

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN*

(Sobre el alcance de la taxatividad)

José Juan Moreso

Universitat Pompeu Fabra, Barcelona

Se dirá, sin duda, que las cuestiones que la ley parece no poder decidir tampoco podría conocerlas un hombre. Pero la ley educa expresamente a los gobernantes y prescribe que éstos juzguen y administren con el criterio más justo lo que cae fuera de su alcance.

(Aristóteles, *Política*, III, 16)

1. Introducción

El título de este trabajo promete, sin duda, demasiado. Por esta razón conviene, de buen principio, acotar un poco más el alcance de mi objetivo. Para comenzar, sólo atenderé a un aspecto del principio de legalidad penal, a lo que se conoce como *principio de taxatividad*, esto es, de los tres aspectos clásicos de una de las formulaciones del principio de legalidad: la prohibición de retroactividad (*nullum crimen sine lege previa*), la reserva de ley (*nullum crimen sine lege scripta*) y la exigencia de certeza o determinación (*nullum crimen sine lege stricta* o *sine lege certa*), me referiré fundamentalmente al tercero. Por otra parte, las causas de justificación sólo serán estudiadas desde la perspectiva de la exigencia de determinación de las leyes penales. Aunque el argumento que voy a presentar es también aplicable a algunas causas de exclusión de la culpabilidad, como la eximente de miedo insuperable (art. 20.6 del Cp), tampoco me voy a detener en los interesantes problemas conceptuales que surgen al trazar la distinción entre causas de justificación y causas de exculpación¹, ni –al menos de una manera directa– en

* El texto de este trabajo tuvo su origen en una ponencia presentada en el III Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal: *Principio de legalidad, interpretación y Derecho Penal*, los días 30 de mayo y 1 de junio de 2001 en la Universidad de León. Quiero hacer constar mi sincero agradecimiento a los organizadores del seminario, Miguel Díaz García-Conlledo y Juan Antonio García Amado, y a todos los participantes, que permitieron que las sesiones tuvieran lugar en un clima humanamente cordial y académicamente estimulante. Por otra parte, quiero también agradecer las sugerencias y comentarios, que tan amablemente hicieron a una primera versión de este trabajo, de Juan Carlos Bayón, Jordi Ferrer, Víctor Ferreres, Elena Larrauri, Josep Lluís Martí, Pablo E. Navarro, Ángel J. Sanz Morán y Josep M. Vilajosana.

¹ Confío en que bastará, para los propósitos de este texto, con decir que un comportamiento está *justificado* cuando el autor del comportamiento es responsable de haberlo realizado, pero el comportamiento es correcto desde el punto de vista jurídico (es conforme a Dere-

la importante cuestión de si cabe concebir causas extralegales de justificación.

Con estas aclaraciones en mente, el problema que deseo plantear es, *in nuce*, el siguiente: A menudo, se afirma que la taxatividad exige que las leyes penales contengan, en la descripción de los comportamientos prohibidos penalmente y sujetos a una sanción, solamente términos descriptivos y que dichos términos sean lo más precisos que sea posible. Es decir, que la vaguedad que afecta a todos los conceptos generales, incluidos los empíricos, sea reducida en la mayor medida posible. Si leemos los libros segundo y tercero de nuestro código penal, comprobaremos que la exigencia de taxatividad se cumple en algún grado, mayor en la redacción de unos tipos que en la de otros, pero al menos por lo que hace referencia a una parte de ellos, de una manera suficiente. No obstante, para determinar si un comportamiento, acción u omisión, humano está penalmente prohibido no basta con determinar que dicho comportamiento es una instancia de un caso genérico descrito por una disposición penal de los libros segundo o tercero, hace falta también que dicho comportamiento no sea una instancia de los casos genéricos descritos en las causas de justificación del art. 20 del libro primero. Es indiferente para los fines de este argumento, que se sostenga o no la denominada teoría de los elementos negativos del tipo, según la cual el tipo penal consta de dos partes, la parte positiva, que es la descripción genérica del comportamiento, *prima facie*, prohibido y la parte negativa, que es la descripción genérica de los supuestos que constituyen excepciones a las anteriores prohibiciones *prima facie*², puesto que un comportamiento típico, pero no antijurídico, es un comportamiento —al margen de la concepción que se defienda acerca de las relaciones entre antijuridicidad y tipicidad— penalmente permitido. Ahora bien, en nuestro ordenamiento (como en todos los que conozco y, como veremos, en algunos mucho más que en el nuestro) las causas de justificación están descritas muchas veces mediante términos imprecisos y valorativos. Creo que diríamos que infringen la exigencia de taxatividad redacciones de tipos penales como los siguientes: «El que causare un mal a otro, será castigado con la pena P1» o «El que provocare suficientemente a otro, será castigado con la pena P2».

Estas consideraciones nos conducen al siguiente trilema: o bien proponemos una redacción de las causas de justificación que respete el principio de determinación o bien proponemos un derecho penal sin causas de justifi-

cho); en cambio, un comportamiento está *excusado* cuando es incorrecto desde el punto de vista jurídico (no es conforme a Derecho), pero su autor no es responsable de haberlo realizado. Puede verse esta configuración general de la distinción entre justificaciones y excusas en John L. Austin, «A Plea for Excuses» en *Philosophical Papers*, (Oxford: Oxford University Press, 1961), pp. 175-204, en p. 176.

² Vd., por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General*, (Barcelona: Reppertor, 1998⁵), p. 130.

cación o bien limitamos el alcance del principio de taxatividad para que no incluya, o para que incluya de manera atenuada, las causas de justificación.

En lo que sigue analizaré las tres vías que el trilema plantea, y algunas de sus variantes, pero antes es conveniente detenerse en una presentación más detallada del principio de taxatividad y de su justificación, que ha de permitirnos la elucidación crítica de las posibilidades que se nos abren.

2. El concepto de taxatividad³

El principio de taxatividad exige la formulación en términos precisos de los supuestos de hecho de las normas penales⁴. Esta exigencia suele ser entendida en, al menos, dos sentidos: a) una reducción de la vaguedad de los conceptos usados para determinar los comportamientos penalmente prohibidos y b) una preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos.

Sin embargo, en la discusión actual hay perfecta consciencia de que la vaguedad de los conceptos, la indeterminación semántica, es un rasgo ineliminable de nuestros conceptos generales⁵. Y esto es así por, al menos, dos razones: en primer lugar, porque siempre pueden aparecer casos marginales

³ El principio de taxatividad plantea muchas y muy interesantes cuestiones que aquí han de ser también marginadas. Pueden verse, sin embargo, las siguientes monografías en la doctrina española: desde el punto de vista penal, Fulgencio Madrid Conesa, *La legalidad del delito* (Valencia: Universidad de Valencia, 1983) y Nicolás García Rivas, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional* (Madrid: Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1992) y, desde el punto de vista constitucional, Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional)* (manuscrito).

⁴ El Tribunal Constitucional español entiende que tal exigencia se halla contenida en la formulación constitucional del principio de legalidad penal del art. 25 Cp, vd. por ejemplo STC 133/1987 (FJ 4º). En la doctrina penal española pueden verse, por todos, Santiago Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General* (supra nota 2), p. 78 y Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (Valencia: Tirant lo Blanch, 1999), pp. 329-342.

