a lado sin relación alguna. Se sostiene que “lo que es puede corresponder a lo debido”; vale decir: algo puede ser tal como debe ser; también se dice que lo debido está “orientado” hacia un ser, que algo debe “ser”. (p. 20)

Por su parte, en *Principia Ethica*, afirma Moore (1959) su propia visión de la falacia naturalista partiendo de la base de que el concepto *bueno*, al ser sintético, no puede ser materia de definición:

Cuando alguien confunde entre sí dos objetos naturales, definiendo uno en lugar del otro, si, por ejemplo, se confunde a sí mismo —un objeto natural— con “place” o “placer” —que son otros objetos naturales—, no hay razones para

según el orden geométrico. En el mismo sentido discurrió el derecho natural de Pufendorf, Wolff, Kant, etc. También Bobbio (1965), en cuanto afirma que “el ideal del iusnaturalismo moderno, que es un aspecto del general movimiento racionalista en filosofía, es la construcción de una jurisprudencia *geométrica more demonstrata*” (p. 10). Paradójicamente, Bobbio le atribuye al padre del positivismo jurídico, Thomas Hobbes, en su obra *De Cive*, el proceder de modo geométrico, racional-deductivo, en el mismo camino que sus predecesores.

denominar a esto falacia naturalista. Pero si confunde “bueno”, que no es, en el mismo sentido, un objeto natural con cualquier otro objeto natural, hay razón entonces para llamar a esto falacia naturalista. (p. 12)

La tesis de Moore, de la que se hace eco Kelsen, parte de considerar que el concepto ético basal —lo bueno— no puede definirse. Para el profesor inglés, el concepto *bueno* es sintético, no analítico. Afirma Moore (1959) que es una noción simple, tal como lo es el término *amarillo* (p. 6). La afirmación no parece ser de recibo para una filosofía realista. Tal como demuestra Massini-Correas (1993), se parte de una concepción nominalista, bajo la “doctrina de los dos nombres”, según la cual los dos elementos principales de la predicación son idénticos realmente” (p. 71). El profesor mendocino, pese a su crítica a Moore, admite al menos la tesis de que no es posible una definición *real o esencial* del concepto “bueno”, argumentando que carece de género próximo y diferencia específica (p. 73).

Aunque pueda resultar paradójico, el mismo Welzel (2005) ha presentado el problema relativo a la relación entre naturaleza y bondad. Sostiene el profesor de Bonn que tal intento haría caer la argumentación en una petición de principio. En efecto, si lo bueno es lo natural, y se afirma que lo natural depende de las inclinaciones, entonces lo bueno depende de las inclinaciones naturales. Y si lo que causa, pues, la bondad son las inclinaciones naturales, entonces no hay inclinaciones malas. Pero si se admite, como parecería hacerlo el tomismo, que no todas las inclinaciones son buenas, entonces ellas son juzgadas con un criterio de bondad que no puede radicar en las propias inclinaciones naturales. Dicho en sus propios términos:

... si no todas las inclinaciones naturales son “naturales” en sentido axiológico, sino solo las buenas, libres de vicio, es evidente que el concepto de naturaleza pierde su capacidad para servir de criterio de distinción entre el bien y el mal [...] De esta manera se cae en la típica *petitio principii* iusnaturalista: lo que se tiene primero como bueno es presentado como “lo natural”, utilizándolo después como criterio de conocimiento de lo bueno. (Welzel, 2005, p. 77)

A partir de estas consideraciones del estado de la cuestión, pretenderé poner de relieve en este artículo dos planteamientos básicos: i) que la denominada “falacia” de Hume no es tal, en la medida en que toda inferencia silogística válida —incluso en los razonamientos prácticos— requiere siempre una premisa descriptiva; de dos premisas prácticas no se sigue ninguna conclusión; ii)

que la distinción entre lo normativo y lo fáctico en la teoría del delito debe ser relativizada, ya que todo uso del lenguaje, como se verá más abajo, es en cierta medida normativo. En este sentido, no negamos que haya conceptos cuyo abordaje pueda ser problemático y que deban ser considerados verdaderas aporías. Sin embargo, dicho reconocimiento no debe llevarnos a conceder algo más y distinto, esto es, que la determinación de tales conceptos y aporías tenga que resolverse desde una —por otra parte, muy discutible— valoración político criminal. El problema, como puede verse, se encuentra a caballo entre la metodología propia del derecho penal y el problema más general de las inferencias lógicas. En lo metodológico, mostraremos una posible aproximación dialéctica a las aporías de la teoría del delito y cómo puede reducirse su problematicidad a márgenes de discrecionalidad mucho menores que los que brinda el mundo de las valoraciones político-criminales. Desde el plano lógico, por su parte, demostraremos que es aquella misma dialéctica clásica la que nos compele a admitir ciertos datos ontológicos sobre los que se pueda fundar la imputación jurídico penal, sin que ello implique falacia alguna.

2. Delimitación del campo de la falacia naturalista. Naturaleza como *physis* y como principio de operaciones

Resulta palmario que, de asistirle razón a quienes afirman que es imposible conectar los órdenes del ser y del deber ser, ello implicaría no sólo un golpe al ius-naturalismo —en tanto teoría que funda la ley natural en la esencia humana—, esto es, a la teoría que propone la existencia de principios normativos acerca de lo que el hombre debe hacer y evitar, fundados en la naturaleza humana. El alcance de la negación de la conexión entre naturaleza y normatividad repercute, además, en el método para determinar reglas de imputación en el ámbito del derecho penal.

Ello así, pues el concepto de naturaleza, según entiendo, no sólo daría contenido a la parte especial del derecho penal, sino que también implicaría asumir determinadas estructuras ónticas que limitarían la posibilidad de construcción arbitraria o discrecional de algunos criterios de imputación de la parte general. Sobre ello volveré unos párrafos más abajo cuando se delimite el ámbito de lo apodíctico y lo dialéctico en la teoría del delito.

Corresponde ahora deslindar el concepto de naturaleza tal como lo entienden los que asumen la falacia naturalista de aquella otra postura que —según entiendo— debe rechazar el problema como un pseudoproblema.

Por parte de aquellos que asumen la falacia, puede verse que el concepto de naturaleza al que se refieren queda reducido a una pura materialidad. A un *ser* crudo, sensorial y empírico. Más aún, quizás resulte necesario poner de relieve que el *ser* al que ellos refieren dista mucho del *ser* al que hace referencia el iusnaturalismo clásico. El *ser* del que parte Hume, por ejemplo, es una mera facticidad inerte, desprovista de toda significación universal, de toda esencia. Ese concepto del *ser*, reducido a mera *physis*, sólo podrá ser objeto del conocimiento empírico.

En el caso del kantismo, el problema persiste. En efecto, aun cuando Kant admita la existencia de formas universales —categorías *a priori*—, éstas no se encuentran en la cosa, sino que son aportadas por el sujeto cognoscente. Aun en Kant, lo que hay en la realidad es mero fenómeno, pura materialidad carente de significación:

si bien Kant logró desprenderse del racionalismo de Wolff para explicar la ética, no se desprendió del todo, sin embargo, del empirismo también predominante en su época, que asume no como explicación de la moralidad de las acciones, sino como interpretación antropológica de la naturaleza humana, la cual, así entendida, no puede fundamentar la ética, estableciéndose entonces una brecha entre antropología y ética. (Elton, 2015, p. 48)

Como puede verse, las gnoseologías diferentes del realismo clásico terminan separando a los órdenes teóricos y prácticos en dos mundos irreductibles entre sí.⁵

Un ejemplo de la reducción de la naturaleza a mera *physis* se encuentra en quienes creen que los descubrimientos en el campo de la neurociencia (Rocamora García-Valls, 2024) podrían determinar los contenidos del derecho penal.⁶ Así, se ha dicho que

[l]as tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspecti-

5 Cfr. García Amado (2019). Por ello dice Villey (1978, p. 33) que, para ese concepto de naturaleza, toda norma jurídica será puramente racional (Grocio, Pufendorf, Kant) o bien puramente voluntarista (Hobbes).

6 Uno de los principales escollos que veo en la aplicación de la neurociencia al derecho consiste en que sus explicaciones evolucionistas parten de una visión determinista. Si las agresiones (delitos)

va, que “no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras”. (Tribunal Supremo de España, 2020, 4.1)

Tales explicaciones científico-deterministas son también modelos que incurrirían no sólo en la falacia naturalista, sino incluso en la falacia de tomar el todo por la parte. En ese sentido, cabe tener presente la crítica que se ha formulado a la neurociencia, poniendo de resalto que

El comportamiento es algo de lo que sólo participan seres humanos (u otros animales). Las funciones y actividades cerebrales no son comportamientos (y las personas no son sus cerebros). En efecto, para que un sujeto adopte un comportamiento es preciso que tenga un cerebro. Pero la reducción de un atributo psicológico a un atributo cortical es un paso falaz del todo a una parte [...] la acción voluntaria, la intencionalidad, el conocimiento y la toma de decisiones no pueden ser atribuidas a cerebros, sino sólo a seres humanos. (Pardo y Patterson, 2011, p. 17)

Como puede observarse, se trata de un planteo que no sólo incurriría en la reducción de la conducta humana a puras conexiones neuronales, sino que, al sostener una visión determinista del acto humano, echa por tierra toda idea de culpabilidad y llevaría, para ser coherentes, a un derecho penal de peligrosidad y a la consecuente suplantación de la pena por medidas de seguridad.⁷

Por el contrario, si el concepto de naturaleza es entendido en clave realista, esta se encuentra en íntima vinculación con la esencia de las cosas, pues

[e]l nombre de naturaleza tomado en este sentido parece significar la esencia de la cosa en cuanto tiene orden u ordenación a la propia operación de la cosa, puesto que nada está privado de una operación propia. (Tomás de Aquino, 1963, p. 31)

son explicadas sólo por evoluciones cerebrales y esta evolución no es consciente ni dominable, entonces es totalmente en vano pretender usar al derecho penal para influir en la conducta: ella vendrá siempre determinada por factores neurológicos y, más aún, la propia creación del derecho penal debería ser explicada como mecanismo neurológico: no sólo el delincuente vendría determinado por su evolución neuro-psíquica, sino también el legislador, el juez y el científico. Llama la atención que todas las clases de determinismo han hecho foco en la conducta del delincuente y no en la conducta de aquellos que crean las leyes y establecen las penas. Se pone toda la atención en explicar científicamente —en clave determinista— la acción (delito), pero no la reacción (las penas), la que tiende a ser explicada de manera no determinista y, en esa medida, libre y planificable. Entiendo que esta crítica es aplicable no sólo al biologicismo, sino a todo tipo de explicación determinista.

