

01.

Doctrina

La ley y la norma. La problemática construcción de Karl Binding para el derecho penal.

Revista Escuela Judicial: ISSN en trámite

Año: 01/Nº1 - Noviembre 2021

Recibido: 25/08/2021

Aprobado: 08/10/2021

La ley y la norma. La problemática construcción de Karl Binding para el derecho penal

The law and the norm. Karl Binding's problematic construction for Criminal Law

Por José Ignacio Pazos Crocitto¹

Universidad Nacional del Sur, Argentina

Resumen: La afirmación de Binding de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente, es la norma que precede conceptualmente a la ley penal y que es hallada transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden, es una afirmación que nada aporta. Por el contrario, el distingo aludido es artificioso y complejiza la necesaria inteligencia de una antijuridicidad como infracción a la norma (en sentido amplio) y punibilidad como consecuencia de dicha infracción. De hecho, el concepto de norma de Binding se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento de la antijuridicidad: no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea parte del tipo. Este aporte pretende demostrar que es necesario abandonar en la dogmática penal el distingo aludido, y que, infructuosa e innecesariamente, es seguido por una amplia doctrina.

1. Defensor ante el Tribunal Oral Federal de Bahía Blanca. Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad Nacional de La Plata). Magíster en Políticas y Estrategias (Universidad Nacional del Sur). Especialista en Derecho Penal (UNS). Especialista en Derecho Empresario (Universidad de Buenos Aires) y en Derecho Concursal Profundizado (UBA). Profesor Asociado a cargo de la asignatura Derecho Penal II (UNS). Profesor Adjunto Ordinario de la asignatura Ciencia Política (UNS). Profesor Adjunto de la asignatura Derecho Penal I (UNS). Profesor en la Especialización en Derecho Penal (UNS).

Palabras clave: Binding – Imperativos – Normas – Mandatos.

Abstract: *Binding's assertion that the prohibition or mandate, the legal order against which the offender acts, is the norm that conceptually precedes the criminal law and that is found by transforming the first part of the criminal propositions into an order, is a affirmation that nothing contributes. On the contrary, the aforementioned distinction is artificial, and complicates the necessary understanding of an unlawfulness as an infringement of the norm (in the broad sense) and punishable as a consequence of said infringement. In fact, the concept of the Binding norm moves in the same direction as the theory of typicity as the basis of unlawfulness: there is no criminally decisive norm for the foundation of the sentence that is not part of the type. This contribution aims to show that it is necessary to abandon the aforementioned distinction in criminal dogmatics, and that, unsuccessfully and unnecessarily, it is followed by a broad doctrine.*

Keywords: *Binding – Imperatives – Rules – Mandates.*

La teoría penalista de Binding.

El concepto de norma

Un importante grupo de penalistas continúa aferrado a una rareza peculiar, pues distingue en la especie donde nadie distingue en lo general. Desde los tiempos de Karl Binding, reconocido representante del positivismo normativista,² suele diferenciarse entre *ley* y *norma*; para la primera es dable reservar el sentido lato de norma, es decir, un conjunto de leyes y disposiciones legiferantes en general, en tanto para la segunda voz se reservaría la idea de norma *stricto sensu*. En esta consideración, la norma resulta ser un prius lógico respecto de la ley penal, así como parejamente el juicio de valor precede lógicamente a la norma. Que la norma se encuentre formulada junto a la ley penal no es necesario, se relaciona con aspectos de técnica legislativa.

no se puede negar [...] que existen normas que no se corresponden con ninguna ley penal. Tales “normas sin sanción” no solo dan lugar a un ilícito, cuando un comportamiento cae bajo el juicio de desvalor que está contenido en ellas, sino también a una culpabilidad, en el supuesto en que el autor, a pesar de su capacidad para motivarse mediante la norma, no ha cumplido el deber. Con esta reprobación, sin embargo, se agota la consideración valoradora de tales comportamientos;

2. Binding defendía una teoría objetiva de la interpretación; tomaba como referencia el derecho positivo –no la ley positiva–; por ello, el centro de su construcción dogmática no eran las leyes penales, sino las “normas”, que pueden ser no escritas. “El positivismo de Binding subraya la independencia de la ciencia del Derecho (positivo) frente a la filosofía, las ciencias sociales y –no en último término– frente a la legislación. En este sentido, Silva Sánchez señala que Binding no sostenía una vinculación estricta del dogmático a la ley [...] [siguiendo] un método dogmático ‘teleológico’” (Cardenal Motraveta, 2002, p. 174, nota 315).

una materialización en la forma de la pena no surge de aquí.
(Kaufmann, 1977, p. 262)³

También, a una norma pueden corresponder varias leyes penales, pues hay normas cuya transgresión solo está penalizada en parte.

Las normas son siempre proposiciones jurídicas, aun cuando no hayan sido formuladas expresamente –como suele ser común– por una fuente del derecho. Pertenecen al derecho público, y, en tanto ninguna ley las contenga expresamente, son proposiciones del derecho no legislado. El aserto de que *todas* las normas jurídicas –como las entiende Binding– sean proposiciones jurídicas ha sido criticado, entendemos, con éxito; pues dichas normas, en ocasiones, pueden ser proposiciones jurídicas, pero la más de las veces serán normas éticas: “No son una consecuencia del derecho en sentido estricto, sino de la justicia en tanto represalia compensadora” (Geyer, citado en Kaufmann, 1977, p. 313).⁴

Las teorizaciones de Max Ernst Mayer respecto de las *normas de cultura* también van por esta vena. Distanciándose de Binding, entiende que las normas que el delincuente vulnera no están en el derecho, sino en la cultura; una norma cultural tiene que ser

3. Aquí radica la diferencia entre “delito” como referido a la violación culpable de la norma y “crimen” que se refiere al delito punible.

4. También con cita de Lucas: “Binding se equivoca cuando considera [...] a todas las normas como normas *jurídicas*, pues solo una parte de aquellas es de naturaleza *jurídica*; la otra pertenece a otros ámbitos del ordenamiento social, tales como la moral, la política, la economía, la policía” (Kaufmann, 1977, p. 314).

transformada en norma jurídica a través del orden jurídico.⁵ La idea de normas, como *proposiciones del derecho no legislado*, es la aplicación, en sentido formal, de la tesis inicial de Binding de prioridad lógica de la norma respecto de la ley.

Para Binding, el delincuente no infringe leyes, sino que, en estricta rigurosidad, cumple lo que aquellas dicen, llena su contenido vacío –i.e. entre el delito y el contenido de la ley penal no existe una relación de oposición sino de concordancia (Soler, 1992, p. 141)–. Lo que viene a quebrantar es algo distinto, que se halla por encima y por detrás de la ley: la norma. Binding parte de la supuesta comprobación de que el delincuente no puede, en modo alguno, actuar en contra de las distintas leyes penales particulares, sino que actúa “precisamente conforme a la primera parte de la ley penal. Con otras palabras: el delincuente realiza el tipo penal de la ley, es decir, no viola para nada la ley penal” (Kaufmann, 1977, p. 3).

