

REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
FACULTAD DE HUMANIDADES Y EDUCACIÓN
MAESTRÍA EN FILOSOFÍA

LA CUESTIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA DEL POSITIVISMO PENAL

Fundamentación Hobbesiana del Positivismo Jurídico y de la Norma Jurídico-penal

Trabajo de Grado presentado para optar al Título de Magister Scientiae en Filosofía

Autora.

Mireya Bolaños González

Tutor.

Dr. José F. Martínez Rincones

Mérida, 2004

Dedicatoria

***A Francys**
Insuperable paradigma de
amor maternal y trabajo.*

***A Miguel Angel**
En la infinita línea del tiempo he
consolidado la gratitud de su recuerdo*

R E S U M E N

En la obra de Thomas Hobbes, filósofo inglés del siglo XVII, puede conseguirse un antecedente importante para el positivismo jurídico que irrumpen en la vida científica aproximadamente ciento cincuenta años más tarde, respecto a la producción intelectual de este filósofo. La importancia que Hobbes le da a la ley escrita de origen humano y la forma en que teóricamente coexisten en su obra ésta y la ley natural de origen divino, imprimió al iusnaturalismo un nuevo matiz y a la propia ley una dimensión ontológica construída desde la juridicidad legal como recurso idóneo generador de control; un control que viene por vía de la propia voluntad humana, dejando atrás la legalidad de origen divino. Este aporte intelectual de Hobbes se consolida con el curso del tiempo y con el advenimiento de nuevas ideas y propuestas, que surgen como resultado de fuertes transformaciones sociales, como es el caso por ejemplo de la Revolución Francesa, en la cual la juridicidad como condición de lo normativo se universaliza con carácter de principio. La cuestión teórica del positivismo jurídico ha sido abordada por distintos autores desde diferentes perspectivas. Para el desarrollo del presente trabajo se ha escogido la visión analítica de Norberto Bobbio como punto de referencia teórica, por considerar que este autor aporta claridad conceptual en un tema cuyo planteamiento es bastante espinoso. Bobbio entiende que el positivismo jurídico puede ser leído desde tres importantes perspectivas. La conclusión a la que finalmente se llega es que, desde la propia naturaleza del positivismo jurídico, desde la naturaleza de la norma jurídica como la forma de expresión más perfecta que el positivismo jurídico ha podido adquirir, éste sólo debe entenderse como una forma desde la cual puede analizarse el Derecho, pues su propia esencia no permite valorar dentro de su propuesta la totalidad de lo que el Derecho es; sin dejar de reconocer que en el positivismo jurídico se asienta la normatividad como la condición que resulta determinante en el fenómeno normativo. Desde esta visión puede orientarse adecuadamente una propuesta de política criminal que armonice con la norma jurídica como el instrumento idóneo con el cual el Derecho Penal lleva adelante la concreción de sus fines.

Indice General

CAPITULO I

El Positivismo Jurídico en la Filosofía Política de Thomas Hobbes 7

CAPITULO II

Positivismo Jurídico y Derecho Penal 49

CAPITULO III

El Positivismo Jurídico y la Norma Jurídica la Naturaleza
de la Norma Jurídico-Penal 83

CAPITULO IV

La Naturaleza de la Norma Jurídico-Penal 111

CAPITULO V

Fines de la Norma Jurídico-penal en base a su Estructura
y en el Marco del Positivismo Jurídico 127

CONCLUSIONES143

BIBLIOGRAFIA 145

INTRODUCCIÓN

No es usual asociar el nombre de Thomas Hobbes (siglo XVII) con la expresión “positivismo jurídico”. De hecho este es un término que comienza a usarse por lo menos unos ciento cincuenta años después del auge de la producción intelectual de este filósofo. Mas, sin embargo, un recorrido cauteloso por las obras más importantes de Hobbes pone en evidencia que su trascendencia y el significado que le imprimió a la ley escrita, creada por los hombres transformó la propia concepción de ésta, vista como un recurso para establecer el control desde un nuevo espacio histórico, el de la legalidad. En este sentido, Hobbes, puede tenerse como uno de los precursores más importantes de lo que posteriormente se llamaría positivismo jurídico, teniendo en cuenta que su propuesta teórica rompía en buena medida, el paradigma de estructuración del Estado y del modelo de ley imperante en el mismo.

El trabajo de Hobbes en hacer coexistir la ley natural de origen divino, y la ley escrita, de origen humano, es digno de resaltar, toda vez que su obra constituye un interesante punto de partida desde el cual la ontología social del hombre y del Estado quedarían delimitadas por fronteras controladas por los propios hombres. Esta labor de desacralización de la ley, al tiempo que apoyó una propuesta absolutista del poder político, sirvió de punto de referencia para lo que sería de allí en adelante la ley jurídica de creación humana. El planteamiento de Hobbes fue nutriéndose con las ideas y perspectivas de una nueva cosmovisión, que surgiría como consecuencia del gran auge alcanzado por las ciencias experimentales.

Esta nueva cosmovisión adquirió un particular matiz con la Revolución Francesa, movimiento que logró tocar en distintos niveles todos los estamentos de la vida pública y privada.

En el área jurídica, es la Revolución Francesa un fenómeno de trascendencia inconmesurable, de cuyos logros se nutre aún hoy en día la ciencia jurídico-penal y su política criminal. En la Revolución Francesa se consolidó el principio de legalidad de los delitos y de las penas, lo que transformó para siempre la dogmática penal, pues su desarrollo debía tener presente los términos en los que este principio había sido recogido. Una de las consecuencias de mayor relevancia en esta materia, fueron los límites que quedaron establecidos, tanto para el ciudadano como para el Estado, y sobre todo y fundamentalmente para éste, pues el Estado venía siendo foco de atención en lo que al juzgamiento de ciudadanos y aplicación de penas se refería. En este escenario el principio de legalidad de los delitos y de las penas se aclaró, al fijarse los términos reales de las reglas del juego. Su reconocimiento universal se hizo sentir en todos los sistemas jurídicos del mundo, consolidando la juridicidad legal que se había venido gestando sistemáticamente desde Hobbes.

El avance de la ideología demostrativa derivado del desarrollo que lograban desmedidamente las ciencias experimentales, no resultó muy favorable para la ciencia jurídica, pues no era tan claro que su objeto de conocimiento pudiera someterse a la verificación, con la que se ponía a prueba el carácter científico de todo conocimiento. Es así como en la búsqueda de esta constatación empírica, se asimiló el objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, y más concretamente el de la ciencia jurídico-penal, primero con el sujeto delincuente o de conducta desviada, del cual la sociedad debía defenderse y posteriormente con la norma jurídico-penal propiamente dicha. Esta última opción de la ciencia jurídico penal tuvo mucha más resonancia al enmarcarse en lo que Augusto Comte denominó como Filosofía Positivista, desde donde se propuso que la norma jurídica también podía ser un objeto sometible a comprobación, como cualquier fenómeno de la realidad, a fin de obtener de él un conocimiento específico.

El desarrollo del positivismo jurídico como filosofía del Derecho adquiere su máximo esplendor con la obra de Hans Kelsen “La Teoría Pura del Derecho”, obra en la que el autor propone la forma en que el Derecho podía deslastrarse de todo elemento metafísico, intangible y axiológico; reduciendo su constitución sólo a aquello que podía ser percibido por los sentidos y que tuviera carácter normativo. Posteriormente el positivismo jurídico como propuesta teórica ha sido retomada por autores como Austin y Hart quienes han mantenido, sutilmente, la propuesta inicial tratando de ajustar dicho planteo a las nuevas consideraciones del desarrollo teórico de la ciencia jurídica.

Ahora bien, en todo cuanto se ha dicho del positivismo jurídico, ha advertido Bobbio que en éste deben distinguirse fundamentalmente tres niveles de análisis; puede entenderse el positivismo jurídico como un modo de acercarse al conocimiento del Derecho; puede entenderse el positivismo jurídico como una teoría o forma de concebir el Derecho, o puede entenderse como una ideología de la Justicia. Esta distinción de Bobbio ayuda considerablemente a aclarar, desde el punto de vista conceptual, el contenido que es propio del positivismo jurídico, separándolo de aquellos contenidos que le han sido adjudicados pero que no le pertenecen por su esencia. De allí que del análisis filosófico que aquí se plantea se deduce que la verdadera esencia del positivismo jurídico está en total armonía con la norma jurídica, como la perfecta expresión de lo normativo, de manera que de los tres niveles de análisis que plantea Bobbio, se corresponde con la verdadera esencia del positivismo jurídico, el que lo plantea como un modo de acercarse al conocimiento del Derecho, toda vez que con el positivismo jurídico sólo puede abordarse un aspecto de la ciencia jurídica y no todo lo que de ella se desprende, como han querido hacer ver los opositores de esta propuesta.

Con el positivismo jurídico sólo puede abordarse lo pertinente a la norma jurídica, entendida como la forma de expresión de lo jurídico en sí. Ahora bien, ciertamente la norma jurídica no sólo es forma sino también contenido y de la unión de ambos surge la completitud de lo jurídico; más, el contenido de la norma no puede ser abordado desde el positivismo jurídico, toda vez que su estudio exige un análisis que excede los límites de la esencia de esta propuesta teórica. Todo ello en el entendido de que la norma jurídica y más concretamente la norma jurídico-penal es una proposición prescriptiva de carácter imperativo que lleva implícita una valoración que se propone bajo la forma de hipótesis.

En el caso de la norma jurídico-penal, su análisis advierte acerca de la presencia del elemento sanción, el cual resulta caracterizante al punto de determinar su esencia; lo que obliga a ubicar el análisis de esta norma en un espacio que sobrepasa los linderos del positivismo jurídico y en el que se abordan aspectos tales como las funciones y los fines para los cuales la norma jurídico-penal ha sido creada; todo esto, enmarcado en la justificación que es preciso dar, cuando se apela a un recurso tan impactante como lo es la sanción y fundamentalmente la sanción de tipo penal.

Ontológicamente la esencia de la norma jurídico-penal exige abordar no sólo su forma sino también su contenido, lo que implica revisar lo pertinente al fin de la norma, análisis en el que se debe tener en cuenta que la pena es un elemento de radical importancia en la estructura de la misma, y en este sentido, corresponde determinar a que obedece el fin de la pena, por qué la pena debe estar y en qué términos debe estar, en el entendido de que la pena causa un daño en los bienes de la persona humana. Es decir, la estructura de la norma pasa no sólo por valorar el hecho de que la pena está sino también de los valores a los que debe orientarse su

presencia en la norma jurídico-penal. Este nivel de análisis muestra la problemática de los fines que se pretenden alcanzar con la aplicación de la sanción; lo cual adicionalmente muestra la cuestión aporética que se presenta en el plano conceptual al confundir los fines de la norma jurídica con sus funciones, entendiendo que las funciones se orientan a lo que la norma jurídico-penal se ha encargado de hacer, por lo que las funciones pueden constatarse como fenómenos verificables en el curso de la historia, mientras que los fines constituyen aquello a lo que la norma jurídico-penal debe orientarse en la idea de poder alcanzarlos y en tal sentido se enmarca el estudio de la finalidad de la norma en un plano axiológico, sin entender que lo teleológico y lo axiológico se excluyen mutuamente.

En este sentido, la naturaleza de la norma jurídico-penal coincide con los fines que le han sido encomendados cumplir mediante la sanción como su elemento caracterizante, más no necesariamente con las funciones que efectivamente ha cumplido. Por esto es importante aclarar, conceptualmente, desde la Filosofía, la coherencia lógica que existe entre la naturaleza de la norma jurídico-penal y los fines que con ella se quieren cumplir, utilizando para ello la sanción penal.

CAPITULO I

**El Positivismo Jurídico en la
Filosofía Política de Thomas Hobbes**

Thomas Hobbes (1588-1679) es un filósofo político Inglés del siglo XVII que se interesó, entre otros, por los problemas políticos y sociales de su tiempo, fundamentalmente por la temática del surgimiento de la sociedad civil y de la constitución del Estado, procesos que enmarcó en una incontenible búsqueda de la paz.

El escenario de los hechos reales que se sucedían, contemporáneos al desarrollo de su obra escrita, imprimieron a la inquietud intelectual de Hobbes un evidente matiz vivencial, que se reflejó tanto en la coherencia lógica de sus planteamientos y críticas, como en las soluciones alternativas de lo que para él fueron las situaciones aporéticas propias para la discusión y el ingenio. Su más fuerte producción intelectual se produjo durante los años 1628 hasta 1675 aproximadamente. Sus aportes conceptuales abordaron, de una parte, el fondo de la problemática del surgimiento del Estado, ofreciendo en el marco de una perspectiva analítica, una salida que se pretende adecuada para solventar el caos que llevó a la mesa de trabajo como objeto de estudio, y por otra parte, abordó la forma o el camino que se debe seguir para llegar a una conclusión adecuada.

Es la filosofía política de Hobbes, una propuesta lógica y al mismo tiempo metodológica y gnoseológica, en la que se encuentra implicada una postura ontológica del ser del hombre social e individualmente concebido y del ser del Estado como creación del hombre.

En la idea de contextualizar históricamente este planteamiento, es pertinente señalar, aunque brevemente, el recorrido que han marcado algunas de las principales ideas que sirvieron de apoyo a Hobbes en el desarrollo de su teoría filosófico-política, antes de ser tomadas por él para la elaboración de la misma.

Hobbes se ubicó en un momento del desarrollo universal de las ideas, en el que las creencias mágico-religiosas se habían superado casi en su totalidad; el conocimiento, como forma de acercamiento al ser de las cosas, ya no se asociaba a las ideas de lo absoluto y eterno y la racionalidad batallaba tozudamente por hacerse de un lugar en el proceso de entendimiento del mundo y sus fenómenos. Todo ello influyó profundamente en el ser humano y lo acercó al hecho de reconocerse en la mutabilidad, propia de la condición humana y en las grandezas que se originaban en su espíritu, planteando una nueva moralidad mucho más terrenal y abiertamente orientada hacia el humanismo.

Debe reconocerse que Hobbes trabajó en el marco del rompimiento de importantes paradigmas a través de los cuales se había explicado el mundo, su funcionamiento y su dinámica y contribuyó en este escenario, a consolidar algunas de estas fracturas, permitiendo el avance hacia nuevos modelos e ideas.

En este sentido, los sofistas (siglos V y IV a.c.) ofrecieron un buen primer aporte, al criticar con vehemencia, las instituciones sociales y su funcionamiento, oponiéndose al carácter divino de sus leyes, mostrando sin temor la inutilidad de tal carácter, reconociendo en las leyes hechas por los hombres la exaltación de la arbitrariedad y la institucionalización del cómodo ejercicio del poder por parte de los gobernantes. Tales ideas pueden considerarse un primer acercamiento a la relación que se plantearía más tarde entre Derecho, poder y beneficios recibidos por el ejercicio del poder. *“Los sofistas son también los primeros positivistas jurídicos, pues opinan que ni la moral ni las leyes proceden de la naturaleza, sino que son puras normas - nomos- es decir, convenciones humanas”* (Goñi, 1996, p. 32)

Le sirven a Hobbes como argumento ético-político algunas ideas expuestas por Aristóteles pues para este filósofo no existen acciones que puedan considerarse como buenas en sí mismas sino en cuanto que conducen al bien del hombre, es decir, una ética que se enmarca abiertamente en una propuesta teleológica. De igual manera en el planteamiento teórico Hobbesiano cada acción obedece a una idea final en favor de la cual ella misma abunda. Coinciden también ambos filósofos en la idea de dar preponderancia a la razón humana. El sujeto que Hobbes escoje para construir paso a paso su gran creación "El Leviatan" es un hombre egoista y colmado de bajas pasiones pero dotada de razón y de la facultad de usarla para su propio bienestar. En igual medida este hombre debía ser un ente libre, como en efecto lo decide Hobbes, pues sólo sobre este supuesto se le puede hacer responsable de sus actos. Hobbes toma del pensamiento Aristotélico la concepción formal de la justicia, entendiendo por tal el señalamiento de que es justo lo que la ley ha dispuesto como tal, todo ello enmarcado dentro del formalismo ético. Al igual que aristóteles, Hobbes crea el estado para un fin positivo del hombre y aún cuando Aristóteles no estimó al Estado como un ente más allá del bien y del mal, si lo concibió para el buen vivir de los ciudadanos, idea en la que ambos vuelven a ser coincidentes. En el planteamiento de hobbes existe una fundamnetación teleológica que se expresa en la idea que subyace a la creación del Estado como la única forma posible de permitir la sobrevivencia humana.(Copleston,2001, pp.332-357)

Se reconoce en Epicuro (341-271 a.c) un antecedente metodológico para Hobbes. Este filósofo afirmó que sobre la base del contrato social una sociedad debe estar presidida por el Derecho, colocando en la base de sus ideas políticas el principio de utilidad. Posteriormente Hobbes exaltaré la ley positiva y abundará en la importancia que ésta tiene en la dinámica social.

En cuanto a la propuesta lógica de Hobbes de que existe una ley natural que es principio de las leyes contingentes, Hobbes se remonta a las ideas primigenias del pensamiento de los Estoicos (335 - 263 a.c), quienes retomaron la idea de destino como ley cósmica que gobierna el devenir universal y la asociaron a la razón humana como expresión de la supra razón eterna y universal que gobierna el mundo y sus fenómenos. El estoicismo puso énfasis en deslindar nítidamente la naturaleza como voluntad divina de la naturaleza como principio ordenador del hombre razonable. Es tarea de los hombres develar ese principio de orden de razón y ajustarse a él.

Es a partir de estas nociones que se entiende a la razón cósmica divina, como suprema fuente del Derecho, que indicó a los hombres el recto camino de la observación de las reglas en función del bien común y de la convivencia pacífica. Si el hombre cumplía con ese principio de razón que le era innato resultaba beneficiado en su experiencia social con el resto del grupo.

En el marco de este pensamiento, los estoicos afirmaron la igualdad de los hombres, idea que reforzó Hobbes en su propuesta filosófico-política.

Resulta útil ubicarse en el espacio temporal y geográfico del Renacimiento (fines S. XIV hasta fines S. XVI) pues en él se comienzan a perfilar con mayor nitidez las características del entorno socio-político en el que a Hobbes le correspondió moverse, pues tal y como lo señala Giner (1997) en este período se produce *“una primera y grave crisis de la urdimbre feudal de la sociedad medieval”* (p.161).

El ocaso de la Edad Media es testigo del aumento y prosperidad de las ciudades, las villas crecieron alrededor de los mercados. Artesanos y mercaderes se organizan en aras del

crecimiento de sus espacios y de sus negocios y se van separando cada vez más de las regulaciones feudales y eclesiásticas predominantes. De forma progresiva las nacientes ciudades se hacen de lo necesario para el desarrollo de su vida social y económica, dando paso a la legalidad mercantil burguesa. El burgués, como una nueva clase social, busca acomodo en estos espacios recién conquistados e irrumpe con un visible amor por la riqueza material aunado al entusiasmo de querer obtenerla por su trabajo. La sociedad así entendida va adquiriendo autonomía, el hombre protagonista de estas nuevas experiencias, se muestra cada vez más individualista y tal carácter independiente, marcará, conjuntamente con el mercantilismo, las pautas del quehacer social que está por venir. Este proceso de transformación se produce de manera lenta y compleja en un escenario de crisis, enfrentamientos y guerras civiles. (Giner, 1997 p.162-163)

Florece el movimiento humanista en la idea de cultivar y retomar las obras de los clásicos griegos y latinos con el fin de revisar la naturaleza humana a la luz de estas obras, de allí la propia denominación del movimiento (Giner, p.166) *“El renacentista pone sus ojos sobre la vida, a la que ama intensamente y sobre las cosas terrenas. Este nuevo interés por las cosas del mundo también impulsará pronto el progreso de las ciencias, aunque al principio se trate ante todo de un movimiento literario”* (Giner, 1997, p.167).

Nombres como Boccaccio, Medicis, Ficino, Pico Della Mirandola, Da Vinci, Rotterdam, Vives, Bruno, Copernico, Kepler y Galilei entre otros, trascienden en las ideas de lo que fue el desarrollo de la humanidad, rompiendo un paradigma sólidamente enquistado en la conciencia universal del momento. Este rompimiento se produce de manera progresiva pero también de forma radical. Después de los aportes e ideas puestas de relieve por la inquietud de estos

científicos, ya el hombre no vuelve a ser el mismo y se empeña en un descubrirse que no ha cesado hasta la actualidad. A partir de entonces la inquietud intelectual ganó nuevos terrenos que estarían para siempre bajo su dominio, la necesidad del saber era propia de la naturaleza humana y el hombre se hacía de los instrumentos y herramientas que le permitirían legitimar su nueva condición.

Como bien lo señala Giner (1997) *“la gran transformación y expansión del conocimiento científico que tuvo lugar entre las fechas señaladas, fue, ante todo, una revolución en la manera de entender la realidad, es decir, un cambio de actitudes mentales”* (p.174) En este escenario Maquiavelo(1469-1527) presencié el desmoronamiento del orden político medieval y sobre todo el fin de la autoridad religiosa predominante; ante sus ojos el papado se había convertido en un reino más y no en la cumbre de la pirámide teológico feudal (Giner, p.179). En el desarrollo de su pensamiento Maquiavelo sigue con firmeza las transformaciones de la sociedad en que vivió y aportando su cuota para contribuir a la consolidación de las nuevas ideas, muestra abierto interés por el poder, su desarrollo, explicación y fundamentación teórica sin detenerse en su sustrato metafísico. En sus obras *“estudia situaciones concretas, tendencias observables, compara eventos y constituciones políticas”*(Giner,1997, p.179) de lo cual se evidencia un apego a la filosofía de vida que se instauraba en su entorno.

En todo este devenir de sucesos e ideas no son menos importantes los cambios que marcan los aportes del protestantismo que es

el que verdaderamente transformó y modificó a la gran mayoría de las conciencias europeas... Fue la política renacentista la que creó las condiciones adecuadas para que se produjera al fin una herejía con éxito. Cuando llegó, fue de dimensiones tales que, a partir de su aparición, los

historiadores dejan de llamar a la época Renacimiento para llamarla Reforma, aunque en puridad, la Reforma sea una de las consecuencias inmediatas más trascendentales del nuevo orden de cosas impuesto por el Renacimiento.(Giner,199, pp.199-200)

En el seno de la Reforma basta mencionar a Lutero (1483-1546) y a Calvino (1509-1564) quienes a partir de una reforma de las prácticas eclesiásticas más que religiosas y regresando a lo que consideraban un cristianismo puro, pretendieron reformar la cristiandad y las relaciones individuo-Dios, lo cual se mostraba como una empresa ambiciosa pues implicaba afirmar que el hombre no necesita ni de la iglesia ni de sus sacerdotes para recibir el perdón de Dios, lo que implicó una irreverencia casi inaceptable que muestra un hombre en su expresión más simple pero colmado de fe y dueño de su destino, como el centro del universo, otorgándole una prestancia que nunca antes tuvo y que afianza la idea del individualismo como fuente de libertad interna.

Los cambios propiciados por el Luteranismo rebasaron las fronteras de las formas, prácticas y estructuras de la iglesia católica, fomentando cambios en el ámbito social y político, pues tal y como expone claramente Giner (1997) *“Todo el ataque sin cuartel que lleva a cabo contra la jerarquía eclesiástica se torna en ciega obediencia cuando se trata de los príncipes quienes a su vez apoyan fervientemente una doctrina que les es tan favorable”* (p.203)

Llega así el pensamiento universal a una época que cubre aproximadamente el siglo XVI y parte del siglo XVII en la que se perciben con más claridad algunos procesos que se vienen gestando desde siglos anteriores. Nombres como Shakespeare, Cervantes, Montaigne, De ViToria, Groccio, Spinoza, Descartes, Pascal y Bodino, entre otros, protagonizan la novedad de las ideas que se gestan en el marco de profundos y significativos cambios de la humanidad a nivel de todos los sentidos y en dimensiones nunca antes vistas.

Según el parecer de Giner (1997)

Gran parte de la teoría social durante el siglo XVI versa, por una parte, sobre la naturaleza del Estado y, por otra, tiende al descubrimiento de normas jurídicas “naturales” e inherentes a la sociedad humana. La primera tendencia cristaliza en una teoría, bien trabada, del absolutismo monárquico, cuya culminación, en Hobbes, no se percibirá hasta más tarde. La segunda irá madurando y hará eclosión con la filosofía de los primeros grandes teóricos de la Ilustración como Rousseau y Kant (pp. 212-213)

Vale resaltar que ante el hundimiento del sistema supranacional medieval se procura un sistema universal de normas que sean válidas para todos en todo tiempo y lugar, expectativa que queda satisfecha con el Derecho Natural, que ocupará un lugar central en el subsiguiente desarrollo de la teoría político-jurídica (Giner,1997, p.213). En el campo jurídico es Groccio (1538-1645), quien en su afán de dar con normas válidas intemporalmente y de obligatoria obediencia para todas las naciones, desarrolla un Derecho Internacional a partir de este tipo de normas en el que se involucró la comunidad de naciones. De su obra se desprende que el Derecho Natural, al cual entiende como dictado de la justa razón, puede convivir sin problemas con la ley divina, reconoce en este sentido dos Derechos: Derecho Natural y el Derecho de Gentes o Derecho Internacional.

La superación de lo teológico como principio explicativo y la superación del modelo feudal como forma organizacional en el ámbito social, trajeron una fuerte unión entre el Derecho Natural y el recién conformado nacionalismo político. La teoría social da un vuelco a partir de una nueva cosmovisión y desde la perspectiva del hombre colocado en una posición mas favorable, obtenida gracias a su crecimiento personal, social, económico y político. El

pensamiento de Hobbes se enmarca en esta fulgurante producción intelectual, en el rompimiento de paradigmas que se desgastaron frente a un ser humano que se exigía cada vez más y más y que comenzaba una imparable carrera en busca del conocimiento y de su satisfacción personal.

En la Inglaterra de Hobbes

Durante el tardío Renacimiento se producen transformaciones sustanciales que generaron enfrentamientos considerables entre diversos sectores de la sociedad ... ello resultó a la postre en una guerra civil. Ésta, a su vez, dió lugar a la primera de las grandes revoluciones políticas del mundo moderno, la Revolución puritana o inglesa. (Giner,1997,p.247)

Esta Guerra Civil Inglesa fue el "laboratorio social" de Hobbes. Los acontecimientos que tuvo que presenciar a causa del desarrollo de la misma, le dieron datos empíricos de incalculable valor científico que resultaron determinantes en su visión del mundo, en su concepción del hombre y en la salida que buscó para superar aquel horror. Hobbes se entronca con que la teoría del Derecho divino de los Reyes era la que normalmente acompañaba a las pretensiones absolutistas, ésta fue elaborada por el propio Rey Jacobo I (1566- 1625) para quien el Rey viene de Dios y la ley del Rey. El absolutismo político Jacobino fue abiertamente defendido por Bacon, quien ejercerá también importante influencia en Hobbes y su pensamiento (Giner,1997,p.249).

A grandes rasgos y resaltando sólo los detalles de relevante interés estas son las ideas que antecedieron a Hobbes y que le sirven de soporte para la futura exposición de su propuesta, con cuyo aporte ayudó a consolidar una nueva forma de ver el mundo y su acontecer, no sólo en el plano político y social sino también en el plano jurídico.

Este grotesco recorrido, a pesar de que sólo hace énfasis en particulares detalles, colabora en el más fácil entendimiento de las ideas de Hobbes, su afinidad o desacuerdo con algunas propuesta de su época y su desenvolvimiento intelectual, de manera tal que permite un acercamiento más genuino con el pensamiento del autor, así como el planteamiento que ocupa la atención del presente trabajo.