- 7 No puedo dejar de hacer notar que una concepción de la pena basada en conceptos terapéuticos —incluso el de resocialización— llevan siempre consigo una alta dosis de determinismo. Una psicologización del delito y de cualquier efecto terapéutico que se le quiera atribuir a la pena corre siempre,

Villey (1978), por su parte, ha insistido en que el concepto de naturaleza humana para el realismo clásico dista mucho de ser una mera facticidad. Afirma el profesor parisino que “[l]a tendencia del normativismo moderno ha sido sobre todo, expulsar del arte jurídico toda referencia a la naturaleza” (p. 33). Enseña, asimismo, que el concepto de naturaleza, tal como lo entendían los clásicos, no puede sacarse del individuo humano aislado. El hombre es, esencialmente, naturalmente, un ser social:

... la naturaleza clásica es un objeto mucho más vasto y rico que la consideración moderna, porque ella incluye otros aspectos que no son sólo las cosas materiales y las relaciones de causalidad eficiente entre cosas materiales. Incluye en ella la belleza, un sentido espiritual y, como decíamos, los valores. (Villey, 1978, pp. 49-50)

La gnoseología del renacimiento y de la modernidad ha vaciado la metafísica y, sobre todo, la metafísica hilemórfica de Aristóteles:⁸ o bien se parte de que sólo lo racional es humano —la razón pura cartesiano-kantiana—, negando el contacto con lo que de corporal hay en el hombre, o directamente se niega lo espiritual y se deja al concepto de hombre en lo puramente corpóreo —Hume—. Una concepción luterana del hombre, irremediabilmente caído y de cuya realidad no puede derivarse nada bueno,⁹ está también subyacente en los planteos modernos (no es casual que todos sus promotores —Wolff, Tommasius, Kant, Pufendorf— hayan sido protestantes).

La ruptura entre el orden natural y el orden moral ha encontrado en el nominalismo su fuente filosófica, ruptura que sólo puede dar lugar al subjetivismo o al determinismo. Sobre ello, dice Caturelli (2011) que

[s]e ha roto el equilibrio entre unidad y pluralidad. Se opta o por la equivocidad del empirismo nominalista (la realidad es polvo de los fenómenos) o por univocidad (la realidad se reduce a la unidad de un único principio). En el primer caso, el subjetivismo relativista conduce al nihilismo ético; en el segundo, la necesidad, eliminando la libertad, elimina la ética. (p. 53)

en más o en menos, por los andariveles de una visión determinista.

- 8 Esto es, que todo ente está compuesto de materia —principio determinativo de lo individual— y forma —esencia universal en la cosa—.
- 9 Lértora Mendoza (2014) destaca que esta imposibilidad se encontraba también en el cristianismo previo a la Reforma: “Para un cristiano no existe un ‘obrar bueno natural’, sobre la base del dogma de la naturaleza caída. La ética filosófica dejó de existir cuando el cristianismo se expandió en la antigüedad tardía” (p. 372).

3. La falacia normativista

De la lectura de los autores que han hecho referencia al problema lógico de la relación entre el ser y lo debido surge que ellos omiten toda referencia a una falacia de la misma entidad, pero en sentido inverso. Esto es, que los autores de corte normativista pretenden “crear realidad jurídica a partir de las normas”. Dicho en otros términos, pretenden que el *deber ser* construya normativamente el *ser* de las cosas.

Tal falacia, que se ha dado en llamar también “falacia moralista”, ha sido explicada por Mosterín (2013), en términos muy claros:

La falacia moralista, simétrica a la falacia naturalista, consiste en pretender inferir un hecho a partir de un deseo, valor, imperativo o enunciado moral o deónico. La falacia moralista consiste en inferir “es” de “debe”. Deducir los hechos a partir de los valores y la biología a partir de la moral es poner el carro delante de los bueyes. (p. 123)

Resulta llamativo que, siendo conscientes del problema lógico de la relación entre *ser* y *deber ser*, se les haya escapado a los cultores del normativismo jurídico-penal un asunto de tanta evidencia. Es que, si no es posible derivar deberes a partir de consideraciones ontológicas, debería predicarse lo mismo de la tesis opuesta, a saber: que de consideraciones normativas no pueden seguirse definiciones sobre el ser de los conceptos, en particular, de los conceptos jurídico-penales.

Afirmar, como lo hace el normativismo funcionalista, que las definiciones (toda definición pertenece al plano del ser) de acción, dolo, imprudencia, tentativa y autoría pueden construirse y derivarse de consideraciones normativas es, lisa y llanamente, falaz.

Resulta una contradicción insalvable sostener que los órdenes del *ser* y del *deber ser* son irreductibles, usar ello para liberar al legislador y al intérprete de cualquier ligazón con los datos ontológicos, pero admitir luego que los conceptos —lo que las cosas *son*— se definen normativamente. Precisamente, la principal tesis normativista parte de considerar que lo que *es* el derecho lo define el legislador mediante *normas*.

Sánchez Ostiz (2024) niega que el normativismo en derecho penal incurra en este tipo de falacia, la que se daría sólo

si de la existencia de una norma u otro enunciado normativo concluyéramos que la realidad es así. Pero no es esto lo que hacemos cuando recurrimos a imponer

una pena, reprochar o acusar. En tales casos, sucede más bien que lo normativo recurre a instrumentos fácticos o empíricos, porque se trata de sujetos que se hallan a la vez en el mundo empírico y en el de la libertad. No hay derivación fundada de un elemento fáctico, sino empleo de algo que tiene ese carácter para transmitir un significado normativo a un sujeto que lo capta como tal (p. 23)

Adelantándome un poco a las conclusiones, estoy en condiciones de remarcar el doble error en el que se incurre al tratar el problema de la relación entre ser y deber ser, entre norma y hechos. El primero consiste en que, como vimos, la realidad, lo fáctico y lo ontológico, desde una óptica realista clásica, no puede nunca reducirse a lo empírico o lo físico.¹⁰ Hay una realidad, un modo de ser, una naturaleza humana —en el sentido tomista del término— que es, al mismo tiempo, social y espiritual.

Por otro lado, destaco el error lógico —sobre el que volveré más adelante— de creer imposible la derivación de proposiciones deónticas a partir de datos fácticos u ontológicos. Sólo adelanto, por ahora, que no puede haber conclusión normativa —deóntica— sin un previo momento teórico-especulativo en el razonamiento. En efecto, afirmamos con Lamas que

[h]ay pues, una verdad ontológica del hecho que, en cuanto medida de verdad del mismo como existente (*ens*) y uno (*unum*), será el fundamento ontológico de toda verdad teórica acerca del mismo y que, en cuanto medida de su bondad o valor —que hemos de llamar “verdad del bien”—, será el fundamento ontológico de la verdad práctica. (Lamas, 2002, p. 48)

Pocos principios son tan esenciales al realismo como aquel que reza: el bien y el ser son convertibles, su diferencia no es material, sino puramente formal: llamamos “bien” en el orden práctico a lo mismo que llamamos “verdadero” en el orden teórico (Derisi, 1951, p. 88).

Este marco teórico desarrollado hasta aquí tiene repercusiones más o menos explícitas en la elaboración de los conceptos juridico-penales y ha dado lugar a la que —me atrevo a considerar— la mayor divisoria de aguas en las teorías del delito, esto es, el de la existencia de límites a la construcción dogmática de la teoría del delito y, en su caso, cuáles serían.

En efecto, ya en 1907, cuando Frank elabora el concepto normativo de culpabilidad, su teoría supuso rechazar que el concepto de culpabilidad pueda ligarse a datos empíricos —fundamentalmente de la psiquiatría y la psicología—

10 Rhonheimer (2000, p. 44) reacciona contra una visión fisicista de la ley natural, sólo que el autor pa-

gía—. El mismo Welzel (2001) adopta un posicionamiento sobre el tema de este artículo, afirmando la existencia de datos prejurídicos que limitarían la construcción dogmática (fundamentalmente los conceptos “acción”, “dolo” y “autoría”).

En el párrafo siguiente se mostrará con más detalle, aunque con los límites propios de un trabajo de este estilo, cómo fue tratado el problema de la falacia naturalista y la del binomio descriptivo-normativo en el ámbito específico de la ciencia del derecho penal.

4. Recepción del problema en la ciencia penal

El asunto de la posible relación entre los órdenes del ser y del deber ser ha sido motivo de una divisoria de aguas que conviene, al menos, señalar someramente.

A comienzos del siglo XX, se produce un primer cambio de paradigma al dejar de lado la metodología del positivismo criminológico de Liszt,¹¹ de base netamente empirista y determinista, para abrazar las ideas del neokantismo. En el pensamiento de finales del siglo XIX, el rol del sistema de enunciados del derecho penal, conocido como *dogmática penal*, fue, sin embargo, una preocupación menor frente a la mayor gravitación que tenía la criminología y la política criminal, esto es, el estudio etiológico del delito y de los efectos de la pena¹². El neokantismo posterior pretendió poner a la dogmática penal en el foco de la discusión científica, de modo tal que aquella pasó a ser casi un sinónimo de ciencia penal. Si para el positivismo de Liszt sólo se podía hacer ciencia sobre los hechos empíricos, el neokantismo incorporó el dualismo metodológico: ciencias empíricas por un lado y ciencias explicativas o valorativas por otro. La dogmática penal neokantiana era considerada como una ciencia explicativo-valorativa, valoraciones estas que, asimismo, estaban impregnadas por el relativismo¹³.

Este kantismo alemán de los primeros decenios del siglo XX tuvo que lidiar con la revolución que significó la teoría de la acción finalista de Welzel en la

rece aceptar, a diferencia de lo que planteo en este trabajo, que el dato metafísico carece de lugar en la argumentación práctica, en un sentido muy similar a como Finnis (2000) responde al problema de la falacia de Hume. Sobre el trabajo de Rhonheimer y un análisis de su postura, ver Castañeda (2004).

11 Cfr. Liszt (2014).

12 Cfr. Silva Sánchez (2010, p. 67).

13 Cfr. Radbruch (1944, p. 13).

década de 1930. Frente al constructivismo kantiano, el profesor de Bonn propone la existencia de un concepto de acción basado en referencias ónticas —ya no el hecho bruto del empirismo, sino cierta esencia o naturaleza tomada de la antropología filosófica—, fundamentalmente la imposibilidad de hablar de voluntad sin finalidad, como lo hacía el causalismo y del entendimiento de la culpabilidad como *poder obrar de otro modo*. Si bien, como se acaba de poner de relieve, el ontologismo de Welzel no es el naturalismo positivista de Liszt, tienen en común la consecuencia de admitir que los hechos —bien sea que se los considere como pura *empiria* o bien como entidades lógico-reales— son el centro de gravedad de cualquier construcción dogmática.

Contra el ontologismo de Welzel reaccionaron dos versiones diferentes de funcionalismo: uno de corte kantiano¹⁴ y otro de inspiración sistémica,¹⁵ primero fundado en Luhmann y Parsons y que luego evolucionó hacia el idealismo hegeliano (Jakobs).¹⁶ Estos dos modelos, aunque mucho más el primero, han marcado la concepción mayoritaria del pensamiento dogmático a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Lo que caracteriza a estas dos direcciones es el rechazo de todo dato prejudicial en la elaboración de la ciencia penal y la incorporación de valoraciones político-criminales para determinar el contenido de los conceptos sobre los que trabaja la dogmática penal, sobre todo a partir de determinados postulados sobre los fines de la pena.