Kaufmann explica que la idea de *transgresión* o *violación* a la ley penal está fundada a pesar de ello, pues indica que hay otras leyes que el agente viola y que son falsamente identificadas con las leyes penales; la primera parte de la ley penal procura caracterizar la acción que merece pena, describe la transgresión de una ley: “La ley que el delincuente transgrede precede conceptual y regularmente, pero no necesaria y temporalmente, la ley que dispone la forma de su condena” (Kaufmann, 1977, p. 4).

5. Kaufmann explica, con agudeza, que el distanciamiento no sería tal, pues las *normas culturales* de Mayer no se corresponden necesariamente con las *normas* de Binding; en tanto aquellas responden a un núcleo deóntico que una sociedad promueve en respuesta a sus intereses, entendiendo por sociedad, no la estatal, sino un grupo con intereses compartidos del que puede haber incontables muestras –una inmensa pluralidad–. De todas formas, la discusión excede en mucho a nuestra propuesta. Cf. Kaufmann, 1977, p. 315.

A estas proposiciones jurídicas, como ya lo señalamos, Binding las llama *normas*: “porque el delincuente solo puede transgredir la proposición que le prescribe el modelo de su conducta”.

El conocimiento de estas proposiciones jurídicas tiene que ser previo a cualquier otra teoría del derecho penal (v.g. teoría del delito o de la culpabilidad).

Hay en Binding una separación conceptual entre “ley” y “norma”, pero no desconoce que el legislador –frecuentemente– crea una y otra *contemporáneamente uno actu* (Mezger, 2010). El mandato, o la prohibición, el precepto legal contra el que se dirige el delincuente, es la norma, que conceptualmente precede a la ley penal: “pero este mandato lo encontramos, ante todo, transformando la primera parte de nuestros preceptos en un mandato imperativo” (Mezger, 2010, p. 341).

Para Binding, la necesidad de las normas –según lo explicado– es lógica, pero también es real. Esto último es más difícil de hallar, reconoce aquel, pues en la época de la codificación se tiende a buscar esas normas en el derecho legislado; pero, si se acepta la distinción aludida, la búsqueda no puede dar resultado alguno: la norma, por lo general, no se halla codificada. El mecanismo para hallarla es variado (Kaufmann, 1977): el desarrollo mediato a partir de la ley penal misma; la demostración a partir de las necesidades de la legislación; la investigación de las normas del derecho escrito; y la consideración de la historia del derecho. El primer supuesto es clásico, pero presenta dificultades. Por caso, del artículo 79 del Código Penal argentino puede deducirse la norma que subyace de dos formas: “No debes matar” o “No debes matar, so pena de castigo”. La segunda

proposición tiene el problema de unir la prohibición a la amenaza del castigo, con lo que, al presentar al súbdito la alternativa, la prohibición se diluye dejando solo un consejo de omitir el delito en consideración al Estado. Como imperativo sería un absurdo, tanto desde su forma como desde su contenido. Si se concibiera el imperativo como incondicionado, pensando la amenaza de pena como una mera referencia a la consecuencia penal –pero esto último puede llevar dos posibilidades: o se entiende la amenaza como indicación a los súbditos de la ley o como un deber que surge para el Estado en virtud de la acción delictiva del agente–, el agente sería castigado no porque actuara como actuó sino porque sabía cómo actuaría el Estado. Esto reconduce a una teoría psicológica de la coacción (Feuerbach, 2010) y a valoraciones sobre las expectativas del agente (v.g. escapar a la sanción). Como norma no es fundable. Solo resta fundar la norma en la primera parte de la norma sin el agregado (i.e. “No debes matar”). Es decir que solo cabe derivar el imperativo a partir de la primera parte de la ley penal:

Tal prohibición y mandato satisfaría totalmente la exigencia de ser una norma de formas de acción. En este caso, el delincuente [hace] precisamente aquello que la prohibición quiere que se omita; su acción y la conducta que le está ordenada se hallan en oposición contradictoria [...] La norma es, pues, una orden pura, no motivada, especialmente no motivada por la amenaza de la pena. (Kaufmann, 1977, p. 6)

Las normas de prohibición solo rezan “No debes matar”, “No debes robar”, *et sit cetera*. Si bien Binding lo rechaza, podemos adelantar una crítica y es que estos imperativos no se distinguen de las leyes éticas.

En Jeremy Bentham puede hallarse de forma embrionaria una construcción similar. Para el filósofo inglés, toda disposición jurídica es una norma que prescribe cierto comportamiento como obligatorio en determinadas circunstancias, pues esas disposiciones son la expresión del legislador de que ciertos actos deben ser hechos por ciertas personas en determinadas circunstancias; todas las operaciones de que el derecho se ocupa son reducibles a la idea de “crear deberes”⁶. Pero los términos *norma jurídica* y *disposición jurídica*, si bien han sido usados como si tuvieran el mismo significado, deben ser diferenciados; así: *disposición jurídica* es usada para designar la unidad básica en la que un orden jurídico es dividido, y *norma jurídica* se utiliza para designar una disposición jurídica dirigida al comportamiento de los seres humanos imponiéndoles deberes o confiriéndole facultades.

Toda disposición jurídica tiene que tener una prescripción, la cual es un mandato o una prohibición. Esto significa que todas las otras prescripciones y secciones en el sistema jurídico tienen que ser arregladas alrededor de estas prescripciones principales y ser relacionadas con ellas como explicaciones, cualificaciones, advertencias, etcétera. (Raz, 1986, p. 101)

Eduardo García Máynez (1940) también exploró una distinción similar, si bien desde la perspectiva de la estructura del constructo legal:

La significación de los preceptos legales no ha de confundirse [...] con el objeto a que se refieren. El objeto, último término del proceso interpretativo, es *la norma que el texto expresa*. Pongamos

⁶ Raz (1986), que a su vez se basa en Hart, H. L. A. (1982), *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press.

un ejemplo para explicar la diferencia entre significación y objeto, en lo que a los preceptos del derecho atañe. Si digo que el comprador tiene derecho a exigir del vendedor la entrega de la cosa vendida, expreso lo mismo que cuando afirmo que el vendedor está obligado a entregar la cosa al comprador. Y, sin embargo, no se trata de dos normas diferentes, sino de expresiones diversas del mismo precepto jurídico. Las expresiones son distintas, pero refiriéndose a un solo objeto. Se trata, pues, de expresiones legales equivalentes. La distinción entre significación y objeto del texto legal revela claramente que la búsqueda de su sentido no tiene otro fin que el de llegar –a través de la significación– hasta el objeto, que en el caso es la norma. (p. 149; subrayado propio)

Arturo Rocco (2001) señalaba que la ley penal, justamente porque regula las consecuencias jurídicas derivadas de los hechos ilícitos denominados delitos, presupone necesariamente un precepto: positivo o negativo, un mandato o una prohibición, una imposición o una prohibición, cuya transgresión tenga como consecuencia la aplicación de la pena.⁷

Este imperativo (tú debes, tú no debes) que el delincuente viola mediante su acción delictuosa, y a cuya transgresión está conectada la consecuencia jurídica de la pena, es aquello a lo que Binding llama “norma”. Ella no es por cierto, como ya es reconocido unánimemente, una norma simplemente ética o política, sino una verdadera y propia norma “jurídica”. (pp. 69-70)

7. La distinción entre *precepto* y *sanción* penal es una tarea científica que viene ya de antiguo en la doctrina. A ello se refirió Hobbes (*De cive*, cap. XIV, §§ 6 y ss.) y Puffendorf (*Die iure naturae et gentium*, L. VIII, cap. III), también Feuerbach (*Betrachtungen über Dolos und Culpa* en “Bibl. für peñl. Rechtswissenschaft”, II, parte I); pero quien le dio una formulación científica fue Binding, con su “Normentheorie”.