⁵ Entre los primeros filósofos analíticos pueden verse Bertrand Russell, «Vagueness», *Australasian Journal of Philosophy and Psychology*, 1 (1923): 84-92; Frederick Waismann, «Verifiability» en A.N. G. Flew (ed.), *Logic and Language* (Oxford: Basil Blackwell, 1951), pp. 117-144 y Ludwig Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, (Oxford: Basil Blackwell), secc. 76 y 80. Dos libros recientes y excelentes sobre el problema filosófico de la vaguedad son: Timothy Williamson, *Vagueness* (London: Routledge, 1994) y Rosanna Keefe, *Theories of Vagueness* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000). Entre los filósofos del derecho pueden verse: Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons, 1958), pp. 114-115; H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1961), pp. 121 y ss.; Genaro R. Carrió, *Notas sobre Derecho y lenguaje* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1965), pp. 31 y ss. Recientemente Claudio Luzzati, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, (Milano: Giuffrè, 1990); Jeremy Waldron, «Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues» *California Law Review*, 82 (1994), 510-540; Timothy Endicott, *Vagueness in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000). Entre los penalistas (aunque también sea filósofo del derecho) véase Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de F. Muñoz Conde y L. Arroyo Zapatero, (Barcelona: Bosch, 1984), pp. 221-243.

de la aplicación de un concepto general (¿cuántos cabellos son necesarios para que alguien no pueda ser denominado «calvo»?; ¿cuántos granos de arena hacen un montón de arena?, ¿cuántos euros hacen a una persona rica?. etc.), siempre pueden aparecer determinados casos individuales en los que tenemos dudas acerca de si son o no instancias del concepto. En palabras de H.L.A. Hart⁶:

Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales, y frente a cualquier regla es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros casos en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales.

Y, en segundo lugar, porque nuestro mundo es de tal manera que no está constituido por un número finito de propiedades, de manera que es posible que se nos presenten casos futuros, o que podamos imaginar casos hipotéticos, en los cuales tengamos dudas acerca de si el concepto se aplica o no a estos casos, lo que se conoce como *vaguedad potencial* o *textura abierta del lenguaje*. De nuevo en palabras de H.L.A. Hart⁷:

Es una característica de la condición humana (y por ello también de la condición de los legisladores) que en todos los casos en que tratamos de regular, en forma no ambigua y por adelantado, alguna esfera de conducta por medio de criterios o pautas generales, para ser utilizados sin nuevas directivas oficiales en ocasiones particulares, nuestro empeño halla dos obstáculos conectados entre sí. El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de los propósitos. Si el mundo en que vivimos estuviera caracterizado únicamente por un número finito de notas y éstas, junto con todos los modos en que pudieran combinarse, fueran conocidas por nosotros, podríamos formular provisiones por adelantado para toda posibilidad... Obviamente este mundo no es el nuestro; los legisladores humanos no pueden tener tal conocimiento de todas las posibles combinaciones de circunstancias que el futuro puede deparar.

Estos dos rasgos de nuestros lenguajes son tenidos en cuenta cuando se considera el alcance del principio de taxatividad. La determinación de los conceptos contenidos en las disposiciones penales es una cuestión de grado y cuál deba ser el grado exigible, el umbral mínimo, depende en buena medida de la justificación de la taxatividad. Por ejemplo, la teoría penal estadounidense de la taxatividad, que lleva el nombre de *void-for-vagueness doctrine*, reconoce estos dos límites a la precisión exigida por el Derecho de

⁶ H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (supra nota 5), p. 119; el texto de Hart es reproducido de acuerdo con la traducción castellana de G.R. Carrió, H.L.A. Hart, *El concepto de Derecho* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963), pp. 152-153.

⁷ *Ibidem*, p. 125, trad. castellana p. 160.

los Estados Unidos para que una disposición penal sea conforme a la Constitución⁸.

Veamos ahora los problemas que plantean los conceptos valorativos. En algunos casos, la preferencia por el uso de conceptos descriptivos frente al uso de conceptos valorativos es presentada de manera muy estricta. Así por ejemplo, uno de los más importantes defensores de la taxatividad como requisito de un Derecho penal garantista, Luigi Ferrajoli⁹, considera que el uso de conceptos descriptivos en la formulación de las normas penales permite la formulación de proposiciones descriptivas relativas a esas normas penales, aptas para la verdad y la falsedad. Por ejemplo, el art. 148.3º del Cp considera una agravante del delito básico de lesiones el hecho de que la víctima fuere menor de doce años o incapaz, el hecho de que alguien sea menor de doce años es un hecho que puede ser descrito mediante un enunciado apto para la verdad y la falsedad (lo mismo puede decirse del hecho de ser un incapaz, aunque esta es una cuestión algo más compleja dado que «incapaz» es un término jurídico, cuya referencia depende de lo que establezcan otras normas jurídicas). Sin embargo, siempre según Ferrajoli, el uso de conceptos valorativos en la formulación de las normas penales no permite el establecimiento de proposiciones aptas para la verdad o la falsedad¹⁰:

Una alternativa todavía más clara se produce según que el lenguaje usado por el legislador excluya o incluya términos valorativos. Como ejemplo de norma penal que designa un hecho y no un valor se puede señalar el art. 575 de nuestro código penal [el autor se refiere, es claro, al código penal italiano] que define el homicidio como el acto de «cualquiera que produce la muerte de un hombre»; en el extremo opuesto, como ejemplo de norma penal que expresa un valor y, por lo tanto, infringe el principio de estricta legalidad [«stretta legalità» es el nombre que Ferrajoli reserva para el principio de taxatividad], podemos recordar el art. 529 del mismo código que define los actos y los objetos obscenos como aquellos que «ofenden el pudor según el sentir común». La aplicación de la primera norma supone un juicio de hecho, del tipo «Ticio ha producido la muerte de un hombre»; la aplicación de la segunda supone, por el contrario, un juicio de valor del tipo «Ticio, según el sentir común, ha ofendido el pudor». El primer juicio, al referirse a un hecho empírico objetivo, es (relativamente) verificable y falsable, y es de esta manera un acto de conocimiento y de jurisdicción; el segundo, al referirse a una actitud de desaprobación del sujeto que lo pro-

⁸ Vd., por ejemplo, Wayne R. LeFave, Austin W. Scott, Jr., *Substantive Criminal Law. Vol. I* (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986), pp. 126-128. La doctrina penal norteamericana considera, en la actualidad, que la *void-for-vagueness doctrine* está incorporada en la quinta (por lo que respecta a las leyes federales) y decimocuarta (en relación con las leyes de los Estados) enmiendas de la Constitución, en sus «the due process clauses».

⁹ Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale* (Roma-Bari: Laterza, 1989), pp. 94-107.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 100-101. Vd. también sobre los conceptos valorativos Jerzy Wroblewski, *The Judicial Application of Law* (Dordrecht: Kluwer, 1992), pp. 138-141.

nuncia, es absolutamente inverificable e infalsable, y es, por lo tanto, un acto de valoración basado en una opinión subjetiva y meramente discrecional.

Si Ferrajoli tuviera razón, esto es, si todas las proposiciones que presuponen un juicio de valor, no fueran aptas para la verdad y la falsedad (fuesen, como a veces se ha dicho, únicamente expresiones de emociones), entonces habría una razón muy fuerte para eliminar los términos valorativos de la formulación de las normas penales: en presencia de conceptos valorativos nunca podríamos establecer si un caso individual es o no una instancia del concepto valorativo en cuestión. Es importante darse cuenta de que la presencia de conceptos valorativos en las normas penales constituiría un problema mucho más grave que el de la vaguedad de los conceptos, porque al fin y al cabo los conceptos vagos sólo son problemáticos en los casos marginales de aplicación, mientras que los conceptos valorativos, con arreglo a esta concepción, serían problemáticos en *todos* sus casos de aplicación.

