



Benemérita Universidad Autónoma de Puebla.

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

Secretaría de Investigación y Estudios de Posgrado.

Maestría en Ciencias Penales con acreditación

PNPC.

“Análisis de la estructura lógica de la norma jurídica  
que contempla tipos penales en México”.

Tesis

Para obtener el grado de Maestra en Derecho con  
terminal en Ciencias Penales.

Presenta: Alejandra Rojas López.

Director de tesis: Dr. David Santacruz Morales.

Heroica Puebla de Zaragoza a Diciembre del 2018.

## Introducción.

En la actualidad nuestro orden jurídico tiene como objetivo velar por los intereses sociales, mas no es así, dentro de él hay algunas áreas un tanto más complejas y vulnerables a una desviación o incumplimiento del objetivo que el orden jurídico supone.

Bien es sabido que la sociedad está en constante cambio y con las nuevas tecnologías todos los ciudadanos nos encontramos vulnerables ante nuevas formas de comisión del delito; es labor del derecho proteger los diversos intereses de los seres humanos, así como asegurar el orden para la correcta convivencia, y es tarea de los legisladores adecuar la creación de las normas a las demandas de la sociedad.

Este tema es importante porque es labor del derecho proteger los diversos intereses de los seres humanos, así como asegurar el orden para la correcta convivencia, y es tarea de los legisladores adecuar la creación de las normas a las demandas de la sociedad, es decir, ver por las necesidades sociales y por la protección de los Derechos Humanos de sus ciudadanos, antes que atender a cuestiones políticas o personales que tienen un aire de desinterés por las lagunas que pueden dejar en un ley o los daños que puede ocasionar el hecho de que no se contemple como tal al ser humano dentro de las normas preventivas y su punibilidad.

Muchas veces se ha tornado en debate la idea de si las normas deben contener normas de derecho natural, el cual, es el derecho que emana de la naturaleza y de las leyes de Dios. La naturaleza establece que todos los hombres tenemos derechos por el simple hecho de ser hombres, tenemos derecho a la vida, a la dignidad, a todas esas cuestiones que nos permiten coexistir con nuestro entorno, ahora bien, el iuspositivismo no contempla dentro de su corriente más crítica al naturalismo, un gran ejemplo de esto es Hans Kelsen en su obra "Teoría

pura del derecho” busca analizar lo que es el derecho separando todos aquellos elementos que pueden enviciar el concepto o que pueden prestarse a la formación de lagunas jurídicas como son la moral, los valores, la justicia y la virtud; todas esas cosas las aparta del derecho para analizarlo, localizarlo y describirlo.

Dentro de este trabajo se analizará qué tan viable y tan factible es el iusnaturalismo en una participación dentro de las normas jurídicas. Se busca que se considere al iusnaturalismo dentro de la creación de las normas jurídicas. En cuanto a la corriente iuspositivista también se va a analizar qué tan cierto es el hecho de que la moral y el derecho no están unidos, no deben de estarlo y no lo estarán si es que se quiere hacer derecho en realidad.

En el primer capítulo se hablará sobre el origen del hombre, partiendo desde las diferentes corrientes filosóficas que hablen sobre la evolución, razón y raciocinio del ser humano como un ser pensante y capaz de realizar conductas conforme a su voluntad.

En el segundo capítulo se analizarán las corrientes iusnaturalista y iuspositivista para desmembrar sus postulados y poder decir que tan viable es la aparición del derecho natural dentro del proceso legislativo y las normas positivas.

Dentro del capítulo tercero se describe la estructura lógica de la norma jurídica Pitágoras realizó una de las mayores aportes a la humanidad Cómo es la sistematización de las ideas abstractas El buscó explicar el mundo mediante fenómenos que tenían como objetivo no resolver problemas sino buscar principios.

En el capítulo cuarto se hará énfasis en la lógica y el lenguaje como parte de la dogmática jurídica penal, para así poder analizar la configuración del tipo penal para una mejor comprensión de su contenido y una mejor praxis penal.

## Indice

Capitulo I. De los primeros enunciados lógicos. ....	- 4 -
1.1. El origen de la vida y la acción humana. ....	- 6 -
1.1.1. El creacionismo. ....	- 7 -
1.1.2. Catastrofista. ....	- 8 -
1.1.3. Uniformismo y Actualismo. ....	- 9 -
1.1.4. Selección natural. ....	- 11 -
1.1.5. Generación espontánea. ....	- 12 -
1.1.6. Panspermia. ....	- 12 -
1.1.7. Sopa Primitiva. ....	- 13 -
1.2. De la estructura del derecho y el hombre. ....	- 16 -
1.3. De la razón y el hombre. ....	- 18 -
1.3.1. El realismo. ....	- 20 -
1.3.2. El naturalismo. ....	- 22 -
1.3.3. La corriente objetivista y subjetivista. ....	- 22 -
1.3.4. Los sociólogos. ....	- 22 -
1.3.5. Los institucionalistas. ....	- 23 -
1.3.6. Teoría de la pluridimensionalidad de los valores. ....	- 23 -
1.4. La axiología como pauta para el derecho penal. ....	- 25 -
1.5. Criterios morales, la razón y la acción humana. ....	- 28 -
Capitulo II. Iusnaturalismo y su impacto socio jurídico. ....	- 31 -
2.1. Hominis causa omne. ....	- 31 -
2.2. El origen de la sociedad. ....	- 32 -
2.3. Lex naturalis. ....	- 33 -
2.4. Ley natural y naturaleza racional. ....	- 35 -
2.5. Características del iusnaturalismo a saber. ....	- 37 -
2.6. La doble idea del iusnaturalismo. ....	- 38 -
2.7. Realismo jurídico, derecho y su relación natural con el iusnaturalismo. ....	- 42 -
2.8. El iuspositivismo y la moral. ....	- 43 -
2.9. El Derecho Positivo y los Derechos Humanos. ....	- 50 -
Capitulo III. Análisis de la estructura lógica de la norma jurídica. ....	- 54 -
3.1. De la lógica en general. ....	- 54 -

3.1.1. La lógica según Aristóteles. ....	- 65 -
3.2. De la lógica jurídica. ....	- 66 -
Capitulo IV. De los tipos penales. ....	- 73 -
4.1. Construcción lógica de los tipos penales. ....	- 73 -
4.2. Beling, tatbestand y el principio de legalidad. ....	- 74 -
4.3. El lenguaje en la dogmática penal (estudio del tipo penal). ....	- 78 -
4.4. El Tipo penal, lenguaje y praxis. ....	- 85 -

## Capítulo I. De los primeros enunciados lógicos.

### 1.1. El origen de la vida y la acción humana.

Tenemos que partir de la existencia de un conjunto de acciones que realizan los seres humanos, con relación a un orden jurídico, dentro de un contexto jurídico de forma histórica. El primer gran enunciado lógico del que podemos partir es que el hombre está, que el hombre existe y por lo tanto es un sujeto y un objeto de estudio, partiendo de este enunciado, esto tiene una conexión directa con el orden jurídico, es decir, el conjunto de normas jurídicas creadas por el hombre también son aplicadas por el hombre dentro de un contexto determinado. En otras palabras, el primer enunciado lógico que nos permite empezar a construir un conjunto de normatividad seguramente reguladora de otras acciones es la existencia del hombre, lo cual ha sido muy debatible, pero tenemos que sistematizar de forma lógica todas las teorías y todas las corrientes para llegar a la preexistencia de enunciados que permitan la creación de enunciados jurídicos. En este tenor, que el hombre exista nos permite hacer un análisis del ser humano, esto es parte de la estructura lógica; si bien el iusnaturalismo y la corriente del humanismo han tratado de explicar que el hombre está porque está dentro de un ordenamiento ya no jurídico, pero que es un ordenamiento que por usos y costumbres se va reconociendo, el hombre está. Luego entonces, es necesario explicar las diversas teorías que justifican el origen del hombre y su evolución a ser racional, hay que resaltar que el origen del hombre tiene un inicio y un final, el inicio es que el hombre existe y el fin es que el hombre hace, puede hacer, debe hacer o deja de hacer, y entonces tenemos una relación lógica sistematizada desde el punto de vista orgánico biológico que es que el hombre existe y por lo tanto puede realizar diversas acciones.

Los científicos han elaborado diversas teorías acerca de la evolución y el origen del hombre, dichas son resultado de un procedimiento del cual surge la creación de una teoría, el cual se lleva a cabo mediante la observación de la naturaleza, formulando preguntas y evaluándolas mediante observaciones del mundo natural.

### 1.1.1. El creacionismo.

Una teoría relativa al origen el mundo, y del hombre, es aquella descrita en el libro de Génesis, el cual es el primer libro de La Biblia, comienza con la creación del mundo. Explica que Dios creó el mundo en seis días, Dios creó todo; el hombre y demás especies no evolucionaron, siempre fueron de la forma que Dios los creó, adaptándose los seres a las diferentes necesidades que el medio ambiente les exigía, pero jamás se han transformado completamente.

“En el principio creó Dios los cielos y la tierra. [...] Y dijo Dios: Haya a luz, y hubo luz, [...] separó Dios la luz de las tinieblas. Y llamó Dios a la luz Día, y a las tinieblas llamó Noche. [...] E hizo Dios el firmamento, y separó las aguas que estaban debajo del firmamento de las aguas que estaban sobre el firmamento. Y llamó Dios al firmamento Cielo. Y fue la tarde y la mañana el día segundo. Y dijo Dios: Júntense las aguas que están debajo de los cielos en un lugar, y descúbrase lo seco. Y fue así. Y llamó Dios a lo seco Tierra, y a la reunión de las aguas llamó Mares. [...] Y dijo Dios: Produzca la tierra hierba verde, hierba que dé semilla; árbol de fruto que dé fruto según su especie, que su semilla esté en él, sobre la tierra. [...] Hizo también las estrellas. [...] Y fue la tarde y la mañana el día cuarto. Y dijo Dios: Produzcan las aguas seres vivientes, y aves que vuelen sobre la tierra en la abierta expansión de los cielos. Y creó Dios las a grandes ballenas y todo ser viviente que se mueve, que las aguas produjeron según su especie, y toda ave alada según su especie. Y Dios los bendijo, diciendo: Fructificad y multiplicaos. Y fue la tarde y la mañana el día quinto. Y dijo Dios: Produzca la tierra seres vivientes según su especie: bestias, y serpientes y animales de la tierra según su especie. [...] Y dijo Dios: Hagamos al hombre a nuestra imagen, conforme a nuestra semejanza; y tenga dominio sobre los peces del mar, y sobre las aves de los cielos, y sobre las bestias, y sobre toda la tierra y sobre todo animal que se arrastra sobre la tierra. Y creó Dios al hombre a su imagen. [...] Y dijo Dios: He aquí que os he dado toda hierba que da semilla que está sobre la faz de toda la tierra; y todo árbol en que hay fruto de árbol que da semilla os será para a comer. Y a toda bestia de la tierra, y a todas las aves de los cielos y a todo lo que se arrastra sobre la tierra, en que hay vida, toda hierba verde les será para comer. Y

fue la tarde y la mañana el día sexto. [...] Y acabó Dios en el día séptimo la obra que había hecho, y reposó el día séptimo de toda la obra que había hecho. Y bendijo Dios el día séptimo y lo santificó, porque en él reposó de toda la obra que había creado y hecho. Formó, pues, Jehová Dios al hombre del polvo de la tierra y sopló en su nariz el aliento de vida; y fue el hombre y alma viviente.”<sup>1</sup>

Muchos científicos tienen la postura de que esos “seis días” no fueron en realidad los días convencionales, los solares de veinticuatro horas, más bien, fue una forma de representar los siglos que se requirieron para el proceso de la creación del mundo; esto se debe a que en la escritura hebrea se señala un periodo de tiempo que tiene un inicio y un final.

El creacionismo es el intento del fundamentalismo religioso por presentar la Biblia como fuente de información científica. Esta corriente se da especialmente entre ciertos grupos protestantes norteamericanos, aunque en su forma más moderna se ha extendido un poco a algunos católicos y al otro lado del Atlántico.

Esta opción tuvo una más amplia aceptación. Se fue admitiendo paulatinamente que los días de la creación habían sido épocas o períodos de duración indeterminada. Para llegar a esta conclusión se partía, en primer lugar, de un error lingüístico basado en una traducción incorrecta de la palabra hebrea usada en el Génesis para designar los “días de la creación”; y en segundo lugar, de la información incorrecta obtenida de la lectura del texto sagrado, ya que, si como se decía en el mismo, el sol no había sido creado hasta el cuarto día, y era el giro de la Tierra sobre sí misma y en relación al sol el que determinaba la existencia del día y la noche, entonces no podía entenderse que los días de la creación hubiesen tenido 24 horas de duración.<sup>2</sup>

### 1.1.2. Catastrofista.

La teoría catastrofista fue planteada por primera vez por Georges Louis Leclerc, en 1745, la cual suponía que una estrella había chocado contra el sol,

---

<sup>1</sup> LA SANTA BIBLIA. Gn. 1.1-31; 2.1-3.

<sup>2</sup> <http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/viewFile/ASHF9696120263A/5001>. 24/05/18. 20:19

desprendiendo así materia que abriría paso a la formación de planetas; James Jeans, en 1916, aportó una nueva versión, la cual señalaba que los planetas terrestres se formaron gracias a colisiones, y los planetas gigantes y sus satélites, son condensaciones del filamento extraído.

Por otro lado, el paleontólogo francés Georges Cuvier, un catastrofista que señalaba que después de analizar el registro geológico se desprendió la información de que en el transcurso de la historia la Tierra sufrió de diversos cambios climáticos y catástrofes, que afectaron gravemente la superficie terrestre acabando con todo a su paso y provocando la muerte de los seres vivos existentes. Después de cada catástrofe volvieron a surgir nuevos organismos, explicando que pudiese ser por nuevos ejemplares o la emigración de algunos existentes; es por ello que se han encontrado fósiles muy diferentes entre sí.

### 1.1.3. Uniformismo y Actualismo.

Otra teoría sobre el origen de la vida es la teoría del Uniformismo, la cual establece que los procesos que han ocurrido en la Tierra a lo largo de su existencia han sido uniformes, no acepta la evolución de las condiciones de la Tierra, pues señala que todos sus cambios han sido siempre iguales. Por mencionar algunos de sus postulados tenemos:

- Uniformidad de operaciones o procesos: Los procesos del pasado geológico son los mismos que actúan hoy, por tanto, no se tiene que recurrir a causas desconocidas o extinguidas para su explicación.
- Uniformidad de estado: La tierra a pesar del cambio permanece siempre esencialmente la misma. No hay ningún aspecto de su dinámica que manifieste algún vector de progreso unidireccional e inevitable.
- Uniformidad de los ritmos de cambio: El cambio por la acción de los procesos de la dinámica terrestre siempre es gradual, lento y permanente.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> MANRIQUE, Jesús. *“Estatus epistemológico del principio de uniformismo en geología, desde la teoría del conocimiento del filósofo Karl R. Popper”*. Boletín de Geología Vol. 31. N° 1. Enero - junio de 2009.p 98.

El geólogo James Hutton planteaba que la tierra se formó por hechos no violentos, por procesos lentos y graduales, como lo son el clima y los fenómenos naturales de intensidad media como actualmente se presentan. Por su parte, el paleontólogo Alcide D'Orbigny consideró la existencia de 26 periodos geológicos en la Tierra.

Esta corriente ha tenido varias críticas, comenzando por el hecho de que los procesos que se han presentado en el planeta no son lo que se considera como uniformes, ya que han cambiado en intensidad y los seres vivos se han transformado de forma lineal y no cíclica.

Existen también la corriente del actualismo, la cual para algunos autores se considera como sinónimo del uniformismo, pero el actualismo tiene matices diferentes, ya que en pocas palabras, explica los fenómenos del pasado a partir de las mismas causas que operan actualmente, acepta la evolución en las condiciones de la Tierra, apelando a la "causa-efecto".

Un exponente sobresaliente es el geólogo británico Charles Lyell, en su libro "Principios de Geología" explica los cambios que sufrió la superficie de la Tierra, sostenía que los fenómenos que ocurrieron en el pasado habían ocurrido con la misma intensidad que en el presente, ni más ni menos energéticos, no se presentaron catástrofes de carácter universal, sino que actuaron al mismo ritmo lento y gradual que actualmente lo hacen.

Caen en numerosas contradicciones al asumir una posición inductivista para interpretar el Actualismo y el Uniformismo. Hay en ellos gran confusión frente a la verdadera naturaleza epistemológica de cada una de estas tesis. No es claro hasta dónde va lo metodológico, lo fáctico y lo metafísico; desde su propia perspectiva es imposible saberlo.<sup>4</sup>

Luego entonces, la teoría actualista reconoce ser aplicable para ciertos intervalos de tiempo geológicos, tiempos cortos y no toda la historia de la Tierra; esto debido a que mientras más nos alejemos en el tiempo, mayores diferencias encontraremos en los factores de los procesos que intervienen en la formación o evolución de la Tierra.

---

<sup>4</sup> Íbidem. p. 100

#### 1.1.4. Selección natural.

En este contexto, una de las teorías más aceptadas es la teoría de la evolución, la cual fue propuesta por el británico Charles Darwin y se basa en la observación comprobable de que las especies de seres vivos cambian con el tiempo, y analiza los mecanismos por los que esto puede llegar a ocurrir: ADN, mutaciones, selección natural, etcétera.<sup>5</sup>

Darwin apunta que en su forma actual, suele considerarse que la evolución depende de la interacción de tres factores distintos:

- El uso y desuso de aquellos órganos o partes de su cuerpo que a las especies les son útiles o no, eventualmente, aquellas que son innecesarias se irán, modificarán o reemplazarán.
- Las condiciones de vida, es decir, la forma que tiene cada uno de los organismos de adaptarse a situaciones climáticas o medios de carácter hostil, lo que provoca el cambio (inclusive de conducta) que les permite adecuarse al cambio.
- La variación correlativa, refiriéndose a cuestiones genéticas, a las variaciones que puede sufrir un embrión durante la gestación.<sup>6</sup>

El mecanismo de selección natural permite que las poblaciones se adapten o adecuen a su entorno conforme el tiempo cambia y éste se los va exigiendo; depende del medio ambiente y de los rasgos heredables que apelen a su supervivencia y reproducción variando cada vez más en sus descendientes; atendiendo a esto, Darwin señalaba que aquel organismo que ha sido capaz de comenzar a variar continúa variando durante muchas generaciones. A la fecha no se ha tenido registro de un solo caso en cual un organismo variable cese de variar, inclusive sometido a cultivo.

---

<sup>5</sup> [http://www.uma.es/naturalezaylibertad/resources/Vol\\_4\\_2014/NL-04-2014-1-Alfonseca.pdf](http://www.uma.es/naturalezaylibertad/resources/Vol_4_2014/NL-04-2014-1-Alfonseca.pdf). 30/05/18. 19:01 pm.

<sup>6</sup> DARWIN, Charles. *“El origen de las especies”*. Tomo I. traducción por Antonio de Zulueta. Ed. Espasa. Madrid, 1921. p. 33

#### 1.1.5. Generación espontánea.

Por otro lado, está la teoría de la generación espontánea o autogénesis, anteriormente descrita por Francesco Redi, describía que podía surgir vida de forma espontánea a partir de la materia inerte, como moscas o gusanos de carne podrida y organismos de zonas húmedas; los científicos actuales han refutado dicha teoría, ya que se requiere de un organismo en la carne para que nazcan larvas.

Sin embargo, Louis Pasteur mediante experimentación demostró que no existe la generación espontánea al concluir que en el aire se encuentran muchos microorganismos, los cuales son los responsables de la descomposición de la materia orgánica.

#### 1.1.6. Panspermia.

La hipótesis del origen cósmico o panspermia nos dice que la vida se generó en otro planeta y viajó de un planeta a otro, inclusive de un sistema solar a otro. El filósofo griego Anaxágoras fue el primero en proponer un origen cósmico, pero fue hasta el siglo XIX que de los resultados de análisis a los meteoritos se demostró la existencia de materia orgánica. La hipótesis apunta a que la vida es llevada al azar de planeta a planeta por esporas bacterianas.

Anaxágoras señala que el universo está hecho de homeomerías, las cuales son sustancias muy pequeñas que van formando los cuerpos, estos cuerpos se van uniendo y formando a través del “nous” que es la inteligencia.

La panspermia puede ser interplanetaria (de planeta a planeta dentro del mismo sistema solar) o interestelar (entre sistemas planetarios), en el caso de la Tierra se explica que una bacteria proveniente del planeta Marte se quedara atrapada dentro de un meteorito que impactó en la Tierra y consiguió adaptarse a las condiciones ambientales.

La nueva hipótesis se originó debido a que investigadores encontraron aminoácidos entre meteoritos provenientes del espacio, lo cual volvió a darle vida a la teoría de la panspermia, pues suponía la posibilidad de que algunas materias orgánicas de otro sistema solar habían arribado a la Tierra. Sin embargo, más

dudas acerca de esta teoría surgieron, esto se debe a que los organismos sólo pueden poseer ADN o ARN (ácido ribonucleico, el cual, desempeña numerosas funciones celulares y está formada por el ensamblaje de nucleótidos como el ADN), luego entonces, los organismos que poseen ADN no pueden sobrevivir a temperaturas bajas, por otro lado, los organismos con ARN no sobreviven a temperaturas mayores a 70°C; lo cual ha llevado a los investigadores a preguntarse cómo es que pudieron sobrevivir a las temperaturas extremas del espacio y al severo ingreso de la atmósfera terrestre.

El tiempo que los supuestos microorganismos extraterrestres tardarían para llegar a la Tierra desde la estrella más cercana sería de 466,560,000 años. La estrella de donde provinieran los seres vivientes tendría que haber emergido millones de años antes que nuestro Sol; además, la vida en aquél planeta tendría que haberse originado unos 500 millones de años antes que la formación de la Tierra.<sup>7</sup>

Atendiendo a la hipótesis de organismos que poseen ARN, como se explicó anteriormente, el ARN tiene características semejantes al ADN, esta hipótesis señala que el ARN surgió antes que el ADN, es decir, que el mundo de ARN evolucionó al mundo de proteínas ADN, pues el primero también puede almacenar información y catalizar reacciones químicas como las proteínas. Por otro lado, existe la hipótesis de que la vida sí surgió en la Tierra, pero no de formas tan complejas como el ARN, más bien moléculas muy pequeñas que interactuaban entre sí.

#### 1.1.7. Sopa Primitiva.

Actualmente, la teoría más aceptada por la ciencia es la del bioquímico ruso Alexander I. Oparin de 1924, el cual propuso la “sopa primitiva”, la cual hace referencia a que una vez que la Tierra estuvo formada, elementos orgánicos de la atmósfera fueron arrastradas por la lluvia y se acumularon en el agua, las sustancias de los mares se acumularon cada vez más y al unirse se formaron las moléculas que dieron paso a formas más complejas.

---

<sup>7</sup> [http://www.biocab.org/Panspermia\\_esp.html](http://www.biocab.org/Panspermia_esp.html). 07/06/18. 11:00 am.

El líquido del nuevo planeta (Tierra) se compondría de carbono, nitrógeno e hidrógeno, todo esto se puede saber gracias a que con el paso del tiempo los experimentos son más finos y nos permiten tener un retroceso en razón a los componentes de la Tierra desde sus inicios.