Siguiendo con Binding, las otras formas de demostración de las normas mencionamos que son “mediata de la norma a partir de las necesidades del Legislador”, donde, como el legislador formula las obligaciones que los súbditos tienen que cumplir de una forma personal, entonces debe decir exactamente qué es lo que reclama; de allí resulta el contenido y la forma de las normas: “Su forma es la de la orden; su contenido, prohibición o mandato, acción que debe ser realizada u omitida” (Kaufmann, 1977, p. 8). Las normas coinciden plenamente en su forma y contenido con las derivadas de la ley penal. La tercera forma de demostración es “la investigación de las normas del Derecho escrito”. Suelen existir muchas normas escritas. Se hallan parcialmente en la misma ley penal o en otra parte. Algunos tipos penales suelen hacer referencia a prohibiciones o mandatos que se encuentran fuera de ellos.

Y finalmente se puede recurrir a “la demostración a partir de la historia del Derecho”. En el pasado, señala Binding, han existido mandatos y prohibiciones: normas expresas; ejemplo de esto era el Decálogo. Posteriormente, ya en el derecho romano primitivo, la norma se formuló juntamente con la ley penal para sus transgresores, hasta que finalmente desapareció la norma y solo restó la ley penal con sus dos partes.

El Decálogo es un libro de normas. La norma crea lo antijurídico; la ley, el delito. La disposición penal se compone de preceptos y de sanciones y la Norma es prohibitiva o imperativa; de ahí nace la acción y omisión que el Derecho penal castiga. (Jiménez de Asúa, 2005, p. 83)

Se sostiene que con esta distinción se procura reducir el puro legalismo del derecho y evitar que la norma jurídica escrita tenga tal extensión que todo esté en ella (Jiménez de Asúa, 2005, p. 84).

En resumen, el mandato o la prohibición es lo que Binding llama norma. Ella precede a la ley penal, puesto que esta no hace sino definir la infracción de la norma con la consecuencia de la pena, a menos que por otros motivos no la considere inmune de punición. Por tanto, toda vez que la ley positiva formula las prohibiciones –“Tú no matarás”, “Tú no robarás”–, estas normas constituyen el fundamento de las leyes penales y la culpable transgresión de las normas mismas es el delito.⁸

La teoría de los imperativos

Karl Binding es, entonces, el creador de la *teoría de las normas*, insuflada por una fundamentación de la moral en el derecho penal. Binding fundamentaba la Teoría del Delito en un concepto de norma proveniente de la *teoría de los imperativos*. La distinción aludida entre norma y ley penal deriva hacia que las normas son un imperativo dirigido a los ciudadanos, que preceden conceptualmente a la ley penal y pertenecen al derecho público en general. Por el contrario, la ley penal es un mandato hipotético dirigido al juez para que ejerza el derecho subjetivo del Estado a sancionar al sujeto que ha cumplido con el presupuesto de la ley penal.

8. Rocco reconoce el enorme predicamento que tuvo esta teoría. Fue seguida en Alemania especialmente por Bierling, Thon, Schuppe, von Rohland, Oppenheim, Otter, Belling, Finger, Janka, Kitzinger, Höpfner, M. E. Mayer, Kolrausch; en Italia por Lucchini, Buccellati, Civoli, Cammeo, Del Vecchio.

La norma no constituye un elemento de la ley penal

sino que, al lado de ella, es una “proposición jurídica totalmente independiente” que no participa “necesariamente del destino de la ley penal”. Esta independencia de la norma con respecto a la ley penal resulta también de “fines fundamentalmente diferentes”. Además hay normas cuya sanción se encuentra en leyes totalmente distintas de la ley penal; y, finalmente, la norma prohíbe más acciones que las que la ley penal amenaza con pena. (Kaufmann, 1977, p. 12)

La independencia de la norma patentiza que esta es obligatoria por sí misma, y lo seguirá siendo aunque falte la correspondiente ley penal.

Determinar el contenido de la norma no es sencillo. Si bien puede partir de la primera parte de la ley penal, en otras ocasiones su alcance es un asunto discutible. Binding advierte sobre el peligro de generalizaciones, como asimismo de formulaciones numerosas o estrechas. Las normas solo pueden ordenar o prohibir, sin tener en cuenta la finalidad de la acción. Por caso, no podría ser una norma “No debes matar *dolosamente*”; este último elemento no forma parte de la norma (Kaufmann, 1977, p. 10).

La norma se concreta en órdenes prohibitivas o preceptivas, cuyo objeto está constituido solo por acciones u omisiones y no por el resultado de las mismas.

Desde esta perspectiva, el bien jurídico carece de valor, es algo inherente a la norma y su lesión no puede entenderse

diferenciada de la norma, de su desobediencia. En efecto, Binding considera que la norma tiene como principal tarea la de fundamentar los deberes eminentemente personales de acción u omisión; por ello, su contenido no puede ser otro que exigir el cumplimiento del deber de obediencia o sumisión al Derecho soberano. Pero el motivo último de la prohibición reside en el efecto de la acción prohibida, en su resultado perjudicial para la vida del Derecho y, a la inversa, mediante el mandato de una acción debe lograrse un resultado ventajoso. Por ello, como las normas también cumplen una función protectora de bienes jurídicos, se establece la exigencia a las personas de “organizar sus acciones de manera tal que no pueda producirse tal perjuicio”. (Pérez Alonso, 1997, p. 188)⁹

El fundamento y fin de las normas es la inadmisibilidad jurídica de las acciones u omisiones. Cuando se dicta una prohibición, es porque la conducta prohibida se presenta como inadmisibles para el orden jurídico; y cuando se dicta un mandato, es porque dicho mandato deviene indispensable (i.e. su omisión es inadmisibles). El presupuesto para la formulación de toda norma proviene del conocimiento de la inadmisibilidad de determinadas formas de comportamiento humano en relación con las necesidades del ordenamiento jurídico. Congruentemente con esta concepción de la norma, el delito es definido como la infracción culpable de la norma, como una lesión de un derecho subjetivo del Estado al sometimiento.

Debe destacarse que una teoría de las normas es el motor de la elaboración de cualquier sistema. La teoría de las normas de Binding

9. Cf. Kaufmann, *op. cit.*, p. 13.

se dirige a las implicaciones lógicas de las leyes penales, destacando dos puntos fijos:

- *Norma de sanción*: ley penal dirigida al juez. Implica una determinada toma de postura negativa del legislador respecto al comportamiento del autor.
- *Norma de conducta*: referida al comportamiento del autor, cuya existencia, aun sin formulación expresa, debe ser afirmada en la medida en que es lógicamente necesaria.