Sin embargo, ¿qué razones tenemos para adoptar esta concepción de los conceptos valorativos? Parece que dicha concepción presupone la admisión de un enfoque no-cognoscitivista en materia moral, es decir, un enfoque según el cual los juicios morales son expresiones de emociones o bien prescripciones acerca de cómo debemos comportarnos y, por lo tanto, no pretenden describir el mundo¹¹. Asumamos en este contexto que los conceptos valorativos tienen una función lingüística primariamente prescriptiva o recomendatoria, sin embargo es posible distinguir aquellos conceptos valorativos como los conceptos de bueno o correcto o inmoral cuyo contenido descriptivo es muy escaso (aunque no vacío, pensemos en expresiones como «X es un buen profesor» o «Y es una buena actriz») y que son llamados conceptos valorativos *ligeros* (*thin*) de aquellos otros conceptos valorativos con mayor contenido descriptivo, como los conceptos de honesto, casto o valiente, que se denominan conceptos valorativos *densos* (*thick*)¹². En el caso de los conceptos densos es posible atribuirles un contenido descriptivo, la frase «La vida de la reina Isabel II no fue un ejemplo de castidad» tiene contenido informativo, aunque el que la profiere o escucha no comparta la aprobación por determinados estándares rigurosos de moral sexual.

¹¹ Los *loci classici* de la concepción emotivista son: A.J. Ayer, *Language, Truth and Logic* (London: Victor Gollancz, 1936), cap. 6 y Charles L. Stevenson, *Ethics and Language* (New Haven: Yale University Press, 1945) y de la concepción prescriptivista R. M. Hare, *The Language of Morals* (Oxford: Oxford University Press, 1952).

¹² La idea está inspirada en R.M. Hare, *The Language of Morals* (supra nota 11), p. 121 y ss. y desarrollada por Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy*, (London: Fontana Press, 1985), cap. 8; «Ethics» en A. C. Grayling (ed.), *Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1995), pp. 546-582 y «Truth en Ethics», *Ratio* 8 (1985), 227-242. Vd. también Joseph Raz, «Notes on Value and Objectivity» en *Engaging Reason: On the Theory of Value and Action*, (Oxford: Oxford University Press, 1999), cap. 6.

Es más, respecto del ejemplo de Ferrajoli acerca del pudor (podemos pensar en los actos de exhibición obscena del art. 185 de nuestro Cp) podría argüirse que dicha expresión remite no a la aprobación o desaprobación del que tiene que tomar una decisión con arreglo a dicha pauta, sino a las creencias y actitudes de determinada sociedad y describir las creencias y actitudes de un grupo social es todavía una descripción¹³. Sin embargo, esta no me parece una vía muy prometedora, porque en la mayoría de casos interesantes los miembros de una sociedad aparecerían divididos al respecto (algunos de ellos estarían más bien perplejos) y entonces, como afirma Winfried Hassemer, deberíamos interrogarnos sobre qué grado de consenso se precisa para saber si se ha instanciado o no un concepto valorativo¹⁴.

Sea como fuere, lo que me interesa destacar aquí es que los conceptos valorativos densos disponen de contenido informativo y, en esto, no se diferencian de los conceptos descriptivos; es más, en este sentido, son conceptos descriptivos, que poseen casos claros o paradigmáticos de aplicación: decir de una acción determinada que fue una acción valerosa o de otra que fue una acción cobarde, tiene contenido informativo. Es cierto, sin embargo, que los conceptos valorativos llevan aparejada la expresión de aprobación o desaprobación, en circunstancias normales, de aquel que los usa en el lenguaje y es esto lo que los distingue de los conceptos meramente descriptivos.

Los conceptos valorativos usados en la formulación de los tipos penales ('carácter particularmente degradante o vejatorio», art. 180, 2ª Cp; «persona especialmente vulnerable», art. 180, 3ª Cp; etc.) o de las causas de justificación ('grave peligro de deterioro», «entrada indebida», «necesidad racional del medio empleado», «provocación suficiente», en el art. 21, 4º Cp o «evitar un mal propio o ajeno», del art. 20, 5º Cp, etc.) son conceptos valorativos densos y, por esta razón, tienen contenido informativo. Ahora bien, dichos conceptos son vagos, algunos de ellos son extremadamente vagos (pensemos en la diferencia de precisión entre las circunstancias primera y segunda previstas como agravantes de las agresiones sexuales en el mencionado art. 180 del Cp, mientras la primera se refiere a que la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, la segunda se refiere a hechos cometidos por tres o más personas actuando en grupo) y, por lo tanto, la zona de penumbra del concepto, la zona en la cual albergamos dudas acerca de la aplicación del concepto, es muy amplia. Con lo cual, el problema del uso de conceptos valorativos en la le-

¹³ Se trata de un argumento de Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, «Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico», en Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Análisis lógico y Derecho*, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991), pp. 315-316. Por cierto, que el texto de la norma penal a la que se refiere Ferrajoli en el párrafo que corresponde a la nota 10 («según el sentir común») parece aludir claramente a este supuesto.

¹⁴ Vd. Winfried Hassemer, *Fundamentos del Derecho Penal* (supra nota 5), pp. 240-241.

gislación penal no reside en que, como defiende Ferrajoli, carezcan de contenido informativo, sino en que son vagos en un alto grado.

Por lo tanto, dado que sabemos que la vaguedad es un rasgo inerradicable del lenguaje en el que formulamos las pautas generales y que, como he tratado de mostrar, el problema de los conceptos valorativos reside en su amplio grado de indeterminación, podemos sostener que el principio de taxatividad exige un determinado grado de precisión o de determinación semántica, puesto que sabemos que la precisión nunca podrá ser absoluta. Qué grado de precisión, dónde situar el umbral de la taxatividad admisible, incluso constitucionalmente admisible¹⁵, es algo que ya no depende del concepto de taxatividad, sino de la justificación de la taxatividad.

3. La justificación de la taxatividad

Que las leyes penales sean precisas, que estén sometidas al principio de taxatividad, es una parte del ideal ilustrado de certeza del Derecho. Sólo leyes claras, precisas y cognoscibles por sus destinatarios permiten a los seres humanos elegir y trazar sus planes de vida con garantías¹⁶. Si nos preguntamos porqué es valioso que las personas elijan y ejecuten sus propios planes de vida, la respuesta sólo puede ser porque ésta es una forma de mostrar respeto por su *autonomía personal*¹⁷, puesto que una de las dimensiones de la autonomía personal es precisamente la capacidad de elegir y ejecutar los planes de vida de uno mismo¹⁸. En la medida en que las leyes penales no son precisas, disminuye la capacidad de cada uno de planificar su propia vida a la vista de lo que el Derecho penal establece. La autonomía así comprendida es un principio de la racionalidad, dado que somos seres racionales —capaces de trazar y perseguir fines— es importante para nosotros el conocimiento de los obstáculos que pueden impedirnos alcanzar nuestros fines¹⁹. Entonces el principio de taxatividad puede contemplarse como una de las dimensiones del principio de legalidad, y más en general como una de

¹⁵ Manuel Cobo del Rosal, Tomás S. Vives Antón, *Derecho Penal. Parte General* (supra nota 4), p. 335, escriben: «Una ley penal... que no determinase con exactitud la esfera de lo punible, estaría en conflicto con la Constitución».

¹⁶ Como es sabido, Lon Fuller ve en la claridad uno de los elementos constitutivos de lo que denomina la *moralidad interna del Derecho* (junto con la exigencia de que las leyes sean generales, públicas, irretroactivas, no contradictorias, que no impongan deberes imposibles de cumplir, estables en el tiempo y que la actuación de los órganos del estado sea congruente con lo que las leyes establecen). Lon Fuller, *The Morality of Law* (New Haven: Yale University Press, 1969), cap. II.