El líquido de compuestos orgánicos, una vez expuesto a rayos ultravioletas y energía daba paso a la formación de estructuras muy, pero muy simples del ARN, al que Oparin les dio el nombre de “coacervados”, los cuales tienen la capacidad de absorber elementos del exterior y dividirse.

Como sabemos, el oxígeno que necesitamos para vivir no es precisamente benigno, la comida al estar expuesta al oxígeno se oxida, lo mismo ocurre con varios elementos y metales; la Tierra primitiva tenía ausencia de gas oxígeno, lo cual fue benéfico para las biomoléculas que se iban formando, pues no podían oxidarse y podían gozar de estabilidad formando puentes de hidrógeno.

Dicho lo anterior, resulta evidente que de igual forma en las biomoléculas operó un proceso de selección natural, mediante el cual las biomoléculas que consiguieron estabilidad subsistieron al ser las mejor adaptadas, no así aquellas que no lograban estabilizarse y al poco tiempo de unirse, se volvían a separar; a este proceso se le conoce como “evolución química”.<sup>8</sup>

Las diferentes teorías, la catastrófica, la panspermia, la teoría por ejemplo de James Hutton donde habla de que se forma la tierra por hechos violentos y de ahí surge el hombre, el actualismo, los principios de la geología, Anaxágoras hablando de sustancias muy pequeñas que van formando los cuerpos, la teoría del líquido del nuevo planeta de la Tierra qué está compuesta por carbono y nitrógeno, todo eso se puede saber gracias a que el paso del tiempo los experimentos son más finos y nos permiten tener un retroceso a través de los componentes de la tierra y de ahí el origen del hombre. Tienen relación con la teoría de platón y sus variantes determinadas a través de la utilización de los silogismos, que tiene relación directa con Aristóteles y con Sócrates, va dirigida en razón a un análisis de que el hombre existe y si el hombre existe entonces

---

<sup>8</sup> <http://biologia2segundoterceracep46.blogspot.mx/2007/08/teora-de-oparin-el-caldo-primitivo.html>. 07/06/18. 13:05 pm.

tenemos que hacer un enunciado que impacte dentro del derecho que tiene que ver que si existe entonces todos los seres humanos tienen razón, todos los seres humanos actúan conforme a su razón, todos los seres humanos usan la razón para actuar, todos los seres humanos además de que existen y realizan acciones son determinadas por una facultad ética, moral, humana, racional y este es el interés. Todas estas teorías van encaminadas al análisis del origen del hombre, pero también empiezan en otro panorama lógico que es que si el hombre tiene razón, quién determina o cómo se determinan las acciones del ser humano tomando en consideración que el ser humano es único, que está dentro de un contexto, sujeto a un orden jurídico y que éste ser humano no puede cometer conductas delictivas así reconocidas por el derecho, en otro sentido todas esas teorías explicativas del origen del hombre, cómo de la naturaleza orgánica, de la facultad que pudiera otorgarle Dios según la Biblia o de la facultad de los fenómenos o en llegar a un análisis de lo verdadero de lo falso, de lo real, lo permanente, de la moral o de la ética o simplemente de la necesidad del orden a través de aparatos jurídicos, es un segundo nivel lógico para describir la construcción en normas jurídicas, es decir, que el hombre exista y que actúa por cuestiones orgánicas biológicas, pero que también tiene y puede ocupar la razón; esto nos permite ir construyendo por qué la determinación de las acciones tiene que ver con la razón y con el hombre, y qué más adelante, dentro del derecho penal, voy a hablar que la forma y la estructura lógica de la construcción de la descripción de la conducta como primer elemento del tipo penal

Demócrito, por su parte considera que el universo está formado por partículas indivisibles, llamados átomos, que si se dividen la materia pierde sus propiedades, estos átomos se unen debido a que existe el espacio vacío, los átomos forman los cuerpos y así existe el mundo material.

Así pues, diversos autores dentro de la filosofía coinciden en que el mundo existe gracias a la formación y evolución de la materia; luego entonces, el ser existe por la materia, e inclusive al existir el cambio, la materia prevalece.

## 1.2. De la estructura del derecho y el hombre.

Tomando en consideración la estructura lógica de la norma jurídica, el pensamiento griego, posteriormente romano y “el contrato social” de J. J. Rousseau, todas las normas jurídicas son creadas si existe de forma lógica un gobierno, un gobernante y un gobernado, es decir, si existe la construcción literal de un Estado de derecho a través de territorio, población y gobierno en donde a través del territorio conjuntamente la población y el gobierno tienen que actuar en conjunto con un ordenamiento jurídico, este ordenamiento jurídico tiene que ver con el proceso de legislar, el cual genera una normatividad constitucional federal o estatal que permite la construcción de un proceso legislativo.

Esto se debe de entender como que el derecho está facultado para construir normas colectivas para un bienestar común, el derecho no se puede dividir más que en razón a sus objetos u objetivos en común, por eso se emplean características, no es en sí que la norma jurídica se pueda dividir, pues la norma jurídica está construida a través de procesos corrientes lógicos, entendiendo corrientes como continuos y transformadores del derecho.

Luego entonces, siendo el derecho penal una gran parte del derecho en general éste se construye de igual forma mediante el proceso legislativo. El derecho penal está compuesto por diferentes teorías, como la teoría del delito y por diferentes sistemas, en este tenor, podemos hablar de la teoría psicologista, causalista, normativista, funcionalista, finalista y del modelo lógico matemático; desde el punto de vista de las penas y de la seguridad pública también hablamos de un proceso de la ciencia penológica, en donde se explica de una forma descriptiva cuáles son estas facultades coercitivas que tiene permitido emplear el estado.

Tomando en consideración también las medidas cautelares, las de resguardo, medidas que rebasan la aplicación de una pena privativa de libertad, también se tiene que emplear diversas teorías, por mencionar algunos: la pérdida del derecho a heredar, restrictivas de derechos o sanciones pecuniarias.

Dentro de la teoría de la ley penal forzosamente de la construcción de los nuevos sistemas internacionales, por ejemplo, la normatividad internacional que

tiene un gran impacto dentro del país, porque así lo señala la Constitución reconociendo en su artículo 1° a los tratados y convenios internacionales de los cuales forma parte México, tomando en consideración que los tratados internacionales funcionaran siempre en pro y en beneficio de los sujetos de la ley penal.

De los datos y factores biológicos antes mencionados podríamos definir al ser humano como un componente orgánico que responde a una evolución y adaptación al medio ambiente y contexto en el que se encuentra.

El ser humano es un organismo que depende de los procesos naturales externos e internos, dentro de su evolución y necesidad de organizarse, han surgido diversas bases, reglas y normas que permiten el libre y sano desarrollo y desenvolvimiento del hombre a través de las décadas. Dichas normas regulan el comportamiento del hombre en sociedad permitiéndole o prohibiéndole ciertas acciones y concediéndoles la legalización de las necesidades que se consideran aptas para coexistir dentro de una sociedad, luego entonces, por poner un ejemplo, el ser humano es merecedor de dignidad, diciendo esto no se señala que la especie humana se limita a un mero reconocimiento, sino que conlleva más que eso gracias al respeto y derechos que le asisten, cada hombre no es “algo”, es “alguien”, en razón a su intelecto, conocimientos, inteligencia, o lo que haya resultado como fruto del ejercicio de su libertad y esfuerzo individual, obtenido desde su fuero interno.

La persona es el único ámbito “real” conocido por nosotros, en el cual la verdad de justicia puede manifestarse. El derecho a diferencia de la política que se apoya de la exclusión alienta el cosmopolitismo implicado en el conocimiento jurídico de las personas. El derecho y en particular, el derecho natural, tiene un carácter específicamente antropológico, pues el hombre nombrando la naturaleza y percibiendo lingüísticamente su esencialidad reconoce y construye un mundo dotado de sentido. “La ética de la dignidad del hombre”, en la cual derecho y moral coinciden, abarca sola la dimensión social de la existencia, esa dimensión que después de las trágicas experiencias históricas de todos conocida, se constituye

una ética mínima porque ella es la condición real de posibilidad de todo ulterior actuar ético.<sup>9</sup>

### 1.3. De la razón y el hombre.

El ser humano gracias a su proceso evolutivo ha logrado poseer la facultad para pensar, reflexionar y formar juicios; así como establecer relaciones entre las ideas y los conceptos.

El objeto de la filosofía son las ideas, el conocimiento, ya que las cosas tangibles no pueden ser su objeto, luego entonces, las ideas representan lo necesario, son objetos reales más reales, el mundo material debe entenderse como un concreción del mundo inteligible.

La idea en sí misma, tomando esta palabra en su mayor generalidad es la representación interior de un objeto. Por representación no entiendo aquí imagen o semejanza, sino el fenómeno interno que nos hace conocer la cosa. A ese fenómeno sea lo que fuere por cuyo medio conocemos, se le puede llamar representación, porque presenta a nuestra inteligencia la cosa conocida.<sup>10</sup>

Dentro de las ideas existe una relación de superioridad, entre ellas se encuentra la idea del bien, la cual tiene en un rango inferior a todas demás; siendo la idea del bien el ejemplar supremo que Dios llevo a cabo al terminar “la creación”.

La experiencia enseña que a más de los hábitos intelectuales los hay también relativos al sentimiento y a la voluntad. Para tener la facilidad de sentir o querer lo mismo que hemos sentido o querido otras veces, no necesitamos conservar en el alma una especie de formas de sentimiento o de voluntad de que echamos mano en cada ocasión, como de una especie de trajes que nos ponemos o quitamos según la oportunidad; basta que haya en nuestro espíritu eso que llamamos disposición, habito o como se quiera, que nos hace fácil la repetición de actos que habíamos ejercido otras veces. Aplíquese esto mismo a las ideas y

---

<sup>9</sup> VIGO, Rodolfo. *Iusnaturalismo Y Neo constitucionalismo, coincidencias y diferencias*. Ed. Porrúa. México, 2016. p. 180

<sup>10</sup> BALMES, Jaime. *Filosofía Elemental. Lógica, Ética, Metafísica. Historia de la Filosofía*. Ed. Porrúa. México, 2007. p. 236.

resultara que no hay necesidad de miraras como cuadros de un museo, pues que el fenómeno de la desaparición y reproducción de las representaciones se explica perfectamente con esa disposición de repetir un acto que otras veces hemos ejercido.<sup>11</sup>

Para Platón, el ser humano es alma y pertenece al mundo de las ideas. En el ser humano existen dos tipos de conocimiento, aquel que engloba las percepciones, sensaciones, todo aquello que sirve para concentrar la razón, no alcanza a llegar a la esencia de las cosas; la esencia o la realidad verdadera de las ideas es lo que constituye el otro tipo de conocimiento, que es el científico racional, por medio del cual conocemos de qué se constituyen las ideas y se representan las verdades y objetos del mundo matemático.

De esos dos polos, se depende la ciencia intelectual, o intelecto, la cual engloba la idea del bien, la cual, es la esencia superior, el principio de la ciencia, de la verdad y la inteligencia; razón por la cual no sólo es superior a las demás esencias, sino que es diferente a todas ellas.

Las ideas del sistema de platón no eran simple especies o conceptos de las inteligencias; no eran meros tipos que hubiesen servido para la formación de las cosas, ni tampoco seres débiles y pasajeros que tuviesen una existencia fugitiva; por el contrario, las ideas eran lo que en el mundo hay de real, de necesario, de absoluto; eran al propio tiempo origen del conocimiento y de la realidad, eran tipos y causa de todo lo que existe en el universo.<sup>12</sup>

De Manera que tiene que suceder una de dos cosas: o que nazcamos con estos conocimientos y los conservemos toda la vida; o que los que aprenden no hagan, según nosotros, otra cosa que recordar, y que la ciencia no sea más que una reminiscencia.<sup>13</sup>

Partiendo de esto, Platón llegó a la conclusión de que el conocimiento humano, como conocimiento científico en general, siendo real, verdadero y permanente, contempla la esencia de las cosas, esto son las ideas, las cuales

---

<sup>11</sup> Íbidem. p. 239.

<sup>12</sup> Íbidem. p. 417.

<sup>13</sup> PLATÓN. "Fedón". p. 85.

tienen como forma de conocimiento la inteligencia, la cual se desprende de la mente y la razón, una de ellas son las matemáticas.

Del mismo modo, Aristóteles coincide con Platón dentro de la distinción de las sensaciones de las ideas y en señalarlas como la génesis del entendimiento. Las ideas son, explica, productos de una actividad que obra con sujeción a las leyes del orden intelectual.

Las teorías descritas anteriormente tienen un trasfondo que no debe ser ignorado y en el cual se encuentra la raíz de la problemática y posiblemente el germen de la solución a aplicar. Las teorías mencionadas han partido de un presupuesto, mismo que surge de las múltiples respuestas que se han dado a la pregunta axiológica por excelencia; a saber, “qué son los valores y cuál es su origen”.

Este presupuesto ha estado presente en todas las culturas, filosofías o cosmovisiones desde que la civilización humana ha dejado vestigios. A partir de la valoración de lo bueno, lo agradable, lo bello, es decir, el bien y el mal, etcétera (todos valores éticos y estéticos), el hombre ha establecido una relación con el mundo y con otros hombres.

### 1.3.1. El realismo.

El bien es un ser, una realidad; la nada puede ser un bien pero no toda realidad es un bien para todos: no merece este nombre una realidad que trastorne la armonía del ser en que se halla: un ojo en la frente será una realidad; sin embargo no habrá quien llame bien una monstruosidad semejante. Así pues aunque toda realidad se puede llamar un bien, en cuanto por esta palabra se entiende un ser, no toman este nombre sino las realidades que están en armonía con la naturaleza y relaciones del sujeto a que pertenecen.<sup>14</sup>

El objetivo de la corriente del realismo es esclarecer la naturaleza o esencia de las cosas, esto es debido a que conociendo las cosas tal cual son podemos conocer lo que son realmente, no a través del sujeto que las observa, ya que no

---

<sup>14</sup> BALMES, Jaime. Op. Cit. p. 383.

recae el fundamento del conocimiento en el sujeto pues éste aporta las estructuras a priori y las condiciona

Al mismo tiempo, las construcciones de los aparatos jurídicos se basan siempre en una valoración de lo bueno, lo malo, lo justo, lo injusto. El problema de los valores ha permeado nuestra manera de hacer derecho desde la creación misma de las normas jurídicas.

Para poder comprender la naturaleza compleja de los valores es necesario, a su vez, comprender al hombre como ese ser capaz de transformar su entorno y volverlo humano. Esta *praxis* (capacidad de transformar el mundo) consiste en:

Poner el mundo en función de las necesidades del hombre,

Poseer cierto conocimiento del mundo para lograr dicha transformación; y,

Presuponer una capacidad valorativa humana; es decir, un auto-conocimiento por parte del hombre, para conocer las verdaderas necesidades de su especie y los objetos valiosos que las satisfagan apropiadamente. Esta capacidad valorativa es la que mediará entre el conocimiento del mundo y la *praxis* humana. Lo que significa que esta capacidad valorativa será la que dé sentido final a las acciones del hombre, de ahí su importancia.

Descartes distingue entre el orden sensible y el intelectual; sostiene que todos los conocimientos dimanen de los sentidos; pero no es exacto que admita las ideas innatas como tipos preexistentes en nuestro espíritu. Nunca escribí ni creí, dice que el entendimiento necesitase de ideas innatas que sean algo distinto de su facultad de pensar; pero como notase que había en mi pensamientos que no procedían ni de los objetos externos ni de la determinación de mi voluntad, sino de la sola facultad de pensar para distinguir a esas ideas o nociones de las otras adventicias o fácticas las llame innatas.<sup>15</sup>

Atendiendo a la importancia de nuestra capacidad valorativa como especie, cabe preguntarse también por la naturaleza y el origen de los valores. A lo largo de la historia del pensamiento han habido al menos cinco grandes respuestas para esta pregunta. Estas respuestas han fundado una corriente del pensamiento cada

---

<sup>15</sup>Ibidem. 468.

una; dichas corrientes son: naturalista, objetivista, subjetivista, sociologista e institucionalista<sup>16</sup>.

### 1.3.2. El naturalismo.

La corriente naturalista asume que es valioso aquello que se corresponde con nuestra naturaleza humana. Cada objeto o fenómeno tiene características específicas, propiedades que, al ser compatibles con la naturaleza humana, los hacen valiosos; mientras que otros objetos carecen de ellas o poseen propiedades que los vuelven anti-valiosos, en relación con la vida humana. Esta concepción parte de la creencia de que el ser humano es egoísta y busca constantemente satisfacer sus propias necesidades. Algunos de los representantes de esta corriente fueron Demócrito y los materialistas franceses del siglo XVIII.

### 1.3.3. La corriente objetivista y subjetivista.

Por su parte, los objetivistas plantean que los valores pertenecen al mundo de las ideas; es decir, son supra humanos, inmutables, permanentes y únicos. Estos constituyen una ley objetiva. Partidarios de esta línea de pensamiento fueron; sin duda alguna, Platón y Hegel.

La corriente subjetivista, nacida en la década de los 90 del siglo XXI como oposición a la postura objetivista, afirma que la fuente de los valores se encuentra en el sujeto. Estos pensadores, mayormente psicólogos de formación, han caído en la absolutización de la libertad humana y en la exacerbación del individuo.

### 1.3.4. Los sociologistas.

Por otro lado se encuentran los sociologistas. Para ellos será valioso lo que tiene el consenso aprobatorio de la sociedad. De este modo se identifica a los valores con entidades objetivas con una fuerza imperativa colectiva. Sin embargo,

---

<sup>16</sup> FABELO, José. *“Los valores y sus desafíos actuales”*. Ed. Porrúa. México, 2017. p. 21.

aceptar esta postura significa aceptar que cada cultura particular tendrá su propia tabla de valores y que ninguno de esos valores podrá ser universalizable, será válido sólo en el contexto en el cual se gesta. En esta corriente encontramos la fundamentación axiológica de la democracia. Entre sus principales simpatizantes despuntan Karl Marx y Max Weber.

#### 1.3.5. Los institucionalistas.

Por último, pero no menos importante, la corriente institucionalista (tan en boga en las últimas décadas del siglo pasado y hasta nuestros días) se decanta por identificar el origen de los valores con aquello que es aprobado y que resulta del carácter dominante de las instituciones, por medio del poder, que es el medio de realización de lo axiológicamente significativo. Entre sus filas se encuentran algunos de los más brillantes filósofos franceses como J.J. Rousseau, Michel Foucault y Jacques Derrida, así como Thomas Khun.

Una vez explicadas las principales corrientes en las cuales se pueden agrupar las respuestas que se han pensado al problema del origen y naturaleza de los valores, demos paso al apunte de una nueva teoría que surge como propuesta interpretativa a la vez que metodológica. Las respuestas mencionadas tienen en cuenta distintas caras de la realidad humana al mismo tiempo que ignoran otras.

#### 1.3.6. Teoría de la pluridimensionalidad de los valores.

Así aparece, en Latinoamérica, la teoría de la pluridimensionalidad de los valores de José Ramón Fabelo. Esta teoría nace de la necesidad de explicar a los valores como fenómenos complejos con manifestaciones distintas en diversos planos de análisis. Lo más destacable de esta teoría, y por lo cual debe ser considerada como un aporte significativo a la problemática, es que tiene en cuenta los aspectos rescatables de las teorías que le preceden, haciendo notar las carencias de cada una para fortalecerlas.

La teoría de la pluridimensionalidad de los valores afirma que éstos son una parte constitutiva de la realidad social. Se desenvuelven en la vida humana como parte fundamental de los procesos y acontecimientos. También revelan las necesidades y los intereses de la sociedad en su conjunto, lo cual significa que el hombre mantiene una relación de significación con el mundo y consigo mismo por mediación de los valores, esto no es nada nuevo. Sin embargo, la novedad de esta teoría radica en la aceptación de que los valores se constituyen de tres dimensiones fundamentales: objetiva, subjetiva e instituida.

- Dimensión objetiva.

Existe un sistema objetivo de valores, no como una dimensión trascendental e inamovible de los valores sino como una objetividad social, dada por la relación funcional de significación de un objeto o un fenómeno determinado con el hombre (lo humano genéricamente; es decir, como especie) y con la conservación de su propia vida y de las condiciones apropiadas para la reproducción de la misma. Dicho sistema es independiente de la apreciación que de él se tenga; pero, al mismo tiempo, es dinámico y cambiante, atendiendo a las condiciones histórico-concretas de la sociedad en cuestión.

- Dimensión subjetiva.

Esta dimensión expresa cómo se refleja en la consciencia individual o colectiva el sistema objetivo de valores. Los valores subjetivos pueden poseer mayor o menor grado de correspondencia con el sistema objetivo de valores. No hay una relación mecánica, unívoca, entre el lugar que ocupa un determinado sujeto en las relaciones sociales y sus valores subjetivos; sin embargo, este factor influye de alguna manera.

El valor subjetivo es el regulador de la conducta humana y por ello es de vital importancia que el individuo busque un referente objetivo dentro de la propia sociedad, de modo que su actuar se corresponda no sólo con el bienestar personal y la satisfacción de sus propias necesidades sino que también vaya en

resonancia con el bienestar colectivo y la satisfacción de las necesidades sociales. A la vez, es necesario también establecer la relación concreta entre estas dimensiones para poder justificar una educación valorativa; es decir, para poder enseñar a los sujetos a conducirse por la vida y a valorar “correctamente”.

- Dimensión instituida.

No podemos negar la presencia de los valores instituidos y oficialmente reconocidos como tales. Ciertos individuos o grupos que ostentan el poder establecen una serie de valores que generalmente concuerdan con la satisfacción de las necesidades de la clase dominante. El Estado o la Nación conforma la ideología oficial a través de la política interna y externa, las normas jurídicas establecidas, el derecho positivo, la educación pública y otros organismos que Althusser llama “aparatos ideológicos del Estado”, estos aparatos expresan la voluntad de los grupos dominantes, así como su interpretación de los valores convertida en normas jurídicas. Las instituciones públicas, pero también las instituciones como la familia o la religión ejercen la ideología oficial para imponer sistemas de valoración que no necesariamente se corresponden con el sistema objetivo de valores y, por lo tanto, no necesariamente conducen hacia la satisfacción de necesidades colectivas o al bienestar social.

#### 1.4. La axiología como pauta para el derecho penal.

En cualquier ámbito social existente es posible encontrar, además de las tres dimensiones antes explicadas, una diversidad de sistemas subjetivos y sistemas instituidos. Todas las dimensiones de los valores interactúan entre sí en múltiples sentidos para configurar el complejo entramado social y político. Así, la axiología sirve como instrumento para el análisis de la realidad social, la búsqueda de valores universales, así como las posibles soluciones a problemas globales que aquejan a la humanidad en su conjunto.

Los esfuerzos que se han realizado en conjunto por solucionar problemas globales presuponen que existe un conjunto de intereses humanos generales, que nos atañen a todos como especie. De aquí se sigue que la solución a estos

problemas debe provenir de un esfuerzo conjunto de teoría y práctica, mismos que se basan siempre en un sistema valorativo de lo que es mejor para los hombres. La propia estructura de las relaciones sociales es la pauta a partir de la cual se articulan los valores objetivos. Este sistema de valores es el resultado de todos los esfuerzos materiales y espirituales que han llevado a la humanidad hasta este punto del devenir histórico.