Como puede verse, las diferentes concepciones de la dogmática penal han centrado sus discusiones metodológicas en el problema que aquí se trata: la posibilidad o imposibilidad de vincular el orden de los hechos y el mundo del derecho. Se trata de una verdadera cuestión prejudicial-filosófica y la clase de ciencia penal que se elabore depende necesariamente de una toma de postura sobre ella. Así, afirma Ferrajoli que las consideraciones ontológicas provenientes de la moral, la naturaleza o la política no pueden determinar un concepto sustancial de delito (Ferrajoli, 1995, p. 222; Kelsen, 1982, p. 15).

Ni las proposiciones jurídicas ni los conceptos que se usen en la elaboración dogmática podrán, pues, derivarse de proposiciones descriptivas. Del hecho

14 Roxin (1997, p. 200).

15 Sobre las consecuencias del funcionalismo sistémico para el problema de la normatividad y su raíz hegeliana, ver Habermas (2005, p. 63)

16 “los conceptos de causalidad, poder-hacer, capacidad, culpabilidad y otros pierden su contenido prejudicial y se convierten en conceptos que reflejan niveles de competencia. Estos conceptos no le imponen al Derecho penal ningún modelo de reglas, sino que se originan a partir de las reglas penales y en relación con ellas”. (Jakobs, como fue citado en Schünemann, 2001, p. 89)

de que algo “sea” dañoso no se sigue que “deba” ser delito; del hecho de que determinadas acciones, “de hecho” —sociológica o empíricamente—, sean conducentes a determinados resultados que se consideran beneficiosos no se sigue que “deban ser” obligatorias o prohibidas sus contrarias. Así las cosas, el contenido de las normas no se deriva —para este iuspositivismo— de consideraciones morales, ni fácticas ni ontológicas.

Ahora bien, establecido ello, el iuspositivista pasa luego a considerar que la norma jurídica establecida por la autoridad es un “hecho”, un *factum*. Este hecho (la existencia positiva y empírica de la norma) da lugar a dos consecuencias: por un lado, justifica un método puramente descriptivo (como el que propuso Liszt), sistemático y axiomático para la ciencia jurídica: “To know and to describe the law is the function of the science of law” (Kelsen, 1950, p. 2). Por otro lado, si ello es así, el problema de la falacia naturalista no parecería tener gravitación en la ciencia jurídica: la norma, como deber ser, es establecida por un acto de autoridad, por una voluntad proveniente de otras disciplinas (política, moral, etc.). Establecida la norma como hecho, la ciencia jurídica que la tiene como objeto de conocimiento podrá mantenerse siempre en el orden del ser, de las descripciones, de las axiomatizaciones, sin incurrir en falacia alguna.

La distinción entre las proposiciones normativas —*soll norm*— y las proposiciones jurídicas acerca de las normas —*soll saeteze*— elimina el problema de la falacia; las primeras son juicios del *deber ser*; los segundos, del *ser*; y la ciencia sólo trabajaría con estos últimos.¹⁷

Tal modelo científico, sin embargo, no puede explicar acabadamente el fenómeno toda vez que el mismo acto de crear una norma sólo puede ser considerado válido —i. e., el acto de voluntad sólo puede ser considerado como una norma— a condición de que se cumplan los criterios que otras normas prevén para su validez. La explicación de una norma a partir de otra norma plantea el problema de la significación jurídica del primer acto normador. La *Grundnorm* de Kelsen (1982), tal como la ha desarrollado, implica también un paso ilícito, dado que sólo es considerado legislador originario o primer constituyente aquel que logra el mínimo de eficacia, esto es, quien, de hecho, logra imponer su voluntad: “Todo orden coactivo eficaz en términos generales puede ser interpretado como un orden normativo objetivamente válido” (p. 228). Dicho en

17 A partir de tales convenciones científicas, se procederá también, *more geométrico constructo*, a la elaboración de un ordenamiento puramente virtual, presentando bajo los ropajes de un sistema ordenado lo que en la realidad es mera yuxtaposición de actos de voluntad del legislador, tal como ha demostrado Gentile (2002, p. 90).

términos más claros: del “hecho” de que alguien logre imponer un orden eficaz se deriva su “derecho” a gobernar y el consecuente “deber” de obedecer.

Ciertamente, esta postura es sostenida aun por iuspositivistas no normativistas, tales como Olivecrona (1959), Ross (1994) e incluso por Jellinek (2000, p. 324) con su célebre tesis de la “fuerza normativa de lo fáctico”.

Podría pensarse que la incorporación de valoraciones a la dogmática penal vino a solucionar los problemas lógicos que el ontologismo welzeliano traía consigo. Sin embargo, lo primero que cabe observar es que el fundador del modelo axiológico-normativo, Claus Roxin (2002, pp. 31 y ss.) comienza su obra tomando como paradigma a superar no el ontologismo de Welzel, sino el positivismo de Liszt.

5. Algunas consecuencias prácticas del problema en la teoría del delito

A partir de la negación de todo vínculo entre ser y deber ser, la doctrina ha elaborado conceptos cada vez más normativizados. Esta normativización de los conceptos de la teoría del delito, que puede resultar plausible en algunos supuestos concretos, suele presentar desnaturalizaciones cuando se muda el contexto dentro del cual y para el cual fueron acuñados. Además, y esto resulta más relevante a los efectos del objeto del presente trabajo, no deja incurrirse en la ya señalada falacia normativista.

Así, en materia de autoría y participación, el apartamiento del dato antropológico y físico-causal y su suplantación por la idea de infracción de deberes —no penales— supone que se puede ser autor sin necesidad de tener el dominio del hecho. Veamos cómo este es un claro ejemplo de lo que venimos diciendo.

Debe tenerse en cuenta que la vinculación del concepto de autoría a la causalidad ha caído en desuso. En efecto, afirma Roxin (2000) que

[e]stá ya fuera de discusión que la categoría de la causalidad, por más que los fenómenos del mundo exterior le estén sometidos, no puede aportar nada a la comprensión de las relaciones jurídicas de sentido y significado. El que alguien sea autor o participe sólo puedo decirlo si capto el sentido de los preceptos que parten de esta distinción. (p. 25)

Que la causalidad no puede operar *per se* como elemento de atribución de la autoría creo que es una afirmación válida. Sin embargo, la normativización del concepto de autor presenta, sobre todo en sus consecuencias prácticas, efectos poco conciliables con los principios de legalidad y de culpabilidad.

En el prólogo a la obra de Roxin, se ha puesto de relieve esas falencias de su teoría, en tanto el prologuista sostiene que al profesor de Munich

[s]e le debe el haber sabido desentrañar la problemática en la autoría en los delitos consistentes en la infracción de un deber y las consecuencias a deducir de ello, habiéndose anticipado, en un alarde de ingenio, a cuestiones que posteriormente, con la creciente funcionalización del Derecho Penal, se han derivado de la paulatina y, a mi juicio criticable introducción en los códigos penales, de esta clase de delitos, en los que tanto los comete quien actúa como quien no impide que otro lesione el bien jurídico, siendo en ambos casos autor (nunca mero partícipe). (Cobo del Rosal, 2000, p. 3)

Que la teoría roxiniana de los delitos de infracción de deber parece poner en serio riesgo al principio de culpabilidad surge con claridad meridiana del texto recién citado: resulta una verdadera *contradictio in terminis* hablar de un autor sin una capacidad individual y concreta de determinar la lesión al bien jurídico. Si se quisiera matizar tal afirmación, aún podríamos afirmar que tal teoría hace del azar el criterio de atribución, toda vez que se puede responder por el hecho ajeno sobre el cual el “autor” no tiene ningún dominio (que es precisamente el núcleo del concepto de “azar”, es decir, aquello que no es dominable).

En todo caso, esa clase de delitos podría ser abordada por la —mucho más pacífica— teoría de los delitos de omisión, bien sea mediante la modalidad de comisión por omisión, en el caso de existencia de deberes extrapenales de evitación, o bien mediante la omisión propia, en el caso de que el deber de evitación estuviera contenido en una norma penal. Sólo así quedarían a resguardo las mínimas exigencias antropológicas de la imputación de un resultado a un sujeto derivadas del principio de culpabilidad, como aquellas derivadas del subprincipio de legalidad estricta.

En términos similares, la normativización del concepto de autoría para los casos de autoría mediata en los aparatos organizados de poder¹⁸ ha dado lugar a aplicaciones muy lejanas del contexto para el cual fueron pensadas. Así, su aplicación al accionar de las empresas presenta innumerables planteamientos críticos cuyo tratamiento no podría abordarse en este trabajo.¹⁹

Del mismo modo, la tentativa de elaborar normativamente el concepto de dolo ofrece críticas similares, esto es, la de incurrir en la falacia normativista.

18 Cfr. Roxin (2000, pp. 723 y ss.).

19 Sobre el tema, véanse Díaz y García Conlledo (2007), Faraldo Cabana (2008) y Salinas et al. (2024).

Darle la espalda al dato ontológico en materia de dolo supone, al menos en su configuración actual, crear un derecho penal que adopte criterios de imputación que ni siquiera un moralista jansenista se atrevería a defender. Resulta una paradoja que, siendo el sistema jurídico penal un subsistema jurídico y éste, a su vez, un subsistema de la moral, se pretenda desdeñar las más elementales consideraciones ético-antropológicas. Una de ellas —me atrevería a decir la más fundamental— es que el acto humano reprochable debe ser un acto humano *propriae loquendo*. Este acto humano, como materia sustancial y *prejurídica* del reproche jurídico penal, obedece a la máxima de prosapia aristotélico-tomista: *omne agens agit propter finem*. Hablar de un dolo sin finalidad (i. e., sin elemento volitivo), limitado al mero conocimiento del riesgo concreto de la acción, no sólo se da de bruces con aquella exigencia antropológica, sino que incluso termina por desdibujar los —ya *per se* problemáticos y borrosos— límites entre la culpa consciente y el dolo eventual.²⁰

A partir de estas tres muestras de conceptos fuertemente normativizados (autoría como dominio del hecho, delitos de infracción de deber y el concepto de dolo sin finalidad), se pone de relieve la importancia del tema de la relación entre ser y deber ser, entre hechos antropológicos y construcción jurídica.

Por mi parte, entiendo que el modelo de imputación propio del derecho penal, en tanto es una subcategoría de la moral y trabaja con el mismo objeto material, esto es, el acto humano libre, no puede desdeñar las consideraciones antropológicas que se han elaborado desde la ética y la antropología filosófica. Una pretensa autonomía científica del derecho penal no puede lograrse a fuerza de construir su propio objeto.

Así las cosas, el tema de este artículo repercute directamente en el modo en el que se deben delimitar los alcances de los conceptos jurídico-penales.