¹⁷ Vd., en este sentido, Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1995), p. 67.

¹⁸ Vd., por ejemplo, Carlos Santiago Nino, *Ética y derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1989²), p. 229.

¹⁹ Vd. Joseph Raz, *The Authority of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1979), p. 27, nota 27.

las garantías del Estado de Derecho –de la *Rule of Law*–²⁰, que comporta concebir el Derecho penal como un conjunto de pautas públicas dirigidas a personas racionales con el propósito de guiar su comportamiento y de suministrar las bases de la cooperación social. También puede contemplarse de esta manera la vinculación de la taxatividad con la libertad. En palabras de John Rawls: «si el principio ningún delito sin una ley es violado, digamos por leyes vagas e imprecisas, la libertad con la que contamos es también vaga e imprecisa. Los límites de nuestra libertad devienen inciertos»²¹.

Es importante notar que el ideal de la certeza del Derecho puede considerarse desde tres puntos de vista: a) desde el punto de vista de los ciudadanos, b) desde el punto de vista de la policía y c) desde el punto de vista de los órganos de aplicación del Derecho penal, jueces y Tribunales penales. Aunque algunas veces se ha sostenido que las normas penales no van dirigidas a los ciudadanos ordinarios sino a los jueces, aquí supondremos que afirmar que un comportamiento está penalmente prohibido es sinónimo de que dicho comportamiento lleva aparejada una sanción penal, que es un delito o falta penal, y que las normas penales son capaces de guiar el comportamiento de los ciudadanos. Habitualmente, la claridad de las normas penales desde el punto de vista del ciudadano, reduce la discrecionalidad de la policía y también de los órganos de aplicación. Son como dos caras de la misma moneda: a mayor claridad de la norma, mayor autonomía de los ciudadanos y menor grado de discreción de los jueces y de la policía, a la hora de arrestar y condenar a los ciudadanos. Sin embargo, pueden existir casos en que esto no sea así: una norma penal puede establecer que en determinadas circunstancias de desórdenes públicos, la policía podrá requerir a determinados ciudadanos a que abandonen determinada zona y, si no lo hacen, podrá detenerlos y los jueces condenarlos; en este supuesto la norma es taxativa para los ciudadanos y también para los jueces –si la policía ordena desalojar determinada zona existe la obligación de hacerlo, y si alguien desobedeció a la policía los jueces deben castigarlo–, ahora bien es imprecisa para la policía y aumenta su discreción²².

Por estas razones, es importante destacar que la exigencia de certeza de las normas penales tiene una doble dimensión: por un lado se dirige al legislador para que las leyes penales sean claras y precisas y, por otro, se dirige a reducir la discreción de la policía para arrestar y de los jueces para

²⁰ Joseph Raz (supra nota 19), pp. 214-215.

²¹ John Rawls, *A Theory of Justice* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971), p. 239.

²² Vd. un caso de estas características en donde el Tribunal Supremo de los Estados Unidos aplica la *void-for-vagueness doctrine* a una ley que, aunque taxativa para los ciudadanos, era muy discrecional para la policía, *City of Chicago v. Morales* (US Supreme Court, 10 June 1999).

condenar, obligándoles a ceñirse a la ley y prohibiéndoles la aplicación analógica de las leyes penales²³.

Podemos preguntarnos ahora si la exigencia de certeza ha de ser llevada al extremo.

Parece plausible contestar negativamente a esta cuestión. Llevar la certeza al extremo nos enredaría en un casuismo desaconsejable. El casuismo es desaconsejable porque las reglas siempre incluyen algunos casos que la razón que justifica tener esa regla no abarca y excluyen algunos que la razón que justifica la regla exigiría que estuvieran incluidos. Es más, cuanto más se aleja la formulación de la regla de su razón justificante mayor es el peligro de sobre e infrainclusión. Pongamos un ejemplo: si en un restaurante nos hallamos con un cartel que reza: «Prohibida la entrada de perros en el restaurante» y la razón que justifica la regla es la de permitir a los clientes del restaurante disfrutar de una comida tranquila, entonces la regla incluye casos que no son incluidos por la justificación de la regla, como el de los perros lazarillo, y no incluye casos que sí cubre la razón justificante, como el de los tigres²⁴. Entonces, tenemos un problema: formular la razón justificante (algo como, en nuestro ejemplo, «Prohibida la entrada en el restaurante con todo aquello que pueda molestar a los clientes») y dejar un amplísimo margen para la discrecionalidad del encargado de hacer cumplir la regla o bien formular la regla de una forma más alejada de su razón justificante pero con consciencia clara de que incluiremos casos no previstos por la razón justificante y excluirémos otros casos que sí estaban previstos. Es obvio que regular el comportamiento humano mediante reglas supone optar por la segunda vía. Ahora bien, cuánto más detallada y casuista sea nuestra formulación, más peligro de infrainclusión habrá. Otra vez aquí, la taxatividad es una cuestión de grado.

Apliquemos ahora estas ideas a las normas penales. El problema de la infrainclusión es menor en el Derecho penal, dado que una vez asumida la importancia de la certeza vinculada con la autonomía y apreciada la gran afectación que en la vida de las personas producen las sanciones penales, estamos dispuestos a aceptar que los comportamientos que no están prohibidos penalmente están penalmente permitidos. Existen, por otra parte, otros mecanismos en los ordenamientos jurídicos para desincentivar aquellos comportamientos que quedan excluidos de la regulación penal taxativa. El problema de la sobreinclusión es, en cambio, muy importante en el Derecho penal. Muchos autores han señalado el peligro que la incorporación de nuevos tipos penales, a menudo ampliamente indeterminados, tiene para

²³ Vd., por todos, Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Barcelona: Bosch, 1992), p. 254.

²⁴ Estos rasgos de todas las reglas generales (*under- y over-inclusiveness*) son señalados por Frederick Schauer, *Playing by the Rules* (Oxford: Oxford University Press, 1991), pp. 31-34.

el ideal de certeza y, como es obvio, el peligro proviene del hecho que pueden incluirse en los supuestos de hecho de dichos tipos muchos comportamientos no abarcados por su razón justificante²⁵.

Sin embargo, para el tema que nos interesa —el de las causas de justificación— es importante señalar que la función de dichas eximentes de la responsabilidad penal es precisamente excluir de los comportamientos penalmente prohibidos, aquellos que aún siendo instancias de los comportamientos descritos en las normas penales, no caen bajo el alcance de la razón que justifica su punición²⁶, porque entran en conflicto con otros bienes o intereses que el Derecho también protege. En este supuesto, aunque este punto será objeto de desarrollo más adelante, es necesario que las causas de justificación estén formuladas de una forma tal que permita moldear adecuadamente los argumentos a favor de la exención de la responsabilidad, de manera que en este ámbito no reste ningún supuesto de sobreinclusión.

4. El casuismo y las causas de justificación

La primera opción del trilema planteado en la introducción de este trabajo es la siguiente: exijamos que las causas de justificación en el Derecho penal sean formuladas de manera concreta y detallada. Esto comportaría, muy probablemente, formular las causas de justificación para cada uno de los tipos penales de los libros segundo y tercero de nuestro código penal. De no ser así, es obvio que las causas de justificación tendrán una redacción más general, y en este sentido más imprecisa, porque —como ocurre ahora— van referidas a todos los supuestos incluidos en los tipos penales. Puesto que, dicho con las palabras de Claus Roxin, las causas de justificación²⁷:

Operan más allá de la correspondiente clase (*typus*) de delito y son válidas para todos los tipos o al menos para un gran número de ellos y por eso adoptan sus regulaciones, no describiendo fragmentos de la vida típicamente delictivos, sino sentando principios de orden social (principio de ponderación de bienes, principio de autoprotección, etc.).