A más de la facultad de sentir admite la de concebir o el entendimiento; la primero nos ofrece los objetos en intuiciones, la segunda los concibe; aquella es una respectividad o potencia pasiva, esta es una espontaneidad, sin la sensibilidad ningún objeto nos sería dado, sin el entendimiento ningún objeto sería concebido; pensamientos sin materia y sin objetos son vanos: intuiciones sin conceptos que la ofrecida por las intuiciones sensibles; su modo de conocer es puramente discursivo, no intuitivo; es decir, que el en sí no tiene un objeto dado, solo puede discurrir sobre los que se le dan en la representación sensible. Así para el conocimiento se necesita la facultad de pensar y la de sentir; no se las puede separar sin destruir el conocimiento.<sup>17</sup>

El marco teórico descrito hasta aquí ha sido retomado debido a que sostengo que todos estos problemas antropológicos (ya sean abordados desde la epistemología, la axiología, la política, la economía, etcétera) nos arrojan luz para lograr comprender mejor los problemas del derecho penal en relación a la impartición de justicia por parte de los organismos pertinentes. La teoría de la pluridimensionalidad de los valores ha servido para el análisis de las relaciones entre economía y política en América Latina; en esta investigación propongo utilizar dicha teoría como punto de partida para fundamentar una praxis jurídica en México, con base en la búsqueda de concordancia entre la dimensión objetiva de los valores y la dimensión instituida.

Una correcta filosofía de la razón práctica establece en abstracto; los principios de la racionalidad práctica y sus exigencias forman una unidad de investigación que puede dividirse en moral, política y jurídica sólo por una ventaja pedagógica o expositiva que se arriesga a falsear la comprensión de las tres.

---

<sup>17</sup> BALMES, Jaime. Op. Cit. p. 487.

Sólo conocer al bien o al deber como un principio no lo describe ni lógica ni axiológicamente, principalmente porque desde el punto de vista de la lógica se deben formular juicios concretos y descriptivos; por otro lado, desde el punto de vista axiológico cada persona en razón a lo que establecen la filosofía y la teología, depende de la libertad, pensamiento y educación individual.

Atendiendo a la corriente monista, la cual se enfoca en responder cómo se ha formado el mundo desde el punto de vista cronológico, por otra parte, la corriente del pluralismo señala que hay infinitos tipos de realidad, la corriente se enfoca en el cuestionamiento ¿de qué está hecho el universo?, esto busca una respuesta desde el punto de vista material, lo que nos remite una vez más a las teorías que se plantearon al inicio de la investigación.

En el campo de las culturas cada una de ellas está llena de una especie de anhelo por lo universal y así el pluralismo de culturas no justifica un relativismo axiológico sino expresa una especie de exceso del ser del hombre respecto a todas las formas expresivas de su ser, advirtiéndose que, si bien las formas expresivas de lo humano son “en principio inagotables, no cualquier forma expresiva puede, per se, ser portadora de lo humano en cuanto tal.”<sup>18</sup>

Sin embargo la filosofía contempla todas las opiniones y las respeta, pues gracias a su dialéctica puede brotar de forma adecuada nuestra experiencia. El derecho vive dentro de la síntesis del pluralismo, pues mediante el dialogo emerge el logos, el cual, según Heráclito, es la ley universal de la realidad.

Dentro de la filosofía estoica se proclama que la libertad sólo se alcanza siendo ajeno a las comodidades materiales guiándose únicamente por la razón y la virtud. En ella el logos es el poder divino representado en todo lo que es, es decir, el logos es la génesis de las cosas, hace de cada cosa lo que es, así mismo, es lo que Kant llamó razón práctica, refiriéndose a que cada cosa en la naturaleza actúa según las leyes, pero sólo un ser racional tiene capacidad para obrar en razón a los principios: voluntad; una acción exige la razón, luego entonces, la voluntad no es más que la razón práctica. En el mismo tenor, la filosofía estoica contempla al hombre como aquel ser capaz de reconocer la realidad: razonar.

---

<sup>18</sup> D'AGOSTINO, Francesco. “Filosofía del derecho”. Ed. Temis. Colombia, 2007. p. 56.

Si dentro del derecho se rechaza la razón práctica solo quedara el recurso a la moral social, vigente o positiva que existe en toda sociedad humana. Es evidente que la vida social se nutre de criterios valorativos o morales que permiten en esa particular sociedad enjuiciar como buenas, regulares o malas a las conductas, las personas, las normas o las instituciones, más aun, el derecho es en buena medida un paraguas en orden a proteger o impulsar, ciertos valores o exigencias morales. El aporte de los no positivistas neo constitucionalistas es auspiciar que el derecho no es compatible con cualquier contenido y así las decisiones autoritativas resultan repugnantes desde el punto de vista moral, ello implicara la descalificación del contenido de las mismas con las consiguientes consecuencias personales o institucionales.<sup>19</sup>

#### 1.5. Criterios morales, la razón y la acción humana.

El verdadero problema radica en si en realidad podemos contar socialmente con criterios morales emanados de la razón desde los cuales se nos permita conducir a los integrantes de la sociedad hacia el objetivo que tiene el derecho, que es el bien común. Luego entonces, podemos hablar de los Derechos Humanos, los cuales tienen carácter de universales, son reconocidos e inalienables; son aceptados por la sociedad y tienen el respaldo y tutela del orden jurídico, sin embargo este parámetro ético-jurídico existe y es otorgado al hombre por el simple hecho de serlo, desde el punto de vista del derecho natural, o más bien el hecho de tener un valor otorgado y consagrado por una norma jurídica los pone en riesgo de carecer de total valor el día que se consagre otra moral u otra norma jurídica de jerarquía suprema que atienda a otra clase de principios.

Juzgar una cultura por su moral no significa compararla con otra considerada como optima, sino verificar su coherencia interna reflexionando específicamente sobre ella, pues el universal que da forma a las culturas no es,

---

<sup>19</sup> VIGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 219.

efecto ni objetivado, no es un mero hecho sino un principio constitutivo y que para captarlo hay q recurrir a un juicio reflexivo y no a un juicio determinante, por ello, la crítica filosófica a las culturas (como la crítica moral al actual del individuo singular) es una tarea de principio indeterminable ni siquiera la declaración de un absoluto de justicia porque el absoluto no puede reducirse a las formulas lingüístico-normativas, por ello, corresponde en primer lugar, reconocer los límites culturales inherentes a la declaración y en segundo lugar, inventar un lenguaje nuevo a través del cual culturas que se han ignorado o combatido por siglos puedan fecundarse recíprocamente permaneciendo cada una en su propia identidad. Sin embargo los derechos humanos aparecen como el único gran absoluto ético de nuestro tiempo y un indicio de una nueva fase en la unificación espiritual de la humanidad gracias a la cual, para usar la expresión Kantiana, la violación del derecho ocurrida en un punto de la Tierra pueda ser advertida en todos los puntos.<sup>20</sup>

Partiendo de lo antes dicho, se entiende que la ley emana de la razón puesto que sólo ésta puede ordenar algo en relación a su fin, es descriptiva de mandatos o prohibiciones que guían al ser humano a la creación de un bien o una buena convivencia. Luego entonces, Santo Tomás de Aquino distingue la ley eterna, promulgada por Dios, la ley natural, inscrita en la razón de todo hombre diferenciando el bien del mal, y la ley positiva, que es aquella que promulga el legislador, emana de la razón y tiene un fin.

La posibilidad de identificar algunos principios normativos universales no es para adoptarlos como normas fundamentales de códigos positivos de actualidad, sino que ello sirva para mostrar la necesidad y fundamental capacidad de comunicación de todas las culturas y en consecuencia, de todos los individuos, permitiendo con esto acceder a una correcta aplicación y creación de las normas, así como el correcto ejercicio del aparato del derecho sobre los ciudadanos, contando con que el objetivo principal del derecho mismo se cumpla cabalmente,

---

<sup>20</sup> *Ibidem.* p. 178.

es decir, el de no lesionar de ninguna forma la dignidad y los demás bienes jurídicos que son tutelados por el derecho.

Tomando en consideración a Platón, a Aristóteles y Santo Tomas de Aquino, podemos concluir que el hombre existe, y porque existe está, luego entonces, como el hombre está, puede realizar diversas acciones y estas acciones que también existen y están, son reconocidas en un contexto social; estas acciones derivan de una oportunidad que tiene el ser humano del uso de razón conforme al uso de valores que impactan dentro de una sociedad que está regulada por un conjunto de normas jurídicas y que deben tener una estructura lógica en razón a estos primeros enunciados sistematizados en este capítulo.

## Capítulo II. Iusnaturalismo y su impacto socio jurídico.

### 2.1. Hominis causa omne.

Los griegos y los Romanos no dudaron de la obvia e inescindible conexión entre el derecho y el hombre, lo que condensaron en adagios: (hominis causa omne ius constituitur y ubi homo societas ibi ius) enseña Cotta que la pregunta “porqué hay derecho” es anterior a la pregunta “que es el derecho”, y aquella nos lleva a la antropología, por lo que ha insistido en su tesis. “la coexistencia como fundamento antológico del derecho”. Kaufmann coincide en esa inescindible vinculación entre lo jurídico y lo humano concluyendo que la idea de derecho es una imagen de idea del hombre.<sup>21</sup>

Desde los inicios del hombre, en la época primitiva se buscó la forma de darle una explicación a los fenómenos naturales que ocurrían tomándolos como recompensas o castigos según la consecuencia o impacto que estos tuvieran en sus vidas, es por eso que el ser humano mediante fuerzas espirituales buscaban realizar siempre la conducta correcta, de esta forma se inició una serie de reglas que regulaban la vida en sociedad y permitían al ser humano evolucionar dentro de su contexto a partir del entendimiento de aquello que es bueno o malo.

Podemos decir que todas las sociedades se organizaron en sus orígenes como tribus, con la creación de un lenguaje, el hombre se vio en la necesidad de entablar cierto orden con aquellos que le rodeaban, de igual forma, al surgir ciertas armas como el arco y flecha, las cuales requerían de cierto desarrollo mental, fue así como se asignaron diferentes tareas y se establecieron reglas para poder lograr una mejor convivencia y tener mayores posibilidades de sobrevivir y no ser invadidos por tribus extranjeras.

---

<sup>21</sup> KAUFMANN. *“El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”*. Ed. CABANILLAS. España. p. 238.

## 2.2. El origen de la sociedad.

Luego entonces, la sociedad primitiva se origina en la familia. Además de los lazos de parentesco, la sociabilidad es un factor determinante. Así nace el principio de autoridad y es la conciencia la que origina la sociedad política primitiva, es de particular interés el momento en que el grupo nómada se transforma en un grupo sedentario, de todas maneras la familia es un factor de agrupación política. Así lo han firmado Moret y Davy, Posadas e Ihering. A partir de esos momentos surgen los grupos sociales que se proyectan hasta nuestros días, autoridad y poder dan paso al Gobierno y posteriormente al estado.<sup>22</sup>

Dicho de otra manera, aquello que se establecía en la sociedad, primero se estableció dentro de la familia o las tribus, desde descalificar el homicidio entre miembros de su tribu, hasta la asignación de tareas a cada uno de los miembros de esta. Poco después de lograr una estabilidad interna, se buscó el alcanzar la armonía comunal, fue así como con el paso del tiempo los individuos requerían de una autoridad que los guiara hacia la conquista de otros grupos que posteriormente subordinarían y adaptarían a las reglas comunes que ellos dictaban, haciendo el grupo más grande y estabilizándolo para progresar de forma paulatina.

Natural es lo que en todas partes tiene la misma fuerza y no depende de nuestra aprobación o desaprobación. Legal es lo que en un principio es indiferente que sea de ese modo o del otro, pero que una vez constituidas las leyes dejan de ser indiferentes. Paréceles a algunos que todas las normas son de derecho legal, dando como razón que lo que es por naturaleza es inmutable y tiene dondequiera la misma fuerza. Entre nosotros, todo lo que es por naturaleza está sujeto a cambio, lo cual no impide que unas cosas sean por naturaleza y otras tantas no.<sup>23</sup>

La sociedad es una realidad totalmente distinta de la naturaleza. naturaleza se considera como el orden o sistema que contiene elementos relacionados unos con otros por el principio de causalidad.

---

<sup>22</sup> SERRA, Andrés. *“Teoría del Estado”*. Ed. Porrúa. México, 2006. p. 157.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ, Rafael. *“Metodología de la ciencia del derecho”*. 9ª ed. Ed. Porrúa. México, 2006. p. 120.

A partir de la modernidad, la filosofía comienza a preguntarse si hay derechos inherentes al hombre, derivados de la propia naturaleza humana y que por tanto se deban considerar como superiores al derecho positivo, la corriente del pensamiento que afirma estos derechos es conocida como “Iusnaturalismo” o Derecho Natural.

### 2.3. Lex naturalis.

La ley natural (lex naturalis) se expresa como derecho natural (ius naturale), cuando se consideran las relaciones de justicia entre los seres humanos: relaciones entre las personas físicas y morales, relaciones entre las personas y el poder público y relaciones de todos con la ley positiva. En esa diferenciación se vislumbra la distinción entre moral y derecho que pos supuesto no alcanza a ser separación si se pretende que este sirva al ser humano y a las sociedades humanas. Es que la ley natural equivale a la lex ethica naturalis, por eso su objeto es el campo de los actos propiamente humanos, o sea los realizados con razón y libertad y que es lo que el hombre debe hacer u omitir para alcanzar la felicidad o la plenitud ontológica. De ese modo la ley natural contiene los criterios a los que puede apelar la razón práctica mediante los cuales puede discernir entre lo bueno y lo malo y consiguientemente procurar aquellos bienes que satisfacen los requerimientos e inclinaciones inscriptas en la propia naturaleza humana.<sup>24</sup>

Hobbes señala que todo aquel que es hombre tiene derecho a todo aquello que sus facultades le permiten acceder, dentro de un estado natural todos los hombres son enemigos entre si y mediante el poder público se establece una diferencia de acciones, categorizadas como buenas o malas, permitiéndoles así evitar su propia destrucción.

La naturaleza humana en general es un ser abstracto en el que no puede fundarse una cosa tan real e inalterable como es la moralidad, tomada individualmente no es otra cosa que el hombre mismo y en este tampoco se puede hallar el origen de la moral. El individuo humano es un ser contingente, el orden

---

<sup>24</sup> Cfr. De Aquino, Santo Tomás. TH. II, II, 94,2.

moral es necesario, antes que nosotros existiéramos, el orden moral existía, y este continuaría aunque nosotros fuéramos aniquilados, en ningún individuo humano se halla el origen de una cosa necesaria, luego, tampoco puede hallarse en su conjunto. Nosotros concebimos las ideas morales independientes, no solo de este o aquel individuo, sino de toda la humanidad aunque no existiese hombre alguno habría orden moral, con tal que hubiese criaturas racionales. El hombre es uno de los seres que por su racionalidad son susceptibles del orden moral, pero no en el origen de este orden.<sup>25</sup>

Ya desde los inicios del pensamiento filosófico en Grecia se afirma que existe en todo hombre una inclinación esencial para obrar según la razón, existe una naturaleza o esencia humana determinada en todos los seres humanos y existen fines que corresponden a dicha esencia y que el hombre debe adecuarse para convertirse en aquello que determina su esencia. En el caso del ser humano la ley natural es una disposición que orienta al hombre a obrar en razón a los fines esenciales y necesarios del ser humano; es una ley no escrita y así lo han concebido distintas corrientes filosóficas.

Las fuentes de donde mana para nosotros el conocimiento de la verdad se llaman criterios; y es claro que si no los conocemos nos será imposible proceder con buen orden en la investigación de la verdad. Así antes de dar las reglas para el buen método es preciso explicar en qué consisten los varios criterios. En general se entiende por criterio el medio para conocer la verdad, de estos los hay que se hallan en nosotros mismos, y son el de conciencia, el de evidencia, el de sentido común y el de los sentidos externos, y los hay fuera de nosotros como el de la autoridad, que el de los sentidos externos se reduce a los de conciencia y sentido común, o más bien, que se forma de la combinación de estos, y el de autoridad se compone del de conciencia, sentido común y de diferentes maneras, según las cosas de que se trata.

Los actos de nuestro entendimiento se dividen en especulativos y prácticos, los especulativos se limitan a conocer, los prácticos nos dirigen para obrar.

---

<sup>25</sup> VIGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 120.

En el simple conocimiento de una cosa se nos pueden ofrecer tres cuestiones:

- 1.- Si es posible o no,
- 2.- Si existe o no,
- 3.-Cuál es su naturaleza, cuales sus propiedades y relaciones.

En la práctica nos ponemos siempre algún fin, de los cual nacen dos cuestiones:

- 1.- Cual es o debe ser el fin,
- 2.- Cual es el mejor medio para alcanzarle.<sup>26</sup>

De esta manera tenemos que; la ley natural es igual para todos los hombres, al ser iguales en su naturaleza racional y ética, precisamente lo que los hace hombres y los diferencia de los animales es que poseen razón, así como capacidad de juzgar y conocer. Lo anteriormente expuesto, hace referencia a la naturaleza ontológica del ser humano. El hombre naturalmente conoce a la ley natural por inclinación de la razón.

#### 2.4. Ley natural y naturaleza racional.

Aristóteles nos habla en su obra “La gran moral” de la virtud y los vicios, la virtud depende de nosotros y es considerado un acto libre y voluntario, luego entonces, podemos entender lo voluntario como aquello que hacemos de forma libre y voluntaria, movidos por el deseo o algún motivo no por una necesidad dominante que así lo exige. Es decir, aquel que comete homicidio, a sabiendas de su antijuridicidad, no se detiene en su obrar, pues persigue el impulso de sus instintos, el acto que ejecuta no es libre, ya que es arrastrado por una necesidad.

La ley natural es igual para todos los hombres, al ser iguales en su naturaleza racional y ética, precisamente lo que los hace hombres y diferentes a los animales es que poseen razón. Hace referencia a la naturaleza ontológica de un ser humano y éste naturalmente conoce a la ley natural por inclinación de la razón.

---

<sup>26</sup> ibidem. p. 71.

La ley pertenece a la razón práctica, puesto que es una regla o medida que dicta la forma de obrar de los seres humanos, la cual tiene por objetivo regular el comportamiento de estos para conseguir un bien común, o de lo contrario reprimir aquellos comportamientos que ocasionen el caos dentro de la sociedad. Esto se consigue mediante el raciocinio.

El fundamento principal de todo raciocinio es el principio de contradicción, es imposible que una cosa sea a un mismo tiempo. La conclusión debe estar ya contenida en las premisas y por tanto afirmada implícitamente en una de ellas. El raciocinio es el acto con que descubrimos que un juicio está contenido en otro, para lo cual nos sirve lo que llamamos el medio. El juez sabe que ha de aplicar tal pena a todos los ladrones, pero como ignora que tal sujeto sea ladrón, ignora que deba aplicarle la pena. El juicio “este sujeto merece tal pena”, estaba contenido en otro general, “todos los ladrones merecen tal pena”; más que para que esto se descubriese era necesario un juicio determinado a saber, el sujeto era ladrón.<sup>27</sup>

Se conoce como raciocinio al acto de entendimiento gracias al cual inferimos una cosa de otra mediante un argumento, cuando realizamos comparaciones entre los externos y el medio se conocen como premisas y aquello que surja como consecuencia es conocido como conclusión, dentro del derecho, por ejemplo, al momento de argumentar nosotros expresamos el raciocinio.

Dicha expresión ha sido enriquecida por un uso constante, más que milenario en la cultura de Occidente, y al iusnaturalismo. En ambas expresiones, el concepto y la realidad existencial del derecho están relacionados directamente con la naturaleza y encuentran en ella su referencia de fondo. El mensaje de las dos expresiones es claro, en su simplicidad al menos aparente: el derecho se comprende a partir de su relación con la naturaleza.<sup>28</sup>

Atendiendo al estado de naturaleza, sus elementos esenciales son la libertad de acción y la comunión de espacio de los seres humanos, esto conlleva una probabilidad de conflicto continuo entre los hombres, como ocurría en el estado primitivo. Kant, a diferencia de Hobbes contempla el estado de naturaleza

---

<sup>27</sup> Ídem.

<sup>28</sup> MASSINI, Carlos. “*El Iusnaturalismo Actual*”. Ed. Abeledo Perrot. Argentina, 2009. p. 28.

como un aspecto conflictuado en la existencia del hombre, por otro lado, Rousseau lo contempla como un estado de felicidad, plenitud y bondad.

Como ya se señaló, el estado de naturaleza dota de libertad al hombre, pero hasta donde sus relaciones sociales y contexto se lo permiten, esto con el objetivo de que atendiendo a una exigencia de carácter moral para obligar al ser humano a abandonar el estado natural y fundarse en el estado civil. Dentro del orden jurídico lo que conoce la ética como la libertad de voluntad, jurídicamente se conoce como libre albedrío, libertad de acción, etc.

## 2.5. Características del iusnaturalismo a saber.

1. La de una ley establecida por voluntad de una divinidad y revelada por ésta a los hombres

2. La de una ley natural en sentido estricto, en cuanto algo físicamente connatural, a modo de instinto, para todos los seres animados; y

3. La de una ley dictada por la razón, y específica por lo tanto del hombre, que la vuelve a descubrir en forma autónoma en el seno de sí mismo.<sup>29</sup>

Como se señaló anteriormente, la naturaleza conlleva el dominio de la necesidad, el hombre entonces conlleva el dominio de la libertad que también es un elemento de la naturaleza, es decir, el hombre es libre en tanto sus conductas sean permitidas por las leyes causales; por otro lado, en la actualidad el hombre es juzgado por sus acciones y conductas a la luz de una ley moral, religiosa, jurídica o cultural, se le premia al realizar una buena acción y se le imputa una pena cuando esta acción es reprochable para el derecho, dicho acto no puede ser imputado a otra persona más que a aquel que lo realice, todo esto está previamente determinado por una norma jurídica.

---

<sup>29</sup> GUIDO, Fasso. “*Jusnaturalismo*”. Ed. Siglo XXI. México, 1981. pp. 865 y 866.

## 2.6. La doble idea del iusnaturalismo.

Los estudios de Norberto Bobbio sobre el iusnaturalismo presentan una doble idea; como tal una de ellas se enfrenta a esa disciplina desde la teoría del derecho, en esta perspectiva predomina sobre todas las cosas un análisis racional del iusnaturalismo; la otra un examen marcado con matices más deontológicos, y llevada a cabo a través de la teoría de la justicia.

Nos advierte que el término “derecho”, venia adoptado con dos significados diversos, al hacer mención uno al derecho positivo y otro al derecho natural, que aunque nos manifiesta la propuesta del derecho futuro, no encuentra la fuerza requerida para hacerse valer y, por tanto no es derecho, según Bobbio.