Al llegar finalmente, el racionalismo, en el que se mostraron con evidencia los esfuerzos por la secularización de algunas de las nociones manejadas hasta entonces en cuanto a los recursos para entender el mundo y sus procesos; la teología y sus aportes resultan inconvenientes e insuficientes en un espacio en el que la razón había logrado buen terreno y había comenzado a obtener logros positivos como instrumento explicativo del acontecer de la realidad.

Tal como se señaló, científicos como Bruno (1548-1600), Bacon (1561-1626), Descartes (1596-1650), Newton (1642-1727) y Galilei (1654-1642), por mencionar sólo los de mayor relevancia, palparon y mostraron al mundo los concretos resultados obtenidos de años de experimentación y disertación intelectual, siendo capaces de probar la validez del conocimiento científico, el cual estuvo hasta el momento bajo el mando del principio de autoridad. De esta forma se construyó un nuevo modelo para entender, explicar y razonar acerca de la fenomenología, que hasta entonces había permanecido tan distante al hombre.

Bruno Colabora abiertamente con la propuesta Hobbesiana al separar con total nitidez las cuestiones relativas a Dios y las relativas a la naturaleza. Según su parecer, Dios y todo lo que guardara relación con él debía ser abordado por la teología y la naturaleza y su conocimiento debía ser abordado por la filosofía (Copleston, 2001, pp.248-252). Esta separación entre lo

pertinente a la teología y lo pertinente a la filosofía será lo que posteriormente permitiría a Hobbes fundamentar en la razón un nuevo modelo de orden social con base en la ley escrita de origen humano.

Bacon advierte que el conocimiento científico de la naturaleza y no la magia o la especulación permitiría al hombre un dominio sobre la propia naturaleza. Señaló abiertamente que una inclinación por el método inductivo sería el camino idóneo para alcanzar la verdad, tal camino consiste en proceder desde la percepción de lo sensible y de lo particular hasta llegar a los axiomas que posteriormente se traducirán en proposiciones más generales. Bacon es cuidadoso en advertir que la sola experiencia no es suficiente, ésta debe ser planificada y estar guiada en consecuencia por la razón (Copleston, 2001, pp.279-289). Esta forma de hacer conocimiento, partiendo de la experiencia guiada por la razón, está constantemente presente en la obra de Thomas Hobbes.

Posteriormente Descartes hará un aporte de considerables magnitudes al demostrar el carácter autonómico del “cogito” como la facultad que permite al ser humano percatarse de su condición de ser racional y pensante. La demostración que de manera sistemática logra Descartes mediante cada una de sus reglas de la existencia de la facultad de pensar independiente del ser mismo del sujeto, da un vuelco que determina los próximos pasos del racionalismo como corriente de pensamiento. Los aportes de Descartes nutren considerablemente la propuesta teórica de Hobbes, quien siempre dió prevalencia a la razón como guía de la experiencia.

La ciencia creada a partir de los principios básicos del método científico aportará respuestas contundentes, no dejará lugar a las dudas que no podían satisfacerse por falta de recursos intelectivos y colma expectativas no individuales sino colectivas. De esta forma, la agradable sensación que se obtuvo al saberse conocedor de los procesos naturales en todas y cada una de sus fases y elementos, se apoderó de los hombres ávidos de saber, lo que se tradujo en una sensación de dominio y de poder de un espacio que hasta hace poco sólo podía explicarse desde principios divinos o de cualquier modo religiosos. A tal descubrimiento viene aparejada la necesidad de aplicar estos principios científicos a todos los ámbitos del saber, toda vez que existía garantía de éxito anticipado, de modo pues que el ámbito jurídico no escapa a tal novedad.

Particularmente Galileo Galilei (1564-1642), en su pretensión de conocer el funcionamiento de la dinámica interna de los fenómenos, afirmó que el conocer una determinada situación implicaba su descomposición en los elementos que la constituyen, lo cual debe entenderse como un paso previo a lo que es el verdadero conocimiento científico. De este modo Galilei se convirtió en la más fuerte influencia de Hobbes, metodológica y ontológicamente hablando, pues el reprodujo, con exactitud, esta idea cuando abordó la concepción del Estado y su proceso creativo. La mecánica de los cuerpos y la geometría galileanas pasaron así a ser los principios ordenadores en la estructura del Estado hobbesiano, su organización y funcionamiento. *“Aunque los descubrimientos de Newton (1643 - 1727) estaban todavía por llegar, Hobbes intentó comprender el mundo social a través de movimientos mecánicos de atracción y repulsión” (Giner, 1997, p. 271)*

Este universo de novedosa información, que recién estrena el hombre queriendo

aplicarla con fervor a todos los ámbitos del conocer en su incipiente, pero efectiva actividad científica, fue valorada por Hobbes en función de la utilidad que reportaba en la conformación de la sociedad civil y del Estado, al que percibió como un gran cuerpo, conformado por muchas voluntades que pueden separarse y reagruparse nuevamente siguiendo un procedimiento específico. En palabras de Hobbes (1966) *“Los elementos de que el Estado se compone, o si se quiere los engranajes en los que se descomponen este mecanismo, son los individuos.”* (p. 19). De este modo Hobbes desmembraba las voluntades que conforman el Estado y las separaba develando su unidad singular y haciendo evidente el antagonismo que las caracteriza, proponiendo una forma con base en la cual estas voluntades deberían reordenarse.

En cuanto a buscar una explicación lógica y analítica a los fenómenos que se gestaban entonces, Hobbes advirtió que existían unas ciencias que habían adquirido mayor auge y desde las cuales se aportaba una explicación que resultaba mayormente satisfactoria al conocimiento de la naturaleza y sus fenómenos, preguntándose *¿Por qué no aplicar este exitoso método a las ciencias del hombre y de la sociedad?, razón por la cual, como advierte Bobbio (1995) “El método científico que Hobbes intenta aplicar al estudio del problema político es el mismo por el cual tan continuos y duraderos progresos han hecho la ciencias naturales: el método de la composición -síntesis- y de la resolución -análisis-”* (p.81)

No está demás reseñar que el punto de partida en Hobbes fue descubrir la forma que le permitió hacer retornar la paz a la sociedad civil e instaurar un poder y una forma de ejercerlo, que estando legitimado por la intervención de todos los ciudadanos, garantizara la llegada de tal condición. Inquietud presente a lo largo de toda su obra y a la cual llegó sin problemas por su cercana experiencia con la guerra civil inglesa, sus antagonismos y anarquías, de modo que para él es inquebrantable la idea de que

la ley fundamental de la naturaleza es que se debe buscar la paz cuando se puede conseguir... las demás derivan de ella y enseñan cómo obtener la paz o defenderse. (1966, p.75) ...cuando los hombres viven en un estado de naturaleza, es decir, la guerra, no pueden esperar conservarse mucho tiempo. Por lo tanto deben buscar la paz mientras quede alguna esperanza de conseguirla... Así lo dicta la recta razón, es decir, la ley natural... (1966, p. 72)

Este pensamiento enfrentó a Hobbes a la necesidad de centrar su atención en las voluntades que conforman el Estado y a revisar en ellas, y a partir de ellas, la cuestión de la naturaleza humana y su inherencia en la instauración del Estado, pues en su opinión “...una doctrina del Estado que quiera ser científica debe comenzar por estudiar los individuos, sus pasiones, sus características y sus necesidades fundamentales...”(Hobbes,1966, p.19).

En este sentido, el planteamiento de Hobbes sobre la forma de definición del Estado, va, del hombre, en su más precaria condición humana hasta el Estado, entendido éste como la expresión social más perfecta del hombre. Por esta razón, después que se instituye el Estado como forma de organización del ser humano, se modifica sustancialmente, al menos en el contexto social, la expresión ontológica de éste.

Utilizando el método racional, Hobbes analizó y sintetizó en una dirección que va de la particularidad de los elementos constitutivos a la configuración del todo que resulta de reordenar tales elementos. A este método racional llegó, por efectos de la revolución científica en la que se inserta su producción intelectual y desde la directa e inmediata percepción del acontecer social.

Al ubicarse en cada uno de los hombres como voluntades configuradoras del Estado, pretendió Hobbes descubrir, en la lectura de su comportamiento, las leyes ordenadoras que rigen la naturaleza humana, señalando que

...quienes examinen más detenidamente por qué los hombres se juntan y gozan de su compañía mutua comprobarán sin dificultad que no se debe a una ley inevitable de la naturaleza, sino a circunstancias fortuitas... (1966, p. 64 -65) Las pasiones que inclinan a los hombres a buscar la paz son el miedo a la muerte, el deseo de obtener las cosas necesarias para vivir cómodamente y la esperanza de que con su trabajo puedan conseguirlas. Y la razón sugiere convenientes normas de paz, basándose en las cuales los hombres puedan llegar a un acuerdo. Estas normas reciben el nombre de leyes de naturaleza...(1999, p.117)

El hombre que Hobbes tomó como objeto de investigación es un individuo que se quiere a sí mismo, que es ambicioso, que desea vivir en libertad utilizando la razón, lo que le permite descubrir que en condiciones de guerra está muy cerca de la muerte. Es un hombre profundamente pasional y emocional, dotado del don de la razón como fuerza generadora de orden y de advertencia. Hobbes se encarga de sembrar la semilla de la idea del individualismo absoluto, así como el uso que de esta condición del hombre se haría en el ámbito económico.

Tales características en el hombre, daban por sentado que tenía la capacidad de descubrir e identificar medios y de orientarlos a la obtención de un fin, de distinguir entre lo agradable y lo desagradable entre lo útil y lo no útil, entre muchas de las facultades que pudieran señalarse. Son estas capacidades y el uso de la razón lo que lo llevó a distinguir en el pacto una salida colectivamente viable y ajustaba a la condición humana.

A tales capacidades, las denominó Hobbes *leyes naturales* y funcionarían como agente motivador del comportamiento humano, esto es, que el hombre, singularmente considerado,

está dotado de esta capacidad que lo orienta en su comportamiento personal y social; es por ello que en Hobbes (1966) *“...la razón que no es otra cosa sino la ley de naturaleza, es un don que Dios hizo inmediatamente en los hombres para que sirviera de regla a sus acciones...”* (p. 103)

Ahora bien, siendo que el escenario en el que Hobbes desarrolla sus ideas es el precario panorama de la guerra civil y sus nefastos efectos, el resultado de la lectura que éste hace de las voluntades humanas y sus formas de expresión, es el de hombres humanamente elementales, profundamente egoistas, generadores de la guerra y del caos; en el que tratan de sobrevivir a costa de sus iguales, y cuyo comportamiento está gobernado por la miseria de la individualidad y de la animalidad. Para Hobbes

...Todos los hombres son iguales entre sí por naturaleza... en el estado de naturaleza la voluntad de perjudicar se encuentra en todos... (1966, p. 67) La naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en sus facultades de cuerpo y alma, que aunque puede encontrarse a hombres físicamente más fuertes y mentalmente más frágiles que otros, cuando consideramos todo junto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan apreciable como para justificar el que un individuo reclame para sí cualquier beneficio que otro individuo no pueda reclamar con igual derecho... De esa igualdad en las facultades surge una igualdad en la esperanza de conseguir nuestros fines. Y por tanto, si dos hombres desean una misma cosa que no puede ser disfrutada por ambos se convierten en enemigos y para lograr su fin, que es, principalmente su propia conservación y, algunas veces, sólo su deleite, se empeñan en destruirse y someterse mutuamente... En la naturaleza del hombre encontramos tres causas principales de disensión. La primera es la competencia; en segundo lugar la desconfianza; y en tercer lugar, la gloria... (1999, pp.113,115)

Los hombres configuradores del Estado y de la sociedad civil a los que se refiere en su planteo teórico, son sujetos infinitamente iguales, movidos por la obsesiva idea de vivir. Su igualdad se expresa tanto en sus características y capacidades como en sus posibilidades,

opciones y condiciones. Fatalmente nadie está en la posición de mandar, decidir o gobernar a los demás. Este es el ser humano a partir del cual, con el cual y para el cual debe pensarse en la formación del Estado con nuevas características, está marcado por el individualismo absoluto que se erigía como filosofía de vida en la época en que Hobbes estructuró sus ideas.

Tal como se verá, esta igualdad de los hombres es nefasta en Hobbes, pero es de igual modo un recurso lógico al que apela el autor para llegar, sin problemas, a la conclusión que requiere en su propuesta teórica; Hobbes fue conciente de las consecuencias que traería el hecho de la igualdad entre todos, siendo ésta una condición humana a la cual acudía de propósito para dar forma a sus ideas.

Valga entonces el cuestionamiento acerca del espacio y las condiciones en las que estos hombres compartían y ponían a prueba su degradada condición, tal era el Estado de naturaleza, que no era más que otro recurso hipotético argumentativo al que apeló Hobbes para justificar y legitimar su construcción teórica: el Estado.

En el planteamiento teórico de Hobbes existen dos tipos de Estado claramente diferenciados, de una parte el Estado Natural -paternal o despótico- y de otra parte el Estado por institución -político-. En el Estado Natural el soberano adquiere ciudadanos o súbditos por propia voluntad, son los vencidos en la guerra que se funden en una sola persona civil llamada Estado, para no perder la vida. (Hobbes, 1966, p.123)

¿Qué es y qué caracteriza el Estado de naturaleza del que parte Hobbes? Se trata de una condición del estado social en la que no existen limitaciones impuestas por terceros en la

busqueda de aquello cuanto apetezca al hombre. No existen reglas creadas ni impuestas por nadie, sólo las que se derivan de las propias capacidades naturales de los seres humanos vistos desde su igualdad. Es una condición del Estado en la que se tiene pleno derecho de ir por aquello que se estima útil y necesario para la sobrevivencia o disfrute. Es el Estado en el

...que muchos desean al mismo tiempo una misma cosa, de la que no pueden disfrutar en común y que no se puede dividir; de ahí que haya que darla al más fuerte... La naturaleza dio a cada uno derecho a todas las cosas. Es decir, que en el estado de naturaleza puro y simple, o sea, antes de que los hombres se hubiesen ligado mutuamente por algún pacto, estaba permitido a cada uno hacer cuanto quisiese contra quien fuera; poseer, utilizar y disfrutar cuanto quisiera y pudiese... y puesto que el derecho natural permite que uno haga y tenga cosas que llevan necesariamente a la protección de su vida y de sus miembros, resulta que en el Estado de naturaleza está permitido a todos poseer y hacerlo todo, lo que se expresa vulgarmente así: la naturaleza ha dado todo a todos... (Hobbes, 1966, pp. 68,70)

En este orden de ideas, se pueden imaginar multiplicidad de supuestos que se presentan en los casos en que dos o más personas en igualdad de condiciones sienten la necesidad de poseer el mismo bien, apelando finalmente al sentimiento humano que domina en esta situación: la libertad de ejercer un Derecho al que se acude a fin de sobrevivir.

El Estado de naturaleza se reduce, pues, a la originaria condición del Estado social en el que prevalece la igualdad de condiciones para sujetos iguales con necesidad de sobrevivencia.

Si el hombre de Hobbes era un ser dotado de razón y de pasión, se infiere que sentía, como imperativa, la necesidad de superar las condiciones del Estado antes señaladas, para poder avanzar hacia una forma de existencia que le permitiera la sobrevivencia de todos al mismo tiempo que la convivencia. En este orden de ideas

El derecho de todos a todas las cosas es insostenible ...si cada uno mantuviera su derecho a todas las cosas, resultaría necesariamente que tanto los que atacaran como los que se defendieran actuarían legítimamente, ya que estamos obligados, por necesidad natural, a defender nuestro cuerpo y lo que exige su protección. De ahí resultaría la guerra. (p.75) ...Quien considere que hay que quedarse en este Estado en el que todo está permitido a todos, está en contradicción consigo mismo, puesto que cada uno busca su bien por necesidad natural y nadie puede considerar como un bien para sí esa guerra de todos contra todos, naturalmente inherente a tal estado... (Hobbes,1966, p.71)

Este nuevo Estado, al que la razón indica que hay que avanzar en la búsqueda no sólo de la paz sino de la posibilidad de prolongar la existencia, se plantea en Hobbes sobre la base de un acuerdo que cuenta con la anuencia colectiva, toda vez que la razón que sugiere avanzar hacia esta forma de comportamiento le pertenece, por igual, a todos los hombres.

¿Cuál es pues el resultado de haber desmembrado todos los elementos constitutivos del Estado sobre la base del principio galileano de la dinámica de los cuerpos y de haber indagado en el interior de cada uno de estos elementos, colocados ellos en un particular escenario? No es otro que la construcción hobbesiana del Estado como el espacio alternativo a la guerra y al caos, en el que es plausible la convivencia pacífica. Una forma de organización que tiene como idea germinal el voluntario acuerdo al que llegan los hombres individualmente considerados, pero vistos en una orientación colectiva.

En Hobbes (1999) el Estado no es más que *"...una persona de cuyos actos, por mutuo acuerdo entre la multitud, cada componente de ésta se hace responsable, a fin de que dicha persona pueda utilizar los medios y la fuerza particular de cada uno como mejor le parezca para lograr la paz y seguridad de todos"* (p.157), de manera que esta conceptualización del Estado, dibuja los

caractéres que determinarán la forma y la sustancia del Estado que Hobbes estába construyendo, en el cual era determinante la idea de la concentración del poder en pocas manos, las cuales debían estar bien definidas e identificadas, para saber sobre quién recae la facultad del ejercicio de poder, aspecto de trascendente importancia en su planteamiento teórico. Por esta razón expone que

...para conservar la paz y asentar la defensa, se requiere que la voluntad de todos sea una voluntad única con respecto a las cosas necesarias para la paz y la defensa. Para que esto sea posible hace falta que cada uno someta su propia voluntad a la voluntad de otra persona, por ejemplo, un hombre a una asamblea de hombres, de modo que sea considerado como voluntad de todos y de cada uno cuanto haya querido esta persona con respecto a las cosas necesarias para la paz común... (1966, p.121)

Los constantes riesgos que se corren en la posición originaria, el Estado de naturaleza, las pasiones que asisten al hombre permitiéndole distinguir entre lo bueno y lo malo, y el principio de razón que le permite conocer las leyes de la naturaleza como recto principio de ordenación, indican, como objetivo a alcanzar, el diseño de una solución posible que resulte beneficiosa para todos y que sea al mismo tiempo factible. La solución que aporta Hobbes es el Estado.

La razón provee al hombre de la capacidad de descubrir los medios que se adecúen a la obtención de un fin específico. El fin último en Hobbes es la paz, condición que estima necesaria desde la directa vivencia de la guerra civil y el medio para obtener tal objetivo será el acuerdo de las voluntades en organizarse de tal forma, que resulte para todos un ambiente menos agresivo y dañino. Confía en que todos, al estar conformes con tal acuerdo, cumplirán voluntariamente con las pautas establecidas y observarán las normas de comportamiento por un proceso de convicción personal que viene por vía de la razón, en tanto que la tercera ley de

la razón es *“que los hombres deben cumplir los convenios que han hecho. Sin esta ley los convenios se hacen en vano y sólo son palabras vacías...”* (1999, p.131)

¿De qué manera se lleva adelante este proyecto de Estado para el que se comparten acuerdos y en el que se procura el beneficio de todos? La manera que Hobbes ha diseñado para tal acuerdo es la forma de un contrato en el que la estructuración de sus partes con la adjudicación de las obligaciones que le corresponden, tenderán irreversiblemente hacia la imposibilidad de que se presente de nuevo la guerra. En relación al uso de este recurso por parte de Hobbes señala Giner un interesante efecto que subsiste más allá de la propia teoría política hobbessiana, señala el autor que:

La metáfora, ficción o supuesto histórico del contrato original sustituye la idea de la fundación divina de la sociedad. Y, hasta cuando se descarta la noción de contrato histórico, queda, entre muchos pensadores de la época moderna, la convicción de que la vida social se fundamenta en una red de convenciones, pactos y contratos. (Giner, 1997, p. 270)

La idea de Hobbes, al buscar una salida para esta situación, es la cesión o entrega de ciertos Derechos por parte de los ciudadanos, a una persona o grupo de éstas para que ejerzan su administración en función del colectivo. Esta cesión viene ordenada por la ley natural y está orientada a procurar la paz. Para Hobbes

esa transferencia que se llama pacto cuando la prestación se verifica en el futuro, puede llevar a alcanzar la paz, con tal de que hagamos o no hagamos efectivamente lo que pactamos hacer o no hacer... (1966, p. 86)
... es necesario para conservar la paz, que las partes en disputa se pongan de acuerdo sobre una tercera persona cuya sentencia acerca de la cosa disputada se obliguen a respetar mediante pactos mutuos (1966, p.95).
La transferencia mutua de un derecho es lo que los hombres llaman contrato... (1999, p.122)

El contrato que da origen al Estado surge del consenso de los integrantes del Estado de naturaleza, pero es necesario separar de este grupo de personas un sub-grupo a quien Hobbes entregará capacidades y facultades superiores que les permitirá ejercer prerrogativas en nombre de la totalidad del grupo. He allí las dos partes que forman la estructura del contrato de Hobbes: de una parte, el universo de voluntades que en común acuerdo han llegado al estado de contratación y de otra parte, el grupo de individuos que ostentarán el dominio sobre el resto de la colectividad concebido como:

el único modo de erigir un poder común que pueda defenderlos de la invasión de extraños y de las injurias entre ellos mismos, dándoles seguridad que les permita alimentarse con el fruto de su trabajo y con los productos de la tierra y llevar así una vida satisfecha, es el de conferir todo su poder y toda sus fuerzas individuales a un sólo hombre o a una asamblea de hombres, que, mediante una pluralidad de votos, puedan reducir las voluntades de los súbditos a una sola voluntad... Es gracias a esa autoridad que le es dada por cada hombre que forma parte del Estado, como llega a poseer y a ejercer tanto poder y tanta fuerza... Esta persona del Estado está encarnada en lo que se llama el soberano de quien se dice que posee un poder soberano... (Hobbes, 1999, p. 156 -157)

Dentro del universo de los tipos de contrato que existe ¿Cuál es la cualidad que Hobbes escoge para esta contratación? El tipo de pacto que se propone como salida en función de obtener la paz, es el *pacto unión* que se caracteriza por ser: un acuerdo que se da entre gran cantidad de voluntades, por ser permanente, de lo cual resultarán importantes consecuencias tanto para el propio contrato como para las partes contratantes y que finalmente está caracterizado por ser un acuerdo que no implica la pura y simple asociación de personas, sino la subordinación de unos en relación a los otros.

En este acuerdo, el funcionamiento del grupo social se caracteriza porque el acuerdo

de contratación al que llegan todas las voluntades del Estado de naturaleza debe transformar dicho acuerdo en una cesión de cuota de los Derechos de la mayoría al grupo de dominación. De manera tal que el grupo que ostenta el poder tenga la potestad de manejar todas esas cuotas en aras del beneficio y la utilidad común. Es decir, se entrega parte de los Derechos que le son inherentes al sujeto, a cambio de recibir como contrapartida un espacio de garantías, estabilidad y paz para el conglomerado social y, de otra parte, para obtener control sobre quienes no respeten las reglas del juego.

Ahora bien, cabe preguntarse ¿En qué consisten y hasta dónde llegan las prerrogativas que se entregan a los individuos que ejercen el poder? La experiencia desde la que reflexiona Hobbes le lleva a concluir que el grupo dominante tiene la potestad de ejercer el poder sobre el resto decidiendo por ellos y para ellos sobre todas las situaciones que excedan el ámbito estrictamente personal, aunque sin embargo, el hecho de que todas las voluntades estén de acuerdo en contratar, no obstaculiza que el ejercicio de dominio sobre el grupo se transforme en un espacio de poder que se ejerce, en oportunidades, sobre la base de prerrogativas y facultades especiales para el grupo minoritario que está en tal ejercicio.

Estas prerrogativas especiales para el grupo minoritario no representan un problema para Hobbes, toda vez que, a cambio del beneficio colectivo que se recibirá, esto no es más que una nimiedad. No es viable reprochar al autor el que esté diseñando un modelo de ejercicio del poder en el que los pocos elegidos para esta tarea se valgan de tal condición para recibir beneficios y gozar de las bondades de dicha condición. Este no es un detalle en el que habría que detenerse, pues resulta insignificante ante las garantías y utilidades sociales que representa.

El grupo dominante tendrá el uso del poder, aspirará el dominio total del grupo restante y procurará la obediencia de éstos. Su poder estará legitimado por el originario consenso del grupo:

como la mayoría ha proclamado a un soberano mediante voto... quien haya disentido deberá conformarse con la voluntad del resto... si rehusa cooperar con lo establecido, o protesta contra algo de lo que la mayoría ha decretado está actuando contrariamente a lo acordado... Cada súbdito es autor de todas las acciones y juicios del soberano instituido, de ello se sigue que nada de lo que éste haga podrá constituir injuria para ninguno de sus súbditos. Tampoco deberá ser acusado de injusticia por ninguno de ellos. (Hobbes, 1999, pp. 160,165)

En tal sentido el grupo mayoritario está en el deber de obedecer todo mandato u orden que provenga del grupo que detenta el poder, quien lo ejerce en pro del beneficio colectivo y por voluntad de la mayoría. Los sujetos del todo social se vinculan entre sí y se relacionan con el grupo dominante a partir de un nexo de sometimiento, de allí la idea de que el pacto que plantea Hobbes no sea una propuesta de pura y simple asociación de personas, sino una estructura de sometimiento de unos sobre otros.

A esta idea llega Hobbes si se observa con detenimiento que la voluntad de quien ejerce el poder se presenta ante los súbditos en forma de mandato, orden o prohibición. Sobre este supuesto se tiene que la teoría de la legitimidad del Estado de Hobbes es la más impositiva, pero también la más perdurable de la historia del pensamiento político. Su diseño se orienta a concentrar el poder en muy pocos hombres, quienes establecerán las condiciones del ejercicio del mismo y someterán a su voluntad al resto del grupo en aras del orden y la disciplina social.

Si se revisan con detenimiento cada una de las piezas de la construcción de Hobbes, se observa que su diseño está orientado a valerse de un instrumento que pueda ser lo

suficientemente contundente como para que garantice que la voluntad de la minoría será atendida y obedecida por el todo social, tal instrumento es la ley positiva creada por los hombres para ordenar su dinámica social interna pero sobre todo para su control.

Aún cuando las partes contratantes de Hobbes sean, de una parte, el grupo de individuos del Estado de naturaleza y de otra parte, el grupo dominante que ejerce el poder, la forma de esta contratación está diseñada para que este último se sustraiga a las obligaciones contractuales una vez en el ejercicio del poder soberano y una vez que hayan sido cedidas las cuotas de Derechos que les corresponde ceder a quienes no hacen parte del grupo de dominación.

La figura de pacto o contrato que propone Hobbes, es el pacto de unión, que tiene como principio de funcionamiento el vínculo de sometimiento en lugar de la simple asociación y que supone la forma de sumisión del todo frente al grupo que ejerce el poder y cuyo ejercicio no implica la absoluta ausencia de prerrogativas y beneficios para dicha minoría.

¿A qué Derechos se refiere Hobbes cuando habla de la entrega de cuotas de Derechos que le pertenecen al sujeto y que está obligado a ceder como el medio idóneo para conseguir un estado superior de convivencia?