De lo dicho se extrae que existen *normas de valoración* que se refieren al comportamiento del autor, caracterizándolo negativamente, y que preceden lógicamente a la norma de sanción formulada en la ley. El presupuesto conceptual de todo dictado de una norma, y al mismo tiempo su único motivo, es un

juicio acerca de la inadmisibilidad jurídica de determinadas acciones y omisiones. Expresa, pues, la concepción de que necesariamente la norma está precedida lógicamente y realmente por un juicio de valor. Más aun, Binding pretende distinguir en todas las normas dos cosas: una declaración de que lo que está prohibido en la norma es inadmisibile para el orden jurídico, y lo que está ordenado, indispensable, para separar tajantemente de esto una orden que crea deberes de acción y de omisión. (Kaufmann, 1977, p. 88)

Max E. Mayer y las normas de cultura

Max Ernst Mayer (2015) hablaba de las “normas de cultura”, donde las normas del derecho, antes de ser positivas, eran ya válidas en

otros grupos diferentes de la sociedad estatal. Mayer no excluye la idea de valoración, pero la reduce; no habla de una relación lógico-objetiva como Binding, sino conceptual.¹⁰

También puede hablarse de *normas de determinación*, no escritas y dirigidas a los ciudadanos, prohibiéndoles la comisión de acciones punibles. Fluyen de la función del derecho penal de protección de los bienes jurídicos, que solo puede realizarse haciendo surgir en los ciudadanos una motivación leal al derecho.

10. Existen otras críticas a estas normas de cultura, pero que no acompañamos, procedentes del riñón de Binding, Beling y Kelsen. Especialmente el último señalaba que el hecho de que los ciudadanos ignoraran de ordinario lo que dicen las leyes es una mera *quaestio facti* tan irrelevante como la eventualidad de que los jueces u otros funcionarios las desconozcan. “El conocimiento del Derecho por los órganos del Estado se postula exactamente por la misma razón que el conocimiento del Derecho por parte de los súbditos. Aquellos deben conocer la ley por ser los llamados a aplicarla, estos por estar obligados a obedecerla”. Y entonces no constituiría indicio alguno, como suponía Mayer, de que el particular se rija por otros preceptos que los jurídicos. Kelsen agregaba que la calificación de “culturales” de las normas importaba diseñar una simple generalización de ideas, atendiendo sobre todo al faltante de una cultura objetiva de alcance general que permitiera iluminar con ello un concepto de norma; además, siendo que la norma posee una función individual que varía de sujeto a sujeto, la metarreferencia devenía aún más inoperante. De más está decir que la mayor crítica kelseniana se direccionaba a que las normas de cultura eran en rigor principios suprajurídicos, o sea, ajenos al ordenamiento positivo; en definitiva, se confundía derecho con moral. (Guzmán Dalbora, 2010).

Lo cierto es que la teoría mayeriana ubicaba correctamente la distinción entre Estado y derecho que Kelsen había perdido. Agudamente advertía que debía denegársele a aquel toda injerencia sobre la cultura que vaya más allá de proteger la preexistente mediante los mecanismos coercitivos de que dispone. Asimismo, Mayer observaba que es de la cultura de donde se extraen los bienes jurídicos que el precepto penal encapsula; es en las normas de cultura donde los bienes adquieren la categoría de valores que merecen protección. Para ello, se procuraba una justificación –indudablemente– suprallegal (Cf. Guzmán Dalbora, 1993).

Guzmán Dalbora advierte que la relevancia de las normas de cultura es indudable, que recurrimos tanto desde la dogmática como desde lo cotidiano a ellas. La suprallegalidad es inmanente a nuestro trato. Por esta vía, detecta que la “conciencia de la antijuridicidad” no implica el conocimiento del precepto vulnerado, sino “que el autor sepa que su comportamiento contradice las exigencias del orden comunitario y que, por consiguiente, se halla prohibido jurídicamente [...] el punto de referencia de esta comprensión al modo del profano [no puede ser otra que] la norma de cultura que aprueba o rechaza el obrar de cada cual al compás de su correspondencia o desacuerdo con dicho orden comunitario. Que normas semejantes, y no las jurídicas, resultan perceptibles para una mente más bien ayuna de conocimientos legales” (Guzmán Dalbora, 2010, p. 16).

Con el “dictado de las normas” se produce el paso de la pasividad a la actividad, de la “valoración” a la “orden”; es decir, el cambio del *juicio de valor* al *juicio de deber ser*. Cuando la valoración deviene motivo legislativo, ingresa la idea de finalidad en el ámbito de la teoría del derecho. “El único fin de la norma es prohibir determinadas acciones a causa de su naturaleza o efectos nocivos para el derecho y ordenar otras a causa de su indispensabilidad” (Kaufmann, 1977, p. 97).

El paso del juicio de valor a la norma no es contingente, solo se puede alcanzar mediante el aseguramiento de los valores positivos del acto; de allí que la conducta prohibida es socialmente no ética. Un momento del deber ser pertenece ya a la esencia de su valor, por lo tanto, tiene que estar contenido en su ser ideal.

El objeto de la norma es idéntico con el correspondiente juicio de valor, que expresa un “deber hacer” y no un “deber ser”, más allá de que se refiera a la realización de valores subjetivamente posibles. Ahora bien, el juicio de valor puro puede ser “válido” pero no “obligatorio”; el objeto de un juicio de valor tiene que ser concebido como objetivo, a fin de poder hablar de obligatorio.

Pero el momento teleológico va más allá aun: quien concibe a la norma como motivo posible de una conducta conforme a la norma, se verá, por lo general, inducido a preocuparse también por esta posibilidad de motivación; es decir, la norma es expresada para dirigirse también de esta manera al sujeto normativo. (Kaufmann, 1977, p. 99)

Para Binding, se tiene que decir claramente a los súbditos qué se exige de ellos. Solo así “la norma realiza su salto a realidad del derecho”.¹¹

Según que la columna vertebral del derecho penal se sitúe en la norma de valoración o en la de determinación, el concepto sistemático de injusto aparecerá definido preferentemente mediante elementos objetivos o subjetivos. Ello denota las implicancias no baladíes de la construcción de Binding. Por caso, observar la tentativa inidónea como paradigma de lo que es una conducta disvaliosa (como puro desvalor de acción, donde el desvalor de resultado se reduce a una simple condición de punibilidad)¹² fue la consecuencia lógica de la absolutización de la norma de determinación y de la doctrina del injusto personal pretendida con ella.

En el moderno pensamiento teleológico (funcional), los enunciados de deber que mandan o prohíben un comportamiento determinado (*imperativos*), a diferencia de las expresiones relativas al ser, pueden derivarse de *juicios de valor* y viceversa. Sin embargo, no debe ignorarse que a partir de una *norma de valoración* pueden desarrollarse muy diversas *normas de determinación*. Por ello, ni el sistema del derecho penal ni con mayor motivo las cuestiones materiales pueden verse prejuizados por la adhesión a una norma de determinación, que se deriva de modo no necesario sino contingente.