Se habla de naturalismo como un carácter específico del pensamiento durante el Renacimiento para distinguirlo del pensamiento medieval. Con la denominación historiográfica de naturalismo renacentista de la razón de Estado al gobierno democrático subrayan tres puntos:

1) El hombre no es un huésped provisional de la naturaleza, sino que él mismo es un ser natural, que hace de la naturaleza su patria;

2) La naturaleza no es la pálida sombra de un mundo ideal, sino la realidad plena, constituida por un inmenso conglomerado de fuerzas vitales, en las que se encarna el poder de Dios, que involucran a la persona que participa, quien encuentra en la naturaleza su manifestación o una de sus sedes;

3) El hombre como ser natural tiene el interés y la capacidad para estudiar a la misma naturaleza.<sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> BOBBIO, Norberto. “Derecho y razón”. Ed. [Instituto de investigaciones filosoficas](#). México, 1965. P. 92

Por otra parte, el iusnaturalismo de Kant se apoyó en la “volonté générale” de Rousseau que no tenía por qué identificarse con la de la mayoría y expresaba “Un orden objetivo de bondad, por lo que siempre es inalterable y pura, no pudiendo jamás errar puede y preexiste al juicio de la asamblea, de modo que ésta, con su votación, no la crea sino que la desvela”. Sin embargo, Kant se deslinda de Rousseau al eliminar los elementos empíricos, como el egoísmo, y conserva los elementos racionales, como lo son el estado de naturaleza (ausencia de derecho y de justicia, puesto que ésta precede de un orden legal y sólo se da en un estado civil).

Nada, en realidad, es más natural, si por natural se entiende lo que debiera ocurrir equitativa y racionalmente. Más si se entiende lo que ocurre de costumbre, entonces nada más natural y más comprensible que el que esa investigación no se haya hecho en tanto tiempo. Pues una parte de esos conocimientos, los matemáticos, está de antiguo en posesión de la certidumbre y da de ese modo una esperanza favorable para los otros, aunque éstos sean de una naturaleza totalmente distinta.<sup>31</sup>

La finalidad del iusnaturalismo, que es la finalidad de la naturaleza es, aclara, génesis de las leyes universales, como lo señala en “el curso de la historia”, es de donde deriva la “astucia de la razón”. Este último término es utilizado de igual forma por Hegel, para hacer referencia a el curso de la historia como el desarrollo evolutivo de una idea o de la razón misma de la mano del ámbito divino y con los evidentes retrocesos racionales típico de las acciones humanas. La historia tiene un sentido y un fin concreto, la cual se desarrolla por medio de acciones marcadas por una pauta superior que delimita la voluntad y la razón.

Podemos definir a Kant como un iusnaturalista racionalista, esto significa que él creía que los principios universales y necesarios no debían separarse

---

<sup>31</sup> KANT, Immanuel. “*Crítica de la razón pura*”. Ed. Gredos. México, 2017. p. 90.

jamás, de la legislación y de la práctica jurídica, debido a que poseen su origen en la razón humana, concretamente Kant lo manifiesta a través de la razón práctica.

La razón práctica tiene como camino al ser humano, el cual no puede dejar de un lado la voluntad desde el punto de vista de la moral se debe llevar a cabo la voluntad dentro de la ética, aunado a los deberes y el condicionamiento razonable en razón a los diversos cambios contextuales dentro de la sociedad.

Para comprobar todo lo antes mencionado, nos basaremos como tal en la respuesta que el filósofo hace a la pregunta ¿Qué es el derecho en sí?, a lo que Kant decía: “La cuestión de saber si lo que prescriben las leyes en un determinado tiempo y lugar es justo, o lo injusto, nunca podrá resolverlo aquel que lo consulte, a menos de dejar aparte estos principios empíricos y buscar su origen en la sola razón, para establecer los fundamentos de una legislación positiva posible”.

Por otro lado, para Bobbio la naturaleza de las cosas no debía estar de forma exigente en la voluntad del legislador como un principio jurídico, porque en su opinión el derecho natural contempla valores más allá de cualquier tipo de ordenamiento normativo; así mismo, creía firmemente que el iusnaturalismo no debe derivar juicios de valor de la realidad, ya que emitir un juicio de valor exigiría como conclusión determinar un fin. El derecho natural no puede ayudar a conservar la sociedad en armonía ya que las leyes provenientes de la naturaleza no pueden garantizar a los individuos de una sociedad políticamente organizada la tranquilidad y seguridad que necesitan para subsistir. La naturaleza de las cosas no puede proporcionar ningún tipo de regla o mandato ya que no puede determinar sus fines, pero sí métodos para alcanzarlos, a pesar de que la teoría original del iusnaturalismo observa una conexión entre medios y fines no se puede tomar como una regla, ya que no siempre se obtiene el fin deseable. Incluso aceptando que de la naturaleza se pudiesen generar reglas de conducta, dice, éstas no se pueden considerar fuente del derecho, ya que para esto a pesar de que las normas son extraídas de reglas provenientes de la naturaleza tienen un

rango jurídico que se deriva del hecho de que son impuestas por el legislador, juez o autoridad.

Al pretender encontrar normas jurídicas en la naturaleza, la doctrina del derecho natural se funda sobre una interpretación religiosa o social normativa de la naturaleza. Ésta tendría su origen en la orden de Dios (“Hágase la luz, y la luz fue”) y estaría sometida a su voluntad como el hombre está sometido a las normas jurídicas. No habría, pues, ninguna diferencia entre la naturaleza y la sociedad, falta derivada de no saber distinguir lo que es y lo que debe ser.<sup>32</sup>

Como última objeción, nos plantea que debido al expansionismo característico del “derecho positivo”, quedaban obsoletas las antiguas funciones del iusnaturalismo referentes a la resolución de las controversias interestelares, entre el gobierno y el pueblo, o, simplemente la salvación de las ya conocidas lagunas del “derecho positivo”. Conforme al segundo término integrante de la expresión “derecho natural”, a Bobbio la noción de naturaleza le parecía equivoca e imprecisa, por ello en diferentes artículos efectuó el concepto de la “naturaleza de las cosas”, una vez más, desde una hermenéutica que se detiene en el problema del fundamento del derecho ante el dilema de la razón, posteriormente en el de las fuentes del derecho positivo, o sea, en la indignación de posibles alternativas a la Ley o a la costumbre y por último, en el de la interpretación jurídica, o lo que es igual, en el de los métodos usados por la jurisprudencia para solventar las lagunas del ordenamiento jurídico positivo.

La corriente iusnaturalista contempla al ser humano como un ser de acción y reacción que basa su forma de actuar en inicio por instinto y después guiando sus acciones por leyes divinas o de carácter inherente al hombre desde su existencia. Dentro de la corriente del derecho natural se contemplan a los valores como los principios rectores del actuar humano; los valores radican en la inteligencia, éstos son hábitos aprendidos y adquiridos que se deslindan del actuar

---

<sup>32</sup> KELSEN, Hans. “*Teoría pura del derecho*”. Ed. Porrúa. México, 2015. p. 41

visceral o instintivo, permitiendo gobernar estos elementos dignos de cualquier ser vivo, con la diferencia de que el ser humano consigue esta gobernanza por medio de la razón, inteligencia y voluntad.

Respecto al planteamiento de la “naturaleza de las cosas” se aliaba con la teoría sociológica contra el positivismo jurídico; no obstante, Bobbio nos explica que debía trazarse una línea divisoria entre las concepciones sociológicas y las genuinamente jurídicas, porque, había, dos modos de entender la expresión “fuente del derecho”: como causa de una regla o como el elemento de cualificación, es decir, mientras que la primera podría ser constituida por un hecho y la segunda siempre se fundaba en la norma.

La principal preocupación de una teoría de la ley natural es identificar de esa manera los principios y los límites del imperio del derecho y encontrarlas las formas en que las leyes razonables, con toda su positividad y mutabilidad han de ser derivados (no deducidos, normalmente) de principios inmutables, principios que reciben su fuerza de su razonabilidad, no de cualquier acto o acontecimiento originarios.<sup>33</sup>

## 2.7. Realismo jurídico, derecho y su relación natural con el iusnaturalismo.

La teoría del realismo jurídico realza los límites del derecho, atendiendo a que si la ciencia jurídica quiere ser tal, debe renunciar a los factores de carácter emocional, mágico, fetichistas, metafísicos, utópicos, etc. que dominan sus conceptos y fines, y debe centrarse única y exclusivamente en un análisis objetivo y rigurosamente científico de la realidad del derecho. El derecho no está formado por enunciados idealistas sobre qué debería ser el derecho, sino por reglas impuestas por el aparato del estado y dirigidas a la comunidad en general, un ejemplo claro es la escuela de los sofistas en Grecia.

---

<sup>33</sup> *Ibidem.* p. 379

Por supuesto que a la razón práctica del realismo no le preocupa solamente responder por lo que es el derecho, sus fundamentos y fines intrínsecos, sino también asume la responsabilidad de ir determinándolo en tiempo y espacio, hasta alcanzar a definir e imperar la conducta justa concreta e irrepetible. Pero en esos niveles del saber práctico, sustancial y procedimental, hay una cierta unidad y orden, de manera que no caben ni los casuismos sin reglas, ni los universalismos sin casos, pues la prudencia se constituye en el punto de esos extremos.<sup>34</sup>

Señalado precedentemente las exigencias para conocer al derecho y lo que se propone la teoría clásica de la ley natural, se advierten específicamente las formas de justicias o de irracionalidad de la ley, pues al referirse expresamente a estas, se limita a reconocer las clases siguientes:

a) Por la intención o motivación: cuando la autoridad “explota sus oportunidades para adoptar disposiciones por las que no intenta el bien común sino en beneficio suyo o de sus amigos o de su partido o su facción o movido por malicia contra alguna persona o grupo”.

b) Cuando la autoridad “excede sus atribuciones” y por ende, se incurre en injusticia “distribuida en la medida en que el funcionario se arroga indebidamente un exceso de autoridad y conmutativa en la medida en que el funcionario procura indebidamente someter a otros a sus propias decisiones cuando se violan las formas y los procedimientos de modo que se viola “la justicia conmutativa que exige tratar a las personas como titulares de dignidad de dirigirse a sí mismas y de la justicia distributiva que exige proporcionar a todos una igual oportunidad de comprender y de cumplir la ley.”<sup>35</sup>

## 2.8. El iuspositivismo y la moral.

La teoría del iusnaturalismo tiene sus orígenes en la antigua Grecia, predominó hasta finales del siglo XIX, cuando surgió el positivismo o Derecho Positivo. De todas las teorías tan distintas entre sí que se han desarrollado, éstas

---

<sup>34</sup> VIGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 236.

<sup>35</sup> *Ibidem*. p. 381.

sólo concuerdan con que el Derecho Positivo debe ceñirse al Derecho Natural, pues antes del ser se encuentra el deber ser.

La *lex lata*, considerada como el derecho que es, se refiere a mandatos, observados y aplicados de manera concreta a relaciones y necesidades humanas, es Derecho positivo, en cambio la *lex ferenda*, es el Derecho justo, que pretende aplicar un criterio de valor, es decir; axiológico, a las relaciones entre los hombres, en otras palabras, Derecho natural.<sup>36</sup>

El positivismo se reduce a las normas jurídicas, sin importar su contenido justo o no, porque provienen de la voluntad de Dios o por ser creadas racionalmente por el hombre en la realidad de su aplicación. De hecho, la justicia se reduce y debe ser identificada con la legalidad, que es la única manera objetiva de realizarla, de acuerdo con las reglas del juego. Por eso, el iusformalismo se preocupa por las normas en su aspecto formal. Sin embargo, al estudiar a las normas jurídicas se puede orientar su estudio tanto hacia un "deber ser" justo o natural (iusnaturalistas) como a un "ser" eficaz o real (iusrealistas).

La concepción del derecho de Kelsen marcó el inicio de una etapa, al separar tajantemente a la ciencia del derecho, de los elementos ideológicos, teológicos y metafísicos, como son el concepto de justicia y la idea de derecho natural. En su *Teoría pura del derecho*, construye una ciencia jurídica mediante la aplicación de un método puro, que consiste en hacer a un lado todo lo ajeno al derecho. Afirmando que "el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas".

El derecho aparece como un orden social, como un sistema de normas que regulan la conducta recíproca de los hombres. Es el sentido particular que acompaña a los actos por los cuales son creadas las normas jurídicas. Para expresar este sentido particular decimos que las normas jurídicas se aplican a los individuos, que ellas los obligan o los autorizan a hacer ciertos actos.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> LAUN, Rudolf. *"Derecho y Moral"*. Centro de Estudios Filosóficos. México, 2006. p. 126.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 31

El orden jurídico se compone tanto de normas de justicia natural como de normas de derecho positivo o civil; e incluso de normas que son en parte naturales y en parte convencionales, por ejemplo: en la norma que atribuye una sanción al homicidio, se distingue claramente un trasfondo natural, cual es el reconocimiento de la maldad del acto de matar injustamente, y un elemento convencional, por el que el legislador particular establece una serie de especificaciones al precepto natural que prohíbe el homicidio, convirtiéndolo en un "el que mate a otro será castigado con tales penas en tales circunstancias".<sup>38</sup>

La norma positiva existe cuando es válida y vigente, pero no tiene nada que ver con hechos o circunstancias naturales, aunque se base en estos para su creación. Una norma positiva proviene, en esencia de un acto, de una acción, de un hecho natural que ocurra en un espacio y tiempo determinados, resulta evidente, pues, que siendo la norma jurídica la que marca la pauta para la regulación de conductas humanas, del mismo modo lo hace para los hechos. Estos elementos jurídicos no determinan la naturaleza del hombre, pero sí determinan los Derechos Humanos.

A esta concepción, le interesan las normas vigentes o formalmente válidas; es decir, las disposiciones normativas creadas por la voluntad humana y que han sido declaradas como jurídicamente obligatorias para un tiempo y espacio determinados por el Estado, en contraposición de las normas cuyo contenido justo o natural emana de la voluntad supra humana o divina o deriva del hombre como ser racional.

Para Kelsen existe una evidente separación entre el "deber ser" y el "ser", como buen positivista le interesa la forma de la norma jurídica y no su contenido, es decir, el proceso de creación de las normas y su validez, mas no si son justas o no, si van acorde a lo que la naturaleza del hombre exige o no, en pocas palabras,

---

<sup>38</sup> GARCÍA, Joaquín. *"Razón práctica y derecho natural"*. Ed. Edeval. Chile, 1993. p. 243.

observan la validez formal. Es por eso que equipara el concepto del derecho y el de la norma jurídica; y el concepto de Estado lo equipara con el de derecho.

El hombre no es libre sino en la medida en que su conducta, a pesar de las leyes causales que la determinan, se convierte en el punto final de una imputación; es decir, la condición de una consecuencia específica (recompensa, penitencia o pena).<sup>39</sup>

La doctrina del derecho natural ignora la diferencia entre la naturaleza, aquellas leyes emanadas de la naturaleza y el derecho, leyes emanadas de un proceso legislativo. El iusnaturalismo parte de la idea de que la naturaleza legisla, es una creación de Dios y manifiesta su voluntad; la relación causa-efecto del mismo modo es voluntad de Dios, la relación acción antijurídica-sanción es voluntad del legislador, animada a surgir por un precedente.

Los preceptos naturales, dada su generalidad, no son suficientes para la regulación de la vida moral y política; la razón práctica debe, por consiguiente, llegar a soluciones más concretas partiendo de las exigencias indeterminadas de la ley natural.<sup>40</sup>

De esta manera, Kelsen restringe el campo del derecho exclusivamente a los preceptos jurídicos provenientes de la voluntad soberana del Estado; o sea, a las normas que integran el sistema jurídico vigente. Asimismo, rechazó los principios provenientes del derecho natural o de la moral como normas jurídicas. Al señalar que la teoría se ocupa sólo de las normas jurídicas, se descarta la idea de que se refiera a los hechos que ocurren en la realidad social. Por tanto, la conducta humana es objeto de esta teoría sólo en la medida en que es regulada por normas jurídicas.

---

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p. 27.

<sup>40</sup> Cfr. Santo Tomás. "*Summa Theologiae*". I-II. q. 91 a. 3.

Como se señaló anteriormente, el iuspositivismo de Kelsen pretendió dejar al derecho libre de todo aquello que le fuese anexado o añadido, como lo es la moral que tiñe al derecho de irracionalidad; el objetivo es, entonces, analizar al derecho desde su núcleo, de la forma más pura. Sólo existían dos caminos por seguir: el de los juicios a priori como lo es la lógica, y los juicios a posteriori como la física; sin embargo, el derecho es una técnica social que persigue conductas idóneas bajo coerción, sancionando violaciones a bienes jurídicos y exigiendo un deber.

La regla de derecho es un instrumento que sirve para describir el derecho positivo tal como ha sido establecido por las autoridades competentes. De aquí se desprende que el derecho positivo y la moral son dos órdenes normativas distintas una de la otra. Esto no significa que sea menester renunciar al postulado de que el derecho debe ser moral, puesto que, precisamente, solo considerando al orden jurídico como distinto de la moral cabe calificarlo de bueno o de malo.<sup>41</sup>

Para Kelsen, lo preponderante para el derecho es la forma de las normas jurídicas no su contenido justo o natural ni su materialización eficaz o real. Por esto, ubica al derecho como objeto de una ciencia positiva como el conocimiento de las normas jurídicas, y clasifica a la ciencia del derecho dentro de las ciencias normativas, ya que utiliza el método normativo para señalar cuáles son las normas jurídicas vigentes o formalmente válidas, materia de estudio. Asimismo, la diferencia específica entre las normas jurídicas y las demás normas es su coercibilidad, cuyo titular es el Estado, quien, por medio del ejercicio del uso de la fuerza pública, puede imponer su cumplimiento y forzar una conducta determinada.

Un acto ilícito es seguido de una sanción porque una norma creada por un acto jurídico (en el sentido de acto creador de derecho) prescribe o autoriza la aplicación de una sanción cuando se ha cometido un acto ilícito, no sucede lo

---

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. Op. Cit. p.49

mismo en la relación causal, el efecto no sigue a la causa porque así este prescrito o autorizado por una norma, el efecto se produce independientemente de toda norma creada por los hombre. El derecho y la moral son ordenes positivos en tanto y en cuanto sus normas han sido “puestas o creadas por actos cumplidos en el espacio y en el tiempo: costumbres seguidas por los miembros de una comunidad, ordenes de un profeta, actos de una legislación, etc.”<sup>42</sup>

El derecho natural tiene como regla la relación causa-efecto de una conducta, sin embargo, la causalidad no interviene en el derecho pues el acto antijurídico no es causa de la sanción, de mismo modo, la sanción no es efecto de acto ilícito sino que estos tienen un nexo que los conecta y se llama norma jurídica; la norma jurídica autoriza, exhorta o castiga conductas determinadas, podemos imaginar a la norma jurídica como el sentido dentro de la realidad que se le da a una conducta en un espacio y tiempo determinados.

Desde la perspectiva de Kelsen la creación y aplicación de una norma jurídica era asumida por la voluntad, mas no por la razón debido a que si el hombre hubiese estado capacitado para obrar bajo el uso de la razón, éste no habría actuado de forma contraria al derecho y se hubiese conducido conforme a lo que dictan las normas.

El problema del origen de las reglas es meramente sociológico y no jurídico, debido a una cuestión relativa a la casualidad como tal a la derivación de las normas, no a su validez.

El positivismo se formula apoyándose en una visión del derecho como manifestación de la voluntad del poder legislativo y en la sistematicidad de las normas que aseguraban una respuesta anticipada y de aplicación rigurosamente silogística a todo problema jurídico. Según dicho iuspositivismo, no existe conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, y ellos en virtud de la tesis de la fuente social de derecho.- a la que Raz considera la más fundamental del

---

<sup>42</sup> Idem.

positivismo jurídico según la cual, lo que es y lo que no es derecho es una cuestión de hecho sociales.<sup>43</sup>

A inicios del siglo XIX, los juristas pretendieron someter al derecho al método científico, sin embargo esto de forma estricta era imposible puesto que no puedes experimentar con delitos graves, fue así como los dogmáticos tiempo después el método científico que se le aplico a las ciencias exactas fue sustituido por el proceso legislativo, es decir, lo que iba a legitimar al derecho después del surgimiento del iuspositivismo no es otra cosa más que el proceso legislativo.

El derecho no se puede considerar ciencia exacta, pues no es universal, no es vigente en cualquier tiempo y espacio, es circunscrita a una jurisdicción y, por último, es una creación de los juristas.

Una ciencia del derecho o una ética científica solo pueden tener por objeto el derecho positivo o una moral positiva. Dichas disciplinas describen normas positivas que prescriben o autorizan una conducta determinada y afirman que en tales condiciones tal individuo debe conducirse conforme a una norma dada.

Actualmente la moral individual ha pasado a un plano muy lejano y fue desplazada por la moral colectiva o social, puesto que en nuestros días ha causado gran impacto la protección y divulgación de los valores colectivos y los derechos humanos, hasta tal grado de exponer de forma pública, ya sea mediante los medios de comunicación o redes sociales, cualquier falta o lesión hacia los derechos humanos de una persona. De forma implícita, desde que se construyó el estado de derecho hay un compromiso ético entre pueblo y gobierno que es respetado y no puede ser violado.

Tal vez digamos que sustentar la posibilidad de un conocimiento jurídico integral de índole práctico, implica no solo una comprensión exhaustiva de la realidad jurídica que se trate, sino también la alternativa de un conocimiento capaz de valorar y discernir desde el mejor bien humano, incluyendo el rechazo moral de

---

<sup>43</sup> RAZ, J. *“La autoridad del derecho”*. Ed. UNAM. México, 2000. p.56.

lo vigente en el derecho y las propuestas de mejora en el mismo que resulten inmorales o irracionales o injustas.<sup>44</sup>

Cuando dentro de la procedencia del derecho se remite a una decisión de índole estratégica o instrumental para así dotarle un sentido que jurídicamente se conoce como justo, por el contrario, si esta decisión se llevase a cabo por la razón práctica, hay una mayor oportunidad de atender a las razones de los bienes implicados.

## 2.9. El Derecho Positivo y los Derechos Humanos.

Esto resulta sumamente importante, puesto que las normas jurídicas tienen como objetivo velar por los bienes y derechos humanos de los ciudadanos, más importante aún es dentro del derecho penal, ya que los tipos penales contemplan bienes jurídicos de suma importancia como lo es la dignidad y la vida. Es menester recalcar el impacto que actualmente tienen los derechos humanos, esto debido a que el principio de universalidad es el mayor estandarte que poseen. En la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), se estipuló que todos los Estados tienen el deber de promover y proteger los derechos humanos de sus ciudadanos, esto independientemente del sistema político, económico, social o cultural que posean.

La Organización de las Naciones Unidas (ONU) le da la siguiente definición: Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición. Todos tenemos los mismos derechos humanos, sin discriminación alguna. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles.<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> ARISTOTELES. *“Ética a Nicomaco”*. Ed. Tecnos. España, 2015. p. 201

<sup>45</sup> [http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=448&Itemid=249](http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249). 26/09/18. 14:07 pm

Posteriormente a la segunda guerra mundial, los Derechos Humanos salieron a la luz, nuevas corrientes jurídicas, filosofías y sociales surgieron y se les otorgo cada vez más importancia y valor. Actualmente todos los estados han ratificado al menos un convenio, dotándole así la universalidad, de hecho, algunas normas de Derechos Humanos gozan de protección universal gracias al derecho internacional consuetudinario por encima de fronteras y costumbres.

A manera de esclarecer un poco lo tratado anteriormente, se piensa necesario diferenciar los conceptos de Derechos Humanos y Derechos Fundamentales, constantemente se confunden los conceptos, pero su diferenciación es muy sencilla. Los Derechos Humanos son universales, inalienables, interdependientes e indivisibles son el conjunto de derechos inherentes al ser humano que el estado está obligado a respetar, por otro lado, los Derechos Fundamentales son facultades jurídicas que posee una persona, son garantías procesales, a diferencia de los Derechos Humanos éstos conocen de jurisdicción y existen condiciones que se deben cumplir para su ejercicio.