Se refiere a los bienes materiales y al Derecho de propiedad que cada cual ejerce sobre ellos, se refiere a la fuerza física y a una parte del derecho de libertad. Para el resto de los Derechos del sujeto, la cesión es total. En relación al Derecho a la vida es contundente el señalamiento de Hobbes cuando dice que los sujetos conservarán el Derecho a la vida así como los derechos no mencionados expresamente y que son inherentes para mantenerla

consintiendo expresamente en que:

uno no puede por ninguna clase de pacto quedar obligado a no resistir a quien intenta causarle la muerte, heridas u otro daño físico (Hobbes,1966, p.81) ...hay algunos derechos que ningún hombre, ni mediante palabra ni mediante cualquier otro signo, ha dado a entender que los ha abandonado o que ha renunciado a ellos. En primer lugar un hombre no puede renunciar al derecho de resistir a aquellos que lo asaltan por la fuerza y quieren quitarle la vida... lo mismo puede decirse de la resistencia al daño físico, a las cadenas y al encarcelamiento...(p.121 -122). Como cada uno para su conservación tiene que renunciar a ciertos derechos suyos, así también la conservación individual exige que retengamos algunos de nuestros derechos, por ejemplo, el de proteger nuestro cuerpo, el de disfrutar del aire libre, del agua y de todas las otras cosas necesarias para vivir...(Hobbes, 1966, p. 91-92).

En relación al Derecho de propiedad es claro Hobbes (1966) al señalar que

cuanto poseía el siervo antes de entrar en servidumbre pertenece luego al señor y cuanto logra adquirir el siervo lo ha adquirido para el señor, ya que al disponer justamente de la persona de un hombre, se dispone también de cuantas cosas podía disponer esa persona ... el ciudadano no tiene nada propio contra la voluntad del Estado, o sea, de aquel que detenta el poder soberano...(p.157)

Esta es la fórmula que le permite a Hobbes afianzar y disponer muy bien al grupo dominante en el ejercicio del poder, lo que a su vez garantiza el no-regreso de la guerra y sus condiciones de pésima convivencia. Es por ello que para Hobbes *"...sólo la monarquía absoluta - o, si se quiere el poder absoluto encarnado en una persona - hace viable el contrato social. El poder no puede, en efecto, estar dividido..."* (Ferrater, 2001, p.1670-1671)

De lo expresado por Hobbes se desprende que el grupo dominante ejercerá el poder disponiendo básicamente del Derecho de propiedad de los bienes de sus gobernados y

disponiendo de la parte de la fuerza física que le han cedido éstos, lo que traerá consecuencias importantes para la configuración no sólo del poder político sino también del poder económico que acompañará la gestión del poder político, lo que sumado resulta ser una gran fuerza social que determinará la forma de convivencia entre los co-asociados y la forma de gobierno que los regirá, esta gran fuerza social es la sociedad burguesa. De hecho, “...con el contractualismo se están poniendo los fundamentos del liberalismo burgués que defiende la tolerancia religiosa, atacan las teorías que justifican la esclavitud, empieza a defender la independencia de la mujer, concibe la separación de los poderes y proclama el imperio absoluto de la razón” (Camps, 2001, p. 30) Este modelo social y político liberal burgués que asoma Hobbes en su propuesta, fue consolidado, posteriormente, por Jhon Locke quien en el desarrollo de su pensamiento lo legitima, justifica y perfecciona en el marco de una filosofía abiertamente liberal e individualista.

Ahora bien, una de las consecuencias directas que se desprende de la creación lógico-ontológica representada por el contrato que genera el Estado, y éste a su vez como resultado final de ese contrato, es, que siendo que el pacto o contrato se realiza, sin excepción, entre todos los miembros que integran el Estado de naturaleza, ello implica que la disolución de esta forma de contratación precisa necesariamente de la intervención de todos en la misma medida, lo cual se torna en una opción imposible de concretarse en la realidad. Hobbes lo vio así:

...como el derecho de representar la persona de todos es dado a quien los hombres hacen su soberano, mediante un pacto establecido entre ellos mismos, y no entre el soberano y alguno de ellos, no puede haber quebrantamiento de convenio por parte del soberano; y, en consecuencia ninguno de sus súbditos puede librarse de estar sujeto a él, alegando algún infringimiento de contrato por su parte...(Hobbes,1999, p.160)

Como se observa, una vez más Hobbes apeló a la razón y a la forma metodológica analítica

para ubicar sólidamente el poder en manos de quienes lo puedan conservar permanentemente y garantizar así la imposibilidad de regreso al caos. Hobbes confiere claramente al soberano la facultad de transferir el poder a quien él libremente designe. Esto es lo que permite la permanencia del ejercicio del poder en la tesis de Hobbes, orientada a garantizar el orden que es tan necesario. Por ello en su opinión:

El pueblo que tiene intención de elegir a un monarca puede transferirle el poder soberano simplemente, sin limitación de tiempo o por tiempo determinado... Por la misma razón, pues que el pueblo puede elegir a un monarca, éste puede elegir a otro monarca, de modo que no sólo compete al monarca, a quien se transfirió simplemente el poder, el derecho de posesión, sino también el derecho de sucesión, que le permite nombrar libremente a su sucesor (1966, p.149)

Puede observarse cómo deja entrever Hobbes en este texto, el ventajismo para quienes detentan el poder, ya que la fórmula que él plantea desemboca en la imposibilidad real de que el ejercicio del poder sea revocado.

Tales características y condiciones resultan propicias y de hecho coadyuvan en la aparición de la sociedad liberal burguesa; pues tal y como lo señala Giner (1997) *"Hobbes expresa con gran elocuencia muchos anhelos de la burguesía ascendente y con su teoría del contrato, plantea con claridad una fórmula que iba a ser captada generalmente, sobre todo después de Locke"* (p.269) De una parte, un grupo minoritario que logra hacerse del ejercicio del poder mediante un contrato por el cual no queda sujeto a obligaciones, le garantiza la permanencia de su ejercicio indeterminadamente y le da la facultad de disposición y control sobre el Derecho de propiedad de los bienes de toda la colectividad; y, de otra parte, se ha consentido que el ejercicio del poder esté en manos de la minoría que está obligada a obedecer el sistema normativo donde se sostiene su legitimidad en el ejercicio del poder, la forma de ejercerlo y las consecuencias para quien desacate el mandato.

El modelo político de Hobbes aporta no sólo medios y fines para la teorización sobre la creación del Estado, sino que también sienta las bases sobre las cuales se sostendrá posteriormente la sociedad civil en su dinámica y su relación política y económica con el poder. Es cónsona la literatura que aborda la cuestión filosófico-política, en señalar que el surgimiento y desarrollo de la sociedad burguesa coincide materialmente con el origen y desarrollo del iusnaturalismo* entendido éste como el movimiento jurídico con repercusiones sociales y políticas de trascendencia, en el que no se considera al Derecho Natural como la participación humana en un orden universal perfecto representado por Dios y derivado de éste, sino por el contrario, como la reglamentación necesaria de las relaciones humanas sobre la base de un orden impuesto por la razón y por tanto independiente del querer de Dios.

De hecho Hobbes partió de la afirmación de que existe un Derecho natural paralelo al Derecho positivo y reconoce que aquél prima sobre este último. Es por ello que en Hobbes debe reconocerse no sólo la condición contractualista sino también la iusnaturalista, en el marco de la cual utiliza el método analítico-argumentativo para su construcción teórico-conceptual, y separa lo social, lo político y lo jurídico de lo ético y lo teológico, deslindando claramente el poder de Dios y el poder de los hombres, deduciendo de la combinación de ambos el manejo paralelo de estos dos poderes en un nuevo modelo de organización social

...gran parte de la doctrina política hobbesiana está determinada, y hasta aguijonada, por la preocupación de resolver el problema de las relaciones entre iglesia y Estado...(Bobbio, 1995, p.73) ...no hay ninguna razón para que exista una autoridad que pretenda presentar el reino de cristo en la

*En este orden de ideas es pertinente señalar que en la historia de la filosofía jurídico-política aparecen por lo menos tres versiones fundamentales del iusnaturalismo: la de una ley establecida por voluntad de una divinidad y revelada por ésta a los hombres; la de una ley natural en sentido estricto, en cuanto algo físicamente connatural, a modo de instinto, para todos los seres animados, y, finalmente la de una ley dictada por la razón, y específica del hombre, que la vuelve a descubrir en forma autónoma dentro de sí mismo. Se trata de concepciones heterógeneas y, en algunos aspectos, opuestas. Sin embargo todas tiene en común la idea de un sistema de normas lógicamente anteriores y éticamente superiores a las del Estado, de cuyo poder constituyen un límite las normas jurídicas y el quehacer político del Estado.

tierra, dado que este reino no ha de realizarse; ni tiene tampoco ningún fundamento la distinción entre leyes civiles y leyes canónicas, no existiendo en este mundo otra autoridad que la temporal y, por tanto, tampoco otra ley que aquella que es impuesta y sancionada por el soberano civil... (Hobbes,1996, p.13 -14).

Frente al problema de las relaciones entre iglesia y Estado, la solución unitaria hacia la que Hobbes tendió no pudo ser más integral, enfatizando a lo largo de toda su obra, la inexistencia de dos poderes, y reafirmando sólo uno, y este poder único es el Estado. Por tanto reconoció la existencia de las leyes de la naturaleza que se reflejan en la razón que asiste a los hombres y en el orden que ella aporta, rechazando de manera radical la idea de que el Estado pueda ser una creación divina y que las leyes de su funcionamiento sean leyes creadas e impuestas por la voluntad de Dios. En este orden de ideas Hobbes presenta al hombre como protagonista de su propio drama o de su propia fortuna, colocándolo en el centro de la toma de decisiones de los asuntos de su interés.

Su forma de explicar la creación del Estado fue mediante el abandono total del modelo explicativo teológico feudal, el cual superó aplicando el recurso de la razón y apelando a la observación directa que tuvo de la guerra y sus consecuencias. Evidentemente que la teoría política de Hobbes planteó un rompimiento radical, en lo que a la concepción del Estado se refiere, pues al hacer uso del recurso de la razón concluye en términos completamente distintos a los que se manejaron en el modelo aristotélico, modelo que imperó como recurso explicativo acerca de la creación del Estado, hasta la aparición de la propuesta hobbesiana.

El modelo aristotélico se caracteriza porque se maneja a partir de una concepción del hombre profundamente distinta de aquella en la que se apoyó Hobbes. En el modelo aristotélico el hombre estaba destinado por su propia naturaleza a vivir en comunidad y también por

propia naturaleza estaba determinado por la desigualdad, de forma tal que la división amo-esclavo, así como otras tantas, eran apenas naturales, puesto que eran consecuencia directa de la condición humana.

La forma como se instituye el Estado es mediante un proceso natural evolutivo que sufre la familia vista en una perspectiva cuantitativa, de forma que de la familia se pasó a la aldea, de la aldea a la polis y de la polis al Estado. Así pues el Estado resultó de la progresiva complejización de la estructura originaria y elemental de la familia, mediante un proceso evolutivo histórico y no racional. Como en toda familia, también en el Estado imperaron entre sus miembros relaciones de desigualdad caracterizadas por la inferioridad y la superioridad de unos frente a otros. En Aristoteles el principio que legitima el Estado no es ni el convenio ni la unión ni el contrato, sino la necesidad social y la naturaleza gregaria del hombre.

El modelo aristotélico disiente, en los principales caracteres, del modelo hobbesiano que termina sustituyéndolo prácticamente en su totalidad, como modelo explicativo del surgimiento e instauración del Estado.

Al abandonar este modelo explicativo del origen del Estado, y reconocer y argumentar en favor de voluntades que se concilian para generar una estructura organizada de poder, en la que todos los miembros de la colectividad se ven reconocidos, se abandonó también la idea del gobierno de los dioses para poder explicar, argumentar y demostrar que el hombre es el creador de las normas, a partir de las cuales se regirá el comportamiento de todos entre sí y de todos con relación al poder y quienes lo detentan. Hobbes lo expresa así:

...del mismo modo que los hombres, a fin de conseguir la paz y la

conservación de sí mismos, han fabricado un hombre artificial al que llamamos Estado, así también han fabricado una serie de ataduras artificiales, llamadas leyes civiles, que los hombres mismos, mediante convenios mutuos, han prendido, a los labios del hombre o asamblea a los que han entregado el poder soberano... (1999, p.189)

He allí al hombre legislador, capaz de ordenar su vida y comportamiento comunitario, ejerciendo el poder que corresponde para hacer respetar dichas normas por encima de la voluntad de los sujetos individualmente considerados. Se ha llegado a señalar que es la doctrina política de Hobbes una de las teorías de la obediencia más radicales, pero también y, en todo caso, mejor elaboradas que se hayan conocido en la historia. Y no puede ser de otra manera pues Hobbes escribe y piensa desde la experiencia de la guerra, y es a partir de esta realidad y, a cualquier costo, que decide buscar un principio de orden que no tenga fácil probabilidad de quebrantamiento y en el que muchas voluntades se transformen en una unidad inescindible, que concentre la voluntad de decidir, disponer y resolver en nombre de todos y para beneficio de todos.

Tal ejercicio de poder debe estructurarse en función de la imposibilidad de que su soberanía no pueda ser quebrantada por individuos o un grupo de estos, que estén en desacuerdo con decisiones tomadas, o por el poder igualmente soberano de una nación externa que aparezca con pretensiones bélicas. Tal poder soberano no podía estar sometido a ninguna forma de control. En palabras de Hobbes esto puede leerse tal y como sigue:

El soberano de un Estado, ya sea una asamblea o un hombre no está sujeto a las leyes civiles... puede librarse de estar sujeto a ellas cuando le plazca, derogando las leyes que le molestan y promulgando otras nuevas. Quien es libre puede librarse siempre que quiera y tampoco es posible que una persona esté sujeta a sí misma, pues quien puede obligar, puede también liberar ... (1999, p.232)

En tal sentido, el recurso que con mayor contundencia utiliza Hobbes para definir y consolidar el poder soberano en manos de unos pocos, es el de las leyes civiles creadas por los hombres, entendidas éstas como dispositivos normativos de naturaleza imperativo-coactiva creadas en forma exclusiva por quien ejerce el poder soberano -rey o parlamento- para el ejercicio del control de la sociedad. El carácter de civil que Hobbes le da a la ley, pretende distinguirla de la ley natural como supremo principio de orden proveniente de la divinidad y que debe observarse para no contravenir la propia naturaleza humana. La ley civil es por el contrario la disposición normativa.

que los hombres están obligados a observar... que no pertenece a la categoría de consejo, sino a la de mandato; no un mandato de cualquier hombre a cualquier otro hombre sino de un hombre cuyo mandato está dirigido a otro que está de antemano obligado a obedecerlo. Y en cuanto a la ley civil, basta añadir el nombre de la persona que manda, a saber, la persona civitatis, esto es la persona del Estado. (Hobbes,1999,p.23)

Así las cosas, las leyes civiles gozan de la omnipotencia que debe tener el recurso en que se apoya el soberano que ejerce un poder con iguales características. En Hobbes es claro que los gobernantes hacen las leyes que les favorecen y los consolidan en el poder, así como las leyes en las que se califica de justo aquello que sirve a sus intereses.

En relación a las leyes, distingue Hobbes varios tipos, según de donde provenga el autor de la ley: ley humana y ley divina. La ley humana proviene de los hombres; la ley divina de Dios y según el modo con que Dios da a conocer su ley a los hombres, ésta se divide en ley natural y ley positiva.

Ley natural es la que Dios ha revelado a todos los hombres a través de su verbo eterno, innato en ellos, es decir, mediante la razón natural... La ley

positiva es la que Dios nos reveló mediante la palabra profética por la cual habló a los hombres como un hombre... La ley natural puede dividirse a su vez en ley natural de los hombres y ley natural de los Estados...(1966, p. 220). A su vez las leyes positivas pueden dividirse en humanas y divinas; y de entre las leyes positivas humanas, algunas son distributivas y algunas penales. Distributivas son aquellas que determinan los derechos de los súbditos ...penales son aquellas que declaran qué castigos serán aplicados a los que violan la ley y están dirigidas a los funcionarios y oficiales encargados de su ejecución... hay también otra distinción entre las leyes que las divide en fundamentales y no fundamentales. Una ley fundamental es aquella que, si se anula, el estado se derrumba y disuelve por completo, una ley no fundamental es aquella cuya anulación no trae consigo la disolución del Estado (Hobbes, 1999, pp. 246, 249)

En opinión de Hobbes (1999) la ley natural es la parte no escrita de la ley, entendida ésta como concepto macro, a diferencia de la ley civil que es la parte escrita; ambas son partes diferentes de la misma ley; aunque, en el caso de la ley natural, la reconoce como cualidad que dispone a los hombres a la paz y a la obediencia. La ley civil es una parte de los dictados de la naturaleza. (p. 223) Para Hobbes:

La ley natural es un precepto o regla general, descubierto mediante la razón, por el cual a un hombre se le prohíbe hacer aquello que sea destructivo para su vida, o elimine los medios de conservarla (Hobbes, 1999, p. 119). Ley civil es, para cada súbdito, aquella serie de reglas que el Estado le ha mandado de palabra, o por escrito, o con otros signos suficientes de la voluntad, para que las utilice a la hora de distinguir lo que está bien y lo que no está bien, es decir, lo que es contrario y lo que no es contrario a las reglas (Hobbes, 1999, pp. 231-232)

Es claro que Hobbes define, a partir de la ley y de su contenido, lo que es justo, lo que es injusto, lo que está permitido, lo que está prohibido, lo que está bien, lo que está mal, por lo que la importancia de la ley, en este autor, se muestra mediante varias razones, una de ellas es la obediencia absoluta que le deben los súbditos a la ley civil, la cual presume que siendo

expresión de la recta razón no puede ir contra la naturaleza humana.

Esta ciega obediencia tiene sólo contadas excepciones, pues el recurso de la ley es el que Hobbes diseñará con mayor precaución a fin de que mediante él, se garantice la estabilidad del Estado, la imposibilidad del caos, del desorden o de la guerra, de manera tal que la opción de que los ciudadanos subviertan el orden no tenga mucha cabida en la estructuración de tal diseño. De hecho Hobbes identifica las leyes civiles con los mandatos que los hombres están obligados a observar y comenta en los siguientes términos en relación a la libertad de los súbditos.

La libertad de un súbdito, por tanto, reside, sólo en esas cosas que, cuando el soberano sentó las reglas por las que habrían de dirigirse las acciones, dejó sin reglamentar. Tal es, por ejemplo, la libertad de comprar y vender, y la de establecer acuerdos mutuos; la de escoger el propio lugar de residencia, la comida el oficio y la de educar a los hijos según el propio criterio, etc ... todo súbdito tiene libertad en aquellas cosas cuyo derecho a ellas no puede transferirse mediante convenio... los convenios en los que un hombre renuncia a la defensa de su propio cuerpo son inválidos...(1999, pp.191-193)

Otra de las razones por las cuales es de importancia la ley en Hobbes es porque ella es la fiel definición de lo que se debe hacer en la búsqueda de la paz y de la sobrevivencia, es decir, la ley es el medio por el cual se construye y se define lo justo como justo y lo injusto como injusto. De esta forma la ley se muestra en un carácter de autosuficiencia en la tarea de definición de la justicia o injusticia, ya que *“en las querellas entre individuos particulares, para declarar qué es la equidad, qué es la justicia y qué es la virtud moral, y para hacer que estos principios tengan fuerza obligatoria, son necesarias las ordenanzas del poder soberano”* (Hobbes, 1999, p. 233)

Evidentemente que la construcción teórica de Hobbes encarna un formalismo jurídico radical, que lleva irreversiblemente al formalismo ético en el que se refleja una concepción legalista de la justicia, esto es, que es justo lo que la ley señala como tal, de modo que en este aspecto el planteamiento hobbesiano, se ubica, dentro de la estructura del formalismo jurídico, en el convencionalismo ético y no en el naturalismo ético, pues señala que nada puede calificarse de justo o de injusto si no existe una convención en la que se hayan fijado parámetros y que sirva de medida comparativa al valorar los hechos en las categorías de justos e injustos. En su opinión *“las leyes son normas para establecer lo justo y lo injusto, no pudiéndose decir que algo es injusto si no es contrario a alguna ley.”* (Hobbes,1999, p. 232) No sin razón señala Giner (1997) que *“esta posición frente a la ley radicalmente opuesta a la libertad de conciencia y a la ley trascendente proclamadas en su país por Tomas Moro, ha recibido el apelativo de “positivismo Legal”* (p.272)

Hobbes ubica en la ley ese parámetro de comparación y de medición de los hechos en su carácter de justos e injustos y de esta manera imprime a la ley civil la autoridad definitiva de la justicia, señalando, con irreversible contundencia, que el único autor posible de la ley es el Estado, pues sólo la voluntad de éste, guiada por la recta razón que se exprese en ella, puede establecer los límites y las bases para calificar de justos e injustos los comportamientos de los súbditos. *“En todos los Estados; el legislador es unicamente el soberano, ya sea éste un hombre... o una asamblea de hombres... sólo el Estado es el que prescribe y ordena la observancia de esas normas a las que llamamos ley... nadie puede derogar una ley ya hecha, excepto el soberano...”* (Hobbes, 1999, p. 232).

La ley civil es un recurso que se utiliza de manera frontal y que no sólo sirve para

definir lo justo y lo injusto sino que además en ella se perfila y delimita el poder del Estado en cuanto a la forma de ejercerlo y a la extensión de su ejercicio. El Estado no sólo es el único creador legítimo de la ley, sino que además tiene la facultad de sustraerse a los mandatos y obligaciones en ella establecidos, estando facultado para quitar y poner las leyes que le convengan en el momento que lo estime necesario, para el mantenimiento del poder y, por consiguiente, el aseguramiento del orden y la estabilidad. El súbdito, en relación con la voluntad del soberano expresada en la ley, está obligado a la obediencia absoluta.

Esta concepción del orden y del control por medio de la ley es un planteamiento vehemente y vertical en la obra de Hobbes con el que se rompe el modelo de la legalidad divina como fuente ordenadora del comportamiento humano. Como se afirmó, es claro su planteamiento en la idea de refutar las doctrinas tradicionales inspiradas por el poder divino, por lo que no es posible admitir, según su planteamiento, autoridad religiosa alguna; todo lo cual redundará en la orientación unitaria del poder del Estado, pues mientras más concentrado esté el ejercicio del poder mejor control habrá en su práctica, toda vez que el mismo se ha instaurado para controlar señalando qué hacer y qué no, así como la manera de hacerlo.

Dos de los argumentos explicativos que Hobbes utiliza para rechazar la idea de la autoridad religiosa o del poder divino, es, de una parte, el principio de razón que le asiste en el desarrollo de todo su pensamiento y de otra parte, el hecho de pensar *“que Cristo ha venido a este mundo a predicar y a enseñar y no a mandar”*(Bobbio,1995,p.75). Esto lo lleva a reafirmar la unidad del poder únicamente en el Estado, al cual dibuja en una estructura de indivisibilidad inquebrantable. Su teoría política, en lo que a la construcción del Estado moderno se refiere, se orienta fundamentalmente sobre la base de dos principios *“...la unidad política, obtenida a*

través de la unificación de los ordenamientos jurídicos inferiores y superiores al Estado ... y la unidad jurídica, perseguida a través de la unificación de las fuentes del Derecho en la fuente de exclusiva derivación estatal, esto es, en la ley” (Bobbio,1995, p.79)

En lo que se entiende por filosofía política y teorías explicativas del origen del Estado moderno, Hobbes aporta el primer intento de teorización de la ley, como suprema expresión de control estatal, proveniente de los hombres y no de los dioses y al mismo tiempo el primer intento de colocar la ley de origen humano en un lugar de privilegio dentro de las fuentes generadoras de Derecho, todo ello enmarcado en *“un esfuerzo de cientifización de la filosofía política y moral, ante una búsqueda de soportes más sólidos que los explícitamente rechazados de la teología, para entender y explicar la vida social y la psicología humana.(Giner, 1997, p. 271)*. Es por ello que Hobbes es considerado por algunos autores como uno de los primeros visionarios de la estructura que sostendrá todo el edificio de lo que será más adelante el positivismo jurídico como corriente ius-filosófica, consolidada a la luz de las ideas que se enmarcan en la ilustración. Con la separación que Hobbes hace del poder terrenal del poder divino y del uso de las leyes, como instrumentos de poder, de orden y de control por parte de los hombres, se colocan las bases de lo que se consolidará como filosofía positivista y cuyos orígenes se identifican con Augusto Comte en pleno desarrollo del siglo XIX.

En el desarrollo teórico de Hobbes debe reconocerse el manejo que este autor hace de la ley civil o ley escrita creada por los hombres. Las circunstancias socio-políticas en las que Hobbes escribió fueron determinantes para la forma final que le imprimió a sus ideas. En Hobbes quedan claramente expuestas las características, las funciones y el uso que debe darse a la ley escrita, la cual sin duda, plantea como un recurso muy bien definido para hacer control social. No cabe duda de la obediencia que se le debe a la ley escrita, obediencia que sólo puede

quebrantarse en contadas situaciones de excepción, todo ello en favor de no dejar espacio para el desorden y la arbitrariedad por parte de los ciudadanos. De esta forma Hobbes logra imbuir a la ley escrita de una fuerza y un carácter propiamente jurídico presentándola esta vez con una naturaleza que le es propia desde su esencia coactiva-imperativa generando así un instrumento efectivo, de origen estatal, de fácil manejo y de contundentes resultados para ser utilizado por el Estado en su tarea de control del comportamiento de las masas.

En el discurso de Hobbes, el Derecho escrito de origen humano irrumpe con la fuerza de la autoridad que determina lo que debe hacerse y lo que no debe hacerse generando categorías de control para el comportamiento humano. La norma jurídica es en la obra de Hobbes una categoría propiamente jurídica, creada por los hombres para su propio control y de obligatorio cumplimiento, con la cual, como es natural con este tipo de normas, la voluntad de los ciudadanos queda supeditada por criterios de control válidos y aceptados por la mayoría, en virtud de una forma contractual en la que ha intervenido la voluntad de todos sin excepción.

Las características que tiene el hombre desde el cual Hobbes construyó su presupuesto lógico de constitución del Estado, coadyuvó también en el tratamiento de las normas jurídicas en el sentido antes indicado, pues si el hombre se maneja fundamentalmente desde sus pasiones y resalta entre éstas las de naturaleza negativa, significa que el Derecho natural, ya expuesto por Groccio (1583-1645), se plantea insuficiente para el control de los seres humanos, de forma tal que se hizo necesario el manejo de la sociedad a partir de un instrumento de carácter imperativo en el que se definiera lo que estaba permitido y lo que estaba prohibido, que fuera aceptado por todos, cuyo origen reposara sólo en manos de quienes estaban facultados para el ejercicio del poder en virtud del contrato suscrito por la totalidad de los miembros de la comunidad y cuya validez fuera reconocida por todos los contratantes. Hobbes consigue diseñar

una ley escrita de origen humano de características tales que cumplió sin atisbos las expectativas y las funciones que demandaron las necesidades del momento.*

Desde Hobbes la ley escrita de origen humano muestra una personalidad jurídica propia, de la que carecía antes de esta propuesta teórica, y que está destinada a cumplir sin excusas funciones muy bien delimitadas en la conformación e instauración de un Estado que surge desde el caos y el desorden. Esta personalidad jurídica propia quedó al descubierto a partir de específicas condiciones que Hobbes le dió a esta ley escrita, a saber: su origen, su naturaleza pública, su carácter imperativo absoluto y su naturaleza definitoria de lo justo y de lo injusto. De otra parte Hobbes delimitó con precisión la actitud que deben observar ante dicha ley tanto los ciudadanos como los representantes del soberano y desarrolló también la función que deben cumplir con ella quienes están encargados del ejercicio del poder. De manera tal que en la doctrina de Hobbes la ley escrita creada por los hombres es una pieza más de la armazón socio-política que brinda como alternativa de solución viable para superar la catástrofe de la guerra y recuperar la paz que es condición vital para la convivencia humana.