Alguien podría argüir, sin embargo, que el legislador penal debería concretar estos principios de orden social a la configuración de cada tipo penal, con el objetivo de respetar el ideal de certeza impuesto por el principio de

²⁵ Vd., por todos, Winfried Hassemer, «Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno», trad. de E. Larrauri, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales* enero-abril (1992): 235-248 y Jesús-María Silva Sánchez, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (supra nota 22), pp. 252-258.

²⁶ En palabras de H.L.A. Hart: «Matar en legítima defensa es una excepción a una regla general que hace punible el matar, es admitido porque el fundamento o el objetivo que justifica, en general, el castigo del homicidio no incluye casos tales como éste». *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968), p. 13.

²⁷ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, trad. de la 2ª ed. alemana de D.M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo y J. de Vicente Remesa, (Madrid: Civitas, 1997), p.286.

taxatividad. Ocurre que ello resultaría en un casuismo que, si realizable, comportaría un grave peligro de infrainclusión de los comportamientos que consideramos justificados, transgrediendo así la función principal para la que las causas de justificación existen en Derecho penal: eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos²⁸. Me explico: aquellos comportamientos típicos no incluidos en las causas de justificación por exceso de detalle en su formulación, serían comportamientos también antijurídicos. Mientras en la formulación de los tipos penales lo que importa es que no sean sobreincluyentes, en la formulación de las causas de justificación lo que importa es que no sean infraincluyentes. Como el casuismo comporta infrainclusión, entonces debemos rechazar una formulación detallada, tipo por tipo, de las causas de justificación.

5. Un Derecho penal sin causas de justificación

La segunda posibilidad de nuestro trilema tiene dos variantes: a) la primera consiste en que, a la vista de que las causas de justificación no se dejan moldear por el principio de taxatividad, postulemos un Derecho penal que no reconozca causas de justificación de ningún tipo y b) la segunda considera que podemos construir un Derecho penal sin causas de justificación explícitas, pero en las cuales los órganos de aplicación del Derecho disponen de la competencia para absolver a personas que realizaron los comportamientos típicos, en atención a las circunstancias concretas del supuesto enjuiciado.

La primera variante no ha sido, que yo sepa, defendida por nadie. Comporta una posición tan dogmática acerca de la importancia de la certeza que resulta insostenible. El ideal de certeza no es el único ideal que el Derecho penal ha de perseguir. Las normas de un campo de concentración, por ejemplo, podrían ser formuladas con gran taxatividad, y ello no haría mejor la vida en el campo de concentración²⁹. Es más, dado que el ideal de la certeza halla su justificación en el principio de la autonomía personal, debe ser complementado con el resto de ideales que están entrelazados con la autonomía personal y mi autonomía personal se menoscaba cuando, por ejem-

²⁸ Podría todavía argumentarse en contra señalando que algunas veces (como en la regulación relativa a la interrupción del embarazo del artículo 417 bis del anterior código penal, que conserva su vigencia en virtud de la disposición derogatoria 1, letra a) del código actual) el legislador establece para el tipo concreto las causas de justificación de manera detallada. Dos elementos son relevantes aquí: por una parte, si esta regulación es posible para todos y cada uno de los tipos penales y, por otra parte, si esta regulación hace inaplicables las causas de justificación de carácter general. Por lo que después diré, aunque no argumentaré ahora a favor de ello, puede colegirse que mi respuesta es negativa para ambas cuestiones.

²⁹ Una crítica de las ideas de Lon Fuller, mostrando que un sistema muy inciuo podría respetar las exigencias de lo que Fuller denomina la moralidad interna del Derecho (vd. supra nota 16) puede hallarse en Matthew Kramer, *In Defense of Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1999), cap. 2.

plo, no puedo defenderme de agresiones de otros sin ser penalmente castigado. Tratar a los destinatarios de las normas penales como seres autónomos, comporta tomar en cuenta los supuestos en los cuales es posible que se produzcan conflictos entre los bienes que se desea proteger y proporcionar criterios para resolverlos. Un derecho penal sin causas de justificación carecería de criterios de solución para dichos conflictos (en el sentido de que no los consideraría ni siquiera conflictos), por lo tanto violaría la autonomía personal, que justifica también el ideal de certeza.

La segunda variante es más atractiva. Puede verse reflejada en la posición de Luigi Ferrajoli. Dado que Luigi Ferrajoli considera que todos los usos de conceptos valorativos son inverificables, no es extraño que no conceda un lugar especial en su construcción al estudio de las causas de justificación. Prefiere resolver el problema de la sobreinclusión de los tipos penales mediante el recurso a lo que denomina el *poder de connotación* del juez y el *juicio de equidad*³⁰. Según Ferrajoli, una vez determinado que un cierto comportamiento es una instancia del caso genérico previsto en un tipo penal, el juez penal contaría todavía con la posibilidad de no condenar al autor de dicho comportamiento en atención a la comprensión de las características accidentales y singulares del caso individual. No es muy claro para mí en qué sentido es esto un poder de connotación, puesto que el juez deberá decir también qué propiedades del caso lo hacen merecedor de la absolución penal, y al hacerlo dichas propiedades tendrán también una referencia, su denotación. Pero, sea como fuere, es claro que se trata de que el juez considere algunas propiedades del caso no contempladas en el tipo penal. El propio Ferrajoli, en uno de sus ejemplos³¹, contempla como un supuesto de dicho poder de connotación el juicio sobre un hurto famélico, que a menudo se considera un supuesto de estado de necesidad. Es decir, para Ferrajoli sería posible un derecho penal sin causas de justificación explícitas, en el cual el juez dispusiera del poder de absolver aquellos, que aún habiendo realizado los comportamientos típicos, no merecerían la sanción en atención a las circunstancias del caso concreto.

La situación propuesta por Ferrajoli se asemeja, en algún modo, a la situación de la legítima defensa en derecho inglés. Según Ashworth, el único requisito que se usa en los Tribunales ingleses para apreciar la justificación de *self-defence* es la razonabilidad (*reasonableness*) y ello comporta, como

³⁰ Luigi Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale* (supra nota 9), pp. 135-160. Tal vez sea ésta también la vía sugerida por Rafael Hernández Marín, que privilegia por encima de todo el valor de la certeza y lo complementa con la posibilidad de que las instancias superiores de la magistratura puedan apartarse de la letra de la ley, siempre que no perjudiquen a particulares y que la injusticia de la decisión *legalista* sea grande y patente. Rafael Hernández Marín, *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (Madrid: Marcial Pons, 1998), pp. 141-146.

³¹ *Ibidem*, p. 139.

añade Ashworth, que el principio de taxatividad no es seguido en el Derecho inglés sobre el uso justificado de la fuerza³².

Un derecho penal sin causas explícitas de justificación, pero con la posibilidad de los jueces de eximir de responsabilidad aunque se den las propiedades descritas en un tipo penal, respeta el requisito de eliminar la sobreinclusión de los comportamientos prohibidos penalmente. Pero lo hace, y esto es lo criticable, al precio de aumentar considerablemente la discrecionalidad de los jueces (y de no proporcionar a los ciudadanos ninguna pauta acerca de cuándo determinados comportamientos típicos van a ser considerados justificados), con lo que las decisiones de los jueces sufrirán necesariamente de falta de consistencia y articulación entre ellas. Además olvida que también las penas deben estar sujetas a la taxatividad; dejar los tipos totalmente abiertos en su límite inferior desafía también la taxatividad.