En el mismo sentido, un concepto fuertemente normativizado como es el de culpabilidad pone de resalto la importancia de no desdeñar el dato antropológico o, al menos, buscar un método que limite la posibilidad de construcciones dogmáticas de espaldas a la realidad. Puntualmente, los fines preventivo-especiales que Roxin introduce en su cuasi categoría de la responsabilidad penal, aunque lo proponga como un límite más a la punibilidad —en el sentido de que no bastaría la asequibilidad normativa sino, *además*, la necesidad de pena a los fines preventivo-especiales—, lo cierto es que, una vez adoptado tal concepto como perteneciente a la categoría de la culpabilidad, nada impediría que tal

20 Sobre la situación actual del dolo, véanse Díaz y García Conlledo (2022).

necesidad preventivo-especial, en lugar de límite, se convierta en fundamento de la punibilidad.²¹

Frente a tal concepción normativa de la culpabilidad, resultaría preferible, quizás, un regreso a un concepto más simple, como lo era el de la *comprensión de la antijuricidad del acto*. Ese concepto de culpabilidad, aunque no elimina el carácter problemático de su aproximación, su estudio y, mucho menos, la dificultad de su prueba en juicio, al menos reduce el margen de construcción dogmática y erradica la posibilidad de que se deje de lado el contenido fuertemente antropológico y psicológico de la culpabilidad y, en esa misma medida, se reduce la arbitrariedad al momento de afirmar que el reo obró culpablemente. La culpabilidad, así entendida, está en el acto mismo y no en algo externo, como lo serían las finalidades preventivas.

Al respecto, no puedo dejar de señalar que la incorporación de elementos político-criminales en las categorías de la teoría del delito supone, en gran medida, un doble baremo para atribuir la responsabilidad penal: al disvalor de acción realizado por el legislador y contenido en el tipo de injusto —que debería ser, a mi criterio, el único elemento de disvalor a tener en cuenta—, se le suma luego una segunda valoración político-criminal, poniendo en el juez y en el jurista facultades que un derecho penal mínimamente garantista no debe tolerar.

Por mi parte, me encuentro muy cerca de la afirmación de Silva Sánchez (2010), en tanto afirma que

mientras que sería posible someter a las sillas a las mismas reglas jurídicas que las mesas, y declararlas “mesas en sentido jurídico”, no cabe en modo alguno someter a las sillas a las reglas sobre la capacidad negocial de los hombres, dado que a la silla le falta la capacidad óntica necesaria para ello. (p. 106)²²

Ese realismo filosófico y su concepto de verdad como *adecuación de la mente a la cosa* (*adequatio rei et intellectus*) es precisamente el límite de la elaboración dogmática de los conceptos jurídico-penales. Sin embargo, debe tenerse en cuenta

21 En efecto, según Hruschka (2009, p. 255), el rigor sistemático llevaría a que, si se eleva el fin de la pena al grado de principio, una construcción dogmática coherente debería realizarse precisamente a partir de dichos fines. Roxin no propone la prevención especial como un mero tópico o argumento desde el cual se podría reducir el *quantum* punitivo, sino que le da un valor sistemático y, en esa medida, lo coherente sería tomar a la prevención como fundamento mismo de la pena y, consiguientemente, de las categorías de la teoría del delito.

22 En el mismo sentido, Schünemann (2009), quien afirma que los conceptos deben ser “conformes con la realidad” (*wirklichkeitsconform*) (p. 38).

que, por un lado, no siempre es posible lograr certeza en los conceptos y, por otro, que hay conceptos que por su misma naturaleza requieren una cierta elaboración o construcción, como veremos en el parágrafo siguiente.

6. Posibilidad de identificar lo apodíctico y lo dialéctico en la teoría del delito

6.1 Lo ontológico y lo normativo

Qué significa *normativo* en derecho penal es un problema aún abierto.²³ En efecto, si por conceptos normativos entendemos aquellos conceptos jurídico-penales definidos por el legislador mediante una norma legal —por ejemplo, funcionario público, cosa ajena, etc.—, se avanza muy poco en el problema (esa definición es usada por Sánchez Ostiz, 2019, p. 32). En efecto, frente a la existencia de tales conceptos normativos, cabe la pregunta: dichos conceptos, ¿son normativos en sí mismos o son normativos porque el legislador los define? Si son normativos en sí mismos, habría un significado natural y prejurídico de tales conceptos, por lo que cabría el error del legislador al definirlos, es decir, podría darse el error en la valoración o en la definición del concepto normativo. Pero si son normativos “porque” el legislador los usa al acuñar normas, resulta que, tal como afirmaba Erik Wolf (como se citó en Jiménez de Asúa, 1967, p. 258), todos los conceptos contenidos en la ley serán normativos y no tiene sentido la distinción. Como prueba, sólo basta referirse a la obra de Jescheck, quien, aunque no admita la tesis de Wolf sobre la inexistencia de elementos descriptivos, relativiza al menos su facticidad: aun los elementos descriptivos requerirían, en cierta medida, una determinación normativa.²⁴ Así, sostiene que tales elementos son susceptibles de una constatación fáctica “aunque la precisión de su exacto contenido requiera la referencia a una norma y manifiesten, así, un cierto grado de contenido jurídico” (Jescheck, 1981, p. 365).

Criticar, como hacemos en este trabajo, la idea de que existen elementos normativos no es nuevo para el derecho penal. Ya Beling reaccionó contra ellos

23 Cfr. Jescheck (1981, p. 365). Mezger (1958) los define como “determinaciones que requieren, de parte del mismo juez, una valoración y un juicio más circunstanciados, de acuerdo con su propio criterio u otros principios, como ser la costumbre, la conveniencia, las normas que se siguen normalmente en el trato con las personas” (p. 146). Jiménez de Asúa (1967, p. 258) también adscribe a la idea de que los elementos normativos son aquellos que requieren una valoración. Alchurrón y Bulygin (1998, p. 19) usan el término “conceptos normativos” en una acepción muy diferente: “conceptos normativos” son, para estos autores, aquellos que son estudiados por la lógica deóntica —obligación, prohibición, permisión—.

24 La misma observación realiza Roxin (1979, p. 121), analizando, además, la relevancia del conocimiento de los elementos normativos del tipo para el tratamiento del error de prohibición.

diciendo que todos los elementos del tipo eran descriptivos. Comentando a dicho autor, se ha afirmado que

[l]os conceptos de *ejercicio legítimo* al hablar de actos de la autoridad, o el carácter ajeno de la cosa en el robo y en el hurto, no son elementos normativos, sino “referencias jurídicas” de la conducta, que “conservan su función descriptiva”. (Jiménez de Asúa, 1967, p. 257)

Si con el término “normativo”, en cambio, se quiere decir “valorativo”, me temo que tales conceptos no existen. Sólo pueden ser valorativos los juicios o proposiciones, pero nunca un concepto. Los conceptos son representaciones —mentales, orales o escritas— de una realidad. Hasta tanto no haya juicio o proposición, no hay valoración alguna. La razón es simple: así como un concepto escapa a la dicotomía verdadero-falso, también escapa a la dicotomía valioso-no valioso. La verdad o falsedad es un atributo de la proposición por referencia al objeto, del mismo modo que la bondad o la maldad sólo residen en un juicio por referencia a su objeto. Los conceptos, tales como acción,²⁵ dolo, conocimiento, voluntad, etc. no son verdaderos o falsos y tampoco valiosos o disvaliosos. Sólo podrá ser verdadera o falsa la proposición que conecte tales conceptos, por ejemplo, diciendo: “hay dolo cuando la acción es realizada con conocimiento y voluntad”, es decir, cuando lo definimos. Una definición —que es una especie de juicio— puede ser verdadera o falsa, pero el concepto definido nunca puede serlo, pues no afirma ni niega nada²⁶.

Por la misma razón, ni siquiera los conceptos “bueno”, “malo”, “justo”, “injusto”, “grave”, “leve” pueden ser considerados como normativos. Si formulo la definición del término “bien” diciendo, por ejemplo, que “bien es el pleno desarrollo de las potencias propias de un ente”, no hay ahí nada normativo. Estoy formulando un juicio o proposición mediante el uso del conector “es”.

25 No nos parece de recibo lo sostenido por Mir Puig (205) al pretender mantener el plano normativo —no ontológico— al concepto de acción: “El concepto de acción tiene el alcance que tiene la palabra ‘acción’. Aun restringiendo el análisis a la ‘acción humana’, encontraremos que alcanza no sólo a acciones finales, sino también a acciones involuntarias. La misma posibilidad lingüística de esta expresión ‘acción involuntaria’ demuestra que puede ser usada sin violentar el sentido de estas palabras. Podemos decir perfectamente, sin incurrir en ninguna incorrección, que hemos hecho algo sin querer” (p. 15). A ningún cultor del realismo clásico se le escapa que el término “acción involuntaria” es una licencia lingüística —vulgar—: la acción humana *proprie loquendo* es siempre voluntaria; precisamente el término correcto para el fenómeno que describe el autor sería “hecho del hombre” y no el de “acción humana”.

26 Cfr. Maritain (1975, p. 31).

Tal definición podrá ser verdadera o falsa, pero no implica ninguna valoración ni, mucho menos, normatividad alguna.

Más aún, por su forma lógica, ni siquiera las proposiciones del tipo “matar es malo” pueden ser consideradas como proposiciones normativas, por la misma razón: el conector o cópula es meramente descriptivo. Dicho en otros términos, una valoración es siempre, por su estructura lógica, un juicio del “ser”. Las proposiciones llamadas valorativas son siempre descriptivas: describen un ente en cuanto a su valor. Así como un ente puede, mediante el predicado, calificarse en términos de cantidad (grande, pequeño), también puede calificarse en términos de valores (bueno, justo, injusto), pero lo que se está haciendo es siempre una descripción: la atribución de un determinado predicado como perteneciente al sujeto de la proposición. Dicho en otros términos, se establece una relación de inherencia del predicado respecto del sujeto de la proposición. Si se pretendiera formular clasificaciones —como se hace cuando se afirma la existencia de supuestos juicios descriptivos y juicios de valor—, entonces tales clasificaciones serían infinitas, según qué cualidad se tome como criterio clasificatorio.

No existe ningún manual de lógica clásica que contenga los conceptos normativos, o juicios normativos, dentro de las clasificaciones²⁷. Más aún, soy de la opinión de que hablar de tales conceptos o juicios no aporta ninguna utilidad lógica ni científica.

Es que, si a lo que se quiere referir con conceptos y juicios normativos es al “contenido” de estos, su existencia resulta absurda. Con el mismo criterio, podríamos hablar de conceptos biológicos, conceptos físicos, conceptos matemáticos, conceptos mecánicos. Hablar de juicios normativos por su predicado (bueno, malo, justo o injusto) es tan absurdo como sostener que existen *juicios carpinteriles*, por ejemplo: “La mesa es un mueble”. Nada obsta para tomar un código penal cualquiera y clasificar sus conceptos con base en criterios tales como “económicos” (en el libramiento de cheque sin fondos), “botánicos” (delitos relacionados a la destrucción de bosques), “médico-biológicos” (delitos de lesiones o muerte), etc. Serían infinitos los criterios que podrían adoptarse para clasificar los conceptos o juicios contenidos en las leyes penales y su uso no agrega absolutamente ninguna claridad, como de hecho sucede con los ya tratados juicios normativos.