11. Según Mezger (2010), el derecho tiene una doble función: al determinar la antijuridicidad objetiva, funciona como *norma de valoración*, y al determinar la culpabilidad, funciona como *norma de determinación*. La diferencia con Binding es que para Mezger en ambos casos funciona como normas del deber ser, pero en el primer caso diría “Se debe” (antijuridicidad) y en el segundo “Tú debes” (culpabilidad).

12. Cf. Sancinetti, 2001, p. 19 y ss.

Teorías de las normas fundadas puramente en normas de determinación amenazan con producir en el marco de un sistema penal orientado a fines consecuencias radicales aún peores que las ocasionadas por el finalismo.

La vuelta a Binding se confirmó con la publicación de la obra de Armin Kaufmann y las importantes consecuencias que obtiene este autor sobre lo vivo y lo muerto en la teoría de las normas de Binding. Destaca aquel discípulo de Welzel que existe una comprobación evidente, y es que

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

Adelantándonos a la crítica a la teoría de Binding, el aserto de Kaufmann es superfluo, pues nada dice aun acerca de la necesidad de las normas, y por otra parte tampoco se involucra con su construcción conceptual, sino que simplemente puntualiza sobre un aspecto de la realidad psicológica –no empírica–, que ha explorado con mayor profundidad la noción de las normas como razones para la acción de la mano de Joseph Raz; y, además, podemos pensar con normas al estilo de Binding, pero también al estilo de Kelsen, como veremos.

La posición de Hans Kelsen en torno al constructo Binding-Kaufmann

Toda esta construcción, entendemos con Kelsen, adolece de errores. Es inexacto decir que la norma que impone una obligación (v.g. cumplir el servicio militar) se *deduce* de la que impone un castigo al que no lo cumple.

En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esa identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción. (Rodilla, 2005, p. 204, nota 37)

Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, no existe diferencia entre la norma que prohíbe matar y la norma que prohíbe el homicidio con una pena de ocho a veinticinco años: “en realidad, si la primera es una norma jurídica, es en la medida en que esté integrada sin residuos en la última” (Rodilla, 2005, p. 204).

Solo desde un punto de vista psicológico cabría sostener que existen dos clases de normas (o ley y norma, en la terminología de Binding), pues la presión se siente diferente en cuanto dirigida al ciudadano y en cuanto dirigida al funcionario. Robert von Hippel y Julius Binder discurren de manera similar. El primero señala que es

un sinsentido sostener que quien viola el derecho actúa conforme al derecho penal, al que en realidad no viola, sino que cumple; y que habría que buscar las normas más allá de la ley penal:

En verdad, la ley penal misma, en virtud de la vinculación entre tipo penal y consecuencia penal, contiene mandatos y prohibiciones, es decir, la norma que viola el delincuente. No tiene aquí ninguna importancia que la ley elija técnicamente la fórmula “Esto o aquello está prohibido. Quien viole esta prohibición, será castigado de tal o cual manera”. (Kaufmann, 1977, p. 54)

Binder, similarmente, explica que el hecho de que el delincuente viole la ley no significa otra cosa que no sea que este realiza la acción a la que la ley impone pena, y la razón de este proceder de la ley no es que el delincuente ha violado algún mandato o prohibición que haya que rastrear en otra parte, sino que la acción ha puesto en peligro las condiciones de existencia de la comunidad (Kaufmann, 1977).

Esta norma jurídica no puede ser, como lo pretendía Binding, “un puro imperativo, no motivado ni particularmente sancionado mediante una amenaza penal” (i.e. una norma jurídica primaria, autónoma e independiente de la ley penal), sino que es parte constitutiva de la ley penal y máxima, también ella, del derecho penal (i.e. las normas mismas del derecho privado y público, en cuanto regulan imperativamente la conducta humana). Precepto jurídico y sanción son elementos esenciales e insolubles de la ley; no existen normas jurídicas que consistan en puros y simples imperativos, en meros mandatos o prohibiciones no motivados. “Solo mediante la *sanctio legis* el *praeceptum legis* se transforma en imperativo, en mandato

o prohibición, y, como tal, se impone a la voluntad de los súbditos” (Rocco, 2001, p. 72).¹³

El precepto precisa de la amenaza (i.e. la sanción) para impedir sus posibles violaciones; la amenaza (i.e. la sanción), que resulta vana por la ocurrida violación del precepto, necesita de la ejecución de la amenaza (i.e. aplicación de la sanción) para impedir las ulteriores violaciones del precepto mismo. De donde puede concluirse que al precepto le es necesaria también la aplicación efectiva de la sanción. Más precisamente: al precepto no violado, pero violable, le es necesaria la sanción para que no sea violado; al precepto ya vulnerado, pero siempre violable, le es necesaria la aplicación de la sanción para impedir sus ulteriores posibles violaciones. De ello se decanta que ningún imperativo jurídico puede diseñarse sin coacción psicológica, y ninguna coacción psicológica sin posibilidad de coacción física (amenaza, sanción); ergo se concluye en la unión e indisolubilidad del “precepto” y la “sanción”; de donde, si el concepto completo de norma jurídica incluye ambos términos, la concepción de Binding de una *norma precepto* distinta de una *norma sanción* en particular separa el imperativo jurídico de la sanción penal, reduciendo la ley penal a una determinación de las consecuencias

13. Explica el autor que concebir la norma jurídica como un conjunto de imperativos no significa sino que ellos operan como una fuerza que impone motivos, y por ende deberes, a la voluntad humana.

El puro imperativo inmotivado, independiente de la sanción, no puede por sí solo actuar como un motivo determinante de la voluntad humana (i.e. crear la necesidad psicológica en que consiste el deber jurídico). La necesidad solo puede ser el efecto propio y exclusivo de la sanción. Lo que no implica que, para cumplir con la función determinante de la voluntad, la norma jurídica necesite siempre acudir al uso efectivo de una reacción física por su violación (i.e. no el uso *efectivo* sino *posible*).

“Solo se quiere decir esto: que el puro imperativo inmotivado, sin la posibilidad jurídica de una reacción física, no puede por sí solo poner motivos a la voluntad; y que justamente en la posibilidad y necesidad jurídica (derecho y deber) del uso de la coacción física, es decir, en la amenaza, consiste el concepto de la sanción. Sin ella, no se puede, pues, hablar de norma jurídica y de deber jurídico” (Rocco, 2001, p. 74). Con lo que Rocco se aparta de Binding y se acerca a Kelsen.

jurídicas penales derivadas de la violación de un imperativo jurídico subyacente fuera de ella, lo que no es admisible.¹⁴

Los mandatos fundan obligaciones jurídicas en aquellos a quienes se dirigen (en definitiva, relaciones jurídicas). Pero no puede seguirse de ello que esos mandatos sean normas jurídicas distintas e independientes de los imperativos de los que quieren asegurar su observancia. Son, en rigor, partes constitutivas de una misma y sola norma jurídica: la ley penal.¹⁵

Kelsen (2005) advierte que los códigos penales no suelen contener ninguna norma que establezca –como en los Diez Mandamientos– no matar o prohíba el adulterio u otros delitos, sino que

se limitan a enlazar ciertas sanciones penales a determinados hechos [...] se ve claramente que la norma que establece: “No debes matar” es superflua, si existe una norma válida que establezca que: “Quien mate, será sancionado penalmente” [...] el orden jurídico justamente prohíbe determinada conducta, en cuanto enlaza a esa conducta una sanción. (p. 68)

14. Rocco señala que la sanción penal, como toda sanción, se resuelve ella también en un *doble mandato*: a los órganos del Estado para que apliquen la pena y a los individuos que deben sufrir en potencia el mismo. Binding opina en contrario, pues para él la ley penal no contiene ningún mandato, sino simplemente una norma permisiva, desconociendo el principio de la *general naturaleza imperativa de la norma jurídica*. Cf. Rocco, 2001, p. 77.