Ahora bien, la importancia que han tenido los Derechos Humanos desde 1950 se ha visto reflejada dentro del sistema y ordenamiento jurídico universal. Hans Kelsen basó una de sus más grandes obras (Teoría pura del derecho, anteriormente señalada), en la necesidad de separar el derecho de la moral, sin embargo, durante la segunda guerra mundial, siendo Kelsen judío, se vio en la necesidad de soportar insultos, humillaciones y estar constantemente huyendo por toda Europa, finalmente logró escapar a Estados Unidos de América justo después de haber sido amenazado por soldados nazi a la puerta de su casa.

Desde esa matriz teórica, por ejemplo, sólo podía concluirse que eran tan derecho el democrático como el nazi, pues no cabía juzgar la validez del derecho desde ciertos fines o valores, sino correspondía reducir ese análisis al ámbito del sistema jurídico y al respeto a lo dispuesto en la norma superior. Para ninguno de los dos iuspositivismos había limite moral para el derecho para el decimonónico

porque no había más justicia o moral social exigible que la prescripta en la ley, y para Kelsen porque cualquier contenido podía ser derecho.<sup>46</sup>

A inicios del siglo XIX, los juristas pretendieron someter al derecho al método científico, sin embargo esto de forma estricta era imposible puesto que no puedes experimentar con delitos graves, fue así como los dogmáticos tiempo después el método científico que se le aplico a las ciencias exactas fue sustituido por el proceso legislativo, es decir, lo que iba a legitimar al derecho después del surgimiento del iuspositivismo no es otra cosa más que el proceso legislativo. El derecho no se puede considerar ciencia exacta, pues no es universal, no es vigente en cualquier tiempo y espacio, es circunscrita a una jurisdicción y, por último, es una creación de los juristas.

Sin duda el derecho positivo puede en ciertos casos autorizar la aplicación de normas morales. Es decir, que delega en la moral el poder de terminar la conducta por seguir. Pero desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica. Inversamente, puede suceder que un orden moral presenta la obediencia al derecho positivo. En este caso el derecho se convierte en parte integrante de la moral, la cual tiene una autonomía puramente formal, dado que al delegar en el derecho positivo el poder de determinar cuál es la conducta moralmente buena, abdica lisa y llanamente en favor del derecho y su función queda limitada a dar una justificación ideológica al derecho positivo.<sup>47</sup>

Fue así como Hans Kelsen, quien había concluido que no existía relación entre derecho y moral, derecho y virtud y derecho y justicia tampoco; lo único que legitimaba al derecho era que este emanara de una autoridad jurisdiccional, es decir, mediante el proceso legislativo. El Holocausto, que causo una de las mayores tragedias de la historia en esencia fue legal, pues se fundamentó conforme a las leyes de Nuremberg, sin embargo, en sentido estricto el derecho no debería atender a la injusticia de privarle la vida a un hombre por el simple

---

<sup>46</sup> VIGO, Rodolfo. Op. Cit. p. 193.

<sup>47</sup> Ídem.

hecho de su creencia religiosa. No por tener el poder puedes aprovecharte del derecho y la fuerza pública para realizar acciones que estén por encima de aquello que se considera bueno o justo. Kelsen, una vez en Estados Unidos de América, tranquilo después de huir de Europa, consideró la creencia en el alma como centro de toda religión, la doctrina del derecho natural se convirtió en la creencia del alma. Luego entonces, elaboro una “segunda edición” de su Teoría pura, esclareciendo que efectivamente, derecho y moral, derecho y virtud, derecho y ética, y derecho y justicia, tiene que ver.

## Capítulo III. Análisis de la estructura lógica de la norma jurídica.

### 3.1. De la lógica en general.

Desde que el más emblemático de los pensadores presocráticos reconocido, Pitágoras, realizó uno de los mayores aportes a la humanidad como lo es la sistematización de las ideas abstractas, él y sus discípulos fueron los primeros seres humanos en considerar los números como cosas en sí mismas, cosas que componen el todo, el universo.

Mediante los números Pitágoras buscó explicar el mundo mediante fenómenos que tenían como objetivo no resolver problemas, sino buscar principios. Esto ha desembocado un abanico de posibilidades para dar una explicación matemática y lógica del universo. Luego entonces, el pitagorismo postula que únicamente mediante las matemáticas es concebible el cosmos, es así como los números pasaron a convertirse en los principios de las cosas.

El conocimiento general es recuerdo (anamnesis) a través de un principio matemático, el teorema de Pitágoras, muestra Platón que el conocimiento no se funda en la percepción sensible. Este solo ofrece la ocasión para que el alma recuerde algo que ya existido con anterioridad en ella, esto es, un conocimiento supra temporal y racionalmente válido. Lo prueba haciendo notar que las relaciones matemáticas no son dadas en la realidad corpórea y que el conocimiento de ellas se origina en el hombre bajo el estímulo de percepciones; percepciones que solamente tienen semejanza con los propios principios geométricos. Platón empero, ha extendido a todo el ámbito del conocimiento científico estos pensamientos, que de modo tan perfecto valen para la matemática.<sup>48</sup>

Georgias, por su parte, señala que el conocimiento es estrictamente un acto personal que cada persona puede obtener desde su fuero interno, aun existiendo

---

<sup>48</sup> ARISTOTELES. *“Tratados De Lógica (El Órganon)”*. Ed. Porrúa. México, 2012. p. XLV

alguien que nos guíe o nos incida a un nuevo conocimiento, el conocer y el saber es un esfuerzo de cada ser humano que supone una adquisición previa.

La reflexión lógica se origina en el periodo cosmológico justamente cuando se advierte la diferencia entre observación empírica y pensamiento. En efecto, cuanto más se alejan sus autores a la convicción de que lo descubierto por ellos, poseía su fundamento en algo diverso al de tal problema: a la “verdad” oponían la opinión (doxa) y a menudo se afirmaba que solo la propia doctrina era verdadera, las otras falsas, únicamente estaban seguros de que su doctrina era fruto del pensamiento, al paso que los demás hombres permanecían prisioneros en la apariencia de los sentidos. Solo el pensar descubre la verdad, los sentidos suministran mentira y engaño. El valor del pensamiento se exagera en extremo: no solo se ve en este la única fuente de la verdad, incluso se declara que sus adquisiciones pueden ser paradójicas a los sentidos.<sup>49</sup>

Los caracteres cualitativos de las cosas también fueron un estímulo para el surgimiento de la lógica, Empédocles fue el primero en decir que las cosas estaban hechas de una mezcla de elementos, las cualidades de los fenómenos partiendo de la combinación de elementos, por su parte, Parménides afirma que las cualidades son mera ilusión de los sentidos. La materia se compone de átomos y lo único real de ésta es la forma, disposición, transformación y movimiento, todo lo demás no es sino un engaño sensorial.

Quizás todas estas dificultades empujaron a Anaxágoras a reconocer la invariabilidad de las cualidades y el incontable número de elementos. Pero a él se le presentaba la dificultad opuesta: si todo está contenido en todo, ¿cómo es posible que cada cosa singular aparezca con una de estas cualidades? En parte explico esto diciendo que muchos elementos constitutivos de las cosas son perceptibles dada su pequeñez y que por lo tanto, solo el pensamiento nos puede informar sobre las verdaderas propiedades de los seres. También es probable que haya compartido el pensamiento involucrado ya en la ápeiron (lo indeterminado)

---

<sup>49</sup> ARISTOTELES. “*Ética...*”. Op. Cit. p. XV

de Anaximandro, a saber que una mezcla perfecta de cualidades determinadas produce algo indiferenciado. De este modo caracterizo la mezcla primitiva de las cosas de la que se ha originado el universo, como algo, por completo exento de cualidades; un pensamiento que le permito además hacer ver q los 4 elementos de Empédocles no son propiamente sustancias sino mezclas.<sup>50</sup>

La forma que tiene el pensamiento y los diferentes tipos de lenguaje que las diversas formas de pensamiento y realidad quieren reproducir, forman parte del concepto de “logos”.

Los principios capitales de esta doctrina, que ha llegado a ser la sustancia de la lógica tradicional, hasta nuestros días, son los siguientes: concluir significa derivar un juicio de otros dos, ahora bien, puesto que a conclusión se afirma a un concepto (el predicado) de otro concepto (el sujeto), es necesario, para fundar la predicación de un tercer concepto que vincula lógicamente los dos primeros, este tercer concepto debe encontrarse, por lo tanto en determinada relación con los dos primeros, lo que acontece en los juicios iniciales del silogismo llamados premisas. Todo saber proviene en última instancia de premisas ya no demostrables, pero que constituyen supuestos de toda demostración. De esta señala Aristóteles tres: los axiomas, las definiciones y las hipótesis.

Los axiomas son principios sin los cuales no es posible demostración alguna, por ejemplo, los principios lógicos supremos. Las definiciones son las determinaciones esenciales de conceptos. No hay conocimiento apodíctico del individuo, pues el conocimiento riguroso se logra enumerando géneros y especies, y el individuo consta de infinitos caracteres, que no es dable, por ello mismo reducir a conceptos generales en toda integridad.

Una definición se considera que es manifestar lo que una cosa es, es decir, deslindar o señalar los límites conceptuales de algo. Existen definiciones

---

<sup>50</sup> Íbidem. XVII

etimológicas, descriptivas, genéticas; la más perfecta es, sin embargo, la esencial, en la que se expresa el género próximo y la diferencia específica. No todos los objetos son, sin embargo, susceptibles de definición esencial.<sup>51</sup>

Por otro lado, hipótesis viene del griego “tesis” (algo puesto) e “hipo” (bajo), se entiende a la hipótesis como una posible explicación de algunos hechos, y dada esta situación pueden existir dos o más hipótesis a cerca de un hecho. La hipótesis es sumamente importante en la labor científica, pues toda hipótesis depende de un silogismo, el cual es conocido como silogismo hipotético y consta de varias proposiciones.

- Una proposición condicional;
- Una proposición que es una condición o un antecedente de la condición, afirmada de modo absoluto;
- Una proposición que aparece como condicionada o consecuente de la condicional, también afirmada de modo absoluto.

Existen diferentes pensadores que opinan que una ciencia fáctica no emplea, ni mucho menos confirma hipótesis, sin embargo, se cree que en realidad las ciencias sociales, que se desenvuelven en el mundo factico si presuponen, emplean y confirman hipótesis pues la noción de una verdad fáctica o la adecuación de una proposición a un hecho depende de una propiedad sintáctica, que es independiente al hecho, por lo cual puede ser completa e incluso hasta definitiva.

Cuando se elabora una hipótesis de carácter factico para atender a un hecho, se presupone que este hecho es real, es decir, es actual o posible; el simple hecho de emplear una hipótesis para buscar una verdad fáctica implícitamente supone que hay algo fuera del mundo interno del sujeto a observación y esto va a concordar o discrepar con la hipótesis, si ese algo

---

<sup>51</sup> <http://www.filosofia.net/materiales/rec/glosario.htm>. 28/09/18. 20:07 pm.

dependiera del sujeto no sería posible hablar de una hipótesis. Para la ciencia es sumamente importante que entre el sujeto y el objeto exista una separación evidente, cosa que ocurre en las ciencias fácticas, es decir, no damos razón a un objeto simplemente basándonos en nuestras expectativas o variables subjetivas, sino que basamos nuestra razón en las propiedades que conocemos y que podemos llegar a conocer de un objeto.

Los axiomas de una teoría fáctica son enunciados más afirmativos que negativos, esto se debe a que los enunciados afirmativos sugieren la búsqueda de una entidad existente, ya que solo su existencia puede hacer verdadera aquella proposición, en cambio, las proposiciones negativas son verdaderas si no existe nada que las false, los enunciados legales presuponen la existencia objetiva de los objetos a cuyas propiedades se refieren; pues en otro caso su verdad sería vacía. Luego entonces, el método científico no prueba la existencia del mundo externo y factico, más bien presupone esa hipótesis filosófica.

La lógica moderna ha tomado como conclusión y base el origen de las cosas a partir de tres conceptos y dos premisas, estos representados en un sistema de signos que opera y hace cálculos con los elementos primarios del pensar como si fueran matemáticos.

Cualquier ciencia parte de principios, los cuales son afirmaciones consideradas como puntos de partida para poder sistematizar y construir; luego entonces, los principios lógicos no sirven para construir, pero sí para ser el punto de partida de la ciencia en general, son universalmente válidos.

Cuando una acción no se ajusta al orden que el universo emite sobre el orbe proyectado en la aritmética, dicha acción repugna a nuestra mente y debe ser corregida. Es por esta razón que aunque se quiera negar la plena necesidad de la lógica dentro del ordenamiento jurídico y la creación de las normas es absolutamente necesario, puesto que las normas exigen dentro de su génesis criterios de racionalidad, lógica y proporcionalidad.

La lógica es un proceso intelectual ordenado a generar razonamientos correctos formalmente válidos, así como un proceso que conduce al conocimiento verdadero; la lógica es considerada como la ciencia de pensar correctamente.

No solo existe una estrecha analogía entre las operaciones de la mente en el razonamiento general y sus operaciones en la ciencia particular de Álgebra, sino que existe en gran medida un acuerdo exacto en las leyes por las cuales se realizan las dos clases de operaciones.

Luego entonces, como los hechos se expresan por proposiciones, la lógica establece que al menos la última relación dentro de un silogismo puede ser resuelta en una relación de proposiciones.

Es decir, si afirmamos que el hecho  $X$  es una consecuencia invariable del hecho  $Y$ , podemos considerar un equilibrio en la aseveración, pues que el hecho  $Y$  sea verdadero como consecuencia del hecho  $X$  hace que este último de igual forma lo sea. En cambio, entonces, al decir que la lógica conoce las relaciones entre las cosas y las relaciones entre los hechos, se nos permite decir que se trata de las relaciones entre las cosas y las relaciones entre las proposiciones.

Sea pues, la proposición universal negativa si  $A$  no es atribuida a ninguna  $B$ ,  $B$  no lo será a ninguna  $A$ ; porque si  $B$  lo es a alguna  $A$ , por ejemplo a  $C$ , no será ya cierto que  $A$  no lo sea a ninguna  $B$ , puesto que  $C$  se supone que es de la  $B$ .

Pero si  $A$  es atribuida a toda  $B$ ,  $B$  lo será igualmente a alguna  $A$ , porque, si no fuere a ninguna  $A$  no lo será a ninguna  $B$ , y se ha supuesto que lo era a todas.

La misma conversión cabe respecto de la proposición particular. En efecto si  $A$  es atribuida a alguna  $B$  es de necesidad también que  $B$  lo sea a alguna  $A$ , porque si no lo es a ninguna,  $A$  no lo será tampoco a ninguna  $B$ .

Por ultimo si *A* no es atribuida a alguna *B*, no es necesario tampoco que *B* no lo sea *A*; *B*, por ejemplo, es animal y *A* hombre no se dice de todo animal, pero animal se dice de todo hombre.<sup>52</sup>

Cuando estos tres premisas están perfectamente relacionados entre sí es necesario formar silogismos con los extremos; el término medio debe estar en el primero y en el tercero, es así como se hace medio por su mera posición, los extremos están contenidos entre sí, como se explicó anteriormente, se exige que *A* sea atribuible a *B*, *B* sea atribuible a *C*, así como que *A* se atribuya a toda *C*. Es por tanto evidente que para que haya silogismo con términos universales, es preciso que estos términos estén dispuestos como hemos dicho en un principio, porque no se obtiene conclusión necesaria si lo están de otra manera.

Dentro de todo silogismo se exige que las dos premisas sean semejantes a la conclusión, o por lo menos lo sea una de ellas, al decir esto se refiere a que no solo es igual en razón a ser afirmativa o privativa, sino también en que es necesaria, absoluta o contingente.

Como son cosas muy diferentes, existir simplemente, existir necesariamente y existir de una manera contingente, puesto que muchas cosas existen sin existir necesaria y otras no existen ni necesaria ni absolutamente, pero pueden existir; se concibe sin dificultad que el silogismo será en cada uno de estos casos también diferente y que los términos no serán semejantes. Y así un silogismo se compondrá de términos necesarios, otro de términos absolutos y otro, por ultimo de términos contingentes.<sup>53</sup>

Dentro de los silogismos, forzosamente un premisa debe ser afirmativo y universal, ya que si no posee de universalidad no puede existir silogismo, y en todo caso que existiera, no se le otorgaría dicho termino o el de principio. La conclusión es universal cuando todos los premisas son universales, del mismo modo resultara universal si a pesar de que el primer y segundo premisa son de

---

<sup>52</sup> ARISTOTELES. Op. Cit. p. XX

<sup>53</sup> Íbidem. p. 107.

diferente especie pero la conclusión es de carácter universal. Ahora bien, el hecho de que todas las premisas sean universales no asegura que la conclusión sea universal igualmente. Dicho de otra forma, para que un silogismo sea válido, una vez que existe una conclusión, las premisas deben ser verdaderas y la conclusión debe atender de forma lógica a una verdad.

Es fácil comprender que el proceso de la ciencia radica en derivar conocimientos menos generales de otros más generales; en otras palabras, la conclusión nunca puede tener el mismo grado de generalidad que el de las premisas, mucho menos uno mayor. Es exacto que en la ciencia deductiva, demostrativa y explicativa a menudo los juicios que han servido de premisas en un silogismo se derivan (a título de conclusiones) de otras premisas más generales y así sucesivamente, pero al fin habrá de llegarse a juicios que ya no sean susceptibles de obtenerse de principios de mayor generalidad, que ya no puedan ser referidos a término medio alguno y cuya verdad, por lo tanto, sea algo inmediato, indemostrable, primarios supuestos. Todo derivado implica un originario, toda prueba, un fundamento improbadado; toda explicación, una causa última.<sup>54</sup>

Todas las ciencias consisten en verdades generales, pero de esas verdades algunas son primarias y fundamentales, otras son secundarias y derivadas. Las leyes del movimiento elíptico descubiertas por Kepler, por ejemplo, son verdades generales en la astronomía, pero no son sus verdades fundamentales.

El silogismo es una enunciación que una vez que existe una armonía lógica entre las premisas se concluye de forma necesaria en otra proposición diferente, por el simple hecho de haber sido sentadas las dos anteriores, esto es, que debido a que existe armonía lógica resulta probada la otra proposición y no se necesita de un término extraño para obtener de forma necesaria una conclusión.

---

<sup>54</sup> ARISTOTELES. *“Ética...”* Op. Cit. p. 97

Se conoce como silogismo completo aquel en que no hay necesidad de ningún otro dato, además de los previamente admitidos, para que la proposición necesaria aparezca en toda su evidencia. Es un silogismo incompleto aquel en que se necesitan uno o más datos, que pueden ser precisos además de los términos sentados al principio, pero que no han sido sin embargo formulados de un modo terminante en las proposiciones. Cuando se dice que una cosa está en la totalidad de otra, o que una cosa se atribuye a otra y entera, estas dos proposiciones tienen el mismo sentido. Decir que una cosa se atribuye a otra y entera, es decir que no se supone que haya parte alguna del sujeto de que no pueda decirse la otra cosa; y lo mismo se entiende cuando no se atribuye a ninguna.<sup>55</sup>

Si se tienen dos entidades y se quiere afirmar una cosa de alguna de ellas, es necesario analizar sus componentes para poder precisar los elementos que forman cosa que se afirma y todo aquello a lo que pueda ser atribuida, ya que si uno de ellos es idéntico será necesario que la primera entidad sea atribuida a la otra. Cuando se quiere probar una afirmación particular que no es universal, se debe atender a los antecedentes de las entidades, porque si uno de los antecedentes es idéntico, de nueva forma una entidad será atribuible a la otra.

En cuanto a la causa y al efecto de que ella es causa, puede dudarse si cuando el efecto causado existe, la causa existe también, si esto es así, la causa y el efecto existirán al mismo tiempo, y podrán demostrarse el uno por el otro.

El método subsiste siempre el mismo, ya se le aplique a la filosofía ya al arte, ya a la ciencia. Siempre es preciso reunir en torno de cada sujeto propuesto lo que le es atribuido y aquello a que el mismo puede serlo, siempre es preciso el mayor número posible de estas relaciones; siempre es necesario estudiarlas

---

<sup>55</sup> ARISTOTELES. “*Tratados...*”. Op. Cit. p. 100.

mediante tres términos de este punto de vista para refutar la proposición, de aquel otro, para asentarla, tomando los atributos verdaderos para razonar con toda certidumbre, y limitándose en los silogismos dialecticos a la simple probabilidad.<sup>56</sup>

El estudio de la lógica ha sido importante para cuestiones de la metafísica, por esta razón también ha sido notable el impulso que se le ha otorgado a las cuestiones de la ciencia matemática. El objeto de la lógica no son en sí las premisas dadas, tampoco lo es la única afirmación de la teoría de probabilidades, también se enfoca en el lenguaje, el cual nos sirve para el proceso del razonamiento, nos rebela los diferentes niveles y su conexión de nuestro intelecto; nos muestra que en realidad los dominios de demostración y conocimiento son estándares que no derivan del exterior, sino que están profundamente fundados en los cimientos de las facultades humanas.

El flujo de la investigación original se ha dirigido más bien hacia cuestiones de filosofía general que, aunque surgieron entre las disputas de los lógicos, han superado su origen y se han dado a sucesivas épocas de especulación su peculiar inclinación y carácter. Las eras de Ramus y de Descartes, junto con las protestas finales de Bacon y Locke, se levantan ante la mente como ejemplos de las influencias más remotas del estudio sobre el curso del pensamiento humano. en parte al sugerir temas fértiles de discusión, en parte al provocar una protesta contra sus propias pretensiones indebidas.

Si bien, la lógica nos permite analizar las deducciones efectuadas en la práctica del derecho, el perfeccionamiento de la lógica deóntica vendrá a ser un medio lingüístico aún más poderoso para efectuar un análisis de la estructura de las normas y de las proposiciones normativas

La lógica jurídica se ocuparía, en primer lugar de los raciocinios jurídicos lógicos, en donde “raciocinio jurídico” se define pragmáticamente: los raciocinios realizados por los juristas. Tales raciocinios pueden ser normativos o no-

---

<sup>56</sup> Íbidem. 107

normativos en razón de que la vida jurídica exige recurrir a racionios, tanto para comprobar hechos como para inferir normas.<sup>57</sup>

Podemos entender el racionio jurídico como la relación o aplicación de la lógica formal dentro del campo jurídico, mediante la cual se efectúan distintos planteamientos o fundamentos de los procesos jurídicos conteniendo, de igual manera, una premisa mayor, una premisa menor y conclusión. Es una operación lógica que parte de uno o más juicios generando la validez o invalidez de otro juicio, partiendo del hecho de que un concepto es la síntesis de un objeto y el juicio es la afirmación de aquello que lo componen.

Luego entonces, comprenderíamos a la lógica del derecho como el estudio sistemático de las normas jurídicas y del razonamiento jurídico, así como los juicios enunciativos de la estructura y conceptos de las normas jurídicas debido a su relación con la lógica pura.

La norma jurídica se puede entender como un enunciado global y universal que atiende necesidades, observando la continuidad de las acciones y permite prever futuras acciones. Dicho lo anterior, resulta necesario brindarle a la norma jurídica una incorporación total a su estructura de los juicios de razón y el razonamiento, así como de la lógica.