Los únicos juicios o proposiciones que pueden ser considerados normativas son aquellos cuya cópula consiste en un “debe” o “no debe”. Las definiciones

27 Cfr. Vernaux (1980, pp. 109 y ss.); Balmes (1943, p. 65).

—en tanto usan la cópula “es”— no son, ni pueden ser, normativas.²⁸ Esta afirmación conduce a una discusión vinculada al objeto de este artículo, pero que excede su tamaño, a saber: la de si puede elaborarse una teoría de las normas y, lo que es más importante, si las normas forman parte de la teoría jurídico-penal (i. e. si son elementos de la teoría) o, como sostuvo Binding (1872), las normas son anteriores a las leyes penales, siendo éstas la consecuencia de la formulación de aquellas normas, entendiéndolas como “proposiciones jurídicas independientes”; como también la pregunta acerca de si las normas mismas forman parte del pensamiento penal y de su teoría.²⁹

La respuesta correcta al asunto planteado la encontramos, según creo, en la obra de Villey (1978) y su idea de “lo justo como indicativo”. En efecto, el filósofo francés asume que el método propio del derecho es la dialéctica, pero que el campo de esta es “lo especulativo”. Afirma que la labor del entendimiento práctico

supone un momento teórico. En efecto, la cuestión de derecho, propuesta al juez y sobre la que discuten los juristas, no se refiere directamente a lo que se debe hacer, sino sobre lo que es: si tal cosa es de tal litigante. El objeto de la jurisprudencia es determinar la parte de cada uno. (p. 112)³⁰

Entiendo que quienes defienden la existencia de los denominados “conceptos normativos”, en tanto definiciones del legislador o del juez acerca de los conceptos usados en la ley penal, en realidad no hacen más que asumir el carácter más o menos vago o ambiguo de algunos términos que, en esa misma medida, requieren —por una buena técnica legislativa y por imperio del principio de legalidad estricta— que sus contornos sean precisados con mayor rigor. Así, en el ejemplo que usa Sánchez Ostiz (2019) se ve una muestra de lo que acabo de afirmar:

Términos de carácter *valorativos* podrán considerarse, entre otros, los de “delito grave” (art. 13, como también delito menos grave y leve), o “agresión ilegítima”

28 Sobre las diferencias entre las funciones descriptivas y prescriptivas del lenguaje, ver González Lagier (1995, p. 231).

29 Afirma Armin Kaufmann (1977) que “a menudo, uno suele representarse al derecho en general y al derecho penal material en especial, utilizando una formulación cautelosa, como mandato o como prohibición. Pensamos con normas. Este hecho empírico de la vida del derecho es indiscutible, como también lo es, por ello, la existencia de la norma en tanto forma del pensamiento” (p. 52).

30 La cursiva pertenece al original.

(art. 20.4), etc.; en ellos se exige efectuar una valoración o apreciación cualitativa, cosa que, en cambio, no se da en términos de carácter *fáctico*, como podrían ser los de menor de 18 años (art. 19), nacimiento (art. 20.3) y otros. (p. 32)³¹

Como puede verse, postular la existencia de conceptos normativos no es más que una reedición, en el ámbito de la ciencia jurídico-penal, de algo ya conocido en la filosofía del lenguaje y la lógica: no se trata más que de las viejas categorías de términos abstractos, términos ambiguos (Wittgenstein, 1988), etc. que ya los medievales trabajaron y que dieran lugar a los “prenotandos”³² y que la lógica tematizó bajo el nombre de “anfibología” y *sophismata in voce*.³³

Así puesto el problema, la existencia de conceptos ontológicos —o fácticos— y normativos —o valorativos— supone una previa postura acerca de un problema anterior, a saber: si existe un lenguaje natural o todo él es siempre fruto de consensos.

En sintonía con Aristóteles, a quien podría juzgarse como el primer filósofo analítico, afirma Gadamer (1999) que “el lenguaje es el medio en el que se realiza el acuerdo de los interlocutores y el consenso sobre la cosa” (p. 462). Aun desde una perspectiva realista, aunque el lenguaje se refiera a cosas separadas de la mente del sujeto cognoscente, el signo por el cual nos referimos a las cosas es fruto de una convención más o menos espontánea.³⁴ Por ello, continúa Gadamer (1999) diciendo que “[e]l problema hermenéutico no es pues un problema de correcto dominio de una lengua, sino del correcto acuerdo sobre un asunto, que tiene lugar en el medio del lenguaje” (p. 463).

Tal concepción del lenguaje fue, asimismo, la que primó en el pensamiento medieval: “La significación es la representación de la cosa por el signo según convención” (Beuchot, 1981, p. 29).

No puede dejar de admitirse que Santo Tomás y la escolástica también admitían esa concepción del lenguaje. Comentando esa concepción medieval, afirma Beuchot (1981) que

el signo lingüístico designa la realidad extramental a través del significado mental. Incluso hay signos que sólo designan contenidos o estados anímicos. De

31 La cursiva pertenece al original.

32 Aclaraciones sobre el significado que se le iba a dar a los términos luego de una *lectio* y antes de una disputa, frecuentes en la escolástica.

33 Collin (1951).

34 Admite este planteo en derecho penal, aunque desde una perspectiva un tanto diferente, Mir Puig (2005, p. 7).

modo que puede haber lenguajes objetivos y lenguajes expresivos. Por eso el lenguaje exterior es convencional, pero el lenguaje mental viene a ser un lenguaje natural. (p. 15)

De lo dicho parece poder concluirse que los denominados conceptos “normativos” o bien no existen o bien todos son normativos. En la medida en que todo concepto —término— requiere un acuerdo sobre su uso y su significado, todos ellos serían normativos.

Ahora bien, si se acepta la tesis gadameriana de que todo acuerdo lingüístico se da en un determinado contexto, nada impide que en el del derecho penal los significados de los términos puedan ser, en cierta medida, modificados por los interlocutores que en él dialogan. Estaríamos frente a un contexto, el del derecho penal, en el que los interlocutores acuerdan espontáneamente —en el campo de la ciencia penal— o bien autoritativamente —en el campo de la legislación y los precedentes judiciales— que determinados términos tendrán un significado específico.³⁵ Así, el concepto de “lesiones graves” para el derecho penal puede significar algo diferente de lo que significa para la medicina. Incluso, sería de alguna ayuda la distinción hecha por Frege (2017) entre “sentido y referencia” (p. 85). En esas categorías de Frege, el “sentido” pertenecería al plano lógico; y la “referencia”, al plano ontológico.³⁶ Así, el “sentido” del término “lesiones graves” puede cambiar en el contexto del diálogo, pero la “referencia” será la misma.

Por mi parte, comparto la idea de que la dialéctica resulta necesaria para todo tipo de conocimiento. Con la sola excepción de las ciencias que trabajan pura y exclusivamente con *ens rationis* (matemáticas, geometría), todas las ciencias, aun las empíricas, necesitan abordarse dialécticamente, precisamente con el concurso de la comunidad científica entera, con la cual todo científico dialo-

35 Sobre el problema del lenguaje ordinario y el específico en derecho penal, ver Schünemann (1991, p. 33).

36 Así lo afirma Frege (1999): “[C]uando decimos ‘la Luna’ no es nuestra intención hablar de nuestra representación de la Luna, y que tampoco nos contentamos con el sentido, sino que presuponemos una referencia. Sería confundir completamente el sentido el que se quisiera suponer que en la oración ‘La Luna es menor que la Tierra’ se está hablando de una representación de la Luna. Si el hablante quisiera decir esto, usaría el giro ‘mi representación de la Luna’. Ahora bien, podemos desde luego errar en esta presuposición, y tales errores han ocurrido de hecho” (p. 90). Se ve allí que la distinción entre sentido y referencia, aun admitiendo el problema del lenguaje, parte de una base realista. De hecho, comentando el giro que se dio a comienzos del siglo XX en este tema, se ha afirmado que “Si la objetivización del significado involucraba ir desde el pensamiento hacia el mundo, la unidad de la proposición no derivaría de un acto mental, sino más bien de algo fuera e independiente de la mente. Así, aquello que es verdadero, lo es de manera absoluta y objetiva, con independencia de cualquier estado o acto mental” (Agüero, 2025, p. 85).

ga. Incluso el estudio de la metafísica es abordado por el mismo Aristóteles de manera dialéctica. También Santo Tomás, como toda la escolástica medieval, hizo de la dialéctica el método de indagación, incluso para las cuestiones teológicas, metafísicas y antropológicas³⁷.

A la luz de lo anterior, descartado que existan conceptos normativos, propongo la existencia de otras clases de conceptos. Estos son, por un lado, aquellos “susceptibles de precisión y certeza” (*akribeia*) y, por otro, los que podríamos denominar “aporéticos”, sobre los que sólo caben aproximaciones, probabilidades u opiniones.

Los conceptos susceptibles de certeza son aquellos que, bien sea por una definición autoritativa, bien sea por el consenso previo sobre su significación, no pueden ser materia de disputa. Cuando el art. 78 del Código Penal Argentino define el concepto de funcionario público diciendo que es “todo aquél que participa accidenta o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”, está dando una definición apodíctica del concepto, cuyo uso proposicional dará lugar a un razonamiento demostrativo.

Del mismo modo, y sobre todo en los procesos penales de tipo adversarial-acusatorio, si las partes pueden formular acuerdos sobre hechos y pruebas, también es posible que indirectamente —por concesión— o directamente —por acuerdo— las partes fijen el significado de los términos a emplearse en la disputa. Se trata de conceptos que, aunque no sean en sí mismos portadores de *akribeia*, las partes del proceso dialéctico se comprometen a no problematizar su significación —que ya se encuentra acordada de antemano—.

Los conceptos “aporéticos”, por su parte, son aquellos que, por no encontrarse definidos de manera autoritativa ni las partes disputantes logran acuerdo sobre ellos, requieren del proceso dialógico para dar con la significación más convincente. Para ello, debe tenerse en cuenta el principio expresado por Aristóteles (1988) en sus *Tópicos*: para los razonamientos dialécticos, se parte de cosas plausibles o verosímiles, que son “las que parecen bien a todos, o a la mayoría, o a los sabios, y, entre estos últimos, a todos, a la mayoría o a los más conocidos y reputados” (p. 90). Es decir que en el proceso dialéctico de disputa sobre el significado de los términos, el recurso a otras fuentes del derecho, fundamentalmente a la doctrina y la jurisprudencia, permite dar apoyo a las significaciones de los términos en las afirmaciones que se usen en la discusión

37 Cfr. Villey (1978, p. 96); Lértora Mendoza (2001).

jurídico-penal. Una excepción se daría en el caso de la jurisprudencia vinculante, pues esta definiría *autoritativamente* el concepto y, en esa medida, no sería un concepto aporético.