6. El alcance del principio de taxatividad en relación con las causas de justificación

La tercera posibilidad del trilema consiste en reducir la fuerza del principio de taxatividad en la formulación de las causas de justificación. En la formulación de los tipos penales el umbral mínimo de la taxatividad debe ser más alto que en la formulación de las causas de justificación. La razón puede ser deducida de las críticas a las otras vías abiertas por el trilema: la formulación de las causas de justificación debe permitir la exclusión como punibles de todos los casos no abarcados por las razones que justifican castigar determinados comportamientos. Para hacer posible este extremo es preciso que las causas de justificación sean lo suficientemente flexibles para adaptarse a nuevas circunstancias que querríamos ver incluidas como justificadas³³. Pero ello es compatible con que la formulación de las causas de justificación establezca unas pautas generales que, a la vez que permitan excluir de los comportamientos penales prohibidos aquellos a los que no alcanza su justificación, introduzcan algunas restricciones a las decisiones posibles de los jueces y señalen claramente las vías por las cuales una persona puede presentar su comportamiento como justificado.

De hecho, esta es la posición de dos grandes teóricos del Derecho penal, de dos diversas culturas jurídicas, la inglesa y la alemana, me refiero a A.

³² Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (supra nota 19), p. 136: «This indicates that the principle of maximum certainty is not followed in the English law on justifiable force».

³³ Esto es lo que ocurre con, por ejemplo, la necesidad de reducir la exigencia de que la agresión sea actual en la legítima defensa, para considerar justificados determinados comportamientos de mujeres aterradas por la posibilidad de que sus maridos acaben con su vida y con la de sus hijos en algún momento próximo. Puede verse al respecto, para la doctrina española, Elena Larrauri, «Violencia doméstica y legítima defensa –un caso de aplicación masculina del derecho» en E. Larrauri, D. Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa* (Barcelona: EUB, 1995), pp- 9-88 y, también más en general, Heidi Hurd, «Moral Rights and Legal Rules: A Natural Law Theory» *Legal Theory* 6 (2000): 423-455, en pp. 427-430.

Ashworth y a C. Roxin. Ashworth considera adecuada la propuesta (en un proyecto de *Criminal Code*) de articular un conjunto de principios y subreglas que concreten las causas de justificación³⁴:

La certeza jurídica es importante desde el punto de vista de la producción de decisiones de los Tribunales consistentes y sujetas a principios, tanto como desde el punto de vista de la guía de la conducta de los ciudadanos. El enfoque del proyecto de Código penal que trata de articular algunos principios y subreglas es, por lo tanto, bienvenido. La promulgación de varias subreglas no priva a los Tribunales de la flexibilidad para responder a nuevos conjuntos de circunstancias, y cubre algunas cuestiones recurrentes que es adecuado determinar de un modo sujeto a principios más que en una forma *ad hoc*.

También Roxin es de esta opinión. Según Roxin, las causas de justificación no han de estar sujetas al principio de taxatividad de la misma manera que lo está la formulación de los tipos penales³⁵:

A partir de esos principios rectores [la ponderación de bienes, la autoprotección, etc.], para la aplicación del Derecho no se trata de subsumir como se hace en los elementos del tipo, sino que hay que desarrollar los principios concretándolos en la materia jurídica. Por eso en las causas de justificación la interpretación correspondiente al principio *nullum crimen* no está vinculada al límite del tenor literal, sino sólo a los principios ordenadores inmanentes a las respectivas causas de justificación...

La referencia de Roxin a que en los supuestos de aplicación de las causas de justificación no se trata de proceder a una operación de *subsunción* de casos individuales en casos genéricos, sino a una operación que guarda mayor similitud con la *ponderación* de conflictos entre principios es muy reveladora. Las causas de justificación sólo suministran las pautas generales con las cuáles el juez deberá construir, para el caso concreto, un conjunto de reglas que destaquen qué propiedades relevantes hacen aplicable o

³⁴ Andrew Ashworth, *Principles of Criminal Law* (supra nota 17), p. 136.

³⁵ Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, (supra nota 27), pp. 286. Esta es, también, la posición de George P. Fletcher, «The Nature of Justification», en Stephen Shute, John Gardner, Jeremy Holder (eds.), *Action and Value in Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 175-186, en pp. 180: «La legislación tiene una función en el campo de la justificación... que es diferente de su papel al hacer tan precisos como sea posible los elementos del delito... Estas disposiciones que establecen las causas de justificación pueden admitir un grado de vaguedad que sería intolerable bajo el principio del debido proceso de “fair warning”, principio que requiere que los delitos sean definidos con la suficiente especificidad para advertir a las personas comunes de sus derechos y obligaciones», Ángel J. Sanz Morán, «Teoría general de la justificación», *Revista Penal*, 5 (2000) 74-89, en pp. 78-9: «...el mandato de certeza o taxatividad en la formulación de los tipos penales... se relaja(n) de manera notoria cuando se trata de los supuestos de exclusión (o atenuación) de la responsabilidad criminal» y Víctor Ferreres Comella, *El principio de taxatividad en materia penal (una perspectiva constitucional)* (supra nota 3): «Un sistema jurídico-penal de signo liberal debe admitir cierta imprecisión *a favor del reo*, cierta indeterminación en las cláusulas que definen las circunstancias de exención de responsabilidad (causas de justificación y de exculpación)».

no la causa de justificación. Deberá hacerlo de forma que su decisión sea consistente con las decisiones del pasado y con las que se van a tomar en el futuro, en la medida de lo posible, pero podrá introducir argumentos nuevos que muestren la relevancia de alguna propiedad presente en el caso, hasta ahora desconsiderada³⁶.

Esta tercera posibilidad planteada por el trilema parece la más adecuada, en realidad muestra como el trilema puede disolverse. Comporta una reducción del alcance del principio de taxatividad a favor de poder excluir de los comportamientos punibles, aquellos que caen más allá de las razones justificantes. Expresa, a su vez, el mayor respeto por el principio de la autonomía personal, que si bien exige sujetar el comportamiento de los destinatarios de las normas penales mediante formulaciones claras y precisas, también supone tratarlos como seres *responsables* de sus acciones y omisiones y ser responsable de determinado comportamiento incluye también la posibilidad de argumentar a favor de que dicho comportamiento era un comportamiento justificado³⁷.

7. El Derecho penal y la moralidad

Se ha dicho en muchas ocasiones que una tesis central de la teoría positivista del Derecho es la de la separación conceptual entre el Derecho y la moralidad³⁸. Alguien podría insistir, sin embargo, en que la presencia de causas de justificación en el Derecho penal, con términos que remiten casi inevitablemente a la argumentación moral, requiere reformular esta tesis. Discutiré en este apartado esta cuestión.

En primer lugar, quiero hacer alguna referencia a aquello que la tesis iuspositivista de la separación entre el Derecho y la moral no sostiene. No sostiene que los ámbitos del Derecho (penal, en nuestro caso) y de la moralidad son ámbitos distintos. Es obvio que la moralidad –sea cuál sea nuestra concepción acerca de su naturaleza– prohíbe el homicidio, la violación, las lesiones, etc. y también los prohíbe el Derecho penal. Es cierto que al-

³⁶ Para la ponderación, vd. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (1986) trad. de E. Garzón Valdés, (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993), pp. 81-98. Para la idea de que la ponderación ha de ser concebida como un paso previo a la necesaria subsunción, en la que no puedo detenerme aquí, vd. José Juan Moreso, «Conflictos entre principios constitucionales», ponencia inédita presentada en *X Seminario internacional de Teoría y Filosofía del Derecho* (Vaquerías-Córdoba, Argentina, septiembre de 2000).