Las específicas condiciones desde las que Hobbes caracterizó la ley escrita humana permiten hablar de un positivismo jurídico muy bien definido en la obra de este autor. Entendiendo por positivismo jurídico la filosofía de pensamiento que se erige sobre la selección, el diseño, y aplicación de un recurso de Derecho como lo es la ley escrita, vista como norma jurídica, en la idea de instaurar pautas definidas de control sobre el grupo social y cuya fuente y manejo exclusivo y excluyente está en manos de reducidos grupos. Evidentemente la filosofía

*No es casual que Kelsen reconozca en Hobbes uno de los pocos autores en los que la contradicción propia de las doctrinas iusnaturalistas no se hace presente. Señala Kelsen que una de las funciones de las doctrinas iusnaturalistas es justificar el establecimiento Estado para que pueda existir el Derecho positivo. De una parte señalan que la naturaleza humana es fuente generadora del Derecho Natural, lo que supone una naturaleza humana "buena" y de otra parte sólo pueden justificar el Derecho positivo desde la coerción de sus normas, lo que supone la "maldad" humana. En Hobbes esta contradicción no existe pues la instauración del Estado a partir del contrato supone seres humanos de malos sentimientos. Ver Hans Kelsen. ¿Qué es la justicia? Ed. Ariel Jurídica. Barcelona. 1992.

política de Hobbes se instaura sobre la base del imperio de la ley escrita de origen humano, convirtiéndose de esta forma en una categoría jurídica propia para el control dentro de un determinado modelo socio-político.

Finalmente es Hobbes, quien con un propósito de análisis y en el marco de un espíritu sistemático, recogiendo los hechos de la realidad circundante, logró, en un buen intento de teorización, una explicación lógica y secular de los orígenes del Estado y de la sociedad civil así como del funcionamiento interactuante entre ambos. En dicha explicación, con la cual Hobbes pretendía propósitos prácticos concretos, apeló al recurso fáctico y lógico de la ley escrita creada por los hombres como el argumento irrefutable e inconvencible, que controlado por pocos, haría posible el orden cuya presencia era tan necesaria en medio del desastre provocado por la guerra. Hobbes logra hacer descansar en la ley positiva escrita y aprobada por todos mediante la forma de representatividad y cesión de Derechos, los mecanismos, tanto de definición como de control del comportamiento humano.

Más allá de los aciertos o desaciertos que se perciban en esta propuesta teórica, es evidente que por primera vez se exalta la ley como medida de control real y efectiva creada desde criterios jurídicos propios de los recursos de Derecho, con una función determinada dentro de la dinámica de las relaciones de quienes ejercen el poder y quienes deben obediencia.

En la construcción teórica de Hobbes, todo está finamente planificado y cada pieza del juego parece no poder tener otro lugar que el que este autor le ha asignado, de modo que se descarta la casualidad y se puede, en alguna medida, prever el resultado final en lo que respecta a los controles que ejercerán los gobernantes, los controles que se pueden ejercer en contra de

quienes gobiernan, el comportamiento de los súbditos frente al poder y las prerrogativas de que gozará el poder, entre otros. Es decir, en el diseño de Hobbes a medida que se van colocando cada una de las piezas de la estructura, se puede adelantar en la imaginación el producto final que se obtendrá. En este planteamiento no es pues posible desvincular la creación del Estado, el nacimiento de la sociedad civil, la conformación de la sociedad liberal burguesa en sus iniciales apariciones y el imperio de la ley escrita, como medio de control para quien ejerce el poder.

CAPITULO II

Positivismo Jurídico

Y Derecho Penal

Como se expuso en el capítulo anterior, Hobbes se desarrolló en un ambiente que le proporcionó las condiciones idóneas para pensar como lo hizo. El aporte de Hobbes se gestó y se expone en el marco del incipiente nacimiento de la sociedad liberal burguesa, en cuya consolidación y estructuración definitiva no solamente colaboró Hobbes con sus ideas, sino también otros pensadores, a quienes los estudiosos han llamado, los filósofos del Estado Liberal.

El ocaso del siglo XVII y el nacimiento del siglo XVIII se producen en el apogeo del absolutismo moderno, que se tradujo en la sustanciación de nuevas exigencias políticas por parte de la ciudadanía y del establecimiento de nuevos compromisos asumidos por quienes ejercían el poder soberano, en procura de la satisfacción de las expectativas recién expuestas. Todo ello como producto del cauce histórico-natural de las ideas que surgieron por vez primera, en el marco del Renacimiento.

El curso del siglo XVIII está marcado por las novedades que se venían planteando desde el Renacimiento y por el crecimiento alcanzado en el curso de su desarrollo, caracterizado por su propia dinámica. Este recorrido había sido allanado por pensadores como Descartes, Hobbes, Spinoza, Bodino y Leibniz, por sólo mencionar algunos.

Este momento de la historia de la humanidad se conoce como la ilustración y su caracterización está marcada por fenómenos socialmente muy complejos pero en todo caso claramente identificables a saber:

Considerable reducción de la inhumanidad en el trato de los gobernados,
fomento de la educación popular, proceso de igualación de los súbditos

frente a la ley, afirmación de la libertad religiosa, limitación de la tortura judicial. (Giner, 1997, p. 275).

En estos fenómenos sociales estuvo muy latente el cambio de actitud frente a la vida, que viene a hacerse presente como consecuencia de haber asumido a la razón como principio ordenador dentro de la modalidad del recurso explicativo de los fenómenos que acaecían y en la idea de anticiparse a lo que vendrá, en una clara actitud previsiva. La razón fue vista y entendida como el espacio de las verdades eternas, espacio al que el hombre lograba cada vez más acceso y asumía conciencia del recurso que tenía en sus manos. Todo el siglo XVIII concibe a la razón no

como contenido firme de conocimientos, de principios, de verdades, sino más bien como una energía, una fuerza que no puede comprenderse plenamente más que en su ejercicio y en su acción. Lo que ella es y puede, no cabe apreciarlo íntegramente en sus resultados, sino también en su función. Y su función más importante consiste en la fuerza de juntar y separar. (Cassirer, 2000, p. 28)

En esta época, en la que se habla del “absolutismo ilustrado”, irrumpió Grocio con ideas primordialmente jurídicas, enraizadas en el contenido del humanismo que le sirvió de marco a su pensamiento y con base en los clásicos griegos. Groccio enlazó la idea del Derecho con las matemáticas, exaltando sus virtudes ideales y separándola de lo fáctico o real. Derecho y matemáticas fueron símbolos de una misma fuerza. En tal sentido al espíritu le correspondió en el ámbito del Derecho, el poder constructivo, para lo cual fue menester vencer, de una parte el vínculo teológico del Derecho, y, de otra parte, demarcar para el Derecho una esfera que le fuera propia y que se distinguiera del espacio estrictamente estatal (Cassirer, 2000, p.p.264-265).

Estos obstáculos que, como advirtió Grocio, debieron superarse, abonaron en la consolidación de la filosofía individualista que preparó el terreno a favor de la filosofía liberal burguesa, que se mostraba tímidamente a fines del siglo XVII y que se perfeccionó en el curso del siglo XVIII; siendo una de las principales consecuencias de la superación de tales obstáculos la necesidad de percibir el Derecho no sólo en independencia con la idea teológica, sino con una autonomía jurídica que no podía ser obstruída ni siquiera por quien ejerciera el poder del Estado.

El Derecho planteado por Grocio "*mantiene como tesis el principio fundamental máximo de que existe un Derecho anterior a todo poder humano y divino y valedero independientemente de él*" (Cassirer, p. 267) En el criterio de este autor puede y debe darse un Derecho aún en el supuesto de que no exista Dios. El Derecho mana de la pura idea del bien. Fundado en la necesidad de que existan normas jurídicas fundamentales, inmutables y universales, surge la filosofía jurídica de la ilustración (Cassirer, 2000, p.p 268-271). En Grocio la sociedad tiene su germen en la primaria fuerza de la naturaleza humana, por la cual el hombre se hace hombre, pues el Derecho es determinación esencial de éste.

Con esta antesala, teniendo como idea de base original los aportes de Hobbes, y sin querer obviar las contribuciones de autores como Descartes, Pascal, Spinoza, Vico y Leibniz, entre otros, es preciso mencionar a Locke, quien como Hobbes puso énfasis en la cuestión de la formación del Estado y su fundamentación lógico-jurídica, compartiendo con aquel la condición contractualista.

Para el momento en que Jhon Locke (1632-1704) publicó su producción intelectual

(1660-1697) el individualismo y el humanismo que aparecen por vez primera en el Renacimiento, ya estaban lo suficientemente consolidados y habían arrojado, entre otros resultados, nociones como la irrepetibilidad, singularidad y originalidad que se vincularon de manera estrecha con el concepto de ser humano; lo que aportó una nueva dimensión al hombre. Locke se manejó en el escenario de estas nuevas proporciones liberales del hombre.

Ciertamente con él se aprecia el fin de una economía mercantilista que se caracterizó por ver el origen de la riqueza de los países en el monopolio del comercio exterior o acumulación de metales preciosos, para avanzar hacia la economía del pensamiento liberal cuyos autores de transición fueron Petty, Cantillón, Locke, Hume y Smith. Esta economía se caracterizó por la presunción de la existencia de un orden natural que exigía minimizar la intervención del Estado en la actividad económica, desviando el origen de la riqueza hacia el trabajo como única fuente productiva.(Munck, 2001,pp.113-114)

De manera tal que no sólo la fundamentación lógico-jurídica del Estado, obedece, en este autor, a una filosofía de corte liberal, sino también su estructuración y fundamentación económica, todo como parte de una única filosofía de pensamiento.

En el Primer Tratado del Gobierno Civil Locke acaba de forma radical con la pretensión absolutista del poder, lo que significó el primer paso decisivo para la justificación teórica del régimen burgués representativo, que terminaría planteándolo en su modelo de Estado. En su Segundo Tratado del Gobierno Civil, se propuso justificar la pacífica revolución que restauró definitivamente el gobierno parlamentario de Inglaterra, asegurando que el poder provenía del consentimiento voluntario de los gobernados y no de los dioses (Giner,1997,p.295).

Jhon Locke partió, al igual que Hobbes, del estado de naturaleza y aunque en éste los hombres son iguales y libres, no se trata de un estado de guerra como en Hobbes. Locke se opuso abiertamente al absolutismo político hobbesiano, toda vez que su propuesta se fundó en la forma de gobierno representativo. La comunidad, en aras del bien, confía el ejercicio del poder a unos pocos que lo ejercerán con claras limitaciones. Esta representatividad es el resultado del libre consentimiento de los ciudadanos, pero ésta no debe ir nunca en procura del desmejoramiento de los derechos de los cuales éstos son titulares. Por esta razón, la filosofía política de Locke es la fundamentación teórica y la justificación lógica del liberalismo burgués que insistía en hacerse de un soporte teórico consistente.

Caracterizando el estado de naturaleza, señala Locke (1990)

...hemos de considerar cuál es el Estado en que los hombres se hallan por naturaleza, y es éste un Estado de perfecta libertad para que cada uno ordene sus acciones y disponga de posesiones y personas como juzgue oportuno, dentro de los límites de la naturaleza ... Es también un Estado de igualdad en el que todo poder y jurisdicción son recíprocos, y donde nadie los disfruta en mayor medida que los demás...(p.36)

Son pues, la libertad y la igualdad, estados propios de la condición natural del ser humano. El hombre nace en tales condiciones y a partir de allí, Locke estructuró la fundamentación de la filosofía liberal burguesa. Sin embargo, estas condiciones del hombre no resultaron suficientes para el planteamiento político lockiano, y no fue sino con su concepción del Derecho de propiedad que logró ajustar todas las piezas de su construcción teórico-política.

Locke planteó el Derecho de propiedad como un Derecho con-natural a la condición humana, pues consideró que era apenas natural que el hombre tomara aquello que precisaba

para su conservación, buscando las ventajas y los beneficios que la razón le indicaba. El Derecho de propiedad, es, en Locke, la capacidad innata que se tiene de transformar cualquier cosa que la naturaleza haya proporcionado, sacándola de su estado original y poniéndola al servicio de la satisfacción de una necesidad personal. Esta idea queda expuesta en palabras de Locke (1990) de la manera siguiente:

El trabajo de su cuerpo y la labor producida por sus manos, podemos decir que son suyos. Cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó, y la modifica con su labor y añade a ella algo que es de sí mismo es, por consiguiente, propiedad suya. (p.57) ...es la misma condición de la vida humana, la cual requiere trabajo y bienes materiales en los que trabajar, la que da lugar a que haya posesiones privadas (p.62) ...Aunque las cosas de la naturaleza son dadas en común, el hombre, al ser dueño de sí mismo y propietario de su persona y de las acciones y trabajos de ésta, tiene en sí mismo el gran fundamento de la propiedad (p.70)

Es claro y evidente cómo fué que Locke logró elevar el Derecho de propiedad a la condición de Derecho natural, partiendo de la fuerza y la energía transformadora que atesora cada ser humano en su interior. Esta manera de concebir el Derecho de propiedad, es uno de los factores que servirá para fundamentar los límites al soberano, en el ejercicio del poder y consolidar así el liberalismo político.

La subsistencia y perfeccionamiento del Derecho de propiedad así concebido, requirió de un panorama político que le resultara evidentemente favorable, por ello Locke (1990) aclaró sin miedo, cuales fueron las razones que a su criterio llevaron a los hombres a abandonar el estado de naturaleza a pesar de que éste no sea un estado de guerra; a saber: *"...el grande y principal fin que lleva a los hombres a unirse en Estados y a ponerse bajo un gobierno, es la preservación de la propiedad..."*(p. 34)

Finalmente cabe destacar que en la estructura de la obra de Locke se percibe claramente que el autor plantea una incipiente pero clara teoría de la separación de los poderes, que más tarde retomará Montesquieu (1689-1775) para perfeccionarla brindando a la filosofía política su ya conocido aporte teórico-jurídico. Sin embargo, a pesar de que en la filosofía política no se asocia a Locke, de primer momento, con la teoría de la separación de los poderes, este autor *“fue el creador de la teoría política constitucional, porque nadie antes que él estableció con mayor claridad la distinción entre los varios poderes del Estado”* (Costa, 1953, p.89)

En este sentido puede leerse en el segundo tratado del gobierno civil de Locke (1990) que

la primera y fundamental ley positiva de todos los estados es el establecimiento del poder legislativo ...que no sólo es el poder supremo del Estado sino que también es sagrado e inalterable (p. 140) ... el poder de la legislatura al derivarse de una cesión voluntaria del pueblo, y de una institución hecha por éste, no puede ser otro que el que positivamente le ha sido otorgado, a saber: el poder de hacer leyes, y no el poder de hacer legisladores. (p. 148). El poder legislativo es aquel que tiene el derecho de determinar cómo habrá de ser empleada la fuerza del Estado, a fin de preservar a la comunidad y a los miembros de ésta. (p. 150). Continua señalando, para referirse al poder ejecutivo, que éste es el encargado de vigilar la puesta en práctica de las leyes que han sido creadas por el poder legislativo, así como de la aplicación de las mismas. El poder federativo se encarga de hacer la guerra y la paz, de establecer ligas y alianzas y de realizar tratos con todas las personas y comunidades fuera del Estado (Locke,1990, p.p.151-152)

Es claro que el desarrollo de ésta teoría de la separación de los poderes no es el centro de atención en el pensamiento de Locke, sin embargo sí hay un aspecto en el que el autor mostró un mejor acabado y que es de interés en el desarrollo de éste capítulo; se trata de las limitaciones

que debía tener el ejercicio del poder por parte del soberano, pues habiéndose instaurado el Estado con objetivos muy delimitados, se hacía obvio que su ejercicio distaba sustancialmente del que había propuesto Hobbes en su modelo absolutista.

Señala Locke (1990), que aunque deba reconocerse al poder legislativo su supremacía dentro del funcionamiento del Estado, éste

no puede ser ejercido absoluta y arbitrariamente sobre las fortunas y vidas del pueblo; pues al tratarse de un poder compartido por cada miembro de la sociedad y entregado a la persona o asamblea legisladora, no puede llegar a ser mayor que el que esas personas tenían en el Estado de naturaleza ... porque nadie puede transferir a otro más poder del que tiene (p.142).

Señala enfáticamente que *“el poder de los legisladores aún en su máximo grado, está limitado a procurar el bien público de la sociedad. Es un poder que no tiene más fin que la preservación, y, por lo tanto, jamás puede tener el derecho de destruir, esclavizar o empobrecer premeditadamente a los súbditos”*. (p. 142) Otra de las limitaciones es que *“la autoridad legislativa o suprema no puede atribuirse el poder de gobernar mediante decretos extemporáneos y arbitrarios, sino que está obligada a administrar justicia y a decidir cuáles son los derechos de un súbdito guiándose por leyes promulgadas y establecidas, y sirviéndose de jueces autorizados”*. (p.143)

En esta limitación muestra Locke no sólo la supremacía que tiene en su modelo político la ley positiva o escrita, sino también cómo la ley puede funcionar y efectivamente funciona como barrera de contención ante las posibles arbitrariedades o excesos cometidos en nombre del poder y amparados bajo la soberanía del Estado. Por vez primera se presenta la ley no sólo como un mecanismo de control con el que se pretende imponer orden en la comunidad, sino

que expresamente se señala que, siendo creada por el propio Estado es puesta al servicio del control de éste.

Queda claro, una vez más, que Locke no apoyó el absolutismo político propuesto por Hobbes y que según su criterio, el establecimiento de la ley no es suficiente, pues en su uso o puesta en práctica puede desvirtuarse la función última para la cual fue creada.

El principio de razón que guía el desarrollo de las ideas de Locke (1990) lo llevan a valorar negativamente el abuso cometido haciendo uso de la ley, señalando que *“el poder absoluto o arbitrario, o gobernar sin leyes establecidas, no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno”*(p.144) de donde se deduce que una sociedad que se maneja a partir del uso desmedido y desnaturalizado de sus leyes y normas así como el abuso de las funciones para las que fueron creadas, es una sociedad que atenta contra su propia existencia.

Siguiendo con la exposición de las limitaciones del supremo poder legislativo señala Locke (1990)

que no puede apoderarse de parte alguna de la propiedad de un hombre sin el consentimiento de éste; pues como el fin del gobierno es la preservación de la propiedad, y esa la razón por la que los hombres entran en sociedad, ello implica necesariamente que al pueblo ha de permitírsele tener propiedades ... (p.146) y finalmente no está autorizado el poder legislativo a transferir a nadie el poder de hacer leyes... (p. 148)

La exaltación del Derecho de propiedad a la categoría de derecho natural, razonado a partir de la justificación de la propia naturaleza humana y el novedoso tratamiento que Locke plantea para la ley escrita, son los razonamientos teóricos que se requerían para consolidar a

la clase burguesa como un estamento social autónomo; con características propias y, fundamentalmente, para vincularla con una actividad económica diseñada para garantizarle el éxito. Con Locke la ley escrita creada por los hombres queda imbuída de una forma jurídicamente definida así como del carácter y la fuerza capaz de poner límites al supremo poder del Estado.

Locke fue uno de los pensadores que mayor influencia ejerció para que este resultado final se produjera. A partir de sus ideas se introduce una versión distinta y trascendente del ejercicio del poder en manos del Estado. Las limitaciones que son inherentes al ejercicio del poder por parte del mismo, las expuso el autor, de una parte por la presencia y el manejo de la ley escrita, la cual está a cargo del poder legislativo y de otra parte por la separación de los poderes que desde entonces ha estado presente en todas las constituciones políticas de las democracias modernas.

Como puede apreciarse, tanto en Hobbes como en Locke se da a la ley escrita de origen humano una relevancia que nunca antes tuvo, aunque en perspectivas distintas. Sin embargo, es importante resaltar cómo la ley escrita adquiriría autonomía jurídica a partir de una mejor delimitación político-social de su funcionalidad y de su origen. Aunque en ambos pensadores se llega a consecuencias, en ocasiones opuestas, lo que interesa resaltar es la preponderancia que ambos dan a la ley escrita, preponderancia que se hará presente desde entonces hasta la actualidad en la historia del pensamiento universal, con los cambios y matices que el propio desarrollo histórico social y filosófico le imprimen.

En el marco de ésta misma filosofía, y habiendo recibido la influencia de los enciclopedistas Diderot, D'Alambert, Holbach y Helvétius, resulta imperativo comentar algunos aspectos

resaltantes de Montesquieu (1689-1775) y su filosofía política. Montesquieu, influenciado por Locke, marcado por los profundos cambios que vivía la sociedad y el mundo político de entonces e imbuido en el racionalismo científico que marcó la influencia de las ciencias naturales en todas las áreas del saber, comulga con la idea de entender y comprender la sociedad a partir de los mismos principios explicativos de tales ciencias. De allí su idea de que las sociedades poseen leyes intrínsecas que determinan su funcionamiento, razón por la cual la diferencia entre las legislaciones de los pueblos no muestra sino las diferencias de la propia naturaleza de éstos.

En la filosofía política de Montesquieu

quien intente develar la sustancia de las leyes sociales deberá ir elucidando, uno a uno, cada uno de los factores que, combinado con los demás, determina una situación concreta ... cree en una razón común a todos los hombres, de la que emana la ley, pero que es modificada en cada caso por factores tan dispares como son las creencias, el clima y las múltiples instituciones sociales en el seno de las cuales tiene que operar. (Giner, 1997, pp. 313-314).

En su obra *“El espíritu de las leyes”* (1784) plantea la inquietud por la búsqueda de las leyes desde las cuales se gobiernan las sociedades y descubre que a diferencia de lo que sucede en el mundo físico, en el humano no siempre se cumplen las leyes, de manera tal que advierte la necesidad de que los hombres se provean de otro tipo de leyes, distintas de las leyes naturales, que sean creadas por la autoridad que ejerce el poder y que estén orientadas a procurar y preservar la paz social. Montesquieu siente atracción por la monarquía como forma de gobierno, sin embargo, en la caracterización de la misma hace énfasis en su distinción con el despotismo y aclara que en la monarquía el poder del rey está controlado por los cuerpos intermedios (Bobbio, 2001, p.133)

Esta idea de control para el poder y desde el poder mismo, no se presentó de forma tan clara sino hasta la publicación de la obra de este autor, pues tal como se señaló anteriormente, en Locke la noción de la división de los poderes es precaria e incompleta, lo que permite percibir el progreso de esta idea de un autor al otro. La importancia de esta premisa en los términos en que fue expuesta por Montesquieu, es trascendental, toda vez que se constituye en la semilla del constitucionalismo moderno, quedando plasmada tanto en la constitución norteamericana del año 1776 como en la francesa del año 1791.

De conformidad con el criterio de Bobbio (2001)

La contraposición entre el despotismo y la monarquía muestra a ésta como la forma de gobierno en la que entre los súbditos y el soberano hay poderes intermedios, o “contrapoderes” que le impiden al soberano abusar de su autoridad. Estos contrapoderes están constituidos por cuerpos privilegiados que desarrollan funciones estatales y en cuanto tales hacen imposible la concentración del poder público en manos de uno sólo... (p.133)

El punto central de atención de la teoría de la división de los poderes de Montesquieu no se precisa en la propia estructura dividida del poder, sino más bien en la funcionalidad política distinta que se genera a partir de dicha estructura. Esto explica por qué para el autor resulta vital la asignación de funciones a cada uno de los poderes y que el ejercicio de los mismos se practique respetando los límites de las propias divisiones. Sólo de esta forma se puede garantizar lo que Montesquieu ha llamado un “gobierno moderado” que consiste en “la disolución del poder soberano y de su división con base en las tres funciones fundamentales del Estado, la legislativa, la ejecutiva y la judicial” (Bobbio, 2001, p. 135). Cabe destacar que sólo en el marco de un gobierno de ésta naturaleza es posible, en opinión de Montesquieu, la libertad del individuo.

Como puede observarse, el aporte de Montesquieu a la filosofía política, a partir de la concepción del ejercicio del poder en su teoría de la división de los poderes, se enmarca en la filosofía liberal y ayuda a reforzar los principios individualistas que se vienen manejando progresivamente desde el propio renacimiento. Con sus ideas el individuo de entonces, que se caracterizó, entre otros, por el afán de hacerse de un espacio de libertad frente al ilimitado poder del Estado, conquista un estatus de respeto social que le proporciona el no estar permanentemente subyugado a los caprichos y arbitraria voluntad del rey o del soberano, cualquiera que fuera su representación. Esta conquista es posible, entre otras razones, porque el modelo político de Montesquieu, tanto como el de Locke y el de Hobbes no es posible concebirlo sin el útil instrumento de trabajo que es la ley escrita creada por los hombres.

Montesquieu no sólo reconoce la necesidad de que el hombre controle el “no cumplimiento” de las leyes de la naturaleza por medio de las leyes civiles o políticas que debe crear, sino que va mas allá, acentuando su atención en lo que debe hacerse con esa ley desde lo que podría llamarse la factualidad del ejercicio del poder.

La filosofía política de Montesquieu facilitó grandemente el camino para lo que sería posteriormente la definitiva e irreversible entronización de la ley positiva como factor de control social. Es notorio cómo se va gestando, cada vez con mayor maestría, una ley positiva controladora, capaz de definir lo prohibido y lo permitido, con carácter autoritario e imperante en ámbitos gobernados hasta entonces a voluntad y sobre la base de los excesos. Montesquieu muestra cómo es posible que se detengan los desmanes del ejercicio del poder a partir del establecimiento, estructuración y buen uso de las normas jurídicas positivas.

En este mismo orden de ideas y para traer a este universo intelectual, novedosos y útiles aportes, publica Rousseau (1712-1778) en el año de 1762 “El Contrato Social o Principios del Derecho Político”, obra que se erige en una muy buena contribución en este recorrido de las ideas que sirvieron para consolidar posteriormente el estado de derecho en una versión mucho más acabada.

En su construcción teórica se vale, al igual que Locke y Hobbes, del recurso lógico del estado de naturaleza el cual planteó en una postura de equilibrio que le permitió alejarse de manera equidistante tanto del absoluto pesimismo hobbesiano como del extremo optimismo lockiano. En este sentido, para algunos autores, Rousseau resulta de la sumatoria de Grocio y de Hobbes. Proclama Rousseau la soberanía de la voluntad del pueblo, en quien ésta reside, y a partir de donde construye su tesis de la “soberanía popular”. Partiendo también de una concepción contractualista declara abiertamente la nulidad del contrato hobbesiano por estar fundado en la coacción y no en la libertad de los coasociados (p. 287).

Para Rousseau la única forma posible de constitución del Estado es mediante la figura del contrato, pero éste no surge de la oscuridad de las bajas pasiones humanas sino de la igualdad de los seres humanos y de la voluntariedad mostrada al superar el estado de naturaleza, quedando libremente sometidos a un sistema de legalidad que se instaura por voluntad general. En este sentido, el contrato social roussonianos es pura expresión de la soberanía del pueblo que decide someterse a las normas que voluntariamente ha establecido en busca de la libertad.

Por ello para Rousseau hay una exacta correlación entre la ley y la libertad. Estar en libertad es estar sometido a la legalidad que se ha instaurado por voluntad general y colectiva

en aras del bien de los participantes. Las limitaciones y condiciones establecidas en la ley no se soportan sino que se disfrutan ya que proporcionan mejores condiciones de convivencia en el sentido de que proceden de la propia voluntad de quienes están en la obligación de cumplirlas. El sistema normativo que propone Rousseau en su planteamiento teórico, termina siendo una autoimposición de formas de control establecidas por mutuo acuerdo entre los miembros del grupo social. El individuo que obedece las leyes es auténticamente libre pues se está sometiendo a su pura y simple voluntad convenida con otros y expresada en forma de ley.