Por otro lado, podríamos distinguir entre conceptos jurídico-penales *simpliciter*, es decir, en sí mismos y absolutamente hablando, y conceptos jurídico-penales *secundum quid*, esto es, aquellos que sólo son jurídico-penales de determinado modo. Esta distinción se funda en el tipo de pertenencia al derecho penal. Los conceptos jurídico-penales *simpliciter* son aquellos que pertenecen radicalmente —en el sentido etimológico del término: *radix*, “raíz”— al derecho penal. Así, conceptos como “error de tipo”, “error de prohibición”, “imputabilidad”, “tentativa” son radicalmente penales de la parte general. Por su parte, todos los *nomen iuris* que se les dan a los delitos tipificados en la parte especial son también radicalmente penales: “robo”, “hurto”, “defraudación”, etcétera.

Del mismo modo, el término “hipoteca” pertenece radicalmente al derecho real, o el término “pagaré” pertenece radicalmente al derecho comercial.

Una vez identificado un concepto jurídico-penal como *simpliciter*, al pertenecer al ámbito específico del derecho penal, se entiende que sus definiciones sean logradas con el consenso de sus teóricos y operadores en el proceso dialéctico. Los conceptos jurídico-penales *secundum quid*, por su parte, serán usados en el discurso jurídico-penal asumiendo las significaciones y definiciones que ya les vienen dadas por las otras disciplinas —bien sean otras ramas del derecho o de otras disciplinas científicas—.

Esta última distinción, pese a tener un carácter más teórico que práctico, otorga cierta utilidad a los efectos de obtener definiciones autoritativas: cuando en la ley penal se utiliza el término “letra hipotecaria” (art. 173, inc. 14) la definición debe buscarse preferentemente y con primacía en el derecho comercial, pues a este pertenece radicalmente, y su uso en el Código Penal es accidental. Se trata de conceptos jurídicos, pero solo accidentalmente jurídico-penales.

6.2 El *verum-factum* como dato apodíctico

Además, tal distinción entre conceptos jurídicos *simpliciter* y *secundum quid* permite traer al ámbito del derecho penal los aportes realizados por Giambattista Vico (1709, p. 33) y sus conceptos *verum-factum*. Vico desarrolló el concepto de *verum-factum* diciendo: *geometrica demonstramus, quia facimus: si physica demonstrare possemus, faceremus*.³⁸ (Explicando el texto viquiano, se ha dicho que

38 Demostramos las cosas geométricas porque las hacemos. Si pudiéramos demostrar las cosas de la

[e]l *verum-factum* es “constructivismo eidético”, es decir, regla de nuestro conocimiento para definir el procedimiento por el que se hacen algunas de nuestras ideas. Si descubrimos las condiciones de la producción de nuestras ideas —su génesis— entonces sabremos los límites del conocimiento humano. Lo genético nos da la pauta de lo inteligible; en tanto podamos hacer una cosa, la podremos conocer, de manera que, para el hombre, la posibilidad de captar su inteligibilidad dependerá de la capacidad de hacer la cosa. (Pastor Muñoz, 1995, p. 27)

Si vemos el asunto de los conceptos y su problematicidad a la luz de la teoría viquiana, el asunto da un giro copernicano: aquellos conceptos denominados “normativos”, en la medida en que no responden a una realidad previamente dada, sino que son, en mayor o menor medida, constructos teóricos o legales, son *hechos fabricados* por el legislador o el jurista; vale decir, son *verum-factum*.

Esta idea viquiana del *verum-factum* pone al problema de la relación ser-deber ser en una nueva perspectiva y ofrece una alternativa contra el normativismo: si algunos conceptos del derecho penal son normativos, entonces son creaciones del legislador o intérprete y, en esa medida —como todo creador—, conoce con certeza lo creado, la aproximación a dichos conceptos no será aporética, sino apodíctica. No cabría, respecto de tales conceptos, ningún tipo de valoración, sino solo la constatación de los elementos conceptualmente necesarios para que tal realidad se tenga por acreditada.

Aunque no pueda abordarla aquí en profundidad, me interesa poner de resalto que la tesis de Austin (1982) puede proporcionar algunos tópicos y complementar el concepto de *verum-factum*. Me refiero, especialmente, a la función realizativa o creadora de ciertas clases de enunciados, tal como lo adelanta el título de su obra *Cómo hacer cosas con palabras*. Esta interpretación acerca de la posible vinculación entre Vico y Austin ha tenido ya algún tratamiento por un gran estudioso del pensamiento viquiano:

Vico parece intuir desde las primeras fases de su especulación filosófica (que a nuestro juicio está estrechamente ligada a la retórica) que el hombre —por usar libremente la expresión de Austin— tiene la posibilidad de “hacer cosas con palabras”; y eso, en primer lugar, por medio del “nominar”. (Giuliani, 1999, p. 41)

Por último, conviene traer a colación la existencia de *conceptos prácticos* y *conceptos teóricos*. Tal como explica Lamas (2002), en toda la tradición clásica se afirmó la existencia de conceptos prácticos:

física, las haríamos.

Así como existe una aprehensión de cosas bajo una pura formalidad cognoscitiva —de la que resultan conceptos como los de hombre, árbol, animal, río, etcétera—, así también existen aprehensiones de cosas prácticas: un contrato, un utensilio, el matrimonio, el delito etcétera. (p. 51)

Estos conceptos prácticos tienen no sólo la característica de ser referencias operativas, sino que también denotan que existen *cosas cuyo ser está definido por un hacer*. Su esencia misma, independientemente de su uso en el ámbito de la racionalidad práctica, deja ver la íntima relación que existe entre el ser y el obrar: son conceptos cuya definición, su ser (plano ontológico) sólo puede darse por referencia a su operatividad.

Esto resulta esencial para la comprensión de la relación entre ser y deber ser en el realismo clásico: sólo se puede imponer al hombre, como deber, aquello que se sabe que puede hacer, y sólo se sabe lo que el hombre puede hacer si se conocen sus potencialidades, esto es, su naturaleza.

7. Negación de la falacia naturalista

Entiendo que el problema lógico de la relación del “ser” y del “deber ser” puede ser abordado a partir de la regla del silogismo, que impide deducir cualquier tipo de conclusión si se parte de dos premisas débiles. Las premisas débiles no se reducen a las premisas negativas y las particulares, sino que incluyen también a las normativas o deónticas, ello así por cuanto, como vimos, las proposiciones normativas o deónticas no afirman ni niegan nada.

La simetría que pretendo poner de relieve es la que existe entre el binomio “ser-deber ser” y el binomio “es-no es”, tal como lo puso de manifiesto Tomás de Aquino (1963), al tratar expresamente el tema en I-II, Q. 94, at. 2.

Si una de las premisas es particular, ella resulta débil porque implica tanto una afirmación como una negación. En efecto, la proposición que afirma “algunos mamíferos son terrestres” conlleva en sí una negación: “algunos (otros) mamíferos no son terrestres”. Esa es la razón por la que de dos premisas particulares no se sigue nada: nunca se puede saber qué partes del todo se están comparando y, en definitiva, se corre el riesgo de estar haciendo un silogismo de cuatro términos.

Queda demostrado así que las premisas particulares y las premisas negativas comparten al menos una razón que impide deducir de ellas una conclusión. Resulta claro, pues, que, tanto con proposiciones particulares como con proposiciones negativas, el silogismo también resulta débil. Su conclusión será

necesariamente negativa —siempre que la otra premisa sea afirmativa—, y en el caso de que ambas premisas fueran negativas, no se deduce nada.

Las premisas normativas o deónticas participan de esa misma naturaleza débil, pues no afirman ni niegan nada acerca de la realidad. La proposición que diga “el autor debe tener mayor pena que el participe” no se refiere, *per se*, a una realidad. Sólo conectando esa premisa con una premisa fuerte podría concluirse válidamente. De dos proposiciones normativas o deónticas, por ser ellas premisas débiles, no se deduce nada. Al exigirse que al menos una de las premisas sea teórico-especulativa, queda salvado el problema lógico de la conexión entre los ámbitos especulativo y práctico.

Entiendo que le asiste mucha razón a Bunge (1999) cuando afirma que no hay tal cosa como una lógica deóntica y que el desarrollo de una lógica práctica ha obscurecido los problemas en lugar de aclararlos:

[U]n patrón común de los preceptos legales presentes en los códigos estadounidenses es éste: “Quien haga X será multado con no más de \$ Y o encarcelado por no más de Z años, o ambas cosas”. Con seguridad, la forma de este enunciado es equivalente al condicional “Si una persona hace X, quedará sujeta a las penas Y o Z (“o” incluyente). Y este patrón, desde luego, se ajusta a la lógica corriente. Esto permite a abogados y jueces argumentar coherentemente sin esperar que los filósofos den con un sistema convincente de lógica deontológica. (p. 391)

En el mismo sentido, afirma Massini-Correas (1993) que

[e]s necesario precisar que consideramos a los juicios morales estimativos como juicios teóricos, contrariamente a lo sostenido por Kalinowski [2018, pp. 130 y ss.], quien los considera juicios prácticos; en rigor, se trata de juicios *materialmente prácticos*, ya que, su objeto es práctico (la conducta libre del hombre), pero no *formalmente tales*, ya que su estructura no es práctica; v. gr. el juicio “estudiar es bueno” no tiene la forma de una proposición práctica, e. d., directiva del obrar humano. Otra cosa sucede con los juicios *normativos*, estructurados con un *func*-*tor* deóntico (debe ser..., debe no ser..., etc.), que son claramente prácticos; lo que se afirma aquí para los juicios, vale igualmente para las proposiciones que son su resultado. (p. 82)

Por su parte, conviene delimitar el alcance del concepto “bueno” a los efectos de aclarar algunas confusiones frecuentes. Afirmar que éste es exclusivo del ámbito práctico resulta falso. La proposición “A es bueno” es meramente descriptiva. Se trata, como afirma Massini-Correas en el texto citado (1993), de proposiciones estimativas que sólo tendrán incidencia práctica si es conectada

con una proposición normativa que dijera: “lo bueno debe ser hecho”. Por lo demás, esas proposiciones estimativas tampoco pueden ser consideradas como un motivo premoral para la acción.³⁹ En efecto, desde el punto de vista lógico-semántico, no existe ninguna diferencia entre la proposición que dice “este automóvil es bueno” y otra que reza “aquella acción es buena”. Ambas son proposiciones estimativas; sin embargo, no puede afirmarse que la primera tenga un contenido premoral.