La forma de los argumentos es la estructura de éstos. Diferentes argumentos pueden poseer la misma estructura. La semejanza estructural de los argumentos se pone de relieve en los esquemas formales o abstractos, que están vacíos de contenido y que reciben el nombre de formas lógicas o figuras. Desde el punto de vista lógico lo más importante es la forma o estructura de los argumentos (no sus contenidos).<sup>58</sup>

Varios estudiosos han renunciado a la idea aséptica del derecho para la resolución de conflictos y optan por apostar a una sistematización que categorice al derecho dentro de la lógica.

---

<sup>57</sup> CARRIÓN, Roque. "Lógica jurídica: sobre el uso de la lógica en el razonamiento justificativo jurídico y la enseñanza del derecho positivo". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Nº3, 2007. Venezuela, 2015 pp. 235.

<sup>58</sup> <http://www.edu.xunta.gal/centros/iesvaldotea/?q=system/files/logica-teoria.pdf> 15/10/18. 15:50 pm.

El derecho es a la vez fruto de la razón y de la voluntad: de la razón, en medida que deriva de la ciencia de la naturaleza; de la voluntad humana, en tanto que la potestad legislativa le agrega fijeza, forma escrita, rígida y precisión. Lo que se agrega a los resultados del estudio de lo justo por naturaleza, para formar el derecho positivo en en gran medida, arbitrario o por lo menos no puede darse de él una justificación racional. Uno de los grandes principios de la doctrina es el que la legislación y la jurisprudencia son cuestión no de inteligencia o razonamiento discursivo, sino de prudencia. La prudencia es precisamente esa virtud intelectual que decide, en vistas a la acción, acerca de las situaciones contingentes, sin tener el tiempo ni los medios de explicitar sus razones, ella es por excelencia, la virtud del legislador y del juez.<sup>59</sup>

Desde el punto de vista lógico las normas son consideradas como entidades lingüísticas sin juzgar el status ontológico de las normas, esto es debido que muchos de los problemas de las ciencias jurídicas se resuelven mediante la sistematización de algunos ideales.

### 3.1.1. La lógica según Aristóteles.

Según Aristóteles, existen cuatro principios de la lógica, los cuales son cimientos de la lógica jurídica, a saber:

Como lo señaló Aristóteles, en el principio de identidad, algo no puede ser y no ser, es una unidad del ser, es decir, toda cosa es idéntica a sí misma, por ejemplo:

“A” es “A”, “A” es igual a “A”.

El principio de no contradicción se refiere a que algo no puede ser y no ser al mismo tiempo, decía Aristóteles que al conversar queriendo decir algo del mundo, debemos reconocer que lo antes dicho ya ha sido dicho, por ejemplo:

“A” es “B” y “B” no es no “B”.

---

<sup>59</sup> VILLEY, Michel. “El pensamiento jus-filosofico”. Ed. Porrúa. México, 2016. pp. 44 y 85.

“B” puede ser “B” ahorita, y tal vez después ya no lo sea, pero no puede ser y no ser al mismo tiempo.

Luego entonces, en el principio del tercero excluido podemos especificar que es al contrario del de contradicción. En el de no contradicción se señala que dos juicios contradictorios no pueden ser verdaderos al mismo tiempo, pero en el tercero excluido simplemente no pueden ser falsos ambos.

“A” es “B” y “A” no es “B”.

Por otra parte, el último de los principios se resume a la exigencia de nuestra razón: todo es por algo, todo es por una razón y no puede ser de otra manera.

Esto nos sirve como pauta para retomar el principio de identidad y advertir que si empezamos a argumentar considerando una “A”, debemos tener siempre presente esa “A”, si por el contrario, ya encaminados descubrimos que siempre no hay “A”, pues entonces tenemos un nuevo comienzo, un nuevo punto de partida.

En el siguiente subcapítulo vamos a explicar la relación sistémica entre la lógica y el derecho, es importante resaltar que no es otro tema independiente, sino que todos los teoremas y silogismos me van a permitir poder incluir esto dentro del dogmatismo jurídico.

### 3.2. De la lógica jurídica.

Luego entonces, se tiene que partir de premisas que permitan seguir argumentando el orden jurídico de forma lógica, la primer premisa es que el hombre está, independientemente de cómo haya sido su aparición dentro de la tierra, el hombre está; la segunda premisa es que toda vez que el hombre está, existe dentro de un contexto determinado regulado por una serie de disposiciones normativas, la tercer premisa es que el hombre tiene una oportunidad de actuar en razón a su raciocinio, el hombre se encuentra dentro de una sociedad y por lo

tanto tiene que buscar una convivencia armoniosa, pues dentro de su naturaleza orgánica deben ajustar su actuar en razón para no transgredir los intereses de un tercero.

Dentro de la lógica jurídica debemos tener cuidado con la evolución de estas hipótesis, pues toda vez que estas generan un razonamiento ordenado que puede ser correctamente validos o transgredir una norma jurídica.

Dentro del derecho penal el silogismo si es A, entonces es B y por consiguiente es C, se le conoce como el nexo causal, como son la teoría de la condición más eficaz, la teoría de la última condición, teórica de la condición indispensable, etc. Tomando en consideración no el derecho natural, sino tomando en consideración la teoría y la estructura lógica de las acciones del ser humano como el primer elemento del delito y el primer elemento del tipo, la diferencia es que en el tipo se describe y en el delito se verifica de forma pragmática.

La lógica jurídica se define como aquella que tiene por objeto el estudio de los pensamientos jurídicos desde su germen, desde la forma en que se componen, apelando al juicio y raciocinio para poder tener como resultado un pensamiento valido.

Se considera que la naturaleza de la lógica jurídica no es:

1. Una aplicación de la lógica general al campo del derecho, porque la esencia del concepto, el juicio y el razonamiento jurídicos difieren de la correspondiente a los elementos del pensamiento que estudia la lógica clásica (lo cual se evidenciará en el desarrollo de los sub-epígrafes siguientes),
2. Una lógica autónoma, no-formal, porque la lógica jurídica, sí bien es cierto no se debe reducir simplemente a una lógica formal (como la aristotélica o la simbólica), tampoco puede reñir con lo racional, por lo que el pensamiento jurídico indistintamente de su contenido, incluso en temas de índole estimativo o axiológico, se deben respetar leyes de carácter formal para que sea congruente y valido<sup>60</sup>

---

<sup>60</sup> CARRIÓN, Roque. Op. Cit. p. 118

Al respecto se estima que la lógica jurídica tiene por objeto de estudio (objeto material) todas y cada una de las formas generales del pensamiento jurídico: concepto, juicio y razonamiento jurídicos, porque este necesariamente se integra de juicios y conceptos jurídicos.

Los sistemas normativos tienen como función el establecer relaciones entre casos y sus soluciones, es decir, que del conjunto que forma un sistema normativo y un enunciado referente a un caso se obtiene como resultado una solución.

Las investigaciones de George Henrick Van Wright dieron como resultado una estrecha relación entre los conceptos de “obligación”, “permisión” y “prohibición”, estudiando relaciones de oposición entre juicios normativos deónticos, existiendo una relación de contrariedad entre el juicio normativo que obliga al ciudadano a determinada forma de actuar y que le prohíbe tener ciertas acciones.

En este sentido, una proposición normativa describe una norma (que es una orden) del siguiente modo: “si p ha sido ordenado, entonces la proposición de que p es obligatorio es verdadera. Si  $\neg p$  (la omisión de p) ha sido ordenado, entonces es verdadero que p está prohibido o, lo que es lo mismo, que  $\neg p$  es obligatorio”. La tesis contraria es la concepción hilética de las normas, la cual afirma que “las normas son entidades semejantes a proposiciones, que pueden ser negadas y combinadas mediante conectivos proposicionales.”<sup>61</sup>

Se estima que un complemento ineludible del análisis de la ley injusta es el derecho a la objeción de conciencia que cubre cierto incumplimiento de la norma jurídica en función de razones morales que puede invocar su destinatario. Ese derecho cubre los reparos razonables del ciudadano o funcionario frente a la violencia moral que se provoca la prescripción en cuestión y así el derecho como institución se pone al servicio de un auténtico bien común que no tolera sustanciar fines que faciliten al bien de las personas. Para el iusnaturalismo clásico no puede haber dudas del valor jurídico, que corresponde asignarle a la conciencia de aquel que debe obedecer a la ley.<sup>62</sup>

---

<sup>61</sup> Ídem.

<sup>62</sup> Portela, J.G. *“La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”*. Ed. Educa. Buenos Aires, 2005. p. 150

Por su parte, Santo Tomás de Aquino justificaba a aquel que cometía conductas antijurídicas con la falta de conocimiento, aquel que no conoce lo que establece la ley, no sabe que está cometiendo una falta al sistema, es decir, la ignorancia convertía el acto en involuntario.

En el mismo tenor, podemos señalar que si la ley dicta lo que establece la razón práctica es imposible la aceptación de un cumplimiento dogmático indiscriminado a todos los que va dirigido una norma, inclusive a aquellas acciones que atienden a la razón moral individual con el objetivo de justificar el incumplimiento de la misma.

La lógica jurídica establece que todo aquel ser vivo que posea razón y raciocinio dentro de su ser, es capaz de distinguir los operadores básicos normativos, estos operadores básicos son lo que están relacionados con el deber ser, la obligación, la prohibición y la permisión, a partir de esto se desarrolla la lógica estándar deontica y es la que permite analizar estos operadores normativos, los cuales pueden estar en contradicción o pueden ser compatibles, dicho de otra manera, la lógica nos permite identificar conflictos normativos.

Norberto Bobbio señala que los diversos significados de la lógica jurídica tienen en común la exigencia de un razonamiento, que posteriormente será un razonamiento jurídico, el cual garantiza la objetividad dentro de la acción penal, y que la mayor parte del razonamiento jurídico está constituida por juicios analíticos que permiten inferir en premisas verdaderas y por lo tanto, en conclusiones verdaderas. Esto permite ver al derecho como una serie de operaciones y algoritmos que justificarían la buena, correcta y racional creación y aplicación de las normas jurídicas de carácter general.

Todos los juicios que provienen de la razón práctica, su conclusión corresponde a un silogismo práctico y va dirigido en esencia a la acción, la cual, como se sabe, tiene como elementos a la voluntad, un nexo causal y un resultado. El razonamiento práctico del legislador se puede diferenciar de aquel que emana del juez o del que cumple un particular atendiendo a un mandato jurídico, existiendo una analogía entre estos, permitiendo que de esos silogismos se formalicen normas generales o individuales.

El juicio prudencial es aquel que determina qué debe hacer el sujeto, cómo debe hacerlo y a través de qué debe hacerlo, esto es a través de un orden jurídico general y objetivo, alcanzando su realización efectiva. En la conducta justa pueden distinguirse dos momentos; el momento cognitivo por el cual la razón prudencial aprehende el derecho a lo justo, y el segundo momento es el uso activo de la voluntad que sucede al imperio, esto es el ordenamiento definido por la razón para ejecutar la acción de un modo completo.

En definitiva el juicio prudencial (sea formulado por quien posee o no la virtud respectiva) también aparecerá frente a la ley injusta determinando la validez o justificación racional o no de la misma, como también que hacer a tenor de la magnitud de la injusticia, de las circunstancias personales del contexto y de las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento. Parece que la matriz misma del análisis integral del problema de la ley injusta corresponde remitirlo centralmente a la prudencia y sus juicios.<sup>63</sup>

Actualmente el derecho se ha estado convirtiendo en una práctica argumentativa, por lo tanto sólo queda esperar a que se apele a una razón práctica que sea capaz de dotar de razón a aquello que se decide procurar y al convencimiento de la razón de los destinatarios, es decir, lo importante ya no son los métodos interpretativos, sino los argumentos con los que se justifica a la razón. Santo Tomás de Aquino dice que el argumentar es apelar a la razón para optar o decidir cuando exista una duda, es por eso que se debe apelar a la prudencia de aquellos que deben aplicar el derecho y comprender dentro de este ejercicio a la corriente del humanismo, posteriormente explicada, para así poder razonar los argumentos y contra argumentos que permitan decidir con justicia.

Cuando se trata de argumentar contra una definición y los argumentos han recaído sobre uno de los elementos de la definición es preciso tomar como

---

<sup>63</sup> VIGO, Rodolfo. Op. Cit. 149.

termino este elemento único y no toda la definición; porque entonces se verá uno mucho menos embarazado por la prolijidad de los detalles. Por ejemplo, si se ha demostrado que el agua es un líquido potable, es preciso tomar únicamente por términos; potable y agua.<sup>64</sup>

Los sofistas convirtieron la retórica de un arte tradicional en una técnica, realizaron investigaciones lingüísticas y llegaron a ser los creadores de la gramática y de la sintaxis: realizaron estudios sobre las partes en la oración, el uso de los vocablos, la sinonimia y la etimología. Pródico, Hipias y Protágoras se destacan sobre todo en esas cuestiones.

Un ejemplo son las leyes de la naturaleza, los cuales son objetos de percepción, son inferencias inductivas de hechos que atienden a hipótesis físicas de la naturaleza, sirven para explicar fenómenos con un análisis irreprochable que permiten elaborar nuevas combinaciones; las conclusiones del hecho o fenómeno se acercan cada vez más a la certeza, pues reciben una confirmación cada vez mayor de la experiencia, no da pie a la existencia de la probabilidad y el conocimiento de las leyes naturales no requiere como antecedente ninguna conexión extensa y profunda de observaciones.

Con lo analizado se define la lógica jurídica como una rama de la lógica de las normas (lógica deóntica), que tiene por objeto de estudio (objeto material) los pensamientos jurídicos, desde la perspectiva (objeto formal) de su estructura: concepto, juicio y raciocinio, todos de naturaleza jurídica, con la finalidad de que el pensamiento sea válido, congruente o coherente.

El concepto jurídico contempla las siguientes características:

- Determinación del contenido o comprensión: es el conjunto de notas o propiedades que constituyen la esencia representada por el concepto jurídico, por ejemplo: el referido por el término "contribución especial"

---

<sup>64</sup> ARISTOTELES. Op. Cit. p. 154

contiene las notas "tributo", "beneficios directos", "contribuyente" y "servicios estatales".

- Conexión con otros conceptos: el concepto jurídico tiene conexión con otros conceptos, característica que se evidencia con su comprensión. En el ejemplo citado: "tributo", "beneficios directos", "contribuyente", "obras públicas" y "servicios estatales" son palabras que aluden otros conceptos.
- Extensión: la extensión del concepto jurídico es el conjunto de individuos, sujetos u objetos a los que se aplica. Por lo anterior, el concepto jurídico de "contribución especial" se aplicará únicamente a los tributos que cumplan las notas que el mismo contiene.

En lógica jurídica también se aplica la relación inversa entre la comprensión y la extensión en el concepto jurídico, porque a mayor comprensión corresponde menor extensión, y, a mayor extensión, menor comprensión.

La evolución de la lógica formal a la lógica jurídica es prueba de que un algo no puede surgir de la nada, sino que ese algo surge de otro algo; la preexistencia de un orden jurídico que permite la creación de nuevas normas jurídicas le permite al positivismo la formación de cadenas normativas como lo explican Tamayo y Salmorán, Trinidad y García, Hart, entre otros, tenemos que hacer una relación entre las premisas, los enunciados y las conclusiones, llamados silogismos, que se señalaron anteriormente, estos posteriormente en la lógica jurídica se conocen como jurisprudencias, es decir, la unión entre la lógica formal y la lógica jurídica la vamos a encontrar en la unión de cadenas normativas.

Esta unificación entre la formación lógica del hombre, la acción del hombre mediante el uso de su razón, la descripción de enunciados normativos para regular la acción del hombre, la conjunción de principios rectores que tienen que ver con los derechos del hombre desde el punto de vista del iusnaturalismo y su inclusión en las normas jurídicas, como lo señala Hart "la moral emigró al derecho", es decir, la formación de cadenas normativas entendiéndose como la prelación lógica de una acción con un acto de autoridad nos permite que solamente la lógica nos reconozca una resolución judicial conforme a derecho.

Dentro del derecho penal, no se puede continuar creando tipos penales sin un fundamento lógico, pues estamos evolucionando a la construcción lógica de los elementos del tipo penal, es decir, la descripción de la conducta, porque el hombre existe y realiza acciones conforme a su razón, la descripción de un conjunto de principios rectores que tienen que ver con la moral y la axiología, y como tercer elemento, la descripción de la sanción que es la facultad que tiene el derecho para sancionar.

#### Capítulo IV. De los tipos penales.

##### 4.1. Construcción lógica de los tipos penales.

Es importante considerar que una de las finalidades del Derecho en términos generales es la de alcanzar la convivencia social pacífica y armoniosa, tarea que despliega a través de las diversas áreas que conforman el ámbito jurídico. En este sentido Max Weber señala que es importante destacar que el Estado asume lo que denominó “el monopolio de la coacción física legítima”, dicho de otra forma, una muestra exclusiva y excluyente de las facultades de cualquier otro de emplear la fuerza en la conducción de la vida.<sup>65</sup>

Precisamente, uno de los elementos más representativos de ese monopolio de la coacción física legítima es el Derecho Penal, que se caracteriza por ser considerado el brazo drástico del ámbito jurídico; aunque se debe destacar también que se trata del medio a través del cual se protegen los bienes jurídicos fundamentales y, también, a decir de Francisco Muñoz Conde, es un elemento de socialización.<sup>66</sup>

---

<sup>65</sup> MÁRQUEZ, Rafael. *“Evolución dogmática del Derecho Penal. Estudio Analítico”*. Ed. Trillas. México, 2006. p. 11.

<sup>66</sup> MUÑOZ, Francisco. *“Derecho Penal y Control Social”*. Ed. Temis. Colombia, 2004, p. 25.

Desde luego, la protección de los bienes jurídicos fundamentales por el Derecho penal no se realiza de manera arbitraria, sino a través de la legislación penal, por lo que uno de los principios fundamentales dentro del Sistema Penal es el relativo al de legalidad, puesto que de acuerdo con este la conducta para alcanzar la categoría de delito requiere estar descrita en la norma penal general y abstracta, específicamente en el particular tipo penal. De manera frecuente se toma al principio de legalidad como definición de delito, cuando en realidad se trata del fundamento del tipo penal, el cual describe los elementos que deberá contener la conducta para ser calificada como delictiva.

De esta manera, se puede observar que el tipo penal juega un papel muy importante dentro del sistema penal; puesto que es la hipótesis normativa, cuyos elementos deben configurarse para calificar de delito a un hecho y, es el instrumento que se ha elaborado por el legislador para proteger los bienes jurídicos fundamentales.

El aspecto anteriormente comentado, en ocasiones no se comprende del todo, puesto que cuando se hace referencia a la teoría del delito, en el tópico de la tipicidad es cuando se aborda el estudio del tipo penal. En un orden dogmático es necesario conocer, primero el tipo penal y, posteriormente, los aspectos relativos a la tipicidad. Ahora bien, generalmente al llevar a cabo el estudio del tipo penal se hace referencia a su estructura de acuerdo a la sistemática a la que se adscribe el estudio; pero como es que se conforma la descripción de la conducta descrita, cómo es que se verifica su expresión gramatical, aspecto que no suele ser abordado y en donde la denominada filosofía analítica puede realizar grandes aportes.

#### 4.2. Beling, tatbestand y el principio de legalidad.

Uno de los elementos fundamentales para hablar de la existencia del delito es la tipicidad, la que, sin duda, nos coloca ante la necesidad de establecer la presencia del tipo penal. Cuando inicia la esquematización del delito con el ilustre Franz von Liszt, considerada innecesaria la referencia a la tipicidad, puesto que el requisito de “estar sancionado con una pena” daba el carácter específico al delito, puesto que con ello se hace suponer la descripción de los actos que se conminan con la sanción.<sup>67</sup>

Una de las más trascendentes aportaciones para rescatar la importancia de la tipicidad es la Teoría del Tipo penal aportada por Ernst von Beling. Y es que el *tatbestand* de Beling se erige como una descripción en abstracto de los elementos materiales necesarios, que caracterizaban a cada especie del delito-concepción original en 1906-, posteriormente modificada y considerada como imagen rectora, cuadro o especie dominante, en el año de 1930.<sup>68</sup>

De tal manera que la tipicidad, consistirá en la adecuación entre el hecho concreto y real y la figura rectora; por lo que se trata de una figura fundamental en el delito, puesto que es la relación univoca de los elementos del hecho con los de la figura elaborada por el legislador. Por ello, contrario a lo que afirmaba Hippel, de que el principio de legalidad es suficiente y hace inútil la referencia a la tipicidad, pero, en realidad, dicho principio lo que hace es sustentar el tipo penal, puesto que en éste se consideran los elementos que deberá reunir una conducta antisocial para alcanzar la categoría del delito.

Desde luego, al hacer referencia al tipo penal se piensa inmediatamente a los elementos que le conforman, los cuales van a variar de acuerdo a alguna de las sistemáticas existentes: Causalismo, Finalismo, Funcionalismo, Modelo Lógico, desde luego en todas se verifica, con el tipo penal, el cumplimiento del principio de legalidad. Así, en nuestra legislación se le atribuyen elementos objetivos, subjetivos y normativos; pero parece que se convierte en algo tan técnico-o más bien mecánico- olvidando que si bien es cierto la norma penal además de general

---

<sup>67</sup> ALMANZA, Frank. “La Teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista” Ed. Flores. México, 2014. p. 10.

<sup>68</sup> LUNA, José Nieves. “El Concepto de Tipo Penal en México”. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000. p. 7.

es abstracta, requiere que en la praxis, se lleve a cabo su aplicación al hecho que reúne los elementos de la descripción.

Lo que se puede observar entonces es que el tipo penal se encarga de describir los elementos que deberá reunir un hecho para ser considerado como delito, con lo que accedemos a una serie de conductas humanas que se van a prohibir entre los integrantes de la sociedad.

En este sentido advertía H.L. Hart que la característica más general y relevante del derecho, en todo tiempo y lugar, es que su presencia indica que cierta conducta humana deja de ser optativa, convirtiéndose, así en obligatoria en algún sentido.<sup>69</sup>

Esto significa, que dentro de una comunidad específica y en un tiempo determinado la conducta deja de ser optativa su realización u omisión por parte de los integrantes de la población. Precisamente, uno de los problemas que se presentan en la configuración de la materia de prohibición es precisamente el relacionado con el aspecto lingüístico. Así, por ejemplo, en materia penal se hace referencia a la materia de prohibición como punto final, pero que se podría desplegar de la siguiente forma:

- El tipo penal prohíbe una acción
- El tipo penal ordena una acción

En este sentido hay que partir de la idea derivada del principio de legalidad cuando afirma que el delito puede ser una acción o una omisión, que es donde tienen lugar las premisas establecidas, que parece no existir problema alguno, puesto que, por ejemplo en el tipo penal de homicidio se prohíbe la privación de la vida, es decir la acción de matar, en tanto que en el abandono de personas: que puede ser en torno a un niño incapaz de cuidarse a sí mismo o a una persona enferma, teniendo la obligación de cuidarlos, en esta figura lo que hace el tipo penal es ordenar el cuidado de la persona menor de edad o del enfermo; claro agregando, una característica para el sujeto activo: la calidad de garante.

---

<sup>69</sup> TAMAYO, Rolando. *“Elementos para una Teoría General del Derecho”*. 2ª ed. Ed. Themis. México, 1998. p. 9.