Esta forma de entender la ley, logra una compleja identidad entre ésta y el individuo que está llamado a cumplirla, de manera que la observancia de la ley no es una pesada carga para los ciudadanos sino una especial manera que han logrado de expresar su condición social como seres racionales. En Rousseau se aprecia claramente que esa nueva condición social del hombre para que no quede en el vacío y se desvanezca fácilmente, debe contar con el apoyo de un elemento lo suficientemente sólido y rígido provisto de la anuencia colectiva. Tal elemento Rousseau lo identifica con las convenciones generales suscritas entre todos los miembros de la colectividad y el soberano. Tales convenciones no son más que leyes o normas a partir de las cuales se organiza la vida en comunidad.

Sin embargo, ¿Qué pudiera ser la norma o “convención general” si estuviera irremediablemente sometida a la voluntad del soberano sea cual fuere aquella?. Es obvio que una ley que corriera tal suerte estaría desvirtuada en su propia naturaleza y habría perdido su esencia desde el mismo momento en que no cuenta con la fuerza suficiente para detener a quien quisiera estar por encima de ella. Siendo la ley el factor de control seleccionado para regular y limitar el comportamiento colectivo, significa que no puede haber nada ni nadie que

paralelamente esté fungiendo de instancia o factor controlador. Rousseau (1980) fue previsor en relación a esto y señaló, de forma contundente, que

el poder soberano, por muy absoluto, sagrado e inviolable que sea, no excede, ni puede exceder, de los límites de las convenciones generales, y que todo hombre puede disponer plenamente de lo que por virtud de esas convenciones le han alejado de sus bienes y de su libertad... (p. 59)

Es notorio cómo el contrato social presenta en Rousseau una definición mucho mejor delimitada y en este sentido también el individuo aparece mucho más firme en su condición social, personal y jurídica frente al Estado, pues

en el esquema racionalista moderno ... en el principio está el individuo, no la sociedad. El individuo, separado de Dios y no unido "naturalmente" a los demás individuos. (Camps,2001,p.62) ... con la modernidad la vida privada de los individuos va ganando terreno e importancia. La política está para permitir y garantizar la realización de los fines privados de cada cual. Ello hace a los ciudadanos sujetos de derechos" (p.88)

De lo anteriormente expuesto se desprenden los puntuales aportes que hizo Rousseau a lo que más tarde vendría a llamarse el Estado de Derecho, entendiendo por tal el Estado cuya actividad interna, así como la que alcanza a sus súbditos, está controlada y limitada por el Derecho positivo o legislado.

Tal y como puede apreciarse es indudable que se han producido serios cambios en todos los niveles, los cuales han devenido en transformaciones estructurales. En plena Revolución Francesa, así como en el camino que se fraguara para llegar hasta ella, la sociedad a nivel mundial planteó una nueva cara y en iguales dimensiones el hombre era cualitativamente distinto, conciente como estaba del recurso de la razón y de cómo usarlo, se erige triunfante habiendo

forjado la culminación de una de las etapas más pobres y oscuras que la humanidad haya vivido jamás. Habiendo conquistado nuevas posiciones sociales, nuevos espacios científicos y sobre todo nuevos derechos y la forma de establecerlos y hacerlos cumplir, comienza a vivir desde entonces y para siempre bajo el régimen de la legalidad creada por él mismo y unida a funciones claramente definidas e irrefutablemente establecidas.

En este sentido, en lo que respecta a la ciencia jurídico-penal, y en el marco de toda esta revolución filosófico-jurídica que se venía gestando básicamente por el descubrimiento de la razón como recurso explicativo, deben mencionarse varios pensadores que logran sellar con la debida puntualidad, el curso que debía tomar la función controladora que ejerce el Estado por medio de la ley; toda vez que las conquistas logradas debían, no sólo ser conservadas si no quedar claramente plasmadas en la ley para que sirvieran de punto de referencia en la valoración del comportamiento tanto de los individuos como de los Estados. Uno de los espacios en los que el Estado ha mostrado siempre su fuerza controladora, y su verdadera fuerza represiva, es el que resulta de la obediencia o desobediencia a las propias reglas sociales del juego. De manera tal que el espacio que corresponde al Derecho Penal, como el escenario natural de la violación u obediencia de las normas impuestas por el Estado, se vió profundamente afectado por esta nueva concepción de la norma jurídica como instrumento controlador, no ya del individuo y su esfera, sino del poder del Estado.

Es interesante revisar cómo se traspolan estos límites impuestos al poder del Estado, - antes señalados- a ese espacio propio del Derecho Penal, en el que el Estado castiga y ejerce su soberano poder de irrumpir en la vida del individuo que ha violentado la norma.

En este orden de ideas es preciso mencionar que en el año de 1764 publicó Cesare Beccaria su obra *“De los Delitos y de las Penas”*, cuyo eje central no era otro que levantar una vehemente crítica contra los abusos y excesos que cometía el Estado en la valoración del “comportamiento delictivo” y, por supuesto en la aplicación de las penas. Esta obra de Beccaria se redujo a una crítica contra el sistema político absolutista de entonces y contra la forma ilimitada que tenía el Estado de usar la fuerza contra sus ciudadanos, para exigir e imponer el orden, utilizando en forma inadecuada, parcializada y exagerada, la ley.

Beccaria es hijo del racionalismo, recibió la influencia de pensadores como Hobbes, Locke, Montesquieu y Rousseau y comprometido como estuvo con el pensamiento iluminista, se consideró como un hombre de acción, cuyo espíritu combativo se orientó fundamentalmente a la crítica reflexiva de las estructuras sociales de su época. (Betancur, 1994, X-XIII).

Teniendo como antecedente, principalmente a los contractualistas, no es de extrañar que éste autor entendiera que la cuestión de las leyes, penales o no, era un asunto que debían resolver los hombres entre ellos, es decir, la desacralización de los delitos y de las penas fue una de las ideas que con mayor denuedo defendió y desde la cual puede señalarse su comunión con Grocio, entre otros autores. Acota claramente Beccaria (1982)

Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por esto una parte de ella para gozar del resto en segura tranquilidad. La suma de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. (p.72)

A partir del análisis de Agudelo Betancur (1994), los principales aspectos que se desprenden de la propuesta de Beccaría son:

- a.- La estrecha relación que existe entre el modelo de Estado y el Derecho Penal.
- b.- Diferenciación de los distintos ordenes que regulan la conducta y la desacralización de la función punitiva.
- c.- Los límites de la función punitiva: el control en el ejercicio del poder que se traduce en límites en la aplicación de las penas y límites en las prohibiciones impuestas por el Estado.
- d.- Crítica a la inhumanidad de las penas, éstas deben estar orientadas al cumplimiento de una función y deben contar con ciertas características (p.p. XV- XIX).

En Beccaría se recoge, con meridiana claridad, el principio de la separación de los poderes como forma directa para evitar el abuso del poder por parte del Estado. Esto puede deducirse del señalamiento en el que aclara que *“la autoridad de interpretar las leyes penales no puede residir en los jueces criminales por la misma razón de que no son legisladores...”*(Beccaría, p.13).

En este mismo orden de ideas precisa que

el soberano que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros: pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividirá en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación y otra por el acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado, cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares. (pp.12-13).

Puede verse, cómo Beccaría en su condición de acucioso observador y crítico social, valiéndose de las herramientas intelectivas, manejadas ya por sus antecesores, logra compilar algunas ideas de relevante interés para la ciencia jurídico-penal, consolidando el iluminismo

filosófico de la época y reflejando los principios en los que se sostuvo la filosofía liberal burguesa que se asomó con el planteamiento teórico de Hobbes, filosofía que desde entonces ha mostrado un franco proceso de irreversible consolidación. La obra de Beccaria es uno de los tantos pilares sobre los que se sostuvo ideológicamente la Revolución Francesa que pronto estaría por irrumpir y cuya resonancia universal es ya conocida, como bien lo señala Jiménez de Asúa (1964) al afirmar que

la filosofía penal liberal se concentra en el pensamiento de Beccaria en una fórmula jurídica, que resultaba del contrato social de Rousseau; el principio de la legalidad de los delitos y de las penas: nadie podrá ser castigado por hechos que no hayan sido anteriormente previstos por una ley, y a nadie podrá serle impuesta una pena que no esté previamente establecida en la ley ...estos postulados de filosofía penal liberal acabaron con la arbitrariedad de los jueces, y pasaron al Derecho del siglo XIX enunciados, como un apotegma, en lengua latina, a fin de destacar su universalidad: *nullum crimen, nulla poena sine lege*. (p.254)*

Señala expresamente Beccaria “...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad ...” (p. 74)

Como era de esperarse, la consagración final de algunos de los principios que se habían venido gestando en el marco de la filosofía iluminista propia del racionalismo de la época,

*valga mencionar como un preciso antecedente del principio de legalidad de los delitos y de las penas, el siguiente texto que Locke escribe en su segundo tratado sobre el gobierno civil: “Sea cual fuere la forma que adopte un Estado, el poder supremo debe gobernar sobre leyes declaradas y aprobadas, y no mediante dictados extemporáneos y resoluciones arbitrarias. Pues, de darse este segundo caso, la humanidad viviría en condiciones mucho peores que las del estado de naturaleza, al haber armado a uno o a unos hombres con el poder conjunto de toda una muchedumbre y con fuerza para obligarlos a obedecer, según su capricho, los exorbitantes e ilimitados decretos, las decisiones precipitadas e incontroladas *de una voluntad que, hasta ese momento, les era desconocida a los súbditos, y sin norma alguna que guíe y justifique sus acciones*” (p.145) (cursivas son mías). En el mismo orden de ideas deben reconocerse también como buenos antecedentes de este principio algunas ideas expuestas por Hobbes (1999) en el Leviatán. Señala este autor que “los mandatos deben darse con signossuficientemente claros, ya que, de otro modo un hombre no sabría como obedecerlos. (p.232) ... pertenece a la esencia de todas las demás leyes el que éstas se den a conocer a todo hombre que esté obligado a obedecerlas, ya sea de palabra, o por escrito, o mediante algún otro acto que se sepa que procede de la autoridad soberana. Pues la autoridad de otro no puede ser entendida como no sea a través de alguna palabra de éste ... (p.237)

quedaba plasmada en la obra de Beccaria. Su trascendencia fue de tales dimensiones, que ella consagra los principios jurídico-políticos sobre los que debía descansar cualquier sistema normativo penal con pretensiones de legitimidad. Concebida dentro de la filosofía contractualista que se plantea desde Hobbes y se perfecciona en el curso del tiempo con Locke, Rousseau y Montesquieu, esta obra proclama mayor espacio social para el individuo, sobre la base de controlar el poder dividiendo las funciones que corresponde a cada uno de sus estamentos, generando así una nueva dinámica en las relaciones individuo-Estado-poder.

La propuesta beccariana tuvo que ser tomada en cuenta por los gobiernos europeos del momento en función de modificar o en el peor de los casos transformar sus sistemas normativos penales, así como sus sistemas de punibilidad.*

De igual forma esta propuesta inspira obras posteriores de trascendente importancia para la definitiva consolidación filosófico jurídica del Derecho Penal, tal es el caso de la obra de Howard (1726-1790), quien a pesar de no ser un hombre de ciencia sino un ferviente humanista y filántropo, emprende una pesada lucha social por conseguir la reforma de las cárceles europeas y las horrendas condiciones en las que se obligaba a mantener en su interior a quienes con infortunio tocaban a su puerta (Jiménez De Asúa,1964,p.258-260)**

Todo lo expuesto permite afirmar que la muy proclamada igualdad de los hombres desde el momento mismo del nacimiento, que despuntó en el escenario del Renacimiento y

* Para revisar con detenimiento la influencia de la obra de Beccaria a nivel legislativo ver: Luis Jiménez de Asúa Tratado d Derecho Penal, Tomo I. Edit. Losada. Buenos Aires. 1964.

** Cabe resaltar que la obra de Beccaria ejerce también una importante influencia en el Galeno Jean Paul Marat quien en su obra "Plan de Legislación Criminal" (1791) pone a disposición de la Asamblea Nacional de Paris, un tratado doctrinal contentivo de un plan de legislación criminal en el que abordó aspectos de la ciencia jurídico-penal tales como: los crímenes y las penas que en proporción deben aplicárseles, la cuestión jurídica de las pruebas y de la presunción y finalmente la forma legal de obtener laspruebas y la relación entre éstas y la pronta y ejemplar forma de castigo. Ver detalles en Jiménez de Asúa. Tratado de Derecho Penal Tomo I. Edit. Losada. Buenos Aires 1964.

que se fue consolidando paulatinamente en una primera versión que puede leerse en las obras que se enmarcan en la reforma protestante, posteriormente pueden encontrarse versiones en autores como Maquiavelo (1469-1527), Montaigne (1533-1592), Francisco de Vitoria(1492-1546), Francisco Suarez (1548-1617), Bodino (1530-1596), Grocio (1538-1645), Spinoza (1632-1677), entre otros, que abogaron por un individualismo que al tiempo que otorgó autonomía al ser humano, haciéndolo responsable de aciertos y desaciertos, lo hace dueño de su destino y, en todo caso mucho más activo en la búsqueda de sus propias orientaciones, así como en el diseño de sus actuaciones futuras.

En tal sentido, con la aparición, avance y consolidación de ideas como la igualdad en el marco del individualismo, el hombre y su quehacer cierran definitivamente el ciclo de una vida gobernada por el capricho divino y en la que escasamente participaba como espectador. Esta escisión muestra claramente una nueva actitud filosófica, pues al no tener el punto de apoyo en la idea de lo divino, se debe procurar identificar la fuente del principio de orden al que se atiende en función del bienestar colectivo. Tal principio se ubica en el orden natural de las cosas y en la disposición que tiene cada una en el universo. A esto, no demoró el hombre, en llamarlo Derecho Natural. Sin embargo, no pasó mucho tiempo para que se advirtiera que ese orden natural gobernaba para los fenómenos naturales y que no era de tan fácil aplicación a las cuestiones del propio hombre y su dinámica social, muy a pesar de los loables esfuerzos que se habían realizado.

La razón advierte al ser humano en la necesidad de buscar un sistema de leyes creados por el propio hombre, cuyas características y producción estuvieran controladas, y que sirvieran al mismo tiempo como forma de regulación para todos. Surge así el Derecho Positivo, como

el cuerpo de normas escritas creadas por el hombre para autoimponerse limitaciones e imponerlas al propio. Estado en su funcionamiento y procurando por esta vía la convivencia. A partir de entonces, no ha conseguido el hombre un instrumento que, aplicado a la vida social en toda su dimensión, haya cumplido la función reguladora, tal y como lo ha hecho la norma jurídica. A tal descubrimiento debe el ser humano su capacidad de vivir ordenadamente con sus iguales. No queriendo con esto dejar de reconocer la posibilidad que existe de desconocer las normas y de esta manera generar caos.

Puede observarse a grandes rasgos parte del recorrido de las ideas, así como las luchas que debieron librarse para alcanzar tal descubrimiento, a partir de cuya implementación, puede el hombre acreditarse una nueva condición social que mantiene hasta la actualidad. *“el hombre es un “animal legal” más que un animal político ... esa legalidad no es en sí ni teológica ni sobrenatural: el animal fabricante de leyes que es el hombre crea sus edificios políticos y los destruye, según su libre albedrío” (Giner,1997,p.223)*

Así las cosas, ideas como el individualismo; la igualdad natural del hombre traspolada luego a la igualdad social y por tanto ante la ley; el imperio de la razón que buscaba denodadamente, de una parte la forma en que deben organizarse los hombres para convivir en paz y que desemboca en un contractualismo mejor elaborado y acabado como es el de Rousseau; y, de otra parte, sustituir la infamia y la degradación humana como el único escenario posible de “hacer justicia”; teniendo como base las normas jurídicas en tanto que instrumentos idóneos para establecer controles y regulaciones en sociedades cuantitativamente estructuradas de forma mucho más compleja, la representatividad como la manera en la que se garantizaba la participación de todos, la nueva dinámica socio-económica que fue paulatinamente

delimitando su forma con el despertar y la consolidación de la clase social burguesa, son todos fenómenos que fueron tomando cuerpo con el curso de los años, perfeccionándose y enriqueciéndose con los aportes de unos y de otros, siguiendo el curso natural de aquello que aparecía con aires revolucionarios, criticando y cuestionando lo existente y pidiendo su sustitución por nuevos modelos que se ajustaran a los cambios vividos. Esta complejidad fenomenológica desembocó, finalmente, en la Revolución Francesa (1789), donde estas ideas vieron cristalizar su más perfecta e insuperada expresión.

Al decir de Giner (1997)

la importancia de la Revolución Francesa estriba en ser la que representa, en sus consecuencias, con mayor plenitud, la consolidación de las instituciones políticas, los valores culturales y las relaciones económicas que caracterizan a la burguesía (p. 351) ... La Revolución francesa no es sólo la más grave, por sus consecuencias internacionales, de cuantas se producen desde fines de la Edad Media, sino que significa también la maduración de ciertos procesos, como el de secularización, cuya expansión no siempre presenta una faz violenta, sino que a menudo se la ve crecer con segura lentitud, para irrumpir luego bruscamente en medio de los acontecimientos revolucionarios. (p. 352)

En la Revolución Francesa se percibió una dualidad propia sólo de los fenómenos altamente complejos. De una parte ella se erige como la máxima expresión definitiva de los ideales que la fueron gestando, a saber: el liberalismo y el individualismo que surge como consecuencia de éste, el racionalismo; el filantropismo y el progresismo propios del movimiento ilustrado, y la consiguiente conquista de derechos y estatus sociales garantizados de privilegios y holgura en la sociedad.

De otra parte no puede negarse que la Revolución Francesa marca un hito en la historia

universal, a partir del cual la dimensión humana y social del hombre es radicalmente distinta a lo que hasta ahora se había conocido. La conquista de los espacios sociales, políticos y económicos quedó plasmada en los Derechos reconocidos en ella; estableció un modelo que deberían reproducir todos los gobiernos del mundo de entonces para resguardar y asegurar su legitimidad. En la consagración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, máxima expresión de la Revolución Francesa, la humanidad da un paso adelante. Sobre este paso se ha seguido avanzando de manera persistente y constante y con muchas probabilidades no pueda la humanidad regresar a modelos políticos y a formas de Estado ya históricamente superados.

Es universalmente conocido el 26 de Agosto de 1789, fecha en la que la asamblea constituyente de la ciudad de Paris adopta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano; Declaración que representa “la consolidación de la primera gran victoria burguesa contra el antiguo régimen así como la materialización legal de los principios teóricos elaborados por los filósofos del Derecho natural y por los fundadores del liberalismo” (Giner, 1997, p.357) dando lugar al proceso de la codificación penal moderna.

Se produce en 1776 la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de Norteamérica en el marco de la Revolución Americana, grandes transformaciones sociales también se vivían en Inglaterra (1780) con la Revolución Inglesa en manos de la Reforma Protestante, (Giner, 1997, pp. 351-352). Sin embargo, la claridad con la que se manejaron en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, conceptos como libertad, igualdad, propiedad, garantías individuales, y voluntad general, no se había logrado nunca como en este texto jurídico.

De los resultados concretos de la Revolución Francesa que resume con gran habilidad Giner(1997)* importa resaltar que *“se tiende hacia el constitucionalismo así como hacia la ley explícita y racionalmente codificada”* (364)

En el mismo orden de ideas, en el recorrido que hace Cabral (s/a) desde el Derecho Romano hasta la Revolución Francesa en su afán por ubicar históricamente el principio de legalidad penal concluye que

el principio de legalidad no sólo se explica racionalmente a través de las premisas y razonamientos característicos de la filosofía política del siglo XVIII sino que se arraiga a su vez en el meollo mismo de lo que constituye el gran descubrimiento de la ilustración: la concepción del hombre libre por naturaleza (p. 69) ... sólo la filosofía política del siglo XVIII ... satisface las condiciones propuestas con relación al principio *“nullum crimen nulla poena sine lege”* (p.70)

Esta máxima asume el carácter de verdadero principio fundamental constitucional, y su vigencia positivamente entendida, sólo se inscribe en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, antes señalada, para pasar de allí al Derecho Público de la gran mayoría de las naciones de cultura occidental. (Cabral, pp. 72-73)

* 1.- Primero en Francia, y luego en los demás países de Europa, se inicia una desintegración cada vez mas completa de las relaciones feudales de vida. La libertad comienza a ser entendida como facultad inherente a todo individuo, no sólo en la teoría, sino también en la practica. Se piensa que la libertad y dignidad individuales deben estar garantizadas por la ley. 2.- Se extiende el republicanismo como forma adecuada al regimiento moderno de la cosa pública. *Se tiende hacia el constitucionalismo, así como hacia la ley explícita y racionalmente codificada.* La ultima fase de la Revolución, representada por la dictadura napoleónica, hace mas énfasis en lo segundo que en lo primero, pero, en su conjunto, la herencia de la Revolución se extiende al nivel del derecho público en forma de constitución y al del derecho privado a través de la codificación de las leyes. 3.- Se consolidan las formas capitalistas de producción. La Revolución tiene lugar en un marco económico preindustrial, pero entrega el poder a las clases que van a fundar el industrialismo y las finanzas modernas, las clases burguesas. 4.- El proceso de secularización y el racionalismo que se perciben desde el Renacimiento temprano, se intensifican considerablemente, y a todos los niveles. Aumenta la eficiencia de la administración pública, se extiende la burocracia estatal, se populariza la enseñanza y se deslinda en la práctica (aunque no siempre en forma absoluta) la educación religiosa de la educación científica. 5.- El bienestar social se convierte en objetivo práctico y explícito de los gobiernos. Éstos empiezan a legitimarse no sólo por su representatividad democrática, sino por su presunta eficacia en conseguir objetivos de interés nacional: prosperidad, expansión social, sanidad pública, avance de la ciencia. Ello no quiere decir que los gobiernos burgueses posrevolucionarios actuaran exclusivamente según este principio, sino que su existencia actúa como una fuerza moral y, a menudo, como móvil para las demandas populares de las décadas subsiguientes. 6.- La libertad de pensamiento y opinión –expresadas en los escritos de pensadores como Spinoza, Milton y Locke- consigue plasmarse en los textos legales liberales. La llamada libertad de pensamiento tampoco triunfará en forma absoluta, pero se tornará, como el deseo de bienestar social, en uno de los anhelos fundamentales de la mayoría de los escritores y científicos, amén de grandes sectores de la población. Ello va ligado a la enorme expansión de la prensa periódica que experimenta a partir de la Revolución Francesa.

La Revolución Francesa favoreció en forma decidida el movimiento de reformas penales que se avecinaba, concretamente los códigos Franceses de 1791 y de 1810, siendo este último el que promovió la codificación penal europea. (De Asúa,1951,p.39) A partir de entonces, el hombre no ha tenido problema en reconocerse en la debilidad que le es natural de subvertir el orden, así como en sus egoístas expresiones, de forma tal que percibe la ley en términos igualmente naturales, así como la función controladora que está llamada a cumplir.

No es casual que la ley positiva escrita y creada por los hombres tenga sus originarias raíces ancladas en el concepto de ley natural que es capaz de ordenar todo cuanto existe en el universo. Así como es vital y necesario un orden en la naturaleza y en los fenómenos propios de este espacio, la razón humana hace intuir que también el hombre debe buscar su propio equilibrio y en una suerte de emulación del orden natural, consigue en las normas jurídicas de naturaleza coactiva, el principio de orden que requería para gobernar en el mundo social en el que los fenómenos si bien no gozan de tanta regularidad como en el mundo natural, son también controlables en gran medida.

Como era de esperarse la revolución de ideas que tuvo lugar desde el renacimiento hasta la llegada de la Revolución Francesa, resultó tan sustancial que no hubo espacio que no hubiese sido tocado por ella o por sus consecuencias directas. No se puede pensar el proceso evolutivo de gestación del Estado, divorciado del surgimiento de la ley como forma de control y éste a su vez separado de la transformación social del hombre y su capacidad de exigir cada vez con mayor y radical vehemencia los derechos que poco a poco conquistaba. Alcanzado este nivel, el proceso se muestra irreversible de forma tal que se avanza a la consolidación de los espacios conquistados y a su reconocimiento a nivel universal.

Tal y como se señaló, el escenario que resultó idóneo para esto, fue la Revolución Francesa en el marco de la cual los logros sociales alcanzados se elevan a la categoría de principios o máximas jurídicas.

Con los antecedentes que se configuran en las obras de Beccaria, Howard y Marat, no sorprende que el derecho penal que despuntó entonces, fuera un Derecho Penal no sólo liberal, concededor de los principios propios del individualismo, progresismo y racionalismo, sino que fuera además un Derecho Penal que identificó en la norma jurídica positiva su más perfecto instrumento de control, por medio del cual se hacía conocer a todos y concentraba de manera sintética su esencia reguladora. La norma jurídica, al tiempo que era concreta no por ello dejaba de ser universal, estaba dirigida a todos por igual, debía ser respetada tanto por el soberano como por los súbditos, podía expresarse en términos precisos, y era reconocida por todos como forma de regulación de la vida en comunidad. Un Derecho Penal que se nutre de una norma jurídica con estas características, es, imperativamente un Derecho Penal garantista.

Entendida así, la norma jurídica estaba destinada a custodiar los espacios ya conquistados por el hombre en su nueva dimensión social y personal. Y el Derecho Penal al que ella servía, debía estar resguardado por los principios antes señalados, obedeciendo al modelo de la sociedad liberal burguesa, que había tenido el cuidado de consolidar la fundamentación lógico-filosófica de dicha conquista.

En este sentido, el Derecho Penal liberal estaba caracterizado por haber avanzado sistemáticamente en la reducción progresiva de la tortura como una práctica penal, por establecer las condiciones en las cuales puede ser juzgado el individuo, por atribuir a las penas una función específica, separándolas definitivamente de la noción de pura y simple venganza,

por haber bajado al terreno estrictamente humano el problema de las reglas de control del comportamiento del hombre y la sanción que le corresponde por subvertir o alterar el orden que dichas reglas pretenden resguardar.

Las bases para que el Derecho Penal que surgió en esta época tuviera tales características, se habían gestando en un momento histórico que distaba mucho en el tiempo con respecto a la Revolución Francesa y se habían ido enriqueciendo cada vez más, logrando un mejor acabado en su delimitación. Paralelo a esto el individuo de aquella sociedad asumió con entusiasmo y seriedad la defensa de los Derechos ya reconocidos y le era impensable regresar al despotismo, al absolutismo monárquico y a la idea del control divino.

Hecho este recorrido resulta fácil saber de dónde proviene el carácter iusnaturalista-contractualista que caracteriza el naciente Derecho Penal Clásico que

al despuntar contra el despotismo de herencia feudal y absolutista, propuso, con base en las ideologías críticas contra el viejo Estado, un nuevo modelo de protección jurídica, respetuoso de la persona humana y garantizador de la seguridad jurídica y la libertad, mediante la construcción de una disciplina autónoma que tuviese como objeto el estudio, la regulación legal y la intervención del Estado en materia criminal, dentro del marco explícito del Estado liberal burgués (Martínez, 1998, p.7)

El desarrollo teórico así como la consiguiente fundamentación filosófica de esta disciplina jurídica que es el Derecho Penal Liberal, estará a cargo en su fase inicial, de Giandoménico Romagnosi (1761-1835) en Italia, Jeremy Bentham (1747-1832) en Inglaterra y Anselm Von Feuerbach (1775-1833) en Alemania, científicos cuyo pensamiento jurídico-filosófico se identifica a plenitud con los principios liberales plenamente consagrados para el momento en que asumen

el reto de desarrollar teóricamente los principios políticos, sociales y económicos recogidos en el texto jurídico de la Revolución Francesa.