Sánchez Ostiz (2002), por su parte, también concluye de manera convergente a lo que aquí se sostiene cuando afirma que

los enunciados normativos admiten juicios de verdad o falsedad, es decir, tienen dimensión veritativa, y no sólo fundan declaraciones de voluntad, opiniones de mayor o menor conveniencia, de mera oportunidad, etc. En la medida en que admitan ser juzgados con arreglo a si son verdaderos o falsos, podría prevenirse el reproche de arbitrariedad que en ocasiones se dirige al modo de proceder con los enunciados normativos. (p. 149)

Sin embargo, el profesor de Navarra incurre, según creo, en un error lógico. Es que, pese a admitir una dimensión veritativa⁴⁰ en las proposiciones normativas, sostiene que no puede entenderse su verdad como correspondencia con objetos exteriores, sino que, al destacar la inserción de tales juicios en el orden de la razonabilidad práctica, “se trata de constatar la correspondencia de estos con los principios y premisas de los que derivan [...] Su criterio de verdad no es la correspondencia o no con un objeto exterior, sino *con los principios de los que derivan esos enunciados*” (Sánchez Ostiz, 2022, p. 150).⁴¹ El error lógico consiste en confundir la *verdad* de una proposición con la *corrección* en la inferencia. Es sabido que la derivación de enunciados a partir de otros enunciados está regida por las reglas del silogismo y, en tanto conclusión de un razonamiento, el enunciado derivado no puede calificarse de verdadero o falso, sino sólo válido o inválido. Y si lo que se quiso decir es que la verdad de la conclusión deriva de

39 Cfr. Finnis (2000, p. 66 y ss.)

40 Von Wright (2001) pone de resalto que, para los positivistas lógicos de comienzos del siglo XX, carecía de sentido hablar de una lógica de las normas y de cualquier dimensión veritativa: “Las normas se asimilaban a los imperativos y los juicios de valor a las exclamaciones, es decir, a entidades de las que era obvio que no se podía decir que tuvieran valor de verdad” (p. 24). Admite la dimensión veritativa de las normas Kalinowsky (2018): “Las expresiones con la estructura sintáctica de una proposición estimativa, normativa e incluso imperativa (cuando se trata especialmente del imperativo-norma) caen bajo las categorías de lo verdadero y de lo falso” (p. 240).

41 El destacado me pertenece.

la verdad de aquellos principios usados como premisas, se evade el problema, pues debería explicar el autor cómo se determina la verdad de los principios usados en las premisas.

Queda demostrado, pues, que, si se parte de considerar que las premisas prácticas son premisas débiles, resulta una exigencia lógica que todo silogismo práctico deba ser construido con una premisa práctica (premisa débil) y una premisa teórico-especulativa (premisa fuerte), de lo contrario, el silogismo no podría concluir válidamente.

Lejos de constituir una falacia, y muy por el contrario, resulta un requisito lógico de primer orden que toda proposición normativa sea conectada, en el marco de un silogismo, con una premisa teórico-especulativa.

8. Conclusiones

Aunque coincido con Sánchez Ostiz (2002) en su posición acerca de la necesidad de evitar la arbitrariedad en la construcción de los conceptos de la dogmática penal, ello sólo es posible controlando los procesos lógico-argumentales en los que se fundan las conclusiones, es decir, garantizar lo razonable —lógicamente válido— frente a la arbitrariedad —lógicamente inválido—. Pero debe insistirse en que una cosa es la corrección de una inferencia y otra diferente es determinar la verdad de las premisas, pues aun de premisas falsas podría derivarse lo verdadero —*per accidens*—, según el conocido principio lógico que reza *ex verum nisi verum, ex falso quodlibet* (de lo verdadero sólo se sigue lo verdadero, de lo falso se sigue cualquier cosa).

En lo referente a la tesis de Moore (1959), entiendo que muchas de sus afirmaciones caen en saco roto si se realiza una serie de distinciones previas. Así, corresponde distinguir el término *bueno* en tanto adjetivo del término “lo bueno”, usado como sustantivo. El profesor de Cambridge realiza esta distinción (Moore, 1959, p. 8). Así, en la frase “ayudar al prójimo es bueno” es usado como adjetivo, mientras que en la frase “lo bueno es apetecido” es usado como sustantivo. Asimismo, aclara que, cuando se refiere a la indefinibilidad, se refiere a “lo bueno” como adjetivo. Y el problema se esclarece si se presta atención a la afirmación moreana sobre que “el sustantivo al que se aplica el adjetivo ‘bueno’ debe ser la totalidad de aquello a que se aplica el adjetivo” (p. 8). En síntesis, y así lo dice expresamente el filósofo inglés, “lo bueno”, como sustantivo, sería definible, pero “bueno”, como adjetivo, es indefinible.

Esta distinción me parece fundamental ya que, como expresa Beuchot (1981),

el sujeto significa a la realidad individual (substrato material individual o *subpositum*) sobre el que versa la predicación, en tanto el predicado significa una formalidad (propiedad formal) que se adjudica al sujeto. Aquí se hace presente una aplicación de la teoría hilemórfica del tomismo. El o los sujetos están por la parte de la materia, mientras que el predicado está por la parte de la forma; así indican la parte material y la parte formal de los componentes que se relacionan (con relación de inherencia o de otro. tipo) en la cosa o estado de cosas aludido. (pp. 96-97)

Mi particular posición respecto a la denominada Ley de Hume coincide con la propuesta, aunque someramente desarrollada, por Bunge (1999). Dice el epistemólogo argentino que

[e]stipulamos que una norma bien fundada es la que se basa tanto en leyes (naturales o sociales) como en juicios de valor. Por ejemplo, la norma “nunca acorralar a su oponente” puede justificarse de la siguiente manera: (a) los individuos acorralados son propensos a reaccionar violentamente (ley psicológica); y (b) la violencia es mala (juicio de valor) [...] Idealmente, todas las normas legales deberían estar tan bien fundadas en el conocimiento científico como los mejores estándares ambientales, de seguridad y de salud. (p. 390)

Como pone de relieve el mismo autor, Kelsen (1982, p. 62), al afirmar que las normas pueden tener cualquier clase de contenido, rechaza esta postura.

Debo, con todo, marcar algunas diferencias entre mi planteo y el de Bunge. Uno es el referido a los denominados por él como “juicios de valor”. Para este autor, esas proposiciones tendrían una implicancia práctica, ordenada a la acción. Por mi parte, como sostuve más arriba, admito con Massini-Correas (1993) que, desde el punto de vista lógico, los juicios de valor (o proposiciones estimativas), al no contener un conector deóntico, no refieren necesariamente a la acción ni implican deber alguno (como cuando decimos “Juan es un buen cantante”).

Ello se explica no sólo por ejemplos como el que acabo de poner, en el que —pese a incorporar el término “bueno”— no se hace referencia a ningún deber, sino también por el hecho evidente de que no todas las acciones buenas son moralmente —ni jurídicamente— obligatorias, conclusión a la que se llegaría de admitirse que lo bueno equivale al deber. La bondad sólo se torna práctica en la medida en que existe una proposición normativa que ordena la acción que encarna dicha bondad o prohíbe su contraria. Sin un *functor* o conector deóntico no hay normatividad en la proposición.

La existencia de un momento especulativo y noético ha sido defendida, como se dijo más arriba, por Villey (1978). El valor existe en las cosas reales y, en esa medida, enseña el francés, podemos acceder a este por vía de la observación. Esto no debe, sin embargo, llevarnos a la creencia de que su aprehensión sea una tarea fácil:

La justa proporción de los bienes y de las cargas en un grupo social (para la cual se determina la parte que pertenece a cada particular) es una cosa que *es*, que el jurista tendrá por función discernir y de decir en el indicativo. Sin duda nos es menester tener en cuenta que el conocimiento humano, enfrentado a semejante problema, se revela imperfecto; él tantea; está condenado a la dialéctica, incapaz jamás de concluir en fórmulas estables y precisas. Pero del jurista se exige una solución; le será necesario construirla parcialmente, de allí que en su obra entrará una parte necesaria de invención [...] Incluso cuando el oficio del jurista no es puramente especulativo, sino que también es creación, fabricación, *poiesis*, aun así el derecho propiamente dicho no mantiene una relación inmediata con la praxis. (p. 169)

Esta postura, que también reclama una prosapia viquiana (del jurista se exige una solución y le “será necesario *construirla* parcialmente”) es perfectamente coherente con el pensamiento aristotélico. En efecto, dice Lértora Mendoza (2014) que

[l]a distinción aristotélica, por otra parte, es solidaria con su concepto predominantemente teórico del saber, según el cual toda praxis se funda en una teoría y por eso su filosofía práctica es una filosofía “segunda” o derivada. (p. 371)

No se me escapa que, para una mentalidad sistematicista, ligada necesariamente a un cierto racionalismo, la propuesta de un abordaje dialéctico de los conceptos podría parecer incompatible con el ideal de una ciencia penal uniforme, plenamente coherente, construida y elaborada *more geométrico* y cuyas consecuencias supuestamente sistemáticas, con paradójica jactancia, los penalistas suelen presentar en contra de las evidencias.

No se me escapa tampoco el riesgo de que, en uso de una pretendida dialéctica, se pueda caer también en un racionalismo constructivista. Para evitar eso, debe ponerse el foco en que el derecho es algo real, encarnado en la conducta humana y no un constructo de la razón, como pretendió el iusnaturalismo moderno. Si se pierde de vista la objetividad y facticidad del derecho, se corre el seguro riesgo de comenzar a construir conceptos y definiciones que, como ha

puesto de resalto Bobbio, citando a Grúa (Bobbio, 1965, p. 12), fue el *leitmotiv* de las codificaciones del siglo XVIII, creaciones jurídicas *ex nihilo* con las cuales se pretendía forzar a la realidad social y política para adecuarla a supuestas verdades racionales *a priori*.

La construcción de un sistema conceptual que le dé la espalda a la realidad no sólo incurrirá en el horrible pecado de crear un “Hombre Nuevo”⁴² ideado en probeta en los laboratorios del jurista y el legislador. Además, construirá un edificio conceptual —el de la dogmática penal sistematicista— que ya ha dado muestras de ruina.

Esas promesas incumplidas de la dogmática penal, tal como ha puesto de relieve Dubber (2005), deben darnos el valor para asumir, de una vez por todas, la problematicidad intrínseca del conocimiento ético y jurídico, tal como hicieron en la escolástica:⁴³

Mientras que la gramática y todas sus derivaciones nunca generaron problemas ni rechazos, la dialéctica sí los tuvo, probablemente debido a los resultados heterodoxos a que llegaban los dialécticos más que al método en sí. (Lértora Mendoza, 2014, p. 375)

Asimismo, me atrevo a conjeturar que, tras todas aquellas afirmaciones y teorías acerca de la existencia de elementos o conceptos normativos en la teoría del delito, éstas sólo conducen a aumentar la cuota de discrecionalidad de quien debe tomar una decisión frente a un caso concreto. Una *teoría abierta a valoraciones* constantes, una teoría que *normativiza* los conceptos de la teoría del delito no deja de ser, como mínimo, peligrosa para la seguridad jurídica y su pretendida universalidad sólo se asienta, al modo kantiano, en el consenso valorativo —relativista y cambiante— de los operadores del sistema penal.