15. Kelsen separa científicamente dos constructos conceptuales: el puro precepto (v.g. “No debes robar”), al que denomina norma primaria, y la prescripción jurídica o norma secundaria. Pero ello no quita que ambas no sean, en realidad, dos normas jurídicas sino una indistinta. Una norma jurídica que, mientras por un lado prohíbe o manda una determinada acción u omisión, por el otro determina qué consecuencias jurídicas penales deben seguir a esta acción u omisión.

Binding, dice Kelsen, de una cuestión de palabras hace toda una doctrina [...] Pero, sea o no así, esa doctrina olvida que el deber contenido en la ley penal es tan intangible o inviolable como el de la norma. Lo que ataca, quebranta o destruye el acto ilícito no es una norma ni una ley, sino un estado real “de paz”, en el sentido de equilibrio y mantenimiento de los bienes que el derecho tutela. El hecho es contrario a la norma cuando es lo contrario de lo que la norma quiere que ocurra, cuando es opuesto al *fin* de la norma. El delito modifica el orden fáctico, es de la naturaleza del ser; y la norma pertenece a un orden télico, es de la naturaleza del deber ser. Lo que engaña a Binding es que la norma formula el fin más claramente que la ley penal; pero, según Kelsen, la ley penal tiene el mismo fin, aunque no lo exprese. La norma es, pues, para Binding, la formulación autónoma del fin del derecho; pero del fin del derecho no juzga la dogmática, sino la sociología o la política: *finis legis non cadit sub legem*. (Soler, 1992, pp. 142-143)

Si bien Kelsen se basa en la tesis de la coactividad para liquidar la terminología de Binding y disolver la distinción entre normas primarias (que imponen deberes) y normas secundarias (que estipulan sanciones), y ello sirve efectivamente para soslayar la absurda distinción a que se alude, lo cierto es que aquel –y esto vale la pena resaltarlo aquí nuevamente para guardar coherencia con lo ya dicho– no observa, como Hart (2004) y autores posteriores, que las normas son de diferentes géneros lógicos, de donde la reducción de todas las normas jurídicas a un solo tipo triunfa allá, pero falla aquí.

Tan artificiosa es esta construcción de Binding, que lleva a precisar algunas distinciones de forma muy trabajosa que la filosofía jurídica ya resolvió por otros andariveles. Nos referimos en primer lugar a las

reglas como formulaciones que aparejan un deber jurídico. Binding explora la necesidad de equiparar el “tener obligación a” con el “estar obligado a” para fundar el deber jurídico concreto. Este deber jurídico lo construye una proposición jurídica que tiene efecto obligatorio, esto es, una norma (Kaufmann, 1977). El positivismo moderno no precisa tal equiparación; por el contrario, distingue ambos conceptos para poder reportar la normatividad del derecho y diferenciarlo así de las simples órdenes de un pistolero (Hart, 2004).

Otra distinción que nos trae es la existencia de “dos deber ser” distintos. Por un lado, existiría el deber ser como “declaración de la voluntad” (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta” significa que “Ticio quiere que Sempronio cierre la puerta”) que es un “querer”, un acto de voluntad dirigido a la imposición del acto de la orden; aquí: “la proposición de deber ser misma contiene solo un juicio acerca de la existencia de una orden, un ‘juicio categórico de deber ser’” (Kaufmann, 1977, p. 66).

El otro sentido de “deber ser” es la expresión lingüística de la corrección futura (donde se dice “Sempronio debe cerrar la puerta” significa que “es correcto que Sempronio cierre la puerta”). Aquí no se precisa que la futura corrección se atribuya a nadie; el deber ser fluye de la validez objetiva de la corrección, no de la orden de alguien (Kaufmann, 1977). Esta última distinción es errónea. En rigor, no se trata de una solución al problema de la validez donde se analiza si se precisa saber si la norma es una voluntad impuesta o un valor correcto, no son dos planos del deber ser, sino derechamente dos análisis diversos, propios de dos enfoques sobre la validez provenientes de matrices epistémicas diversas: positivista (validez como reglas autoritativas) e iusnaturalista (validez como

pretensión de corrección), no hay ninguna ambigüedad en el deber ser (Kaufmann, 1977), sino en el propio analista de la cuestión.

Además, se descuida el aspecto material del delito, en la medida en que el significado especial de la tipicidad no ha encontrado plena consideración junto a la antinormatividad. Esto es lo que condujo al discípulo de Binding, Ernst von Beling,¹⁶ a destacar el aspecto formal del delito mediante el resalto de la existencia de los tipos, los que ya responden a una valoración definitiva de intereses realizada a partir del proceso legislativo (Cardenal Motraveta, 2002). Sin embargo, más allá de lo anterior, Beling entiende que la ley penal no es ningún tipo de norma, no es identificable con una proposición que establezca “Tú no debes actuar de este o aquel modo”, sino que, frente a esto, contiene un *plus*:

Según Beling, las normas son previas y están por encima de las leyes penales. La ley penal establece el castigo que deba aplicarse a la conducta que realice un tipo de modo antijurídico, pero no da respuesta a la pregunta sobre cuándo la conducta típica es antijurídica; presupone la antijuridicidad de la conducta pero no decide sobre la misma, por lo que resulta necesario que el Derecho esté dotado de proposiciones con el siguiente contenido: ‘Matar a alguien –por ejemplo– es antijurídico cuando [...] no es antijurídico cuando [...] Tales proposiciones son, precisamente, las normas, y lo antijurídico es lo antinormativo. Por lo tanto, para determinar si una conducta es antijurídica y poder aplicar la ley penal es necesario acudir a las normas, que

16. De hecho, Beling afirmaba: “Es Binding quien ha hecho que yo sea penalista” (Cardenal Motraveta, 2002, p. 23, nota 19).

son las que establecen cuándo no se debe realizar la conducta típica. (Cardenal Motraveta, 2002, pp. 59-60)

Conclusiones

En estricta rigurosidad, nada de esta construcción determina la subyacencia de normas a los tipos, sino permisos que derrotan prohibiciones. Que dichos permisos no estén plasmados en el ordenamiento jurídico en numerosas ocasiones suscita dudas. Sin embargo, los permisos, al contrario que las prohibiciones en esta materia, violan sistemáticamente el principio de máxima taxatividad legal interpretativa, lo que es beneficioso al sistema todo.