Así, los principios de la Revolución Francesa; libertad, igualdad y fraternidad consiguen un cómodo asidero en el desarrollo científico y teórico del Derecho Penal de entonces, así como en el Código Penal Francés de 1791. En lo que respecta a la igualdad, este principio consiguió su máxima expresión en el apotegma latino “*nullum crimen, nulla poena sine lege*” de raíces contractualistas roussonianas. El principio de igualdad consiguió respaldo jurídico en la construcción objetiva de los “tipos penales” que servirían de “moldes” en los cuales se haría encajar la conducta delictiva indistintamente de quien proviniera. Y finalmente el principio de fraternidad terminó por manifestarse en la benignidad de las penas y la supresión de los suplicios, torturas y maltratos que caracterizaron el castigo como fiel expresión de la venganza. (Jiménez De Asúa, 1964, pp. 167-168)

Este desarrollo teórico, enmarcado en la Revolución Francesa, apegado a sus principios y orientado por las transformaciones sociales del momento, devino en la definitiva creación de los códigos que se encargarían, cada uno en su país, de recoger los principios antes señalados. Se inicia de esta forma la época de la codificación y por consiguiente la época del imperio de la norma jurídica como controladora del poder, delimitadora de espacios de acción, resguardadora de Derechos y garantías y en consecuencia protectora del ser humano. Es la norma jurídica creada por el hombre y entendida como una entidad jurídica autónoma con naturaleza propia y esencia abiertamente normativa, se trata de la norma jurídica que lleva consigo la fuerza de la coercibilidad del derecho y la vehemencia de la imposición por encima de las voluntades humanas más allá de que éstas se personifiquen en el soberano. Es la norma jurídica

independiente de todo factor que pueda hacerla vulnerable y que la haga flaquear en su fuerza coactiva. Es la norma jurídica en sí, cargada de independencia y autonomía.

Paralelamente a la codificación se desarrollaba la elaboración científica del Derecho Penal, en la que hay que reconocer que esta ciencia se nutrió, de una parte por los iluministas del siglo XVIII que no fueron sino filósofos del derecho y de otra parte por los juristas del siglo XIX. En el marco de la combinación de ambos, despunta el florecimiento de las ciencias penales. Es así como el liberalismo penal subordinó el Derecho de castigar del Estado a límites y garantías, de esta manera lo despolitizó y lo separó prudentemente de la ética. De allí se desprenden principios como que el Derecho Penal sólo puede prohibir lo que atente contra lo esencial de la sociedad y que la pena debe ser proporcional a la gravedad del delito (Mantovani,1988)

Desde Hobbes hasta la codificación puede apreciarse un franco proceso de perfeccionamiento tanto de la ciencia penal como de la norma jurídica. Para referirse a esta última, en su verdadera esencia, no es suficiente verla como una pura disposición prescriptiva. Ella debe estar imbuida de un contenido social que le imprime una función específica, y que determina su dinámica respecto a la misión que debe cumplir. Una vez creada, la norma jurídica adquiere autonomía existencial y en estrecha relación con el escenario social en el que se desenvuelve en su funcionamiento, ella es capaz de determinar los límites de su propio ser aislándose en un mundo que tiene particulares dimensiones y que no se corresponde con el mundo de la realidad fáctica.

Es el mundo de lo normativo del deber ser, de lo posible, de lo que está sujeto a condiciones. Esta dimensionalidad jurídico-normativa de la norma jurídica en sí, sólo pudo

apreciarse a partir de la elaboración de los códigos de la época de la codificación. A partir de entonces han jugado los autores en distintas direcciones y de muy variadas maneras en su fundamentación teórica, apuntando a su naturaleza, sus caracteres distintivos, su función, su contenido, su origen, sus destinatarios pero siempre enmarcado estrictamente en el mundo normativo al que ella pertenece.

CAPITULO III

El Positivismo Jurídico y la Norma Jurídica

Positivo es un término que se asocia, en primera instancia, con lo contrario de lo negativo, es sinónimo de lo puesto, de lo exacto, de lo que es dado percibir por los sentidos, de lo que está delante de los ojos y de lo cual no se puede dudar, de lo que existe en la realidad. Positivismo refiere, en este orden de ideas, la cualidad de lo positivo.

Positivismo es un término adoptado por vez primera por Saint Simon (1760- 1825) para designar el método exacto de las ciencias y su extensión a la filosofía (Abbagnano,2001,936). Este término, más tarde se popularizó con Augusto Comte (1798-1857), quien denominó como filosofía positiva el aporte teórico que presentó en su obra “Curso de Filosofía Positiva”(1844)*. A partir de esa experiencia se formalizó definitivamente “positivo” como referente a todo aquello que es cierto, dado, efectivo, que no ofrece duda y de fácil percepción sensorial; logrando esta idea, ejercer una gran influencia en el desarrollo de la filosofía general a partir de la segunda mitad del siglo XIX.

En el campo estrictamente jurídico positivismo refiere, siguiendo esta misma línea, el Derecho que está escrito, que puede percibirse, del que no hay lugar a dudas. Derecho positivo es sinónimo de la norma jurídica escrita.

Sin embargo, es necesario distinguir entre positivismo filosófico y positivismo jurídico, ya que se trata de dos campos conceptuales que suelen confundirse tanto en su origen como en su contenido. La filosofía positivista, como se expresó, tiene su primer mentor en Augusto Comte, quien distingue en las especulaciones humanas tres estados o etapas del progreso científico, a saber: un estado teológico, un estado metafísico y un estado científico, e identifica

*Publicada por vez primera en 1830

este último con el método positivo y a su vez con un estado fijo y definitivo de los fenómenos. Con ello eliminó el carácter científico de todo aquello que no fuera positivo, y aseveró que todos los fenómenos estaban sujetos a leyes naturales invariables y que al nivel científico sólo interesaba analizar con exactitud las circunstancias en que se producen los fenómenos así como la coordinación de unos con otros, restando toda importancia a la búsqueda de las causas de dichos fenómenos. Comte identificó lo positivo con lo racional y lo racional con la única posibilidad auténtica de verdadero saber. En su propuesta, todo aquello que no pudiera ser reducido al enunciado de un hecho general o particular no podía ser expuesto en un sentido real de inteligibilidad (1984).

En palabras de Comte

en el estado positivo, el espíritu humano, reconociendo la imposibilidad de obtener nociones absolutas, renuncia a buscar el origen y el destino del universo y a conocer las causas mínimas de los fenómenos, para dedicarse únicamente a descubrir sus leyes efectivas ...sus relaciones invariables de sucesión y similitud... (p.27) si bien la filosofía positiva es el verdadero estado definitivo de la inteligencia humana, hacia el que ésta siempre ha tendido, no es menos cierto que durante varios siglos esa inteligencia ha tenido que emplear bien como método, bien como doctrina provisional, la filosofía teológica... la teología y la física son tan profundamente incompatibles, tan radicalmente opuestas los caracteres de sus concepciones, que antes de renunciar a unos para emplear exclusivamente a los otros, la inteligencia humana ha tenido que servirse de concepciones intermedias... (p. 30) Que el carácter fundamental de la filosofía positiva consiste en considerar todos los fenómenos como sujetos a leyes naturales invariables, cuyo descubrimiento precisó y la posterior reducción al menor número posible constituyen la finalidad de nuestros esfuerzos ...(p. 31)

De esta forma descartó que el conocimiento metafísico o apriorístico sea verdadero conocimiento. Las distintas expresiones que adoptó la concepción del mundo expuesta por

Comte en esta obra, se hicieron presentes en todos los países del mundo occidental.

Otra expresión de la filosofía positivista es el positivismo lógico que se centra en unir el empirismo con los recursos de la lógica formal simbólica, y la tendencia antimetafísica por considerarlas carentes de significado y contrarias a la sintáxis lógica de la tesis de la verificación. De esta acepción de la filosofía positivista han resultado algunos cambios como producto de su transformación, a saber: el fisicalismo y el ultranominalismo (Ferrater,1999, p.2854)

En términos generales

el positivista cree haber superado definitivamente el pensamiento metafísico porque se atiene al verdadero método de la ciencia... creía que ateniéndose a los hechos abandonaba definitivamente los presupuestos metafísicos de las reflexiones y saberes anteriores... el positivista decimonónico partió del supuesto de que su ciencia y su razón eran "la ciencia" y "la razón" ...creía no sólo que el saber científico era el único y genuino conocimiento, sino también un saber seguro, inmutable y absoluto que nos informaba cada vez más detalladamente de la realidad. (Calsamiglia,A.(Hans Kelsen,1992, pp.16-17)

No obstante, con el positivismo jurídico se presenta el problema, como quizá sucede con todos los conceptos en general, de la necesidad de ajustar su determinación nominal a su contenido y viceversa, sin caer ni en excesos ni en defectos y sin desconocer lo que es propio a la naturaleza del concepto en sí. Las delimitaciones conceptuales no dejan de ser arriesgadas, toda vez que ellas mismas dependen de la perspectiva desde la cual se esté manejando el concepto objeto de delimitación, lo que podría significar acuerdos o desacuerdos con opiniones, que en la misma pretensión, se han expuesto con anterioridad y precisan ser tomadas en cuenta, sin advertir que haya o no correspondencia entre las perspectivas desde la que se opina o se analiza la cuestión aporética. De manera que cuando en una misma expresión el

aspecto nominal es excedido por el contenido, es posible adjudicarle contenidos distintos y en el peor de los casos, contradictorios.

En la búsqueda de la correcta noción del positivismo jurídico algunos datos históricos permiten iniciar el recorrido desde la cultura griega en la que los sofistas en su orientación diáfana y directa hacia problemas concretos de índole moral, político y jurídico, advierten sobre la verdadera naturaleza de la ley positiva como factor de poder de los gobernantes de turno. Así, en el pensamiento de Protágoras (480a.c - 410a.c) de Trasímaco (450a.c - 339a.c.) y de Antifón (411 a.c. 480a.c.) entre otros, se aprecia la distinción entre naturaleza y ley, teniendo como única fuente de Derecho positivo la voluntad de los gobernantes. En tal sentido estos filósofos pueden considerarse precursores del iuspositivismo (Ortiz,2003,p.p 93-134)

Son muy escasas y muy débiles las referencias que se tienen del positivismo como filosofía y como ciencia del Derecho como tal en la Edad Media (siglo V al siglo XIV) pues durante los diez siglos que la comprenden reinó fundamentalmente el Derecho Natural proveniente de los Dioses que a partir de principios religiosos regían el acontecer de los fenómenos. A esto contribuyó que la dinámica de las ciencias naturales no había logrado alcanzar un desarrollo tal que permitiera al hombre una explicación no teológica de la realidad y su dinámica. Es con el advenimiento del Renacimiento y sus ideas que comienza a perfilarse una cosmovisión distinta en la que los avances científicos logrados en el campo de las ciencias naturales sirvieron de gran soporte.

Bajo la forma jurídica el positivismo acoge varias expresiones entre las cuales puede apreciarse como denominador común la obsesión por el método experimental y la

identificación del objeto de conocimiento con lo real, lo que implica separar los aspectos estrictamente jurídicos, de los aspectos filosóficos, por tanto deslastrar la ciencia jurídica de todo *“conocimiento metafísico”*.

El positivismo como expresión del materialismo y negación de lo espiritual es una forma pragmática y antifilosófica de empirismo y es la que logró casi un monopolio de la ciencia del Derecho en la segunda mitad del siglo XIX. Defendida en Francia por la escuela de exégesis, en Inglaterra por Austin (1790-1859) con la jurisprudencia analítica y en Alemania dió origen al movimiento de Teoría General del Derecho. El positivismo jurídico exegético y la Codificación napoleónica constituyen la primera reacción positivista frente al racionalismo naturalista del siglo XVIII. Se produce en Francia y en ella se da una codificación muy notable del Derecho... lo que hace que la actitud de glorificación del soberano legislador, propia del positivismo jurídico se concentre en un verdadero culto de los textos codificados.(Villoro, 1973, pp.370-371)

Esta fue la manera como se pretendió implantar un Derecho positivo que gozara de la misma inmutabilidad que caracterizaban los principios del Derecho Natural. La ley positiva se muestra autosuficiente, es clara, explícita, capaz de resolverlo todo y a través de ella el Estado y el legislador todo lo pueden. Es la razón transformada en ley y mediante ella se pretende mostrar al individuo un *“nuevo orden que le confiere Derechos y libertades”* (Villoro,1973,p.372)

Esto terminó por presentar una nueva concepción de Derecho, que pudo concentrarse en un cuerpo orgánico de leyes, omnicompreensivo, universal y permanente; así como una nueva actitud del juez hacia la ley, la cual quedaba reducida a una operación silogística de comparación entre la ley y la realidad de forma tal que pudieran evitarse subjetivismos, opiniones personales y arbitrariedades.

El positivismo como jurisprudencia analítica sostenida fundamentalmente por Jhon Austin (1790-1859) en Inglaterra, entiende las leyes que conforman el Derecho como mandatos que obligan y que de no ser obedecidos producen sanciones. Tales mandatos son independientes de valoraciones (Ferrater, 1999, p.271) Según Austin *“toda situación jurídica, todo Derecho subjetivo, derivan del mandato del soberano, sin el cual no habrían ni leyes escritas ni tendría valor la jurisprudencia de los tribunales. El producto de la voluntad imperativa del soberano es el Derecho positivo y a su estudio y obediencia debe limitarse la actividad de los juristas”* (Villoro,1973,p.371). Austin habla de la moral positiva *“como la moral que se cumple o se sigue de hecho e independientemente de la valoración buena o mala que merezca... a esta pertenecen las costumbres o prácticas generalizadas en una sociedad, se impone por la opinión general y constituyen reglas de conducta que no tienen que estar contrastadas con principios morales* (Rodríguez,1997,pp.391-392)

El positivismo como Teoría General del Derecho se propone la *“elaboración y clasificación de los conceptos jurídicos partiendo siempre del Derecho positivo ... sus partidarios rechazan toda valoración supralegal, ya sea filosófica, ya sea política o sociológica del Derecho positivo”* (Rodríguez,1997, pp.372) de manera tal que concentran su atención en *“encontrar algo constante en lo jurídico para constituir sobre ello las afirmaciones generales y absolutas de la ciencia del Derecho, lo que descubren en las formas jurídicas comunes de todo orden jurídico, los cuales deben estudiarse siguiendo métodos empíricos”* (Rodríguez,1997,p.372)

También es importante hacer referencia al positivismo jurídico sociológico que recibe directa influencia de Comte y que plantea a la sociología como el macro universo en el que se suceden todo tipo de fenómenos sociales entre los que se encuentra el Derecho. De manera

que para entender el Derecho en su plenitud debe tenerse en cuenta que éste hace parte de la Sociología.(Villoro,1973, p.390)

En la idea de dar una perspectiva estrictamente positivista a la sociología, Durkeim afirma, que ésta *“debe atenerse a un método científico, debe buscar leyes, pero no abstractas generalidades, sino expresiones precisas de las relaciones descubiertas entre los diversos grupos sociales ...la sociedad es una realidad que tiene sus propias características y a la que corresponden categorías propias”* (Ferrater,1999,p 955). Abogó por la idea de función en la sociedad idea igualmente presente en las ciencias biológicas.

En el recorrido que hace Cury (1988) refiriéndose al positivismo jurídico propiamente dicho, señala que para los iusnaturalistas los principios en los cuales se erige un sistema de Derecho justo proceden de la naturaleza humana y se reconocen mediante actos de razón, tales principios se plasman luego en las normas jurídicas y se transforman en Derechos fundamentales, de allí en adelante cualquier sistema jurídico que violente tales principios debe ser rechazado por injusto. El desarrollo teórico de tales principios en el área jurídico-penal se denomina dogmática, pues está fundamentado en la explicación de tales principios, de manera que la dogmática penal clásica se sostiene sobre principios que están por encima de la ley positiva. Esto se transforma cuando tal sistema jurídico justo se positiviza pues se creyó haber llevado a norma escrita un Derecho que era perfecto y eterno. Paralelamente a esto se desarrollaban con auge las ciencias naturales y el no poder someter a verificación experimental los mandatos contenidos en la norma jurídica hacía parecer al Derecho como un cúmulo de conocimientos sin base científica, quedando en evidencia la crisis de la ciencia jurídica. Se intentan dos vías para rescatar el Derecho de esta situación de infortunio. De una parte se concibió al Derecho

sólo como instrumento orientado a combatir las conductas desviadas y así a defender a la sociedad, de esta forma el centro de atención ya no era la norma jurídica sino el hombre delincuente que podía ser sometido a verificaciones propias de las ciencias naturales. La otra vía consistió en elevar a la norma jurídica a la categoría de objeto de conocimiento del Derecho, centrando la atención en su existencia y su carácter obligatorio, deslantrando del campo jurídico todo cuanto tuviera relación con principios de justicia, valores y ética. Así la ciencia jurídico penal pasa a identificarse con los dogmas que reposan en la ley positiva. En todo caso este objeto del Derecho gozaba de mayor precisión y aportaba neutralidad.(pp.112-114)

En el ámbito de la ciencia jurídico-penal, a criterio de Mir (2002), la moderna teoría del delito nace con Von Liszt bajo la influencia del auge de las ciencias naturales o experimentales, resultó cónsono con la forma de pensar de entonces, ver en el derecho escrito el dato real empírico susceptible de valoración científica. En Alemania es representante de esta forma de concebir la ciencia jurídico-penal Binding. No tardó Von Liszt en advertir la insuficiencia de del concepto positivista de ciencia para explicar ciertos aspectos de este campo de la ciencia jurídica, fundamentalmente la estructura interna del delito. Posteriormente irrumpen una nueva forma metodológica tendiente a solventar aquélla primera insuficiencia del método científico en relación a la ciencia jurídico-penal, permitiéndolo no solo revisar la metodología de la ciencia jurídica en general sino dando lugar a nuevos contenidos de las categorías básicas de la estructura del delito.

Es una falacia afirmar que filosofía positivista y positivismo jurídico sean lo mismo y aún que tengan un tronco de origen común, pero lo es también señalar que el positivismo jurídico no se nutre de la filosofía positivistas, tomando de ella elementos, datos e ideas que adapta al

ámbito jurídico; su deslinde conceptual no sólo es necesario sino útil a los efectos de evitar mayores confusiones.

Así, comprender la filosofía positivista como una forma de empirismo, permite entender mejor la propuesta Comtiana retomando lo señalado en capítulos anteriores respecto al cambio de actitud filosófica que representaron las ideas de científicos como Bacon (1214-1294), Giordano Bruno (1548-1600) Galileo (1564-1642), Descartes (1596-1650) y Newton (1643-1727) entre otros, al plantear la experiencia como la forma más adecuada de acercamiento a la realidad, así como la identificación de la razón como principio ordenador universal. Los efectos de tales planteamientos, así como, la conjugación de estas ideas con las de otros estudiosos que se fueron adhiriendo a esta nueva concepción del mundo y nutriéndola a su vez con sus impresiones, lograron impregnar todos los estamentos de la vida social y desde entonces se tuvo la experiencia y a su inmediatez como un recurso muy atractivo capaz de aportar soluciones y respuestas convincentes e irrefutables con respecto al funcionamiento del mundo real.

Es indudable que la forma en que estos filósofos percibieron la realidad y se acercaron al conocimiento de la naturaleza, tuvo una referencia empírica, por lo que se les reconoce como filósofos positivistas y en este sentido precursores de la propuesta metodológica de Comte. Sus aportes muestran el camino de un cambio ontológico del mundo y sus fenómenos con respecto al pensamiento medieval, cambio en el que se asocia directamente la gnoseología de los fenómenos con los hechos que se suceden en la realidad y cuya principal característica es la sensibilidad.

Ahora bien, retomando las ideas del positivismo jurídico, que conciben el fenómeno jurídico bajo una total identificación con datos aportados por la experiencia, se observa el

predominio de lo escrito como la irrefutable condición o carácter con que debe contar el Derecho a fin de ser tenido como ciencia, toda vez que puede ser reducido a enunciados de hechos generales o particulares y evaluado y analizado conforme a las reglas de los fenómenos que expresan la realidad. Así, si el Derecho tiene pretensiones de validez debe quedar reducido a la única posibilidad de contacto que tiene con el mundo de los hechos físicos, evitando toda expresión metafísica e inaprehensible. Este contacto está a cargo de la norma jurídica que sintetiza la esencia de lo jurídico y que puede ser percibida por los sentidos. De esta manera la idea de Derecho se identifica en su plenitud con la idea de norma jurídica.

En opinión de Bobbio (2001) el positivismo jurídico como modo de acercarse al Derecho *“está caracterizado por una clara distinción entre el Derecho real y el Derecho ideal ...entre Derecho como hecho y Derecho como valor... entre el Derecho que es y el Derecho que debe ser”*(p.41)

A fin de cuentas, el Derecho debía quedar restringido al estudio de lo estrictamente positivo, es decir, a la norma puesta por el legislador. De allí que no es casual que Prieto Sanchíz asimile la fecha de nacimiento del positivismo jurídico con el modelo de organización jurídica y política, con el modelo post-revolucionario del Estado de Derecho basado en un fuerte concepto de soberanía, con la separación de los poderes, con la codificación, con el imperio de la ley y la figura del juez autómatas (1999,p.8).

En este mismo orden de ideas Villoro (1973) señala que el positivismo jurídico se entiende mejor si además de su cualidad cultural, se tiene en cuenta el cuadro político. La organización del Estado moderno iniciada desde el siglo XVIII se consolida en el siglo XIX. Muchas de las actividades sociales que antes estaban casi exclusivamente en manos de los particulares pasan a ser responsabilidad del Estado... la mayor complejidad y especialización del Estado moderno no sólo implica mayor concentración del poder sino también una mejor y más jerarquizada estructura de la autoridad legal que cada vez exige más obediencia y menos iniciativa de sus funcionarios (pp.370-371).

Como lo señala Villoro (1973) *“el punto de partida de todas las escuelas del positivismo jurídico es el siguiente: se dan unos hechos sobre los cuales no existe ni debe existir la menor duda para todo jurista; éstos son las leyes, las normas jurídicas, los mandatos de la voluntad del legislador, en dos palabras: el Derecho positivo. La ciencia del Derecho debe concentrarse en su estudio”* (p.370)

Ahora bien, en la idea de ordenar las nociones que se han señalado como contenidos del positivismo jurídico, se ha tomado la síntesis que hace Hoerster (1992) con la advertencia de que, con razón o sin ella, han sido etiquetadas como contenidos del positivismo jurídico. Así se tiene:

Tesis de la ley: el concepto de derecho tienen que ser definido a través del concepto de ley.

Tesis de la neutralidad: el concepto de Derecho tiene que ser definido prescindiendo de su contenido.

Tesis de la subsunción: la aplicación del Derecho puede llevarse a cabo en todos los casos mediante una subsunción libre de valoraciones.

Tesis del subjetivismo: los criterios del Derecho recto son de naturaleza subjetiva.

Tesis del legalismo: las normas de Derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias. (p.11)

Tal y como se expondrá en el avance del desarrollo de estas ideas, para Hoerster sólo pueden estimarse como verdadero contenido del positivismo jurídico la tesis de la neutralidad y la tesis de la subjetividad, pues entre ellas no existe incoherencia lógica y pueden sostenerse de manera independiente e interdependiente (1992, p.19)

En opinión de Villoro (1973) caracterizan al positivismo jurídico los siguientes datos conceptuales:

- 1.- Todo estudio científico jurídico debe partir del Derecho y sólo del

Derecho positivo. 2.- Si el Derecho positivo está expresado en leyes escritas, estas serán la base única del estudio. 3.- La interpretación jurídica debe reconstruir la intención del legislador, la cual tendrá preferencia sobre el alcance literal del texto. 4.- No existe ninguna instancia superior a la voluntad del legislador, el cual puede ser o un individuo o un cuerpo de hombres. 5.- Se pueden buscar valoraciones con tal que éstas se encuentren en el Derecho positivo, pero se rechazan totalmente las valoraciones supralegales. 6.- Aunque no intencionalmente se llega a una conclusión ontológica: El Derecho es en último término lo mandado por la voluntad del legislador. (p.373)

Lo que Hoerster estima como auténtico contenido del positivismo jurídico es tenido en cuenta por Villoro (1973) cuando señala que el Derecho es en última instancia lo mandado por la voluntad del legislador, con lo cual está afirmando la neutralidad del concepto de Derecho y cuando señala que la interpretación jurídica debe reconstruir la intención del legislador, la cual tendrá preferencia sobre el alcance literal del texto, está suscribiendo la tesis de la subjetividad que expone Hoerster.

Con la intención de mostrar la problemática que se presenta al valorar el positivismo jurídico desde diferentes perspectivas, Bobbio (2001) ha estimado conveniente valorar el estudio de esta corriente jurídica desde tres enfoques fundamentales: *“el positivismo jurídico visto como un modo de acercarse al Derecho, visto como una teoría o concepción del Derecho y finalmente como una ideología de la justicia”* (pp. 37-64). En este mismo orden de ideas se han manejado otros tantos autores, cuyas opiniones quedan, de alguna manera, recogidas en la propuesta de Hoerster, en la de Villoro y en la de Bobbio, las cuales servirán de soporte conceptual al presente análisis.

Un primer acercamiento a la delimitación conceptual del positivismo jurídico, pasa por

revisar la vieja discusión que señala que el positivismo jurídico es necesariamente lo opuesto al Derecho Natural. Es válida la ocasión para regresar hasta el planteamiento teórico de Hobbes quien tanto en el *De Cive* como en el *Leviatán*, desarrolla una propuesta jurídica en la que sin separarse del todo de las leyes naturales, logra una convivencia de perfecto equilibrio entre éstas y las leyes escritas; dándole preeminencia a éstas últimas sobre las leyes naturales. Así Hobbes representa el paso del iusnaturalismo al positivismo jurídico, mostrando cómo no es tan cierta la rivalidad entre ambas nociones.

En opinión de Hart (1961) esta discusión se ubica en un espacio muy bien definido, como lo es la ambigüedad de la palabra *ley*. De una parte existen las leyes descriptivas que están solo para explicar cómo suceden los fenómenos en la naturaleza y es tarea del científico descubrirlas. Estas leyes no pueden ser transgredidas, simplemente si los fenómenos naturales se suceden de manera distinta a como ella lo establece, ella precisa de ser reformulada, pues su existencia depende de que los hechos sean como ella lo señala, de manera que no admite ser violentada. De otra parte están las leyes prescriptivas, que son las que establecen, bajo la forma de orden, “cómo deben ser las cosas”, estas leyes son exigencias de que los hombres se comporten de determinada manera, ellas pueden ser violentadas y no por ello dejan de ser tales ordenes o mandatos. Las leyes descriptivas obedecen a la forma lingüística “tiene que” y las leyes prescriptivas a la forma lingüística “debe ser”(p.231).

Una de las grandes confusiones en relación a este aspecto tiene su origen en la idea de que las leyes descriptivas señalaban una regularidad que estaba determinada por un divino legislador del universo. Más sin embargo ciertamente el Derecho Natural no ha estado siempre

asociado a la idea de este gobernador, él es parte de una concepción mucho más antigua de la naturaleza, en la que el mundo de los fenómenos observables no se entiende como el suceder que está allí y que siempre estará en los mismos términos, sino que todo lo existente tiende hacia un fin determinado que le es apropiado y es natural que su desarrollo y sus cambiantes estados pretendan la obtención de ese fin. La cuestión está en que esta regularidad lleva implícito que las cosas deben sucederse de la manera como lo hacen porque tienden a un fin. Por ello, que las cosas sean, que sean regulares y que deban ser así, es parte del mismo cuestionamiento acerca del conocimiento de la naturaleza y sus leyes. (Hart, 1961, pp. 233-235) Esto plantea prácticamente una identidad entre el ser y el deber ser, identidad que fue propia de aquella manera de concebir la naturaleza y que heredó inapropiadamente el Derecho Natural en sus más remotos orígenes.