³⁷ Que considerar a los seres humanos como responsables está implicado por el hecho de considerarlos autónomos es afirmado por, por ejemplo, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la 2ª ed. alemana de 1960 de R. Vernengo, (México: UNAM, 1979), pp. 105-114, Lon Fuller, *The Morality of Law* (supra nota 16), p. 162 y John Rawls, *A Theory of Justice* (supra nota 21), p. 241.

³⁸ Vd., por todos, H.L.A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals» [1958] en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, (Oxford: Oxford University Press, 1983), pp. 21-48.

gunos iusnaturalistas racionalistas pensaron que el ámbito de la moralidad era el de las intenciones y, en general, los actos mentales de las personas y que el Derecho era el ámbito de los actos externos. Pero esta es una tesis insostenible, también la moralidad (cualquier moralidad) considera más reprochable a la madre que enojada porque su hijita llora la ahoga en la bañera que a la que sólo desea hacerlo, pero se reprime. Y también el Derecho considera más reprochable a la madre que intencionalmente ahoga a su hijita en la bañera que a la madre que por descuido no consigue evitar que su hijita se ahogue en la bañera. No es en este sentido en el que el Derecho y la moralidad están separados.

En segundo lugar, en este trabajo he distinguido entre las razones que justifican tener una determinada norma penal y esa misma norma penal. Llamaré en esta discusión, por las razones que más adelante veremos, razones *subyacentes* a las primeras y razones *excluyentes* a las segundas. Entonces, es obvio, que las razones subyacentes han de ser de naturaleza moral, o sea que aún los positivistas sostendrán que las razones que justifican tener una u otra regulación penal son razones de naturaleza moral³⁹.

Sin embargo, en el ámbito del positivismo jurídico reciente existe una polémica que guarda relación con la discusión aquí esbozada acerca de las causas de justificación. Se trata de la polémica entre lo que se ha denominado positivismo jurídico *exclusivo* y positivismo jurídico *inclusivo*⁴⁰. Dicho ahora muy brevemente, el positivismo exclusivo sostiene que en la identificación del Derecho existente nunca es necesario recurrir a la argu-

³⁹ Tal vez constituyan una excepción aquellos autores que piensan que es posible que el Derecho penal trate a la gente como objetos y no como sujetos y que argumente a favor de eliminar de nuestro Derecho penal nociones tales como la de responsabilidad, como sucede en algunos de los enfoques de *Law and Economics*. Vd., al respecto, Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1990), cap. 5.

⁴⁰ Puede verse la discusión y la literatura relevante en José Juan Moreso, «In Defense of Inclusive Legal Positivism», en Pierluigi Chiassoni (ed.), *The Legal Ought*, (Torino: Giappichelli, 2001), pp. 37-64. La defensa más articulada del positivismo jurídico exclusivo es la de Joseph Raz (vd. infra y nota 41). Los precedentes del positivismo jurídico inclusivo pueden hallarse en Genaro R. Carrió, *Principios jurídicos y positivismo jurídico* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1971); David Lyons, «Principles, Positivism and Legal Theory» (*Yale Law Journal*, 87 (1977), 415-436, Philip Soper (1977), «Legal Theory and Obligation of the Judge: The Hart/Dworkin Dispute», *Michigan Law Review*, 75 (1977), 511-542. Para un desarrollo más articulado hay que esperar la defensa de esta concepción en una serie de artículos de Jules L. Coleman, «Negative and Positive Positivism», *Journal of Legal Studies*, 11 (1982), 139-162, «On the Relationship between Law and Morality» en *Ratio Juris*, 2 (1989), 66-78; «Authority and Reason» en Robert P. George (ed.), *The Autonomy of Law* (Oxford: Oxford University Press, 1996), pp.287-319; «Second Thoughts and Other First Impressions» (supra n. 9) pp.258-278; «Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis» en *Legal Theory*, 4 (1998), 381-426 y en el libro de W.J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford: Oxford University Press, 1994). Tal vez, también esta sea la posición (con el nombre de *soft-positivism*) de H.L.A. Hart, «Postscript» en *The Concept of Law*, ed. by P. Bulloch and J. Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).

mentación moral y que, por lo tanto, por una parte, la validez jurídica de determinadas pautas nunca depende de su adecuación moral y, por otra, cuando el Derecho usa conceptos morales, remite a la discreción de los aplicadores del Derecho. El positivismo inclusivo sostiene, en cambio, que contingentemente si el Derecho remite a la moralidad entonces se deberá recurrir a ella para identificar lo que el Derecho prescribe y que, por lo tanto, por una parte, puede ocurrir –aunque no es necesario– que la validez de determinadas pautas jurídicas dependa de la moralidad y, por otra parte, los jueces no tienen siempre discreción al aplicar pautas morales a las que el Derecho remite.

Puede resultar interesante detenerse en los argumentos del mayor defensor del positivismo jurídico exclusivo, Joseph Raz, porque son relevantes para nuestra discusión. El argumento de Raz puede denominarse el *argumento de la autoridad*, ya que surge de la concepción raziana de la autoridad y de su relación con las tesis centrales del positivismo jurídico tal y como Raz las comprende⁴¹.

El argumento de Raz es complejo y ha sido ampliamente revisado y discutido. Mi pretensión es sólo presentarlo en una forma muy esquemática y prestar atención a alguno de los pasos del argumento.

Una doctrina filosófica acerca del derecho tiene que servirnos para comprender los rasgos más relevantes de la naturaleza de esta institución social. Una característica distintiva del derecho respecto a otros órdenes coactivos, así una banda de gánsters, es la pretensión de autoridad. Las autoridades jurídicas pretenden que sus normas son legítimas, es decir, que ellas pueden imponer obligaciones a los miembros del grupo social. Esto, por supuesto, no garantiza que las autoridades jurídicas sean realmente autoridades legítimas ya que eso depende de pautas morales independientes de las normas jurídicas. Sin embargo, un dato crucial para diferenciar a un asaltante de una autoridad, como un inspector fiscal, son las razones que invocan para respaldar sus exigencias. Atribuir autoridad a un individuo es reconocer su capacidad para vincularnos mediante normas. Por consiguiente, una doctrina filosófica tiene que explicar en qué consiste y bajo qué condiciones es posible que el derecho tenga autoridad.

Según Raz, un enfoque positivista del derecho es la única propuesta apta para dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. La estructura central de su argumento es la siguiente.

Las autoridades normativas son autoridades prácticas, es decir, sus normas modifican nuestras razones para actuar. Por ejemplo, nosotros no reconocemos ninguna autoridad a un loco para determinar qué porcentaje de nuestros ingresos deben ser destinados a sufragar los gastos del Estado. Así,

⁴¹ Vd., por ejemplo, Joseph Raz, *The Morality of Freedom*, (Oxford: Oxford University Press, 1986) especialmente caps. 2-3 y «Authority, Law, and Morality» en *Ethics in the Public Domain*, (Oxford: Oxford University Press, 1994), pp. 194-221.

aún si el loco declara a viva voz que estamos obligados a tributar un veinte por ciento de nuestras ganancias, su exclamación no genera ninguna razón para hacer aquello que nos exigen. Supongamos, en cambio, que la misma expresión es utilizada por el parlamento. Reconocer que este órgano tiene autoridad significa aceptar que debemos destinar el veinte por ciento de nuestros ingresos a sufragar los gastos del estado.