Se trata, en definitiva, de poner en cuestionamiento el constructivismo que ha signado la teoría del delito.

42 Sobre el concepto de Hombre Nuevo y el rol del derecho en su configuración, se ha dicho que “si se confía en la aplicación de la ley para mutar la naturaleza humana, el Derecho inspirado por esa utópica categoría política se convierte en lo contrario a su naturaleza: en un instrumento para destruir la sociedad existente” (Negro Pavón, 2009, p. 40).

43 No deja de llamar la atención el hecho de que Bobbio (1965, p. 10), al referirse a los momentos en que la lógica tuvo “estrecho parentesco con el derecho”, sólo haga referencia a tres corrientes: el

Bibliografía

- Agüero, S. (2025). ¿Son las normas proposiciones? Un itinerario a seguir y el ejemplo de Giovanni Tarello. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (49), 81-113. <https://doi.org/10.14198/doxa.27817>
- Alchurrón C. y Bulygin, E. (1998). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Astrea.
- Aristóteles. (1988). *Tratados de Lógica. Organon* (Trad. M. Candel San Martín). Gredos.
- Austin, J. L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras* (Trad. G. Carrió y E. Rabossi). Paidós.
- Balmes, J. (1943). *Filosofía Elemental* (Tomo II). Araluce.
- Beuchot, M. (1981). *La filosofía del lenguaje en la Edad Media*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bobbio, N. (1965). *Derecho y lógica* (Trad. A. Rossi). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bunge, M. (1999). *Las ciencias sociales en discusión* (Trad. H. Pons). Sudamericana.
- Caturelli, A. (2011). *Orden natural y orden moral. Lecciones de filosofía moral*. Gladius/Universidad Católica de La Plata
- Castañeda D. (2004). En torno al fundamento de la *ars inveniendi* en la razón práctica. *Ars Iuris*, 31, 305-321.
- Cobo del Rosal, M. (2000). Prólogo. En Roxin, C. (2000), *Autoría y dominio del hecho en derecho penal* (pp. 1-4), Marcial Pons.
- Collin, E. (1951). *Manual de filosofía tomista* (Tomo II). Luis Gili.
- Derisi, O. (1951). *Los Fundamentos Metafísicos del Orden Moral*. Instituto Luis Vives de Filosofía.
- Díaz y García Conlledo, M. (2007). Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos. *Nuevo Foro Penal*, 3(71), 115-144.
- Díaz y García Conlledo, M. (2022). A las vueltas con el dolo. En Gómez Martín, V. Bolea Bardon, C., Gallego Soler, J., Hortal Ibarra, Jby Jubert, U., (Dir.), *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (pp. 541-559). Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/abrir_pdf.php?id=PUB-DP-2022-246
- Dubber, M. (2005). The Promise of German Criminal Law: A Science of Crime and Punishment. *German Law Journal*, 6(7), 1049-1071. <https://doi.org/10.1017/S2071832200014127>
- Elton, M. (2015). Experiencia de los principios morales: Kant y Tomás de Aquino. *Veritas*, (33), 45-69. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-92732015000200003>
- Faraldo Cabana, P. (2008). Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa. En Serrano-Piedecabras, J. R. y Demetrio Crespo, E. (Dirs.), *Cuestiones actuales de Derecho penal económico* (pp. 89-130). Colex.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (Trad. P. A. A. Ibáñez, R. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés). Trotta.
- Finnis, J. (2000). *Ley Natural y Derechos Naturales*. Abeledo Perrot.

iusnaturalismo moderno o racionalista, a la jurisprudencia de conceptos y al neokantismo, evitando toda referencia a la escolástica, que fue —de modo más ostensible— la que cultivó la lógica y la dialéctica incluso para el orden práctico.

- Frege, G. (2017). *Ensayos de semántica y filosofía de la lógica* (Trad. L. Valdéz Villanueva). Tecnos.
- Gadamer, H. G. (1999). *Verdad y Método* (Tomo I). Editorial Sígueme.
- García Amado, J. (2019). Neokantismo y Derecho Penal. Sobre el papel y el sentido de la dogmática penal y sobre el papel de los penalistas en los regímenes autoritarios. *El Almacén de Derecho*. <https://almacendederecho.org/neokantismo-y-derecho-penal>
- Gentile, F. (2002). El ordenamiento jurídico. Geometría legal y dialéctica jurídica. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas* (pp. 87-110). EDUCA.
- Giuliani, A. (1999). La filosofía retórica de Vico y la Nueva Retórica. *Cuadernos sobre Vico*, 11-12, 33-46, <https://revistascientificas.us.es/index.php/Vico/article/view/13896/11976>
- González Lagier, D. (1995). *Acción y norma en G. H. von Wright*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Habermas, J. (2005). *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Trotta.
- Hruschka, J. (2009). *Imputación y Derecho Penal*. BdeF.
- Hume, D. (1984). *Tratado de la naturaleza humana* (Trad. F. Duque). Editorial Orbis.
- Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado* (Trad. F. de los Ríos). Fondo de Cultura Económica.
- Jescheck, H. (1981). *Tratado de Derecho Penal* (Vol. 1, Trad. S. Mir Puig y F. Muñoz Conde). Bosch.
- Jiménez de Asúa, L. (1967). *La ley y el delito. Principios de Derecho penal*. Sudamericana.
- Kalinowski, G. (2018). *El problema de la verdad en la moral y el derecho*. Olejnik.
- Kaufmann, A. (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna* (Trad. E. Bacigalupo y E. Garzón Valdez). Depalma.
- Kelsen, H. (1950). Causality and Imputation. *Ethics. An International Journal of Social, Political, and Legal Philosophy*, LXI(1).
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho* (Trad. R. Vernengo). Universidad Autónoma de México.
- Lamas, F. (2002). Percepción e inteligencia jurídicas. En *Los Principios y el Derecho Natural en la metodología de las ciencias prácticas* (pp. 11-56). EDUCA.
- Lértora Mendoza, C. (2001). Verdad, apodicticidad y argumentación. Algunos casos de S. Tomás, Aristóteles y Averroes Presentes. *Veritas*, 46(3), 417-430. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2001.3.35019>
- Lértora Mendoza, C. (2014). Escolástica y filosofía práctica. Dos aspectos en Tomás de Aquino. *Nuevo Pensamiento*, 4(4), 369-394.
- Liszt, F. (2014). *Las tareas y los métodos de la ciencia del Derecho Penal*. Instituto Pacífico.
- Massini-Correas, C. (1993). La falacia de la falacia naturalista. *Persona y Derecho*, (29), 47-96. <https://doi.org/10.15581/011.32225>
- Maritain, J. (1975). *El orden de los conceptos*. Club de Lectores.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Bibliográfica Argentina.
- Mir Puig, S. (2005). Los límites del normativismo en Derecho penal. *Revista Electrónica de Derecho Penal y Criminología*, (7), 1-24. <https://revistacriminologia.com/07/recpc07-18.pdf>
- Moore, G. E. (1959). *Principia Ethica*. Universidad Autónoma de México.
- Mosterín, J. (2013). Naturaleza humana, biología y convención. *Estudios Públicos*, (131), 103-136.

- Negro Pavón, D. (2009). *El mito del hombre nuevo*. Encuentro.
- O'Connor, D. J. (1967). *Aquinas and Natural Law*. Macmillan.
- Olivecrona, K. (1959). *El derecho como hecho*. Depalma.
- Pardo, M. y Patterson, D. (2011). Fundamentos filosóficos del Derecho y la neurociencia. *InDret*, (2/2011). <https://indret.com/fundamentos-filosoficos-del-derecho-y-la-neurociencia/>
- Pastor Muñoz, J. (1995). El sentido común en Vico. *Cuadernos de Filosofía. Excerpta e dissertationibus in philosophia*, V, 11-108.
- Radbruch, G. (1944). *Filosofía del Derecho*. Revista de Derecho Privado.
- Rhonheimer, M. (2000). *Ley natural y razón práctica. Una visión tomista de la autonomía moral*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Rocamora García-Valls, P. (2024). Neurociencia y Derecho penal. *Colección Real Academia Europea de Doctores*, (179). <https://raed.academy/wp-content/uploads/2024/11/Neurociencia-y-Derecho-Penal-por-Pedro-Rocamora-Garcia-Valls.pdf>
- Ross, A. (1994). *Sobre el derecho y la justicia*. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- Roxin, C. (1979). *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*. (Trad. E. Bacigalupo). Depalma.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General* (Tomo I, Trad. M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. Vicente Remesal). Civitas.
- Roxin, C. (2000). *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema de Derecho penal* (Trad. F. Muñoz Conde). Hammurabi.
- Salinas, J., Yoldjian, G. y Minicucci, M. (2024). La autoría mediata de los administradores de empresas en virtud de su dominio de organización. Una construcción dogmática de dicho concepto. *Lecciones y Ensayos*, (112). <http://revistas.derecho.uba.ar/index.php/revistalye/article/view/2777>
- Sánchez Ostiz, P. (2019). Lo normativo y lo fáctico. En García Caveró, P. y Chinguel Rivera, A. I. (Coords.), *Derecho Penal y Persona* (pp. 25-60). Ideas.
- Sánchez Ostiz, P. (2022). Los límites de lo normativo. *InDret*, (3/2022). <https://doi.org/10.31009/InDret.2022.i3.05>
- Sánchez Ostiz, P. (2024). La fuerza de lo normativo. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (26/12), 1-40. <http://criminnet.ugr.es/recpc/26/recpc26-12.pdf>
- Schünemann, B. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal. En Schünemann, B. (Comp.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales* (pp. 31-80). Tecnos.
- Schünemann, B. (2001). La relación entre ontologismo y normativismo en la dogmática jurídico-penal. En *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología* (pp. 643-664). Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- Silva Sánchez, J. (2010). *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. BdeF.
- Spinoza, B. (2000). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Trotta.
- Tomás de Aquino. (1963). *El ente y la esencia* (Trad. M. Benot). Aguilar.
- Vico, G. (1709). *De nostri temporis studiorum ratione*. https://archive.org/details/bub_gb_~51-MbIsk0C/page/n1/mode/2up
- Villey, M. (1978). *Método, fuentes y lenguaje jurídicos*. Gherisi.

- Vernaux, R. (1980). *Introducción general y lógica*. Herder.
- Von Wright, G. (2001). *Normas, verdad y lógica* (Trad. C. Alarcón Cabrera). Fontamara.
- Welzel, H. (2001). *El nuevo sistema del Derecho penal. Introducción a la doctrina de la acción finalista* (Trad. J. Cerezo Mir). BdeF.
- Welzel, H. (2005). *Introducción a la filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. BdeF.
- Wittgenstein, L. (1988). *Investigaciones filosóficas*. Ed. Instituto de Investigaciones Filosóficas, Universidad Nacional Autónoma de México.

Jurisprudencia citada

Tribunal Supremo de España. (2020). Sentencia del 5 de mayo de 2020. <https://vlex.es/vid/844421200>

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.