Sin deslastrarse completamente de aquel contenido que le adjudicara su noción originaria, el Derecho Natural se hizo históricamente asimilable a principios sobrenaturales de carácter apriorístico que estaban allí para indicar la forma en que “debían” realizarse las cosas si se pretendía obtener un fin acorde con la condición humana. Así, en su desarrollo conceptual y en el marco de una noción moderna de la naturaleza, se tiene que una comparación entre leyes naturales y leyes escritas de creación humana, da como resultado una asociación directa entre las leyes escritas y lo que está dado, lo puesto, lo real, lo que puede ser percibido, lo que está allí, en fin, con lo positivo. La explicación de esto se encuentra en los propios orígenes del Derecho Natural y del positivismo y demuestra que ciertamente la rivalidad entre el Derecho natural y el Derecho positivo no es tal o en todo caso no se da en los términos tan absolutos como es usual verlo expuesto en la doctrina.

Retomando las tesis de Hoerster (1992) se tiene lo siguiente: Con respecto a la tesis de la ley señala el autor que no es sostenida en la actualidad por nadie, en el entendido de que más allá del Derecho legal, existe el Derecho consuetudinario y el Derecho judicial, afirmación que cuenta con un consenso casi universal.

La tesis de la neutralidad es uno de los puntos más álgidos en la discusión y podría resumirse en la defensa que sostienen los positivistas de separar la atribución de la validez jurídica de la formulación de valoraciones ético-normativas.

Con respecto a la tesis de la subsunción alude no a la elaboración sino a la aplicación del Derecho, la cual puede realizarse en todos los casos independiente de valoraciones. En opinión del autor esto es falso, toda vez que cuando el juez aplica la norma, identifica y describe el resultado de ésta, lo que no significa que esté asumiendo la valoración que en ella subyace. Crear o aplicar el Derecho y describirlo y tomar conocimiento de él son dos tareas distintas desde el punto de vista lógico. La tesis del subjetivismo señala que los criterios del Derecho recto no son de naturaleza objetiva sino subjetiva. Su validez subjetiva los hace no cognoscibles.

Y finalmente la tesis del legalismo que señala que las normas del Derecho deben ser obedecidas en todas las circunstancias, lo que en criterio del autor, no tiene acogida ni en la tesis de Kelsen ni en la de Hart como máximos representantes del positivismo jurídico del siglo XX. Su argumento sostiene que el verdadero positivista que se identifica con la tesis de la neutralidad tiene aún más razones de peso para dejar abierta la cuestión de la obligatoriedad, en el sentido de que en su criterio cualquier contenido es posible para el Derecho.(pp.11-17)

En opinión de Hoerster sólo la tesis de la neutralidad y la tesis del subjetivismo pueden sostenerse como propias del positivismo jurídico, entre otras razones porque no son lógicamente incompatibles y en consecuencia pueden hacer parte de un mismo contenido, así como por su identidad con la propia denominación de la teoría.

Revisando la tesis de la neutralidad que sostiene que la norma puede llegar a ser jurídica independientemente de su contenido, es decir, que cualquier supuesto puede ser contenido de la norma de Derecho, debe señalarse que se trata de una afirmación que tiene una fundamentación metodológica. Es una forma de ver la norma, en la cual se centra el análisis jurídico en lo que la norma es y en su forma de expresarse. Se trata de un análisis fáctico de la norma jurídica y una doctrina que pretende analizar algo fácticamente no tiene por qué aportar criterios éticos de justificación acerca de ese algo. En términos de Bobbio (2001) es afirmar, que *“el Derecho se puede definir como hecho y su existencia no depende de que satisfaga o no una determinada moral”* (p.43), es reconocer al Derecho como fenómeno histórico que prescinde de toda valoración y fundamentación ética.

Se hace más plausible la comprensión de estas afirmaciones si se piensa que el Derecho necesita de cierta forma para poder expresarse, es decir necesita exterioridad. Esta exterioridad se la da la norma jurídica que está llamada a cumplir con cierta rigurosidad característica. Una vez elaborada esta norma se la puede graficar como un contenedor y puede pensarse para ella en cualquier tipo de contenido. Es decir la norma jurídica, ontológicamente hablando, no está condicionada por su contenido, es por el contrario independiente de éste, por lo que la norma jurídica puede tener un contenido injusto y no por ello dejar de ser jurídica. En opinión de Hoerster (1992) esto obedece a que *“un concepto del Derecho materialmente neutral que no esté*

reducido a ningún tipo de valoraciones, toma mejor en cuenta los fenómenos que hay que describir que un concepto del Derecho más estrecho desde el punto de vista de su contenido” (p.20)

Toda norma jurídica puede ser sometida a tres distintas valoraciones que son independientes entre sí, a saber: justicia, validez y eficacia... preguntarse si la norma es justa o injusta, es preguntarse si es apta o no para alcanzar determinados valores ... es un aspecto de la oposición entre el mundo real y el mundo ideal, entre lo que debe ser y lo que es...el problema de la validez es el problema de la existencia de la regla en cuanto tal, independientemente del juicio de valor sobre si ella es justa o injusta ...el problema de la eficacia de una norma es el problema de si la norma es o no cumplida por las personas a quienes se dirige. (Bobbio,1997,20-22) Se trata de tres instancias pertinentes a la norma jurídica que son conceptualmente separables.

No deslindar en la norma jurídica su aspecto fáctico, de su aspecto valorativo, es desconocer que el Derecho ha conseguido en la norma jurídica una “forma” de expresarse y de presentarse para ser conocido. Es afirmar que si la norma no tiene “determinado” contenido no puede ser jurídica. Implica en última instancia reducir la naturaleza ontológica de la norma jurídica a su contenido. En palabras de Kelsen (2002) la norma jurídica funciona como un esquema de explicitación *...el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio, es un acto de Derecho, es el resultado de una explicitación específica, a saber, una explicitación normativa (p.17)*

Reconocer que los conceptos no son más que entidades vacías dispuestas a ser llenadas con cualquier contenido, es lo que permite explicar y entender cómo es posible haber

adjudicado, al positivismo jurídico en este caso, contenidos no sólo distintos sino contradictorios entre sí y adversos con su propia naturaleza, lo cual puede evidenciarse con una revisión de la doctrina sobre el tema.

Esto permite inferir que la esencia de lo jurídico es lo normativo que tiene su máxima expresión en la norma, lo que no significa señalar que lo jurídico se reduzca a lo normativo, pues afirmar esto sería desconocer que lo normativo, entendido como la forma, requiere de un contenido y así con la forma y el contenido se logra la completitud de lo jurídico. Es decir, tanto la norma como su contenido conforman lo jurídico pero lo normativo concentra la esencia del todo que es lo jurídico. El positivismo jurídico, podría decirse, es un espacio en el cual no es posible analizar todo el ser del Derecho, sino una parte de lo que el Derecho es. Por ello una de las razones por las cuales los adversarios del positivismo jurídico afirman rotundamente el fracaso de esta tesis como teoría explicativa del Derecho, es por que han tratado de encerrar en sus linderos la totalidad del ser del Derecho y efectivamente el ser del Derecho excede en mucho las posibilidades de análisis del positivismo jurídico. En otras palabras dicho, han desconocido el verdadero carácter ontológico del Derecho partiendo de que éste se reduce a su forma normativa.

La creación de la norma jurídica escrita otorgó al Derecho, así como a la propia norma como parte fundamental de éste, una nueva dimensión ontológica que está íntimamente vinculada con su expresión positiva. La nueva dimensión ontológica del Derecho ve en la norma escrita de creación humana su último referente de expresión formal. Hasta el presente todos los sistemas normativos del mundo se apoyan en mayor o en menor medida, en el recurso de la ley escrita convenida y hecha por el hombre. Con esto quiere afirmarse que el

Derecho es algo más que un fenómeno de trascendencia social que tiene una base empírica, cuyo estudio no debe reducirse a su forma de expresión en la realidad, pues su comprensión hermenéutica, rebasa su condición de norma jurídica y requiere de atención en otros aspectos de interés como el problema de la valoración, la cuestión de la eficacia, de la validez, y de la justicia. Aspectos que si bien son de importancia para el análisis integral del Derecho, exceden los límites del positivismo jurídico, toda vez que su estudio remite a un nivel de conocimiento distinto.

Esta neutralidad, que se refleja en una forma avalorada del contenido de la norma jurídica, y que es posible en estos términos siempre que se maneje en un ámbito metodológico, no debe confundirse con la acusación infundada que se ha hecho contra el positivismo jurídico de ser una tesis no-ética, tesis que se rechaza en el marco del planteamiento de este trabajo, en el entendido de que desconoce que en la normativización de una conducta, existe ya una actitud valorativa frente a dicha conducta. Elaborar una norma jurídica implica escoger una determinada situación e imprimírle trascendencia social creando una fórmula jurídica en la que dicha situación quede comprendida en los términos en que el creador de la norma lo desee. Esta escogencia no se realiza por azar o casualidad, sino que por el contrario obedece a criterios valorativos que la han hecho posible. Que esto sea así no obsta para que la norma jurídica pueda definirse dejando de lado sus valoraciones.

La pretensión de ser éticamente neutral es infundada, la misión del jurista no es sólo la de describir aquello que es Derecho en una determinada sociedad sino también interpretar el Derecho vigente a través de la aplicación en los tribunales... El hecho de que la actividad del jurista, no sea únicamente lógica, sino también valorativa, y esté éticamente orientada, no modifica la circunstancia de que sus valoraciones lleguen a ser Derecho no por el hecho de ser buenas, sabias,

justas, conformes al Derecho natural, sino simplemente porque ellas se convierten en reglas válidas del sistema. (Bobbio, 2001, p.62)

En el caso de que se trate de una norma jurídica prohibitiva, es lógico pensar que la conducta que se prohíbe se tiene como nociva para la convivencia humana pacífica. Tal nocividad se enmarca en un sistema de valores con el cual se confronta la conducta y se procura su regulación por medio de una norma jurídica prohibitiva. Sin embargo es pertinente observar que esta afirmación vale fundamentalmente para las normas que prescriben regulaciones de conducta, aunque no exclusivamente y en este sentido se acoge el criterio de Hart (1961) que señala que el sistema jurídico está conformado por dos tipos distintos de reglas: las de tipo primario que prescriben que los seres humanos omitan o hagan acciones con independencia de su voluntad y las de tipo secundario que son las que previenen actos que conducen a la creación o modificación de deberes y obligaciones.(p.101)

Afirmar el carácter avalorativo absoluto del positivismo, es en cierta medida negar el carácter racional del Derecho, pues detrás de la idea de norma jurídica reposa la idea de orden como un estado ideal al cual se aspira, es decir, el orden como un valor. La norma jurídica está en alguna forma vinculada desde su creación a un concepto valorativo inicial. Ese valor, así como cualquier otro que se quiera reconocer como contenido de la norma jurídica, requieren de un soporte fáctico, este soporte es la norma jurídica escrita creada por los hombres. A fin de cuentas la positividad del Derecho es expresión del consenso entre los hombres, es producto de la dinámica social organizada de las comunidades humanas, es una forma de expresión de la racionalidad propia del hombre como ente social.

A manera de conclusión de lo que corresponde a este primer aspecto del contenido del

positivismo jurídico, se tiene que el hecho de que la norma jurídica pueda ser definida sin atender a su contenido, es totalmente factible e implica aceptar que ésta es un hecho que expresa la esencia formal del Derecho, a la cual puede adjudicársele cualquier contenido. Esta afirmación atiende al aspecto estrictamente metodológico del análisis del Derecho. Valga señalar que un análisis integral del Derecho excede esta perspectiva.

El otro criterio con el cual debe identificarse el positivismo jurídico es el que vincula la creación de la norma jurídica fundamentalmente con la instancia de poder que está facultada para ello en el marco de un Estado jurídicamente organizado. En esta perspectiva el positivismo jurídico se vincula estrechamente con la teoría de la formación del Estado para desembocar en la teoría estatal del Derecho, presentando el positivismo jurídico como sinónimo de la monopolización del poder de producción jurídica por parte del Estado. Todo Derecho se identifica con los productos del legislador. Con lo cual no se está afirmando que por ser creación del legislador las normas jurídicas deben, obligatoria e incondicionalmente, ser obedecidas.

Tanto Hart (1961) como Kelsen (2002) son contestes en ver en la génesis de la norma jurídica la autoridad soberana. Hart (1961) señala expresamente *“para determinar si una pretendida norma sancionada es Derecho tenemos que demostrar que fue creada por un legislador que estaba habilitado para legislar de acuerdo con alguna regla existente...”* (p.88) y fundamentalmente, en su opinión, tal soberano no es susceptible de limitación jurídica, es decir, no hay materia sobre la cual dicho soberano no pueda legislar, sin embargo enfatiza que este soberano es necesario buscarlo detrás de la legislatura jurídicamente limitada. Por su parte Kelsen (2002) habla de la forma estatal de producción del Derecho y señala que *“es usual caracterizar al Estado como una organización política ...y el elemento específicamente político de*

esa organización reside en la coacción ejercida de hombre a hombre, regulada por ese orden, en los actos coactivos que ese orden estatuye” (p.291)

La instauración del Estado moderno como fenómeno político de trascendencia universal enmarcado en la época de la codificación, determina la monopolización del Estado como fuente de producción jurídica. Fenómenos que a su vez se interrelacionan de una parte con la forma exclusivamente estatal del Derecho y de otra parte con la forma jurídica del Estado. Así lo estatal y lo jurídico se autodeterminan en una relación de lógica interdependencia que los enlaza en una dinámica de causa a efecto en mutuo sentido.

A partir de entonces sólo el Estado está en capacidad de crear el Derecho pero a su vez la legalidad y la legitimidad de ese mismo Estado está determinada por un cuerpo normativo que delimita y configura su estructura, su dinámica y su funcionalidad en base a formas y espacios adecuadamente establecidos. De esta manera, la norma escrita, como el soporte que sustenta la realidad física del Derecho, adquiriría solidez y su capacidad de abarcar lo jurídico se hacía cada vez más evidente.

Tal y como se expuso en el capítulo anterior, sólo la configuración jurídica del Estado permitió redimensionar el Derecho en el alcance que logró la codificación como proceso en sí y respecto a sus efectos. De manera tal que identificar la consolidación socio-jurídica del Estado con el Estado como fuente única de lo jurídico y a su vez lo jurídico con la norma escrita capaz de sintetizar la esencia del Derecho, es una deducción apenas natural dentro del universo de fenómenos que se vivían entonces.

Este replanteamiento del Derecho, en el que estaba involucrado el individuo en la nueva dimensión social lograda desde el reconocimiento expreso de principios como la igualdad, la libertad, el respeto por la condición humana, entre otros, estuvo a su vez impulsado por la identificación de la norma jurídica en sí, como un instrumento de control social con el cual podían definirse y obtenerse objetivos sociales específicos. La norma jurídica ya no era una simple prescripción del reconocimiento de los Derechos y obligaciones de los individuos, o una prescripción de la manera como debía funcionar el Estado, por nombrar sólo dos supuestos, ya no era tampoco la forma en que se señalaba exitosamente lo permitido y lo prohibido, sino que en cambio era una nueva dimensión ontológica de la realidad social del ser humano. Ella, al tener el poder de determinar los límites de esa nueva realidad social, rebasó las expectativas de su propia condición prescriptiva y allanó el camino de lo que sería su propia realidad y la realidad del Derecho como fenómenos de trascendencia universal.

Este fenómeno ontológico que se produce con la norma jurídica, si bien se consolida en el marco de la codificación, su más exacta ubicación se precisa en el principio de legalidad como expresión de la realidad jurídica que recién se estrenaba y cuya existencia condicionaría en cierta forma el quehacer social.

La novedad del Derecho moderno no radica tanto en los contenidos como sobre todo en la forma legal, convencional o artificial, es decir, positiva del Derecho vigente consiguiente a la mera fuente de legitimación ya no la *veritas* sino precisamente la *auctoritas*. (Ferrajoli, 1997, p. 869)

Sobre la base de esta nueva dimensionalidad ontológica de la norma jurídica expuesta en los alcances del principio de legalidad y en la posibilidad de que la norma jurídica condicione y determine la legitimidad del Estado, la ciencia jurídica, separada de la norma jurídica, adquiere

una circunscripción mejor acabada desde el momento mismo en que tiene a la norma jurídica como punto de referencia conceptual en lo que a la realidad jurídico-normativa se refiere.

El principio de legalidad hace posible que la ciencia jurídica se apoye teóricamente, en la norma jurídica, pero al mismo tiempo distingue, ontológicamente hablando, la norma jurídica de la realidad que le es propia al Derecho.

El principio de legalidad como máxima expresión de positividad del Derecho, *“al permitir reconocer todas y sólo las normas jurídicas positivas, hace posible una ciencia jurídica, al menos en principio, descriptiva de un mundo positivo de normas separado de ella misma”* (Ferrajoli,1997,p.870)

En tal sentido, a partir de la consagración de este principio *“las normas se objetivan como hechos empíricos separados del jurista y como objetos de su interpretación”* (Ferrajoli,1997,p.870) adquiriendo desde su positivización la dimensionalidad propia de lo jurídico, como una realidad independiente y autónoma, autonomía que ha alcanzado por la consagración de la norma jurídica en los términos del principio de legalidad.

Con ello quedaba atrás la etapa jurisprudencial, estrictamente doctrinal y opinática del Derecho. Se había superado la pluralidad de fuentes jurídicas y el consiguiente efecto de la falta de certeza, de la incertidumbre y de la arbitrariedad jurídica y el principio de verdad ya no podía legitimar por sí mismo el Derecho, todo ello como consecuencia de la falta de un punto de referencia que gozando de reconocimiento universal pudiera enmarcar la realidad jurídica en el espacio que por su propia naturaleza le pertenece.

Atendiendo a lo antes expuesto puede concluirse parcialmente, que el verdadero y

auténtico carácter positivo del Derecho está en la posibilidad que tienen de ser expuesto en una norma jurídica creada por los hombres, toda vez que ésta se convierte en su referente material de base empírica. Ello no obsta para que el propio análisis del Derecho desde la perspectiva positivista haya extralimitado los linderos de la norma jurídica, ubicándose en espacios que no tienen una naturaleza ontológica que pueda ser evaluada con los criterios del positivismo, como pueden ser por ejemplo, la propia naturaleza ontológica del Derecho y la cuestión de su aspecto axiológico. Es decir, el positivismo jurídico como forma de acercarse al entendimiento del Derecho no puede exceder lo que corresponde a la norma jurídica como expresión formal de éste.

CAPITULO IV

La Naturaleza de la Norma Jurídico-Penal

Partiendo de que en el marco del positivismo jurídico sólo es posible estudiar al Derecho en su aspecto formal y que la más perfecta expresión de este aspecto formal es la norma jurídica, corresponde ahora centrar la atención en la norma jurídico penal, para enmarcarla luego, y a partir de su naturaleza, en el plano funcional propio del Derecho Penal en sí, previa referencia general a algunos aspectos de la norma jurídica.

En la revisión de la doctrina jurídica, así como de la doctrina jurídico penal, se evidencia el interés de los teóricos por mostrar con claridad los distintos tipos de norma jurídica que existen, qué es lo que las hace a todas ser normas jurídicas, a pesar de sus diferencias y cuál es su naturaleza.

En coherencia con el planteamiento que se ha venido haciendo respecto al positivismo jurídico, la caracterización de la norma jurídica se ubica, metodológicamente hablando, en la distinción entre el mundo del ser y del deber ser. El ser y el deber ser no son más que distintos modos del ser. El ser se expresa mediante estructuras lingüísticas que describen el devenir de los sucesos, que expresan el ser de las cosas, se limitan a informar sobre lo sucedido y con base a la relación de un fenómeno con otro, proyectar lo que sucederá. El deber ser en cambio no puede expresar los fenómenos en estos términos porque el propio acontecer del fenómeno está supeditado a factores externos a él, de manera que éste puede darse como puede no darse y, en este orden de ideas, el mundo del deber ser no describe sino que prescribe, es decir, ordena el que las cosas sean de una manera determinada partiendo de su pretensión de regulación de la experiencia. El ser se maneja en el espacio propio de los fenómenos naturales cuya regularidad quebranta o afirma la regla descriptiva y el mundo del deber ser se maneja en el espacio propio de los fenómenos o experiencias humanas (García,1980,pp.252-256).

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

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

En este mismo orden de ideas Bobbio (1997) se detiene en la distinción entre mandatos,

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

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

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

Bobbio (1997) parte de que el Derecho es una experiencia normativa en la que las normas jurídicas juegan un importante papel, convirtiéndose en el fenómeno originario de dicha experiencia. Conviene en que la norma jurídica es una proposición prescriptiva en la que

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

En su opinión, también son criterios distintivos entre las prescripciones, la relación entre el sujeto activo y el sujeto pasivo; así como la forma y la fuerza obligante de las prescripciones. Por la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo las prescripciones pueden ser autónomas o heterónomas, siendo éstas las prescripciones en las que quien dicta la norma y quien la ejecuta son personas diferentes (pp.54-57). Por la forma las prescripciones pueden ser imperativos categóricos o hipotéticos. Son imperativos hipotéticos los que prescriben una acción como buena en relación a un fin que se pretende lograr mientras que los imperativos categóricos prescriben una acción como buena en sí misma (p.57). Finalmente por la fuerza vinculante las prescripciones pueden ser mandatos o consejos. Los mandatos tienen fuerza imperativa y el comportamiento que prevén es obligatorio, mientras que los consejos tienen una finalidad persuasiva y queda bajo la potestad del individuo el hecho de acogerse a ellos o no. (pp.60-62)

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

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

Señalan así mismo que, concretamente para el caso de la norma jurídico- penal, se manejan básicamente dos concepciones, la que aprecia la norma jurídica como imperativo y la que la ve como un juicio de valor. Como imperativo, la norma jurídico-penal es norma de determinación, esto es, mandato o prohibición dirigido al ciudadano. Como norma de valor se distingue entre la norma objetiva de valor, que establece lo injusto de la acción, antijuridicidad, y la norma subjetiva de determinación, que establece la culpabilidad (pp.124-126). Sin embargo, separar el plano del disvalor y el plano motivacional o imperativo es insostenible, pues

cuando se afirma el carácter divalioso de un determinado comportamiento, esto implica que tal comportamiento no debe realizarse, es decir, la antijuridicidad contiene al mismo tiempo lo valorativo y lo imperativo (p.129). Finalmente, Atienza y Ruiz, apelan al enfoque funcional que distingue entre normas y principios para asegurar que en este enfoque las normas son vistas como razones para la acción, es decir, que la norma es una guía de comportamiento, al tiempo que es también un criterio de valoración de la conducta. Esto es lo que hace posible distinguir en una norma el aspecto directivo o normativo y el aspecto valorativo (p.131)

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

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

Aclara que la disyunción lógica puede ser predicativa o proposicional y que su propuesta se refiere a la disyunción proposicional. Por interferencia intersubjetiva refiere este autor la conformidad parcial que existe entre la conducta que se describe en la norma y el concepto normativo de dicha conducta; parcialidad que viene determinada por la propia estructura disyuntiva de la norma, pues si la conducta es conforme con el primer miembro de la norma -endonorma-, la conducta es lícita o jurídica, y si es conforme con el segundo miembro perinorma-, la conducta es ilícita o antijurídica (pp.300-303).

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

Cuando se ha mencionado la norma jurídico-penal, se está haciendo referencia a la norma jurídico penal incriminatoria -que mandan o prohíben una conducta y que la hace acompañar de una sanción- este tipo de normas resulta ser la más representativa y la que mejor consagra la propia esencia del Derecho Penal. Cuando se habla de Derecho Penal la asociación normativa que se hace no es precisamente con las normas enunciativas ni permisivas sino fundamentalmente con las normas que ordena hacer algo o que en su defecto prohíbe que se haga; es decir, el Derecho Penal está básicamente constituido por normas de determinación, “*el Derecho Penal se expresa a través de auténticas normas y la sanción ligada a ellas le pertenece específicamente*” (Pérez, 1975,p.51). Sin embargo, debe aclararse que con ello no se está queriendo negar que en el Derecho Penal existen también normas permisivas o autorizaciones, tal es el caso de las normas que consagran las causas de justificación y las normas de tipo enunciativo, como por ejemplo, las que consagran las circunstancias del delito, las que señalan cómo realizar el computo de las penas, entre otras.*

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

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

Hart (1961) ha advertido que el carácter distintivo de una norma jurídica está en su pertenencia a un sistema jurídico que sea generalmente obedecido; que sea permanente y que se sostenga en la creencia generalizada de que su incumplimiento implicará una sanción (p. 32). Este señalamiento de Hart coincide fundamentalmente con el criterio funcional que expone Bobbio, como distinción de lo jurídico-normativo propiamente dicho y en razón del cual la prescripción pretende modificar el comportamiento de los demás, lo que en ningún modo significa que dicha modificación se consiga realmente.

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

El criterio de Binding, ampliamente conocido en la dogmática jurídico-penal, distingue entre la ley y la norma penal. El delincuente cumple con el supuesto punible de la ley penal, toda vez que materializa el supuesto de hecho que la constituye; en cambio violenta el principio de prohibición de la norma penal, que no es sino el mandato que va dirigido al ciudadano y que conceptualmente contienen el bien protegido por la ley penal. (Kaufmann,1977,pp.3-17). El carácter imperativo que Binding maneja para la norma se observa claramente en su concepto de norma; para él son “normas” las ordenes de obligatorio cumplimiento y de contenido jurídico (Kaufmann,1977, p.50) La teoría imperativa considera a la norma penal como una

norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano (Mir Puig, 2002,p.42) que se expresa bajo una forma hipotética que no se limita a señalar una pena para el caso de que se incumpla la norma sin que haya habido una prohibición. En Derecho Penal no existen normas que no puedan concebirse imperativamente (Mir Puig,2002,pp.42-44)

Lo imperativo de la norma jurídico penal debe entenderse como el supeditar la voluntad de alguien a la de otro, lo que implica una dimensión relacional entre quien emite y quien debe prestar obediencia a la orden. En este sentido, es claro que la norma jurídico-penal debe tenerse por una prescripción.

Se ha querido ver en la sanción el elemento distintivo de la norma jurídico penal, entendida la sanción como la pena de carácter penal que por su cualidad propia se distingue de los otros tipos de sanciones. Ciertamente la sanción penal tiene la fuerza inequívoca del aspecto más dominante de la ciencia jurídico-penal y ver en ella el referente distintivo del Derecho Penal resulta útil, toda vez que obliga a no restringir el análisis de la naturaleza de la norma a lo estrictamente formal, sino a tener en cuenta también su contenido, trayendo de nuevo a colación que en Derecho Penal las normas jurídicas son fundamentalmente normas incriminatorias.

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

norma jurídica trata de modificar la conducta humana que no es conforme a ella, neutralizando sus consecuencias y esta neutralización se realiza por la sanción que es el medio que se usa en los sistemas normativos para salvaguardar la ley de las acciones contrarias a ella. (p.p 104-105). Ahora bien, tratándose de la sanción jurídica, se está frente a una sanción externa e institucionalizada, pues la juridicidad es sinónimo de organización. En este sentido, a toda violación corresponde una sanción específica lo cual se traduce en certeza; toda sanción tiene una medida, lo que implica cierta proporcionalidad; y, finalmente, se señalan con antelación las personas encargadas de su ejecución, lo que implica imparcialidad. Los criterios de certeza, proporción e imparcialidad pretenden, en opinión de este autor aumentar la eficacia de las reglas institucionales (p.110) y esto es lo que definitivamente caracteriza la norma jurídico penal.

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

Sin embargo existe un aspecto que debe revisarse con precaución, si se quiere aceptar el criterio de la sanción como el criterio distintivo de la norma jurídico-penal y es la cuestión de la estructura en sí de esta norma.