De tal manera, que en términos semánticos el tipo penal puede referirse a una prohibición: ya de la acción, ya de la omisión. Lo cual significa que el tipo penal, como elemento que integra la norma penal va a prohibir todas las acciones u omisiones que lesionen o pongan en peligro uno o más bienes jurídicos fundamentales.

La ciencia jurídica contemporánea ha insistido en que ciertos problemas recurrentes en el derecho no son más que instancias de problemas lingüísticos genéricos, lo que se ha traducido en un creciente interés de juristas y iusfilósofos por cuestiones de filosofía del lenguaje.<sup>70</sup>

Es a partir de H. L. A. Hart, cuando se va a hacer énfasis entre el lenguaje y el derecho, lo que posibilita la aplicación de la filosofía analítica relacionada al análisis del lenguaje de la ciencia jurídica, específicamente, en el presente trabajo dicho análisis es relativo a la dogmática penal. Tal situación contribuye con la delimitación del propio Derecho penal, así como a la interpretación y aplicación de la legislación penal.

Esta simbiosis entre el lenguaje y la dogmática penal, nos permite analizar la configuración del tipo penal, para una mejor comprensión de su contenido y una mejor praxis penal; asimismo nos va a proyectar las dificultades que se van a encontrar en el momento de imponer una determinada conducta como obligatoria.

De esta forma se manifiesta la relación del lenguaje en diversas actividades del ámbito jurídico, desde el legislador hasta el destinatario de la norma jurídica general y abstracta. En este sentido Aarnio manifiesta:

Las normas jurídicas se manifiestan a través de lenguaje. Las decisiones de los tribunales que aplican las normas en la práctica son lenguaje. Incluso, si en ocasiones es incierto lo que está escrito en la ley, todo el material interpretativo, como los debates legislativos (trabajos preparatorios), se materializa también en

---

<sup>70</sup> ALONSO, Juan Pablo. "Interpretación de las normas y derecho penal". Ed. del Puerto. Argentina, 2006. p. 43.

lenguaje escrito. Así, el lenguaje es interpretado por lenguaje y el resultado se expresa por medio de lenguaje.”<sup>71</sup>

#### 4.3. El lenguaje en la dogmática penal (estudio del tipo penal).

Al abordar el estudio de la dogmática penal generalmente se verifica a partir de los lineamientos básicos que han de observarse al momento de la construcción de las normas penales generales y abstractas, desde luego, dentro de las categorías penales que se abordan destacan el tipo y el delito, por esa simbiosis existente entre ambas, puesto que la conducta para alcanzar la categoría de delito debe subsumirse a la descripción establecida en el tipo penal. Sin embargo, se pasa por alto un aspecto fundamental entre ambos aspectos de la dogmática penal: el lenguaje, que juega un rol fundamental, puesto que para acercarse al conocimiento del tipo penal-pertenece al mundo conceptual-se requiere de la expresión gramatical, es decir el empleo del lenguaje.

Guastini nos coloca en una precisión respecto de la aplicación de la filosofía analítica en el Derecho, que se encuentra distinta de aquella ambiciosa asignación del conocimiento del mundo, sino que se pretende una tarea modesta relativa a la clarificación lógica de los pensamientos, es decir, el análisis lógico del lenguaje. Tal situación se puede derivar de los presupuestos mencionados por Guastini:

El presupuesto meta-filosófico, común a la filosofía contemporánea de orientación empirista (inaugurada por Gottlob Frege y por Bertrand Russell) es que la filosofía no es una peculiar forma de conocimiento del mundo, con su propio método u objeto, sino es, simplemente, el análisis lógico del lenguaje.<sup>72</sup>

El presupuesto ontológico-jurídico, a su vez, fue enunciado con gran claridad por Norberto Bobbio (en un ensayo sobre la ciencia jurídica y el análisis del lenguaje, publicado en 1950) y de acuerdo con el cual el derecho – al menos en una primera aproximación, digamos – es nada más que un lenguaje o (mejor

---

<sup>71</sup> AARNIO, Aulis. *“Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho”* 2ª. Reimp. Ed. Fontamara. México, 2008. p. 12.

<sup>72</sup> GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p. 1.

dicho) un discurso: el discurso del “legislador” (en sentido material), o sea el conjunto de enunciados formulados por las autoridades normativas. Las normas jurídicas son, simplemente, entidades de lenguaje.<sup>73</sup>

En términos simplistas, la filosofía analítica en el derecho positivo cumple con la función del análisis lógico del lenguaje jurídico.

Para Guastini existen básicamente dos formas de practicar la filosofía analítica del derecho positivo. Un buen recurso para esclarecer este punto es mostrar las relaciones de la filosofía del derecho:

- (a) por un lado, con el derecho mismo (o con sus “fuentes”), o sea con el discurso del legislador (en sentido material);
- (b) por el otro, con la “jurisprudencia”, entendida aquí en su significado antiguo de sapiencia jurídica (*prudentia juris*), o sea con el discurso de los juristas académicos y de los jueces.<sup>74</sup>

Observamos en lo mencionado por Guastini que no debe perderse de vista la relación del lenguaje del legislador y de los juristas y juzgadores, lo que posibilita proyectar la importancia del análisis lógico del lenguaje tanto en el aspecto teórico como en la praxis jurídica. De esta manera, la filosofía analítica se relaciona con el tema de la construcción de conceptos, como lo señala Guastini se concibe “la filosofía del derecho como un laboratorio conceptual”, que juega un papel fundamental en el análisis de la jurisprudencia. Al respecto, Hassemer asevera:

"Derecho y lenguaje" es un tema eterno, solamente la coyuntura cambia. La razón es evidente: las leyes, su concretización en derecho judicial y en la dogmática jurídica, su interpretación y aplicación en decisiones judiciales y en la crítica de estas decisiones, todo ello es lenguaje. Donde termina el lenguaje,

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 3.

<sup>74</sup> ALONSO, Juan Pablo. *Op. Cit.* p. 73.

comienza la fuerza, y la fuerza puede ser demorada en tanto el lenguaje tenga efectos.<sup>75</sup>

De acuerdo a lo señalado por Pascual Buxó con el lenguaje se tiene la capacidad de dar sentido a los aspectos que surgen en la sociedad, lo hacen a través de la producción de una serie de enunciados que hacen referencia a un mundo diverso en el que el ser humano se encuentra inmerso. Ahora bien, dentro de este lenguaje, al que se puede denominar natural, se elabora otro lenguaje con sus peculiaridades, como puede ser aquel que obliga, prohíbe o permite conductas de los individuos: el lenguaje jurídico.

Para Miguel el lenguaje jurídico es el conjunto de términos y expresiones que denotan principios, preceptos y reglas a que están sometidos las relaciones humanas en toda sociedad civilizada.<sup>76</sup>

Con ello, se puede observar que hay una manera de acercarse a ese aspecto deóntico del derecho, pero que no puede tomarse simplemente como el texto que contiene la expresión gramatical que nos permite conocer la norma penal general y abstracta, sino más bien lo que la legislación dice, esto es, su significado. Al respecto Guastini manifiesta:

Desde un punto de vista solo un poco más sofisticado. Quizás el derecho no se presenta exactamente como el conjunto de las leyes, sino más bien como el contenido normativo o prescriptivo de las leyes, esto es, aquello que las leyes dicen, su significado.<sup>77</sup>

De esta manera, el lenguaje es trascendental en el derecho, tanto en el ámbito de las autoridades como de los particulares expertos en la teoría y praxis del derecho; por lo tanto, es preciso destacar algunas de las características del lenguaje jurídico:

---

<sup>75</sup> HASSEMER, Wienfried. *"Crítica al Derecho Penal de Hoy"*. 2ª ed. Ed. AD HOC. Argentina, 2003, p. 13.

<sup>76</sup> LÓPEZ, Miguel. *"Redacción legislativa"*. Senado de la República. México, 2002. p. 24

<sup>77</sup> GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p. 41

- Prescriptivo: puesto que se dirigen a regular un determinado comportamiento de los individuos en la sociedad.
- Se distingue del metalenguaje, que es el empleado por los especialistas del derecho.
- Emplea un conjunto de términos que pueden diferir del concepto común que se le asigna.
- Considera también los denominados principios generales del derecho, así como los conceptos jurídicos fundamentales.<sup>78</sup>

Es importante establecer que el lenguaje prescriptivo se relaciona con la acción que se cumple profiriendo un enunciado, puesto que se trata de actos lingüísticos, es decir las acciones que se cumplen mediante el lenguaje. Por lo tanto, resulta importante distinguir al lenguaje prescriptivo, del descriptivo, ya que este último tiene la función de formular y transmitir creencias, información o conocimiento; mientras que el prescriptivo tiene el objetivo de dirigir, influir o modificar la conducta humana, y aunque ambos actos lingüísticos tienen diferencias funcionales, de acuerdo con Guastini y tomando como ejemplo el tipo penal de homicidio advierte que:

Desde esta perspectiva es necesario establecer que contrario a lo que se piensa no todo está dicho en el ámbito del Derecho Penal, sobre todo cuando se enfatiza en la relación entre éste y la filosofía analítica. Por ejemplo, todos dan por sentado que se conoce en qué consiste el principio de legalidad al que se le suele reducir su contenido de acuerdo con el apotegma *nullum crimen sine lege*.

En este sentido, generalmente se piensa en el referido principio como aquel que establece la necesidad de una ley previa al delito, en donde se describan los elementos que ha de reunir tal categoría, y no es que esto sea falso, pero tiene una connotación mayor.

---

<sup>78</sup> Cfr. López Ruiz, Miguel. Op. Cit. pp. 25-30.

Para superar estas limitaciones que se han promovido durante mucho tiempo respecto del principio de legalidad, se puede hacer uso de las herramientas conceptuales que derivan de la filosofía analítica. No se debe olvidar que con la filosofía analítica se pretende llevar a cabo un análisis de la naturaleza del derecho y de sus entidades jurídicas, para ello se abarcan las nociones de los sistemas jurídicos como las leyes, la autoridad, los delitos, de acuerdo a determinados cuestionamientos en donde el lenguaje juega un papel fundamental. Así, por ejemplo, en un cuestionamiento que se hace frecuentemente en un estudio analítico en el ámbito jurídico es ¿qué es el derecho? En este apartado y en torno a la dogmática penal se podría establecer la pregunta siguiente: ¿qué es el principio de legalidad?

La respuesta a semejante cuestionamiento parece muy sencilla, ya que se podrían mencionar los siguientes puntos: se trata de un derecho humano y del fundamento del sistema y de acuerdo con el apotegma consagrado en el párrafo tercero del artículo 14 constitucional se refiere a que para establecer una conducta como delictiva se requiere de una norma penal general y abstracta previa que describa los elementos que deberá contener para alcanzar dicha categoría, es decir *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.<sup>79</sup>

Efectivamente, por la ubicación del artículo 14 dentro de la Constitución Política parecería tener el problema zanjado, puesto que se encuentra dentro del Capítulo I, Título Primero, referente a los derechos humanos y las garantías; incluso se ha tomado al principio de legalidad como sustento de la definición de delito al señalar que éste es: el acto o la omisión que sancionan las leyes penales. Desde luego, ninguna de las situaciones es acertada del todo. Comencemos comentando que lo que se ha tomado como una definición del delito, por así establecerlo en la legislación penal,<sup>80</sup> pero en realidad lo que hacen los códigos

---

<sup>79</sup> CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Última reforma publicada DOF 27-08-2018. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_270818.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf). 06/12/18. 12:07 pm.

<sup>80</sup> CÓDIGO PENAL FEDERAL. Última reforma publicada DOF 03-06-2014. [http://www.cisen.gob.mx/actas/CODIGO\\_PENAL\\_FEDERAL.pdf](http://www.cisen.gob.mx/actas/CODIGO_PENAL_FEDERAL.pdf). 06/12/18. 13:22 pm.

es ratificar el principio de legalidad, puesto que con la referida fórmula confirman que sólo los actos u omisiones que reúnan los elementos descritos en las normas penales generales y abstractas van a ser considerados como delito.

Es momento de superar dicha consideración limitante del principio de legalidad, puesto que si es cierto que se erige como un derecho fundamental, que obliga a la existencia de un tipo penal previo- por lo que no se considera la existencia de tipos penales abiertos- lo que da certeza jurídica a los integrantes de la sociedad que no podrán ser imputados por un hecho que no se encuentre descrito antes de su concreción.

Sin embargo, atribuirle esa única función resulta limitada, puesto que el principio de legalidad va más allá de la que tradicionalmente se considera la parte dogmática de la Constitución Política; puesto que al prever: se requiere de un tipo penal previo que considere los elementos que deberá reunir una conducta para ser considerado como delito.

Para poder establecer que una conducta es delictiva se requiere de la existencia previa de una norma penal general y abstracta; tal situación nos remite al proceso legislativo, a través del cual aquella es elaborada, con la finalidad de proteger un bien jurídico. Por lo tanto, el ius puniendi legislativo, es decir la facultad de elaborar normas penales generales y abstractas, tiene ciertas limitantes como son el respeto de los derechos humanos y la necesidad de que el producto de su trabajo sea para brindar protección a uno o más bienes jurídicos fundamentales.

Una vez que se tiene la norma penal general y abstracta y se concreta la figura descrita se pone en funcionamiento los órganos de procuración y administración de justicia, para la investigación y procesamiento de la conducta delictiva; en esta labor se deberá comprobar la existencia del hecho considerado

como delito y la responsabilidad del imputado, todo a partir de la actualización del derecho penal sustantivo.

Finalmente, cuando se ha comprobado la existencia del delito y la responsabilidad del sentenciado, se va a ejecutar la pena impuesta lo que implica la actuación del juez de ejecución penal y de la administración penitenciaria.

Como se puede observar de lo expuesto, el principio de legalidad sí es un derecho humano, por lo que se rige como un dique del ius puniendi del estado, el que se manifiesta a través de sus diferentes niveles: legislativo, judicial y ejecutivo. Es decir, se involucra con la creación de la norma penal general y abstracta; con la investigación y procesamiento de la conducta delictiva; así como la ejecución de las sanciones impuestas por la comisión de un delito, al final todo ello se encuentra legitimado por el principio de legalidad, tal como se puede observar en el esquema siguiente:

Como se puede observar en el esquema anterior, el principio de legalidad, que implica la existencia previa de una norma penal general y abstracta (que es producto del ius puniendi legislativo), legitima la existencia del delito (lo que implica la puesta en marcha del aparato de impartición de justicia, ius puniendi judicial) y éste legitima la pena (ius puniendi ejecutivo: juez de ejecución de penas y administración penitenciaria). De esta manera, el principio de legalidad no sólo nos indica que solo es delito el acto o la omisión que sancionan las leyes penales, sino que se involucra en la legitimación de la competencia de las autoridades involucradas en la materia penal, que incluye a los tres poderes: legislativo, judicial y ejecutivo.

Por ello, a partir del principio de legalidad que se fundamenta en los derechos humanos, se erige a su vez como el límite del ius puniendi estatal, lo que involucra aspectos tanto de la parte dogmática como de la orgánica de la Constitución

Política, lo que lleva a una revisión conceptual de la dogmática penal y de lo que hoy se proyectado como la constitucionalización del derecho penal.

#### 4.4. El Tipo penal, lenguaje y praxis.

Tradicionalmente al hacer referencia al tipo penal, se hace alusión a los puntos que parecen ser suficientes para conocerlo. Así, por ejemplo, se establece en torno al tipo penal los puntos siguientes:

- Es uno de los elementos de la norma penal general y abstracta, la cual se compone de tipo penal y punibilidad.
- Es elaborado por el legislador; puesto que como se sabe integra la norma penal general y abstracta y ésta es producto del proceso legislativo.
- Describe una determinada clase de conductas antisociales, con un contenido necesario y suficiente. La descripción prohíbe la realización de la conducta descrita, es decir, establece un deber jurídico penal.
- La finalidad de su creación es la protección de uno o más bienes jurídicos fundamentales.
- Es uno de los requisitos para determinar la existencia de un delito.

Como ya se ha mencionado tiene su sustento en el principio de legalidad, a través del cual para hablar del delito se requiere de la existencia previa del tipo penal que describa los elementos que deberá reunir la conducta para alcanzar la categoría delictiva. Es importante establecer, que a partir de la aparición del Tipo penal con Beling, se ha generado una diversidad de sistemáticas en la que se le atribuyen diferentes elementos; así el Causalismo le asignaba un contenido objetivo, aunque posteriormente también incluye elementos subjetivos y normativos, lo que implica agregar un contenido de intencionalidad y valor al tipo penal.

En el Finalismo, con Hans Welzel como iniciador, se produce un gran cambio puesto que, aunque el tipo penal tiene también elementos objetivos,

subjetivos y normativos, en los subjetivos son incorporados el dolo y la culpa, que en el Causalismo se encontraban en la Culpabilidad.

En el modelo lógico del derecho penal, de Elpidio Ramírez y Olga Islas, el tipo penal se conforma por 22 elementos organizados en ocho subconjuntos, de los 22 elementos 18 son objetivos (16 no valorativos descriptivos y 2 valorativos) y 4 son subjetivos.

El funcionalismo ha irrumpido recientemente con dos representantes que proyectan dos aristas de esta sistemática: el racional-de Claus Roxin- y, el radical-de Günther Jakobs-que concibe al sistema abierto orientado a decisiones político-criminales. Por otra parte, limita al principio de legalidad a la tipicidad, desde luego ya se ha dejado anotado la amplitud de dicho principio. Uno de los puntos principales es la aportación de la imputación objetiva.<sup>81</sup>

El análisis del tipo ha variado en el transcurso del tiempo y la sistemática que se erige como reflejo pendular de la humanización de la sociedad. Sin embargo, aunque es necesario que el experto en derecho penal conozca los elementos asignados al tipo penal, es indispensable que comprenda como debe configurarse su contenido y, para ello, orientarnos hacia el estudio analítico de aquel.

Para ello, no hay que olvidar que el tipo penal es uno de los elementos de la norma penal; en este sentido, Guastini hace referencia a la norma jurídica a cualquier enunciado que se encuentre en las fuentes de derecho.<sup>82</sup> Desde luego, en el derecho penal, se menciona que la fuente formal por excelencia es la ley.

En cuanto al primer punto, la prescripción, se hace referencia a un acto lingüístico que dirige o modifica una conducta humana, es decir, se trata de un enunciado relativo a un acto u omisión, la cual prohíbe y va considera un determinado comportamiento como obligatorio. Tal prescripción es susceptible de obediencia o violación.

Desde luego, este enunciado considera un hecho que ocurre en la realidad, tal enunciado prescriptivo se erigirá en premisa mayor dentro de la

---

<sup>81</sup> ZEPEDA, Rubén. *“Introducción a la Teoría del Delito”*. Ed. Flores. México, 2017, p.177

<sup>82</sup> GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p.49

esquematación derivado dentro del modelo de un silogismo práctico, que se proyectará al momento de actualizar el derecho penal sustantivo.

Con lo mencionado por Dei Vecchi, se observa plenamente, la trascendencia del tipo penal, que frecuentemente se pasa por alto, incluso el legislador al redactar los códigos penales hace referencia a una clasificación de delitos en torno al bien jurídico que se protege, confundiendo con ello las premisas mayor y menor, puesto que con la mención, por ejemplo, "Delitos contra la vida", se encuentra una imprecisión del lenguaje ya que no se encuentra en ello un conjunto de hechos que ya han lesionado el bien jurídico, es decir no se trata del universo fáctico, sino del conceptual, es decir es el lugar de la premisa mayor que es normativa, en donde debería hacerse la referencia siguiente: "Tipo penal que protege la vida".

Tal situación que para muchos puede ser intrascendente, por colocar mayor atención en una limitada idea del principio de legalidad, debe ser considerada como trascendente y que proyecta la amplitud de dicho principio dentro de la dogmática penal. De esta manera, es indiscutible que no se puede hacer referencia al delito si previamente no se tiene el particular tipo penal, es decir se requiere del enunciado prescriptivo que se erige como la prohibición de una acción o de una omisión. Con ello se pueden establecer dos puntos importantes: la ubicación de la ley penal y el contenido del tipo penal.

Primero, la ubicación de la Ley penal, que tanto en orden al cumplimiento del *nullum crimen sine lege*, que es anterior a la concreción de la conducta delictiva, situación que no sólo debe verificarse en la realidad, es decir en una adecuada praxis jurídica, sino también en la enseñanza de la dogmática penal, en donde en muchas ocasiones se continúa con la referencia al tipo penal hasta el momento en que es abordado el estudio de la tipicidad como elemento del delito. Entonces, se puede observar la importancia del lenguaje en el derecho, puesto que con un simple juego de palabras puedes llevar al código elementos que corresponden a la facticidad y no a la abstracción que corresponde a las

características de las normas jurídicas. No se contiene en el código penal las conductas que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos, sino las prohibiciones de conductas antisociales (acciones u omisiones) para evitar la afectación a los bienes jurídicos que se protegen, como se observar el lenguaje de la dogmática penal es trascendente en la redacción del producto del proceso legislativo: la norma penal general y abstracta.

Por otra parte, el contenido del tipo penal, el cual no debe ser una ocurrencia del legislador sino el trabajo derivado de un trabajo que incluye un equipo interdisciplinario para ponderar la pertinencia de la creación de la norma penal general y abstracta, que deberá tener un contenido necesario y suficiente para brindar protección al bien jurídico fundamental; necesario para considerar todas las conductas que puedan lesionar o poner en peligro los bienes jurídicos a proteger y, suficiente, para no considerar la descripción de conductas que no se dirijan a la afectación del bien cuya protección se está legislando.

Tales aspectos, a considerar en la elaboración del tipo penal posibilitan comprender su trascendencia en la dogmática penal y en la praxis jurídica, puesto que se erige en un predicado invariante, de acuerdo con lo que la conducta sólo podrá alcanzar la categoría de delito si tiene una correspondencia unívoca con los elementos contenidos en el particular tipo penal, lo que no sólo es oportuno para garantizar la protección del bien jurídico-y desde luego al titular de éste-sino también a quien verifique un comportamiento de significación social, puesto que para ser atribuida la característica de delito, deberá alcanzar el juicio de tipicidad, lo que da certeza jurídica a todos los integrantes de la población contra cualquier pretensión de arbitrariedad de los poderes del Estado.

Estas dos funciones deben ser satisfechas para contar de manera cabal con una estructura del derecho penal, en donde se visualice la importancia de distinguir lo fáctico de lo normativo. Lo que incluso nos permite visualizar que si antes existía una conducta que afectada a los integrantes de la población y se

erige como una amenaza, se va a constituir como la fuente real del derecho penal, una necesidad social que va a motivar al legislador; mientras que al ser la ley penal la fuente formal por excelencia, uno de sus elementos: el tipo penal se constituye como un punto central dentro del sistema penal puesto que establece un particular tipo penal, que va actualizarse cuando alguien concrete los elementos del particular tipo penal, lo que legitimará la actuación de los órganos de procuración y administración de justicia para establecer la punición correspondiente.