Las normas válidas son *razones excluyentes*. Ellas desplazan nuestras razones ordinarias del balance de razones. Aceptar una norma significa que admitimos que debemos comportarnos de una cierta manera, incluso cuando este comportamiento vaya en contra de nuestros intereses. En su función normativa, las autoridades ordenan (y no recomiendan o aconsejan) un determinado comportamiento.

Normalmente, las autoridades intentan resolver problemas y conflictos sociales mediante sus normas. La justificación de sus normas se vincula directamente con las razones ordinarias que los individuos tienen para comportarse de una cierta manera. Las directivas de una autoridad se justifican normalmente en las razones que existen para decidir los conflictos de una determinada manera.

De esta manera, Raz denomina a su doctrina *la concepción de la autoridad como servicio*. Su rasgo principal es que las autoridades son legítimas sólo si sus directivas nos permiten actuar de conformidad con las razones que deben guiar nuestras acciones de un modo mejor o más acertado que el que podríamos conseguir sin ellas. La autoridad nos presta un servicio al aplicar en fórmulas canónicas (normas) aquellas razones subyacentes que deberían integrar el balance de razones para nuestra acción. Este rasgo es denominado *la tesis de la dependencia*. La concepción de la autoridad como servicio también pone de manifiesto un requisito necesario para superar la objeción de la irrelevancia de las autoridades. La autoridad *sirve* en la medida en que cumplimos mejor con las razones subyacentes cuando nos guiamos por sus directivas antes que por nuestra propia deliberación sobre las razones aplicables en un determinado caso. Este rasgo se denomina *tesis de la justificación normal*. Por consiguiente, reconocer autoridad a un órgano, digamos el parlamento, implica considerar sus normas como razones para desplazar –o excluir, por esto Raz las denomina *razones excluyentes*– nuestro juicio o balance de razones sobre una cierta acción. Las normas de la autoridad no son una razón más en nuestra deliberación, sino que su función es precisamente reemplazar esta deliberación. Por ello, este rasgo se denomina *tesis del reemplazo*.

Un individuo puede ser una autoridad sólo cuando se dan las circunstancias necesarias para tener autoridad. Una de estas condiciones es la posibilidad de comunicar sus decisiones (normas/directivas). Estas decisiones reflejan, cuando la autoridad es legítima, las razones subyacentes para actuar en una determinada situación. Esto implica que las normas de la autoridad, esto es, aquello que ese órgano ha decidido, tiene que ser identifica-

das sin recurrir al mismo balance de razones que las normas pretenden reemplazar. Se sigue de ello que sólo una teoría del derecho que sostenga que el derecho puede ser identificado sin recurrir a argumentos morales sobre las razones subyacentes para actuar puede dar cuenta del fenómeno de la autoridad del derecho. Abandonar la tesis de las fuentes sociales implica – según Raz – dejar sin posibilidad de análisis un rasgo crucial del derecho y de su relevancia práctica, esto es, su autoridad. Por ello, la opción entre positivismo jurídico exclusivo y positivismo jurídico inclusivo se resuelve a favor del primer enfoque ya que este es el único capaz de explicar la naturaleza del derecho.

Me interesa notar que, con arreglo al argumento raziano, las causas de justificación no son razones plenamente excluyentes, puesto que para aplicarlas, como sabemos, es necesario acudir a las razones subyacentes. Si esto es así, un teórico del Derecho defensor del positivismo jurídico exclusivo, como Raz, debería elegir la primera o la segunda vía del trilema. O bien redactar las causas de justificación de manera que su contenido pueda ser identificado sin recurrir a las razones subyacentes, a la argumentación moral, o bien defender un derecho penal sin causas de justificación explícitas, confiando en que la discreción de los jueces impedirá que sean castigadas personas sin razones subyacentes para ello.

Hemos visto las graves dificultades que ambas posibilidades deben afrontar. Y ello es un argumento indirecto a favor del positivismo jurídico inclusivo. Francisco Laporta, por ejemplo, ha señalado que es en el ámbito del Derecho penal donde mayor penetración ha tenido la dinámica de la moralización, hasta el punto que, con sus propias palabras, «las normas del derecho penal tienden a aplicarse usando de un razonamiento práctico decididamente similar al razonamiento moral»⁴², aunque como el mismo autor advierte⁴³:

Las normas morales que tienen vigencia en el seno de los sistemas jurídicos no han adquirido tal vigencia *por* su carácter moral, es decir, en virtud de su propia importancia ética, sino porque una norma específicamente *jurídica* del sistema hace a ellas esa remisión. Esa precaución permite mantener al mismo tiempo la idea de que no hay conexión *necesaria* entre el derecho y la moral, y la idea de que, a pesar de ello, las normas jurídicas de los ordenamientos modernos están con frecuencia penetradas de contenido moral.

En las causas de justificación, el Derecho penal remite a las razones subyacentes precisamente porque esta es la única forma de suministrar vías para excluir de la sanción penal todos los comportamientos que estas razones no abarcan. Ahora bien, lo hace de una manera sometida a pautas, el argumento moral que, sin duda, posibilita debe transitar por las vías (los requisitos de la legítima defensa, del estado de necesidad, etc.) que ella misma

⁴² Francisco Laporta, *Entre el derecho y la moral* (México: Fontamara, 1993), p. 62.

⁴³ *Ibidem*, p. 61.

establece. De esta manera, pretende sujetar a los aplicadores del Derecho, ya que no a una versión estricta del principio de taxatividad, sí a unas decisiones no plenamente discrecionales, sino sujetas a la consistencia y a la articulación adecuada de dichas pautas.

8. Conclusiones

He tratado de mostrar que hay buenas razones para escoger la tercera de las posibilidades abiertas por el trilema planteado en la introducción de este trabajo, es decir, atemperar el alcance del principio de taxatividad respecto de las causas de justificación. Hay razones para defender que el umbral de precisión exigido para la formulación de los tipos penales ha de ser más alto que el umbral de precisión exigido para la formulación de las causas de justificación. Las razones son las siguientes: mientras en el caso de la formulación de los tipos penales, la precisión puede producir un cierto grado de infrainclusión, esto es, de casos abarcados por la razón justificante que la regla no abarca, esta infrainclusión es asumible en virtud de la importancia que otorgamos a la certeza en la delimitación de los comportamientos prohibidos penalmente; en cambio, en el caso de la formulación de las causas de justificación, el grado de infrainclusión sería mucho más grave, comportaría que determinados comportamientos justificados serían punibles, por esta razón precisamos una formulación más amplia y flexible de las causas de justificación, que sea capaz de abarcar todos los casos en los que no existe justificación para castigar.

Esta formulación más amplia y flexible (que incluye conceptos valorativos) comporta que, en muchos de los casos de aplicación de las causas de justificación, la justificación jurídica corre cercana a la justificación moral. Lo anterior no ha de resultarnos extraño, puesto que la introducción de criterios flexibles se lleva a cabo precisamente para permitir al aplicador del Derecho acudir a las razones subyacentes que justifican que determinados comportamientos sean punibles y, en muchos casos, las razones subyacentes son razones de carácter moral. El positivismo jurídico inclusivo reconstruye, adecuadamente en mi opinión, esta situación.

También he argüido, sin embargo, a favor de alguna formulación de las causas de justificación y en contra de la discrecionalidad absoluta, al respecto, de los aplicadores del Derecho. Que el Derecho penal señale explícitamente las vías por las cuales aquellos que toman una decisión en el ámbito penal han de acceder a las razones subyacentes, me parece que garantiza la articulación y consistencia de las decisiones institucionales, y la articulación y la consistencia son virtudes a las que ningún proceso de toma de decisiones puede renunciar.



DOXA 24 (2001)