Conceptual y analíticamente la esencia de algo apunta en una dirección y la estructura de ese algo, donde corresponde evaluar sus elementos constitutivos, se orienta en una dirección distinta. Así, antes de proseguir en el análisis de la norma jurídico-penal, debe sentarse posición respecto a lo que se considera como su estructura tanto a nivel formal como en cuanto a los elementos que lo conforman. Al respecto ya se ha señalado que la norma jurídico penal es una proposición prescriptiva hipotética de carácter imperativo, esto es, que establece obligaciones concretas.

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

En opinión de Pérez (1975)

comunmente se afirma que la ley penal es doble en su estructura: en cuanto contiene el precepto y en cuanto señala la pena. Precepto y pena son los dos elementos que configuran la norma... Algunos autores al tratar de la estructura lógica de la norma, dicen que esta debe responder a tres cuestiones básicas: 1.- En qué circunstancias reales hay que regirse por ella -hipótesis- 2.- Qué comportamiento es el que prescribe o permite, vale decir cuál es la relación que regula -disposición- 3.- Qué consecuencia recae sobre el violador -sanción-.(p.357)

En tal sentido, si se entiende, como de hecho debe entenderse, que la sanción es parte estructural de la norma jurídico-penal, puede señalarse que es la sanción el elemento que

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

A manera de conclusión puede señalarse que la norma jurídico penal desde el punto de vista de su naturaleza, es una proposición prescriptivo-imperativa que implica una valoración y que se presenta bajo la forma hipotética conformada en su estructura por un precepto y una sanción cuyo carácter distintivo, en relación al resto de las normas jurídicas, es su carácter sancionatorio, entendiendo a la sanción en su acepción penal. La naturaleza de la norma jurídico penal queda así ubicada dentro del campo del deber ser que es el que corresponde a toda norma jurídica, pues aunque su existencia precisa de la positividad, ésta no agota el ser de aquella, el cual exige tener en cuenta tanto la forma positiva de la norma como su contenido.

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

doctrina penal una estrecha interrelación entre los fines de la norma jurídico penal y los fines del Derecho Penal.

No se trata de ninguna manera que los doctrinarios asuman, tácitamente, que la norma jurídico-penal y el Derecho Penal como ciencia o como ordenamiento jurídico sean lo mismo, sino que desde el punto de vista de su finalidad el Derecho Penal se vale en forma directa e inmediata del recurso de la norma jurídico-penal, lográndose entre ambos, una identidad que se ordena hacia el mismo fin. El fin que el Derecho Penal está llamado a cumplir se lleva a cabo mediante la norma jurídico penal que ha sido diseñada de una particular forma en función del fin que debe cumplir. De manera que si la norma jurídico penal no cuenta con un precepto y una sanción, quizá no estuviera en capacidad de cumplir el fin que le corresponde. De manera tal que la estructura de la norma jurídico penal se vincula a su carácter finalista, en una estrecha relación que pone en evidencia la importancia de la sanción penal como elemento determinante de dicha estructura normativa.

Es indudable que la norma jurídico penal debe examinarse en el marco del contexto de su pertenencia a un sistema jurídico, que a su vez hace parte de una estructura social definida de organización. Así ella está destinada a cumplir un determinado fin, y a su vez dicho fin se conecta con la ciencia a la cual ella sirve.

Ahora bien todo lo antes señalado se mantiene en armónica coherencia con la distinción entre el ser y el deber ser que se propuso como escenario natural de valoración tanto de la naturaleza como del carácter de la norma jurídico-penal. Esta distinción entre el mundo del ser y del deber ser es la distinción que Ferrajoli (1997) maneja como legitimación interna y

legitimación externa o entre Derecho y Moral o entre validez y justicia, que ha terminado en una confusión en la que ha resultado la superposición entre el Derecho positivo como hecho y el Derecho natural como valor o entre el ser y el deber ser del Derecho, es decir, se ha confundido el Derecho válido con el Derecho como es. (p.p 354-355)

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

CAPITULO V

**Fines de la Norma Jurídico-Penal
en Base a su Estructura y en el
marco del Positivismo Jurídico**

Se ha sostenido que la naturaleza de la norma jurídico penal reside en el hecho de ser una proposición prescriptiva imperativa, que lleva implícita una valoración y que se plantea bajo una forma hipotética, cuya estructura está configurada por un precepto y una sanción y cuyo carácter distintivo viene dado por el elemento pena, entendida ésta, en su acepción penal, como una sanción que tiene caracteres propios que la distinguen de otros modelos sancionatorios. Tal naturaleza y caracterización de la norma jurídico penal se enmarca en el escenario de la escisión entre el mundo del ser y del deber ser, como el espacio en el que corresponde hacer la valoración de ambos.

Ahora bien, partiendo de que el carácter distintivo de la norma jurídico penal no es dado valorarlo "in abstracto", visto sólo desde la perspectiva formal, sino que precisa llevar el análisis hasta su aspecto material, esto es, el aspecto que atiende a su contenido axiológico, en él debe atenderse a la cuestión de su finalidad, lo que significa que debe orientarse el análisis en relación a los propósitos sociales que con ella se pretende cubrir. Revisar el fin de la norma jurídico-penal exige detenerse en la pretensión que el legislador se ha propuesto cubrir con ella desde el momento de su creación (Ferrajoli, 1997, pp. 322-323). El cumplimiento de un fin es siempre una expectativa que puede o no quedar cubierta, lo cual depende de factores y circunstancias que no es dado controlar desde la propia dinámica del recurso que se utiliza para alcanzar tal fin.

En el caso del presente análisis, se trata de la norma jurídico-penal, en cuyo seno se encuentran, tanto el precepto como la sanción, y siendo que la sanción es su elemento característico, en ella reposa el poder finalista de la misma. En tal sentido, se suscribe la opinión de Bobbio (1997) en la que señala que en las normas jurídicas, como proposiciones que

pertenecen al mundo del deber ser, se da una particular relación entre la condición y las consecuencias, pues si en ellas no se cubre la expectativa del precepto, esto no altera la validez de la norma jurídico penal y lo que corresponde es

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

Vista así la sanción, ella es el medio del que se vale la norma jurídico penal particularmente y el Derecho Penal en general, para cumplir con el fin para el cual ha sido creada pudiendo agregarse que *“las penas son algo en sí mismo disvalioso, lo que vuelve valiosa su imposición es exclusivamente su carácter de medio para lograr la retribución o la prevención general y/o especial”* (Atienza y Ruiz, 1996, p. 140).

Ahora bien, este medio no tiene en sí mismo cómo garantizar que efectivamente el fin se logre, pues él hace parte de una estructura proposicional, que se presenta bajo una forma hipotética, que puede o no verificarse, y que para el caso de las normas jurídico-penales, tal verificación depende directamente de la voluntad humana, que no está sometida a la infalibilidad de las leyes científicas y cuya producción no es dado predecir;

... solamente con el verbo deber ser como cópula (que nada dice sobre lo que necesariamente será) podemos presentar en un juicio la libertad que se hace efectiva en la conducta, es decir, tomamos dos momentos de una

conducta y afirmamos que dado el primero debe ser el segundo, dejando que la libertad se abra curso a su manera para llegar del primero al segundo. (Cossio, 1954, p. 54)

Es poco usual encontrar en la doctrina penal análisis teóricos acerca de la finalidad de la norma jurídico penal propiamente dicha, más por el contrario, no lo es así para el caso de la finalidad del Derecho Penal, lo que los autores han dado en llamar la función del Derecho Penal. En este sentido Jeschek (1981) habla de la función preventiva y de la función represiva del Derecho Penal (pp. 6-9); Hassemer y Muñoz Conde (1999) hacen referencia a la misión y función del Derecho Penal (pp 99-100); Mir Puig (2002) asimila directamente la funciones del Derecho Penal a las funciones de la pena (pp. 49-66); por su parte Maggiore (1954) se refiere directamente a las funciones del ordenamiento penal en general como sistema regulador y organizador de carácter imperativo y aflictivo (pp. 34-37); Hassemer (1999) asienta que la misión del Derecho Penal es el aseguramiento de las normas fundamentales (p. 207); Binding (citado por Kaufmann,1977) señala que la norma jurídico penal tiene una función protectora (pp.14-16); Fernández Carrasquilla (1995) cuenta entre las características del Derecho Penal el ser represivo-preventivo *“su misión central consiste en proteger los bienes jurídicos reprimiendo las conductas que real o potencialmente los vulneran, pero al hacerlo así, previene nuevos atentados...”*(pp. 34-35); Para Soler (1976) el Derecho Penal regula los actos externos y tiene carácter sancionatorio (pp. 9-12); Welzel (1997) por su parte señala que el Derecho Penal tiene la misión de proteger los valores elementales de la vida en comunidad, su misión central reside en *“asegurar la vigencia inquebrantable de estos valores de acto, mediante la conminación penal y el castigo de la inobservancia de los valores fundamentales del actuar jurídico manifestada efectivamente”* (p.2)

Sobre el particular ha sido claro Jiménez de Asúa (1964) en señalar que el Derecho Penal es finalista, siendo éste uno de sus más esenciales caracteres, afirma este autor que *“el Derecho,*

puesto que se ocupa de conductas no puede menos que tener un fin. El Estado debe recoger y enfocar teleológicamente todos los intereses que constituyen la cultura, dirigiéndolos al fin de la vida” (pp. 306-307). No en balde conceptualiza el Derecho Penal como “el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora” (p.33) y bajo el mismo carácter teleológico concibe el ordenamiento jurídico, señalando que éste tiene “un contenido de cultura, un objeto que consiste en la protección de los bienes jurídicos y un fin: la justicia y la seguridad, embebiendo en ellos la condición de la libertad... de donde surgen dos principios: a.- la ley nace de una determinada serie de hechos y por eso debe hablarse de que tiene una base fáctica; b.- la ley supone un estado de cultura que la norma encauza y dirige lo que constituye su base axiológica...” (p.321). Ferrajoli (1997) señala para el Derecho Penal dos fines, a saber: prevenir delitos y prevenir penas informales (pp.331-3349)

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

No existe contradicción teórica ni lógica en asumir como funciones de la norma jurídico penal las funciones del Derecho Penal, toda vez que no se trata de equiparar conceptualmente la norma jurídica con el Derecho Penal, sino de resaltar que la función que el Derecho Penal

está encargado de cumplir sólo puede llevarla a cabo mediante las normas jurídicas que lo constituyen, como ordenamiento jurídico y a su vez la función de la norma jurídico penal se determina a partir de su elemento caracterizante como lo es la pena. Sin embargo, es común ver en la doctrina que los estudiosos y tratadistas utilizan indistintamente la expresión finalidad y la expresión función, tal como se observó en las opiniones antes transcritas. En realidad un análisis filosófico de la cuestión muestra que se trata de espacios teóricos distintos. Ya se señaló siguiendo a Ferrajoli (1997) que la función atiende a los usos descriptivos de algo, es decir, a lo que realmente sucede, mientras que el fin, en cuanto que pretensión, atiende a los usos normativos o axiológicos, esto es, a lo que debería suceder (p. 322). En resumidas cuentas la función obedece al ser y el fin al deber ser. De allí la importancia de establecer para la norma jurídico penal una naturaleza y una caracterización propias con su condición de pertenecer al mundo del deber ser.

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

En el marco de la función retributiva de la pena, se han apoyado las teorías absolutas de la misma para las cuales ella es un fin en sí mismo y está justificada por su valor axiológico intrínseco. Son teorías que manejan una legitimidad externa apriorística de la pena, pues

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

sostienen que ella no está condicionada por nada, de manera que atendiendo a lo sucedido, es decir, al pasado, el sujeto activo del delito debe ser castigado. Su fundamento es devolver mal por mal y entre sus representantes se cuentan, entre otros, a Kant, Hegel, Campanella, Leibniz, Genovesi, Rossi, Rosmini, Pessina, Bettiol, Mathius, Berner, Binding y Maurach. (Ferrajoli, 1997, pp. 253-257)

En el marco de la función preventiva se han apoyado las teorías relativas de la pena, para las cuales ésta es un medio con el que se pretende alcanzar un fin utilitario, como lo es el de prevenir delitos futuros. Estas teorías se orientan a procurar la materialización de lo que vendrá, por lo que atienden al futuro. Para ellas la legitimidad externa de la pena está condicionada por su adecuación al fin que deben cumplir y que es externo al Derecho. La teoría preventiva de la pena se desarrolló como teoría jurídica y política por el pensamiento ius-naturalista y contractualista del siglo XVII en el que se concibió la pena como un instrumento de tutela para los ciudadanos. Entre sus representantes se encuentran, entre otros, Groccio, Hobbes, Locke, Thomasius, Pufendorf, Montesquieu, Voltaire, Beccaria, Filangieri, Pagano, Hume, Bentham, Humboldt, Carmignani y Feuerbach. De la corriente preventiva se han desprendido dos vertientes, la prevención general, que pretende neutralizar al delincuente intimidando al grupo social mediante la tipificación de las conductas criminales y la prevención especial que centra su atención en la corrección del delincuente mediante su reintegración disciplinar (Ferrajoli, 1997, pp. 258-260)

A grandes rasgos estas son las funciones que teóricamente corresponden al Derecho Penal y que se cumplen mediante la pena. Sin embargo no es objeto del presente análisis revisar en profundidad estas posturas teóricas y sus planteamientos, lo que no obsta para asumir una posición determinada frente a la función de la pena. Más allá de ello corresponde

revisar si se han asignado a la norma jurídico penal y por consiguiente al Derecho Penal, mediante la pena, finalidades que no se corresponden con la estructura hipotética del deber ser, pues, de ser así, debe aceptarse la imprecisión teórico-conceptual que ha impedido llegar al fondo del asunto toda vez que *“no es correcto confundir los campos y dar respuesta a la cuestión de la función de la pena y de las medidas de seguridad en el derecho positivo apelando a la función que se opina deberían cumplir”*(Mir Puig, 2002,p.77)

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

La distinción entre función, motivación y fin en relación a la naturaleza de la norma jurídico penal, que se encuadra dentro del deber ser, permite afirmar que la pena debe tenerse como el medio por el cual se aspiran obtener los fines antes señalados, los cuales estando en el ámbito de lo axiológico, esto es, de lo que debe ser, se presentan en armonía con el medio escogido para su materialización. Sin embargo, es de advertir que cuando en la doctrina jurídico-penal se ha dicho que *“la pena tiene efecto retributivo, se está queriendo señalar que tiene un fin retributivo; cuando se afirma que la pena previene delitos se está queriendo señalar que debe prevenir delitos; y cuando se afirma que la pena reeduca se está queriendo señalar que la pena debe reeducar al reo”* (Ferrajoli, 1997, pp. 321-326) se dice que la pena debe prevenir delitos, que la pena debe reeducar, que la pena debe disuadir, porque la pena debe justificarse pues constituye un costo humano y social.

Lo anteriormente desarrollado tiene su origen en el hecho de haberse superpuesto contenidos en conceptos a los cuales tales contenidos no corresponden. Es propio de la “finalidad” tender hacia algo, pretender algo, procurar alcanzar algo, es decir, la finalidad se mueve en el espacio de lo axiológico, espacio del deber ser, que de igual forma pretende que los fenómenos, en este caso los fenómenos conductuales, sean de una determinada manera. Al tiempo que lo funcional y lo motivacional apuntan a lo que verdaderamente es, al cómo se suceden los hechos; en este caso a cómo ha sido históricamente y a cómo es jurídicamente el desempeño de la pena. Es decir, tanto la motivación como la función tienen como puntos referenciales los fenómenos sociales verificados a partir de la puesta en práctica de la pena, mientras que la finalidad debe valorarse respecto a lo que ha sido encomendado a la pena cumplir.

Ferrajoli (1997) lo explica a partir del análisis de la pregunta ¿por qué castigar? que es a lo que finalmente se reduce la fundamentación del Derecho Penal en la vida de los seres humanos. A la respuesta de esta pregunta pueden darse distintos sentidos. Puede interpretarse ¿por qué existe la pena? o puede interpretarse ¿por qué debe existir la pena? En el primero de estos sentidos la cuestión se enfoca en una perspectiva científica que admite respuestas empíricas, asertivas, verificables, verdaderas o falsas. El segundo de los sentidos, se enfoca en una perspectiva más axiológica que admite respuestas ético políticas mediante proposiciones normativas que sólo pueden aceptarse como justas o injustas. Esta orientación de la interrogante pretende dar una justificación ético-filosófica a la cuestión del fin.

En este sentido, explica Ferrajoli, (1997) que las doctrinas filosóficas entienden como fines las funciones o efectos de la pena obtenidos empíricamente o que han sido establecidos jurídicamente, de donde se deduce la confusión conceptual que señala que la pena debe ser

segregativa sobre la base de que lo es; o que debe satisfacer las exigencias de estabilidad institucional porque realmente las satisface.(p.s322). La confusión reside en que las tesis axiológicas o justificativas no pueden expresarse en términos asertivos por que son doctrinas normativas, doctrinas del deber ser.

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

Ahora bien, se ha afirmado que la norma jurídico penal es una proposición prescriptiva imperativa de contenido valorativo que pertenece al mundo del deber ser, de manera que la pena como elemento estructural característico de la misma debe enfocarse hacia la obtención de un fin, cualquiera que este sea. En el marco de este enfoque la pena se presume idónea para cumplir los fines ya aludidos, de manera que existe coherencia lógica y metodológica entre el medio escogido para la concreción de los fines y los fines en sí mismos. Sin embargo la cuestión aporética reside en que se han tomado como funciones lo que en realidad se pretende obtener con la pena y con base al criterio distintivo entre función, fin y motivación, de Ferrajoli, al cual ya se ha hecho mención; las funciones corresponde revisarlas en lo que ha sucedido y no en lo

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

que está por suceder y que en consecuencia constituye una aspiración. Así se han equiparado conceptualmente fines y funciones, lo que desde el punto de vista lógico resulta incoherente, pues las funciones atienden a lo sucedido y los fines a lo que sucederá. Las funciones pertenecen al mundo de los fenómenos que pueden percibirse por los sentidos, en cambio los fines pertenecen al mundo de lo que está por venir y en aras de lo cual debe trabajarse, buscando los medios adecuados.

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

El escenario de la discusión ha sido fundamentalmente, la naturaleza y el carácter de la norma jurídico-penal, en el entendido de que, sólo teniendo claridad conceptual sobre estos dos aspectos, se puede llegar a abordar en una perspectiva filosófica idónea lo pertinente a la finalidad de esta norma. Se ha dicho que partiendo de la naturaleza de la norma así como de los elementos que configuran su estructura, la pena viene a determinar la cuestión funcional de la norma y por derivación al propio Derecho Penal. ¿Qué relevancia tiene para esta discusión el positivismo jurídico? En este sentido puede afirmarse que el positivismo jurídico-penal es la dimensión normativa más perfecta que ha logrado alcanzar la ciencia jurídica, pues la norma jurídica en sí, concentra la especificidad de lo jurídico convirtiéndose en el primer y más importante referente en las reglas de juego que implica la praxis del Derecho Penal, aportando, fundamentalmente, seguridad, tanto al ciudadano como al propio Estado.

El principio de legalidad penal ha tenido una trascendencia filosófica, científica, política e histórica que ha sido ampliamente desarrollada en la doctrina jurídico-penal* y en dogmática se transformó a partir de su reconocimiento, siendo uno de los primeros y más importantes efectos la reducción de las condiciones cualitativas negativas de la imposición de penas por parte del Estado.

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

La razón de esto reposa en el carácter ético de la cuestión, al hablar de castigos, al hablar de penas, al hablar de sanciones, en cualquiera de sus expresiones, se está agrediendo la propia condición humana, de manera que al ser la pena el medio por el cual el Estado y la sociedad se han propuesto alcanzar determinados fines, ésta, tiene que ser justificada tanto en su existencia, -consagración en la norma jurídico-penal- como en su aplicación, en tanto que ejecución concreta, de forma tal que, el espacio negativo y nefasto que ella ocupa en la vida de los seres

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

humanos, se reduzca al mínimo y pueda separarse en la mayor medida posible de la arbitrariedad y del abuso. Para explicarlos en términos filosóficos

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

En este sentido, el Estado está en la obligación de explicar justificativamente su razón de ser y esta explicación debe hacerse en términos en los cuales, con el empleo de este recurso, el ser humano resulte individual y colectivamente favorecido. Sólo en estos términos estará el Estado autorizado y justificado en el empleo de tal recurso. Al lograr teóricamente esta justificación y cotejarla con la realidad para poner a prueba la coherencia pragmática de ambas, se está pisando el terreno de lo axiológico, es decir, el terreno propio de la estructura de la norma jurídico-penal que sin su expresión positiva no tendría punto de referencia que sirviera de medida tanto al sujeto activo del delito, como al juez.

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

El principio de legalidad penal que consolida y reafirma el carácter positivo de la ley

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

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

C O N C L U S I O N E S

El desarrollo del presente trabajo de investigación permite llegar a las siguientes conclusiones

1º El desarrollo teórico-conceptual propuesto por Thomas Hobbes en sus principales obras, la manera como explanó la coexistencia de la ley natural con la ley escrita creada por los hombres y la importancia que le imprimió a esta última, permiten calificarlo como un precursor de lo que posteriormente se llamaría positivismo jurídico.

2º El positivismo jurídico es un término al que se le han adjudicado distintos y variados contenidos, pasando por la superposición conceptual entre éste y la filosofía positivista. El positivismo jurídico se ha presentado como jurisprudencia analítica, como Teoría General del Derecho, como positivismo jurídico sociológico, teniendo el común denominador del método experimental y la identificación del objeto de conocimiento de la ciencia jurídica, con algo que tuviera expresión en la realidad de los fenómenos tangibles. En el caso del Derecho Penal el positivismo jurídico concentra su atención en la identidad entre Derecho y norma jurídico-penal.

3º El positivismo jurídico sólo admite analizar desde su espacio conceptual un aspecto del Derecho y no la totalidad de lo que éste es, pues el Derecho, en su esencia, excede lo que es la norma jurídica como su forma de expresión. Con el positivismo jurídico el hombre y el Estado adquieren una nueva ontología desde el punto de vista social toda vez que la norma jurídica escrita le imprime a lo normativo una nueva dimensión de personalidad propia, de autonomía y de independencia.

4º Un análisis filosófico de la estructura de la norma jurídico-penal y de los elementos que la constituyen, revela su pertenencia al mundo del deber ser, en el que predomina lo axiológico y la sanción determina su esencia. En dicho análisis el positivismo jurídico da la pauta para no extralimitar el análisis del Derecho Penal más allá de la norma jurídico-penal, aportando claridad en los conceptos.

5º Desde el positivismo jurídico la confusión que se ha manejado, en materia jurídico-penal, respecto a las funciones y los fines de la norma jurídico-penal, se aclaran, toda vez que partiendo de la naturaleza de la norma jurídico-penal, se le adjudica a ésta un fin que puede cumplir conforme a la naturaleza de sus elementos estructurales.

6º Aclarando conceptualmente la cuestión del positivismo jurídico, se puede proponer una política criminal cónsona con los recursos destinados para ello; en este caso en plena adecuación con la norma jurídico-penal como modo idóneo para la obtención de determinados fines, que en el área penal deben concebirse, enmarcados en los límites propios del principio de legalidad penal y de la forma asumida por el Estado en su desarrollo histórico-político.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alexy, R. (2001) *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. Y Ruiz, J. (1996) *Las Piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Beccaria, C.(1969) *De los Delitos y de las Penas*.Madrid:Aguilar
- Betancur, N. (1994) *Cesare Beccaria. De los Delitos y de las Penas*.Bogotá:Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N (1995) *Thomas Hobbes*. México:Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N (2001) *El problema del positivismo jurídico*.México D.F.
- Bobbio, N. (1997) *Teoría General del Derecho*. Bogotá: Temis.
- Bobbio, N. (2001) *La Teoría de las Formas de Gobierno en la Historia del Pensamiento Político*.México.D.F:Fondo de Cultura Económica.
- Cabral, L.(s/f) *Ubicación histórica del Principio Nullum Crimen Nulla Poena Sine Lege*. Bs Aires.
- Camps, V (2001) *Introducción a la Filosofía Política*. Barcelona: Crítica.
- Cassirer, E. (2000) *La filosofía de la Ilustración*.México D.F.Fondo de Cultura Económica.
- Comte, A (1984) *Curso de Filosofía Positiva.Discurso sobre el Espíritu Positivo*. Barcelona:Orbis.
- Copleston, F (2002) *Historia de la filosofía*. Ariel. Barcelona.España.
- Cossio, C (1944) *Teoría Ecológica del Derecho y el Concepto Jurídico de Libertad*. Bs aires: Lossada.
- Cossio, C. (1954) *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*. Buenos Aires: Arayú.
- Costa, F. (1953) *El Delito y la Pena en la Historia de la Filosofía*.México.D.F: Unión Tipográfica Hispanoamericana.
- Cury, E (1988) *Derecho Penal. Parte General*.Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Dworkin, R. (1984) *Los Derechos en Serio*. Barcelona: Ariel.
- Fernández, J. (1995) *Derecho penal fundamental*. Bogotá: Temis.
- Ferrajoli, L (1997) *Derecho y Razón*. Madrid. Trotta.
- Ferrater, J (2001) *Diccionario de Filosofía*. Barcelona: Ariel.
- Garcia, M (1975) *La Filosofía de Kant*. Madrid: Espasa-Calpe.
- Garcia, M (1980) *Lecciones Preliminares de Filosofía*. México: Porrúa
- Giner, S. (1997) *Historia del Pensamiento Social*.Barcelona: Ariel.
- Goñi, C.(1996) *Tras las idea*. Madrid:Eunsa.

- Hart, H (1961) *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Hassemer, W. (1999) *Persona, mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hassemer, W. y Muñoz, F. (1989) *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Hobbes, T. (1966) *Del Ciudadano*. (traducción de Andree Catrysse) Caracas: U. C. V.
- Hobbes, T. (1999) *Leviatán: La Materia, Forma y Poder de un Estado Eclesiástico Civil*. Madrid: Alianza.
- Hoerster, N (1992) *En defensa del Positivismo Jurídico*. Gedisa: Barcelona.
- Jescheck, H. (1981) *Tratado de derecho penal*. Barcelona: Bosch.
- Jiménez De Asúa, L. (1951) *El Criminalista*. T IV. Buenos Aires.
- Jiménez De Asúa, L. (1964) *Tratado de Derecho Penal*. T.II. Buenos Aires: Losada.
- Kaufmann, A. (1947) *Teoría de las normas*. Buenos Aires: Depalma.
- Kelsen, H (2002) *Teoría pura del Derecho*. Méxco.D.F.: Porrúa.
- Kelsen, H. (1992) *¿Qué es la justicia?* Barcelona: Ariel
- Locke, J. (1990) *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza.
- Maggiore, G. (1954). *Derecho Penal*. Bogotá. Temis.
- Mantovani, F. (1988) *El siglo XIX y las ciencias criminales*. Bogota: Temis
- Martínez, J. (1998) *La preterintención y el Derecho Penal*. Caracas: Livrosca.
- Mir, S. (2002) *Introducción a las Bases del Derecho Penal*. 2ª ed. Montevideo. Bs Aires.
- Molina, C (1995) *Principios Rectores de la Ley Penal Colombiana*. Medellín: Diké
- Munck, T (2001) *Historia Social de la Ilustración*. Barcelona: Crítica.
- Nino, C. (1983). *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- Ortiz, H (2003) *La Especulación ius-filosófica en la Grecia Antigua. Desde Homero hasta Platón*. Bogotá: Temis.
- Pérez, L (1975) *Tratado de Derecho Penal*. T.I. Bogotá: Temis
- Rousseau, J. (1980) *El contrato Social*. Madrid: Selecciones Austral.
- Roxin, C (1997) *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid: Civitas.
- Soler, S (1976) *Derecho penal argentino*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- Villoro, M (1973) *Lecciones de Filosofía del Derecho*. México. D.F: Porrúa.

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

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