Para Beling:

tampoco puede irse a buscar las normas a la fluctuante zona extrajurídica (normas de cultura) que pueden interesar al legislador, pero no a la dogmática. La normalidad o anormalidad de una acción debe ser deducida de su referencia a las disposiciones del derecho positivo. Las normas no deben, pues, concebirse como vagos principios supraleales, sino como preceptos jurídicos. (Soler, 1992, p. 145)

La construcción de Binding distorsiona los elementos del tipo y desdibuja el nivel sistemático de la antijuridicidad en “elementos de la contrariedad a la norma”. El autor parte del análisis de la antijuridicidad, identificando el delito con la acción antijurídica, lo que conduce a contradicciones y problemas como los explicados.

También descarta como esencial que la sanción forme parte de la norma, ya que aquella solo integra el tipo penal. Por otra parte, a la norma se le confiere una función de prevención, en tanto que la ley penal le otorga al Estado un derecho de coacción. Pero esta duplicidad de fines no importa aceptar la duplicidad de ley y norma: en la norma subyacen ambos fines, y, además, en numerosas oportunidades el fin preventivo (i.e. razón para la acción) no es debido a la influencia de aquella sino a la presión que ejercen otros órdenes normativos (v.g. religiosos, éticos, *et sit cetera*). Para Kelsen (2005), en tesis que compartimos, es errada la concepción de una norma sin sanción, porque su observancia tendría que ser impuesta por otra autoridad, que es en definitiva la capacidad para determinar en otros cierta conducta. La autoridad específica del Estado descansa sobre la representación de la sanción y de la coacción. Si así no fuera, la ley se reduciría a un mero catálogo de buenas intenciones.

Binding pretende construir el derecho penal solo sobre la base de las normas típicas, sin respetar los tipos de carácter jurídico-positivo; sin embargo, debe partirse precisamente de esos tipos, de donde su afinidad en cuanto a la antinormatividad carece de relevancia para la construcción del delito, bastando con la comprobación de que la acción típica es antijurídica (Cardenal Motraveta, 2002). Que la ley penal vincule la punibilidad con una conducta dada, *cuando y en la medida* en que sea antijurídica (como *prius* lógico, la antijuridicidad de la conducta es un presupuesto de la punibilidad), no implica referirse a normas antepuestas a las leyes; ciertamente, la determinación acerca de *si y en qué medida* es antijurídica una conducta no es cosa propia del derecho penal ni puede advertirse de la ley penal como tal, pues el derecho penal es un sector del derecho que se construye atendiendo al resto del derecho, que se

pone en relación con él y solo en conjunto con él está listo para ser utilizado. Pero ello importa tanto como decir que las normas del resto del ordenamiento completan a los tipos penales para configurar definitivamente las prescripciones prohibitivas eventualmente derrotables por permisos. El ordenamiento jurídico en su conjunto aporta las normas de conducta, que responden sobre el ámbito de antijuridicidad de la acción que llevó adelante el agente delimitado por la ley penal, pero esto no abona la tesis de las normas subyacentes a los tipos, sino de construcciones complejas compuestas por tipos y normas del resto del ordenamiento que configuran en definitiva *normas de deber* completas para los actores. Entendemos que en este punto Kelsen tiene razón.

En síntesis, la terminante separación conceptual entre “ley” y “norma” es artificiosa, y nada aporta a la necesaria construcción de una antijuridicidad como infracción a la norma (en sentido amplio) y punibilidad como consecuencia de dicha infracción. La afirmación de Binding de que la prohibición o el mandato, la orden legal contra la que actúa el delincuente, es la norma que precede conceptualmente a la ley penal y que es hallada transformando la primera parte de las proposiciones penales en una orden, es una afirmación que nada aporta; de hecho, se mueve en el mismo sentido que la teoría de la tipicidad como fundamento de la antijuridicidad: no existe ninguna norma decisiva penalmente para la fundamentación de la pena que no sea parte del tipo. Negamos, por tanto, la necesidad de ulteriores indicaciones mediatas o inmediatas de la determinación de las normas a partir de los tipos jurídico-penales.

Además, la construcción de que se trata reporta un notable defecto conceptual. Binding (1885) afirma que:

las normas son ciertamente los presupuestos necesarios de las leyes penales, pero no sus partes constitutivas: ellas son, en su conjunto, máximas autónomas, no de derecho penal, sino de derecho público, porque en ellas se muestra siempre el poder soberano como tal, imperante sobre los súbditos como tales [de donde] normas privadas son tan imposibles como imposibles son normas penales. (p. 164; traducción propia)

Pero el problema deviene cuando uno se pregunta: si no pertenecen al derecho penal, tampoco al derecho privado, y aparentemente tampoco al derecho público pues constituyen frente a él una parte especial y autónoma, ¿qué cosa son estas normas vagantes fuera de toda rama del derecho positivo constituido y vigente?

El hecho de que estas normas sean sancionadas mediante una amenaza penal y que en ellas –a partir de lo antedicho– se revele la particularidad del poder soberano del Estado frente a sus súbditos afirmando su carácter público demuestra que tales normas no pertenecen al derecho privado y tampoco al derecho público general, sino que justamente –y al contrario de lo sostenido por Binding– son verdaderas normas de derecho penal.

Pero aún hay más. Es el propio Binding el que cae en la encerrona al señalar la no pertenencia de estas normas a distintos espectros del derecho, pues, al ir confrontando unos con otros, termina –inadvertidamente, parece– por reconocer su carácter penal en el descarte del carácter privado o eminentemente público:

estos imperativos] o se manifiestan en forma de ley [y en ese caso] encuentran su lugar no en las leyes penales, sino en las constituciones, en el código de comercio, en los ordenamientos marítimos, en los reglamentos procesales [y] forman una parte integrante del derecho constitucional, administrativo, procesal, comercial [o] no están formulados legislativamente [y entonces] en cuanto interesan al derecho penal, pueden ser deducidos del contenido mismo de las leyes penales [las cuales] justamente porque sus amenazas penales se refieren solo a acciones ilícitas, permiten reconocer cuáles acciones son mandadas o prohibidas. (Binding, 1885, p.164)

De modo que en el primer caso, como lo reconoce Binding, las normas serían partes constitutivas del derecho privado y público; y, en el segundo caso, dado que se convierte la primera parte de la ley penal –que amenaza con una pena a una acción u omisión– en una prohibición directa o mandato de tal acción, no serían más que partes constitutivas de la ley penal, y ni siquiera, por ende, normas de derecho público, sino normas de derecho penal. En síntesis, según sean codificadas o no, pertenecerán a las ramas del derecho público o privado, o al derecho penal, respectivamente. Su autonomía o su dependencia del derecho penal dependería así de que sean o no contenidas en otras leyes diversas de la ley penal. Esto es claramente un disparate epistémico.

Finalmente, también es irrelevante la distinción desde la lógica. A la luz de las reglas lógico-deductivas, estando a la regla de sustitución, conforme a la cual se debe reconocer como nueva norma del sistema a todas aquellas que resulten construidas sobre la base de expresiones homeomorfas (de forma semejante) a las ya definidas

dentro del sistema, la distinción entre leyes y normas viene a crear algo así como expresiones metahomeomorfas hiperdefiniendo las reglas del propio sistema. Dicho de otra forma, estructuran una redundancia por disponer lo mismo que se prescribe desde la regla pero de forma hipotética.

Obsérvese:

- Norma: “No matarás”.
- Regla: “Al que matare a otro se le aplicará prisión de 8 a 25 años”.

La distinción entre ambas estriba en que la segunda es más completa porque apareja la sanción y resalta la coercibilidad del sistema, pero al mismo tiempo destaca un dato mucho más relevante: la estructuración de los sistemas jurídicos desde los ejercicios de derechos o permisos por ausencia de constreñimiento; dicho de otra manera, no está prohibido matar, pero si se da muerte a otro se es pasible de sanción. Por el contrario, la norma directamente recorta el marco de las libertades.

En breve: el derecho penal no tiene simplemente el carácter de un derecho sancionatorio, o secundario o accesorio derivado o complementario, respecto de otras normas jurídicas (normas principales o primarias). No se limita a determinar las consecuencias jurídicas penales que derivan de la violación de las normas jurídicas, por un lado, autónomas e independientes de la ley penal y, por el otro, distintas de las normas del derecho privado y público en general (normas especiales codificadas o no de derecho público). Mucho menos se limita a declarar las consecuencias jurídicas penales derivadas de la violación de las normas mismas del derecho privado o público, en cuanto regulan imperativamente la conducta humana.

Por ello el derecho penal no puede nunca concebirse como una pura sanción de los deberes jurídicos y, por ende, de los derechos subjetivos y de las relaciones jurídicas fundadas en estas normas. De donde el delito no es la violación de un derecho subjetivo perteneciente a la persona ofendida por el delito mismo y variable con el variar de la especie de la norma (mandato o prohibición) de derecho, privado o público, que aquel derecho crea, ni con el variar de la especie del delito por el que la misma norma es transgredida. Por otra parte, si el delito ofendiera siempre por su naturaleza dos derechos subjetivos (el individual de la persona ofendida y el público del Estado), debería entenderse que también se violan dos normas jurídicas, porque no hay derecho subjetivo que no nazca del derecho objetivo. ¿Cuáles son estas normas jurídicas? Rocco (2001) señala que si se cree que una sea la ley penal (*nullum crimen sine lege poenali*), la otra norma no puede sino pertenecer a las otras ramas del derecho público o privado; el delito tendría que ser, así, siempre un hecho doblemente ilícito: desde el punto de vista del derecho penal y desde aquel de las otras ramas del derecho, lo que evidentemente no es siempre verdadero. Y si en cambio se cree que aquellos dos derechos, a los que el delito viola juntos, sean ambos fundados por las normas del derecho penal, ¿cómo puede explicarse el fenómeno de una sola norma jurídica que crea, con un solo parto, dos derechos subjetivos, uno del Estado y el otro de la persona ofendida?

El derecho penal tiene capacidad de crear normas de conducta por sí mismo. Sin embargo, tiene un perfil particular y diverso al de otras ramas del derecho: los mandatos o las prohibiciones penalmente sancionadas no tienen por sí solos la fuerza de transformar en derechos subjetivos los intereses que ellos protegen en contra de las acciones delictuosas. Es decir que el derecho penal protege –

efectivamente– los intereses de los particulares o de la sociedad en contra de las posibles ofensas delictuosas, pero no las protege en la forma de derechos subjetivos, vale decir, mediante poderes jurídicos dados a las voluntades que estos intereses realizan; y ello porque el derecho penal, mediante la coacción psicológica, ejerce su función preventiva de los delitos en resguardo de los intereses individuales y sociales.

En definitiva, tanto a los efectos lógicos como sistemáticos o axiológicos, es mejor operar sin la distinción de Binding. De hecho, modernamente, este tipo de discursos se filtra también cuando se distingue entre la *disposición* como soporte lingüístico utilizado por el legislador para promulgar una norma y la *norma jurídica* que sería el resultado de la interpretación de la disposición. Norma y disposición no tienen por qué escindirse, y el fruto de la construcción del intérprete es un más y un menos respecto de las normas jurídicas, aunque, en definitiva, configuran parte del material del derecho como se seguirá viendo en adelante.

Es de absoluta necesidad dar cuenta de nuestra posición respecto de la tesis de Binding, pues entre los penalistas suele utilizarse o receptarse, sin mayores discusiones –v.g. la tesis de la tipicidad conglobante de Raúl Zaffaroni (Zaffaroni, Alagia & Slokar, 2002)–. La ciencia jurídica penal precisa de una adecuada conceptualización y explicitación del concepto de “norma” que se maneje. Si se discute en el campo de lo punitivo, y se discurre sobre las normas, creemos, no puede avanzarse sin dejar perfectamente claro qué se entiende en lo relativo a tal voz; y, parejamente, debe señalarse cuál es la postura que se adoptará de cara a la siempre presente construcción de Karl Binding.

Bibliografía

- BINDING, K. (1885).** *Handbuch des deutschen Strafrechts*, Bd. I, §30, Leipzig.
- CARDENAL MOTRAVETA, S. (2002).** *El tipo penal en Beling y los neokantianos*. Barcelona: PPU.
- FEUERBACH, A. (2010).** *Anti-Hobbes*. Buenos Aires: Hammurabi.
- GARCÍA MÁYNEZ, E. (1940).** *Introducción al estudio del Derecho*, T. II. México: Porrúa.
- GUZMÁN DALBORA, J. L. (2010).** *Cultura y Delito*. Bogotá: Temis-Pontificia Universidad Javeriana.
- GUZMÁN DALBORA, J. L. (1993).** "Bien jurídico y normas de cultura: revisión de la teoría de Max Ernst Mayer". En: *Revista de derecho penal y criminología*, N° 3.
- HART, H. L. A. (2004).** *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. (2005).** *Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito*, 4ª ed. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- KAUFMANN, A. (1977).** *Teoría de las Normas*. Buenos Aires: Depalma.
- KELSEN, H. (2005).** *Teoría Pura del Derecho*, 14ª ed. México: Porrúa.
- MAYER, M. E. (2015).** *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires: BdeF.
- MEZGER, E. (2010).** *Tratado de Derecho Penal*, T. I. Buenos Aires: Hammurabi.
- PÉREZ ALONSO, E. J. (1997).** "Las revoluciones científicas del Derecho Penal: evolución y estado actual de la dogmática jurídico-penal". En: *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. L. Disponible en: https://blog.uclm.es/cienciaspenales/files/2016/11/1997_fasc_I_Partel.pdf
- RAZ, J. (1986).** *El concepto de sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- RODILLA, M. Á. (2005).** “Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la teoría pura del derecho”. En: *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28.
- ROCCO, A. (2001).** *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*. Montevideo - Buenos Aires: BdeF.
- SANCINETTI, M. (2001).** *Ilícito personal y participación*, 2ª ed. Buenos Aires: Ad-hoc.
- SOLER, S. (1992).** *Derecho Penal Argentino*, 5ª ed., T. I. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina.
- ZAFFARONI, E. R., ALAGIA, A. & SLOKAR, A. (2002).** *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed. Buenos Aires: Ediar.