De esta manera, la creación de la norma penal general y abstracta-que tiene como elementos el tipo penal y la punibilidad- es un enunciado prescriptivo que como tal hace referencia a una conducta (acción u omisión) a la que considera como obligatoria (la prohibición en el caso del tipo penal), en tal sentido se pueden derivar dos aspectos: se dirigen a los destinatarios, los que se va a colocar en dos posibilidades: cumplir con la norma o transgredirla.<sup>83</sup>

Como se puede observar, el enunciado prescriptivo no lleva en sí la garantía de que la prohibición va a ser respetada por los destinatarios, pero sí tienen la finalidad de dirigir la conducta de aquellos. Por lo tanto, el enunciado prescriptivo no es una norma, sino la formulación de una norma, es decir, una disposición normativa. Las normas, por tanto, deben ser diferenciadas de los actos lingüísticos que las instauran, como también de los enunciados que las expresan.<sup>84</sup>

Precisamente, otra de las características de la norma jurídica es la estructura condicional de la que está dotada. La norma penal general y abstracta, como cualquier norma jurídica, se trata de un enunciado condicional, que instituye qué se debe hacer u omitir si se verifican determinadas circunstancias.<sup>85</sup>

---

<sup>83</sup> GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p. 50

<sup>84</sup> López Ruiz, Miguel. Op. Cit. p. 51

<sup>85</sup> GUASTINI, Riccardo. Op. Cit. p. 52

Por lo tanto, la configuración de la norma penal general y abstracta tiene un supuesto de hecho-antecedente- y las consecuencias jurídicas correspondientes-un consecuente-, en tales términos el tipo penal es el antecedente y, la punibilidad, el consecuente.

Así, el antecedente, descrito en la norma penal general y abstracta, hace referencia a los elementos que deberá reunir en la facticidad el hecho para alcanzar el calificativo de delito, lo que no implica que tenga que suceder, sino que apunta la conducta como condicionante para hacerse acreedor a la amenaza considerada en la punibilidad.

Por ello, no resulta adecuado en ningún sentido hacer referencia que la concreción del delito no es la violación de la norma sino su cumplimiento; se trata de un antecedente que como enunciado prescriptivo es susceptible de ser violado, al verificarse tal circunstancia la persona se hace acreedora al consecuente establecido en la norma penal general y abstracta.

Ahora bien, otra de las características de la norma jurídica-también de la penal- que se trata de una prescripción general, lo que implica, que no se hace referencia un hecho, sino que tiene por objeto una clase de supuestos de hecho, es decir, no prohíbe un homicidio, sino que es una prohibición de todos los homicidios. Esto es: se prohíbe el homicidio de cualquiera contra cualquiera; de ahí, y sólo entonces, se infiere que la generalidad también hace referencia a los destinatarios son todos los integrantes de la población.

Se puede observar nuevamente la importancia del lenguaje, puesto que es común aludir a la característica de norma general solo en torno a los destinatarios, pero no al antecedente, cuando éste es importante para comprender la generalidad, que en materia penal es la prohibición para cualquiera de atentar contra los bienes jurídicos de cualquiera.

Otra característica de la norma penal general es la abstracción, al respecto se apunta que tiene tal característica al prescindir de todo supuesto de hecho concreto, por ejemplo, al describir el homicidio, se prohíbe a una persona privar de la vida a otra”, lo que es coherente con el matiz abstracto. En caso de considerar el supuesto de hecho concreto quedaría: “se prohíbe privar de la vida a Fulanito con el empleo de arma de fuego”. En tal caso, se trataría de descripciones interminables y legislaciones de muchos volúmenes.

Sin embargo, el carácter abstracto no es tan fácil como ello, sino que se trata de prescripciones que van a conectar consecuencias jurídicas de hechos que aún no han ocurrido. Considerar de esta manera a la abstracción permite sustentar dos:

La aplicación de las normas penales generales y abstractas no admiten una aplicación retroactiva; es decir su aplicación es para los hechos que ocurran de manera posterior a su publicación.

Una revisión analítica de la norma penal general y abstracta hace posible observar muchos de los errores que ocurren en la enseñanza del derecho y que se trasladan hacia la praxis jurídica. Así se puede observar en aspectos como la explicación que cotidianamente se vierte en torno a la generalidad y abstracción como atributos de la norma jurídica. Incluso, al estudiar el tipo penal, siempre se hace énfasis en la sistemática desde la que se va abordar, pero se olvida el estudio como enunciado prescriptivo.

Asimismo, frecuentemente se olvida que aunque se considera que el tipo penal surge a partir de las aportaciones de Beling, sus elementos conceptuales fueron conocidos con anterioridad, como sucede- como afirma Jiménez Huerta- con el concepto de *corpus delicti* contenido en las viejas leyes...y al irse

independizando se presenta como la suma de todos los caracteres o elementos del delito, en su contenido de acción.<sup>86</sup>

Lo cierto es que a partir de Beling se inicia con la teoría del tipo penal, acerca de la cual las diferentes sistemáticas le han atribuido elementos diversos, pero, generalmente, no se hace referencia a las razones subyacentes para crear la norma penal general y abstracta. El tipo penal describe los elementos que dan carácter delictivo a una conducta, pero ello no es una ocurrencia del legislador sino que tiene una razón subyacente.

Al respecto manifiestan Hernández e Islas que: en cada expresión humana que interesa al legislador en materia penal, se encuentra siempre una convicción cultural de la colectividad, dirigida a l mantenimiento de un interés de la propia sociedad. Tal convicción, que recibe el nombre de “norma de cultura” y cuyo contenido se resuelve en una prohibición o en un mandato, representa la valoración de la colectividad, acerca del interés social, así como la conducta que lesiona a éste y, en su caso, ofende a aquélla.<sup>87</sup>

Se trata de una norma de cultura subyacente a la norma penal general y abstracta, que es indiferente al derecho punitivo, se trata de un hecho que no tiene, en principio significación penal. Así por ejemplo, al tipo penal de homicidio subyace el mandamiento religioso de “no matarás”. Esto no implica el tratar de establecer una relación entre aspectos religiosos y el derecho penal, en una confusión entre pecado y delito; sino que incluso, considerar este aspecto, se constituye como un dique en contra del poder punitivo del Estado, puesto que evitaría generar tipos penales por un motivo político sin tener el sustento de una necesidad social que permita la ponderación del proceso legislativo.

---

<sup>86</sup> JIMÉNEZ, Mariano. “*Derecho Penal Mexicano*”. Tomo I, 6ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000, pp. 27 y 28.

<sup>87</sup> López Ruiz, Miguel. Op. Cit. p. 36

Esto significa, que la norma que subyace a la norma penal legitima al legislador para que lleve a cabo su labor, pero además se proyecta más allá porque con el tipo penal protege ese bien que es necesario para la subsistencia misma de la sociedad, para la convivencia en sociedad y para promover el integral y democrático desarrollo del sistema social.

Efectivamente, en los diversos códigos penales que se han producido a lo largo del tiempo podemos conocer, no sólo las instituciones penales de cada pueblo, sino también sus preocupaciones sociales. Una sanción determinaba el grado de importancia que revestían los bienes protegidos.<sup>88</sup>

Con tales consideraciones se ha observado que el tipo penal no queda reducido a la forma tradicional en que se conceptualiza el principio de legalidad, sino que es un aspecto más amplio que tiene la finalidad de proteger al bien jurídico fundamental, erigiéndose como un límite del ius puniendi en sus diferentes manifestaciones. Un tipo penal que debe estar fundamentado en la dignidad de las personas y jamás pensar en un sujeto cosificado.

Con las consideraciones vertidas hasta ahora se puede observar que existen múltiples errores que en el ámbito teórico que, desde luego, van a posibilitar una mala praxis y es que tanto en la enseñanza del derecho como en la práctica jurídica generalmente se desconecta la parte general, con la particular y las cuestiones procesales. Y es que la comprensión de la norma penal general y abstracta- y del tipo penal- nos permite una más adecuada interpretación de ella, lo que es pertinente en la práctica judicial. Así, por ejemplo, mucho se ha comentado acerca de la importancia del conocimiento de la teoría del caso delito para la teoría del caso en el procedimiento penal acusatorio, pero se tendría que agregar también la necesidad de comprensión de la teoría del tipo penal, que no hay que olvidar se erige como premisa mayor a la que se debe subsumir la

---

<sup>88</sup> NAVA, Alberto. “ *La teoría del delito. Crítica y Método en Dogmática Penal y Teoría del Delito*”. Ed. Porrúa. México, 2012 p. 51.

cuestión fáctica, para estar en posibilidad de elaborar la norma penal individual y concreta.

La importancia de un abordaje analítico del tipo penal es necesario, puesto que el lenguaje del legislador tiene una relación continua con los sujetos involucrados en la aplicación de las normas penales generales y abstractas, desde jueces hasta abogados defensores, así como con los juristas dedicados a la academia y la producción literaria en el ámbito jurídico. Y es que la filosofía analítica al hacer énfasis en el lenguaje que implica ir desde la descripción del derecho, específicamente para nuestro trabajo del derecho penal.

Por ello, se requiere un replanteamiento de la dogmática penal, la cual parecería estar destinada exclusivamente al ámbito académico; sin embargo no se puede descartar su proyección para una adecuada praxis jurídica. Al respecto Sara Pérez refiere que la dogmática es el campo en el cual se da ese constante intercambio entre las abstracciones normativas y su confrontación con la realidad. Ella va poniendo, inventando, recordando hipótesis de hecho y diciendo objetivamente la verdad que hace visible el desequilibrio ante el cual si se presenta con ciertos caracteres y cierto grado de intensidad, se experimenta con inquietante sentimiento de injusticia de malestar, de deficiente convivencia que lleva a la modificación del Derecho del cual ese proceso partió.<sup>89</sup>

La importancia del tipo penal es fundamental dentro del sistema penal, puesto que además de contribuir al cumplimiento del principio de legalidad, nos brinda una más amplia consideración a la otorgada, puesto que no sólo se trata de verificar el apotegma *nullum crimen sine lege*, sino que influye como límite al poder punitivo del Estado, ya que sólo puede elaborarse un tipo penal cuando existe la necesidad de protección de un bien jurídico; además al concretarse la conducta descrita, es decir el delito, se pone en marcha, se legitima la actuación de los órganos impartición de justicia que al sentenciar condenatoriamente

---

<sup>89</sup> PÉREZ, Sara. “¿Dogmática o praxis?: el dilema, en *Crítica y Método en Dogmática Penal y Teoría del Delito*”. Ed. Porrúa. México, 2012 p. 67.

legitiman la ejecución de penas. Con ello, se observa el papel trascendental del tipo penal, puesto que en estricto rigor sustenta el sistema penal.

Con el estudio analítico del tipo penal se puede lograr un cambio de paradigma en la dogmática penal y en las consideraciones de ésta tanto en la enseñanza como en la adecuada praxis jurídica y desde luego, se hace patente la relación entre el lenguaje y el derecho, sobre todo en el derecho penal donde se conforman enunciados prescriptivos.

Es momento de que se comprenda que el abordaje del derecho penal a partir de la filosofía analítica es una cuestión de todos los expertos del derecho: los que elaboran y aplican las normas penales generales y abstractas, así como los que se dedican al ámbito académico (enseñanza e investigación).

Como conclusión, puedo señalar que la existencia del hombre que realiza acciones dentro de un área geográfica conforme a su razón permite que un conjunto de seres humanos vayan construyendo normas para no transgredir intereses, si somos lógicos podemos observar que ya existe la descripción de un ser humano que realiza una acción dentro de un área geográfica, del mismo modo existe una norma jurídica que logra la convivencia, luego entonces, lo que hace falta es el reconocimiento de la sanción coercitiva; el estado de derecho permite el reconocimiento de una institución creadora de normas jurídicas que necesariamente deben ser construidas y creadas apelando a la lógica, pues la lógica tiene como finalidad estar a favor de los intereses individuales y colectivos de los ciudadanos mediante una norma que reconoce tres elementos: descripción de la norma, descripción de la acción y descripción de la sanción, entendiendo estos tres elementos como un nacimiento lógico de los tipos penales.

La finalidad de esta estructura lógica que estamos planteando es la tutela de los intereses individuales y colectivos, para que el estado, toda vez que el hombre existe, el hombre está y el hombre actúa conforme a su razón, debe crear normas de forma lógica para que así el ser humano no las transgreda.

## Conclusión.

Desde la época primitiva se trata de dar explicación a los fenómenos que ocurren en el contexto del hombre, las acciones se convierten en una relación causa-efecto, es decir, realizaban ciertas acciones para que la naturaleza y posteriormente los dioses les correspondieron de una forma positiva. El universo está formado por la relación de causa y efecto, luego entonces, desde el inicio de los tiempos el pensamiento humano ha tenido una dirección: la razón, la cual nos permite actuar correctamente conforme al bien, la moral, los valores, los sentimientos puros, los buenos actos y las acciones positivas, el hombre se vio en la necesidad de evolucionar de diferentes maneras. Dicho lo anterior, se puede esclarecer de mejor forma como poco a poco el hombre ha creado instrumentos que le sirvan para una convivencia más armoniosa y su supervivencia, por ejemplo, la escritura y el lenguaje que posteriormente les permitirá a cada uno de ellos formar una organización dentro de la sociedad, estableciendo a quién se le asigna una tarea quién tenía que realizar cierto trabajo y seguir ciertas reglas dentro del grupo para asegurar su supervivencia y evitar así su destrucción poco a poco. El hombre fue creando reglas de convivencia dentro de su contexto social, las cuales después dieron pie a la formación del Estado, junto con la formación del estado se exigió la creación de normas que regulasen el comportamiento del hombre, lo que ahora conocemos como normas jurídicas. Estas normas jurídicas emanan del proceso legislativo, es decir, un hombre las crea para asegurar y proteger los derechos de todos los ciudadanos dentro del Estado.

Es importante advertir que el citar la forma lógica desde el origen del hombre nos ayuda para determinar lo que es la acción con relación al derecho penal, que es lo que le va a dar vida al origen en la necesidad de la protección de bienes jurídicos, es decir, el estudio del origen del hombre desde el punto de vista de diferentes corrientes nos permite determinar el primer enunciado existente y este es que el hombre existe y que el hombre está con posterioridad. Analizamos el desarrollo de este hombre en razón a sus habilidades intelectuales por lo tanto

logramos determinar que el hombre que además de que existe también puede realizar determinadas acciones en razón a sus habilidades intelectuales, por lo tanto es un enunciado que de forma lógica también existe, luego entonces, el hombre existe y realiza una acción, esta opción depende de la oportunidad de pensar y de actuar conforme a un determinado pensamiento; este es un tercer enunciado lógico determinado, el hombre existe y además tiene la oportunidad de realizar estas acciones conforme a esta ponderación, pues como también lo planteo desde el punto de vista de la corriente sociológica, es decir, la sociedad determina cuáles son las acciones que puede realizar un hombre y cuáles son las que no pueden ser.

La lógica actualmente ha tomado como conclusión y base del origen de todas las cosas que existen a partir de tres conceptos y dos premisas, las cuales se representan en un sistema de signos que se lleva a cabo con cálculos, con elementos del pensamiento como si fuesen matemáticos, es decir, el pensamiento del hombre se plasma mediante las matemáticas, con esto se busca dar explicación cómo debería comportarse el ser humano en forma individual y dentro de la sociedad, esto desarrollando la lógica aristotélica pasando a la lógica moderna y posteriormente a la lógica jurídica.

Las normas jurídicas dentro de su génesis, están conformadas y deben estar conformadas por silogismos, un silogismo exige tres conceptos y dos premisas, las premisas deberán ser ambas iguales a la conclusión, o al menos una de ellas, porque si esto no es así, entonces no se puede hablar de un silogismo pues solamente debe haber una igualdad entre una o dos premisas con relación a la conclusión para que esto se considere real y verdadero.

La lógica dentro del ordenamiento jurídico es muy necesaria e indispensable pues cuando una acción no se ajusta a lo que establece el derecho o a lo que establecen las normas y el orden jurídico se sanciona y se castiga esta acción; esto es debido a que dentro del ordenamiento jurídico las normas existen y exigen

desde el germen de las mismas criterios de racionalidad lógica y proporcionalidad. Como bien sabemos, la lógica es un proceso que está dirigido a generar razonamientos formalmente válidos, un proceso que conduce al conocimiento verdadero es considerado como el pensar correctamente.

La lógica jurídica nos permite analizar las deducciones efectuadas en la práctica del derecho y las emanadas del proceso legislativo. La lógica jurídica exige dentro del derecho y dentro de la misma, el raciocinio jurídico. El raciocinio jurídico se puede entender como la aplicación de la lógica formal dentro del campo jurídico, es decir, es una operación lógica que parte de juicios que generan validez o invalidez de las normas jurídicas partiendo de un hecho, el cual se toma como un objeto, y el juicio mismo es la afirmación de aquello que componen al raciocinio jurídico, como ya se dijo, atiende a la lógica jurídica. La lógica jurídica de igual forma que la lógica moderna contempla una premisa mayor, una premisa menor y una conclusión; la norma jurídica se puede entender como un enunciado global y universal que tiene necesidades, observando la continuidad de las acciones y permite prever futuras acciones permisivas o prohibitivas.

Pero nuestro proyecto de investigación explica que en realidad podemos contar fielmente con criterios morales emanados desde la razón, cosa que nos permitirá elevar a la sociedad hacia el nuevo objetivo que tienen el derecho, los tratados internacionales y todas las organizaciones que están surgiendo con la globalización y las nuevas corrientes de pensamiento que son los Derechos Humanos, los cuales como bien se sabe, son universales, inalienables, reconocidos y aceptados universalmente. El hombre a partir de su evolución es dotado de razón y de raciocinio, es decir, él sabe cómo guía sus acciones, sabe qué es bueno y malo, pues es bendecido con el uso de razón. Él hace uso de su raciocinio para saber qué acciones que realiza está dirigiendo conforme a la moral.

Luego entonces, el tipo penal emana de una acción consumada que lesionó o puso en riesgo un bien jurídico, sin embargo, la nueva forma de hacer derecho de

nuestro aparato legislativo se ha desviado del verdadero objetivo del derecho, que es engrandecer y tutelar los Derechos Humanos de todos los individuos que forman parte del estado.

Si un tipo penal es creado o reformado atendiendo a los criterios de la lógica moderna y la lógica jurídica, cerraremos esa brecha tan grande que se ha venido enviando con conceptos y objetivos que están a un abismo de actuar conforme a lo justo o lo bueno; toda la corrupción, intereses políticos y la falta de información filosófica enferman el encuadramiento de una acción al tipo penal y posteriormente la aplicación del derecho penal. Mediante la lógica jurídica se apela al uso del raciocinio permitiendo al legislador crear de forma neutral normas jurídicas que tengan como estandarte el bienestar común y la justicia.

Tomando en consideración que el trabajo de investigación tiene los cuatro puntos principales que se mencionaron con anterioridad, la propuesta no puede ir dirigida a una re sistematización dogmática, a una reconstrucción social, ni a una propuesta que puede verse reflejada aparentemente dentro de una disposición normativa. Luego entonces, esta propuesta se verá reflejada dentro de una reconstrucción de la teoría del estado de derecho, tomando en consideración los Derechos Humanos como base de la organización de cualquier forma de gobierno.

Esta propuesta va dirigida a crear conciencia de que el derecho lleva de forma implícita los intereses de todos los seres humanos, apelando a que la construcción lógica de todas las normas jurídicas debe hacerse a conciencia como defensa de los intereses del hombre, que de forma implícita se tome como génesis la valoración de los ciudadanos como forma de construcción de la norma jurídica.

## Bibliografía.

- AARNIO, Aulis. *“Derecho, racionalidad y comunicación social. Ensayos sobre Filosofía del Derecho”* 2ª. Reimp. Ed. Fontamara. México, 2008.
- ALMANZA, Frank. *“La Teoría del delito desde la visión finalista y funcionalista”* Ed. Flores. México, 2014.
- ALONSO, Juan Pablo. *“Interpretación de las normas y derecho penal”*. Ed. del Puerto. Argentina, 2006.
- ARISTOTELES. *“Ética a Nicomaco”*. Ed. Tecnos. España, 2015.
- ARISTOTELES. *“Tratados De Lógica (El Órganon)”*. Ed. Porrúa. México, 2012
- BALMES, Jaime. *“Filosofía Elemental. Lógica, Ética, Metafísica. Historia de la Filosofía”*. Ed. Porrúa. México, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *“Derecho y razón”*. Ed. Instituto de investigaciones filosóficas. México, 1965.
- CARRIÓN, Roque. *“Lógica jurídica: sobre el uso de la lógica en el razonamiento justificativo jurídico y la enseñanza del derecho positivo”*. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Nº3, 2007. Venezuela, 2015.
- D’AGOSTINO, Francesco. *“Filosofía del derecho”*. Ed. Temis. Colombia, 2007
- DARWIN, Charles. *“El origen de las especies”*. Tomo I. traducción por Antonio de Zulueta. Ed. Espasa. Madrid, 1921.
- De Aquino, Santo Tomás. TH. II, II,
- FABELO, José. *“Los valores y sus desafíos actuales”*. Ed. Porrúa. México, 2017.
- GARCÍA, Joaquín. *“Razón práctica y derecho natural”*. Ed. Edeval. Chile, 1993.
- GUIDO, Fasso. *“Jusnaturalismo”*. Ed. Siglo XXI. México, 1981.
- HASSEMER, Wiefried. *“Crítica al Derecho Penal de Hoy”*. 2ª ed. Ed. AD HOC. Argentina, 2003.
- JIMÉNEZ, Mariano. *“Derecho Penal Mexicano”*. Tomo I, 6ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000.
- KANT, Immanuel. *“Crítica de la razón pura”*. Ed. Gredos. México, 2017.
- KAUFMANN. *“El renacimiento del derecho natural de la posguerra y lo que fue de él”*. Ed. CABANILLAS. España. 2012.

KELSEN, Hans. *“Teoría pura del derecho”*. Ed. Porrúa. México, 2015.

LAUN, Rudolf. *“Derecho y Moral”*. Centro de Estudios Filosóficos. México, 2006.

LÓPEZ, Miguel. *“Redacción legislativa”*. Senado de la República. México, 2002.

LUNA, José Nieves. *“El Concepto de Tipo Penal en México”*. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, 2000.

MANRIQUE, Jesús. *“Estatus epistemológico del principio de uniformismo en geología, desde la teoría del conocimiento del filósofo Karl R. Popper”*. Boletín de Geología Vol. 31. N° 1. Enero - junio de 2009

MÁRQUEZ, Rafael. *“Evolución dogmática del Derecho Penal. Estudio Analítico”*. Ed. Trillas. México, 2006.

MASSINI, Carlos. *“El Iusnaturalismo Actual”*. Ed. Abeledo Perrot. Argentina, 2009.

MUÑOZ, Francisco. *“Derecho Penal y Control Social”*. Ed. Temis. Colombia, 2004.

NAVA, Alberto. *“La teoría del delito. Crítica y Método en Dogmática Penal y Teoría del Delito”*. Ed. Porrúa. México, 2012.

PÉREZ, Sara. *“¿Dogmática o praxis?: el dilema, en Crítica y Método en Dogmática Penal y Teoría del Delito”*. Ed. Porrúa. México, 2012.

Portela, J.G. *“La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia”*. Ed. Educa. Buenos Aires, 2005.

RAZ, J. *“La autoridad del derecho”*. Ed. UNAM. México, 2000.

Santo Tomás. *“Summa Theologiae”*. I-II.

SERRA, Andrés. *“Teoría del Estado”*. Ed. Porrúa. México, 2006.

TAMAYO, Rolando. *“Elementos para una Teoría General del Derecho”*. 2ª ed. Ed. Themis. México, 1998.

VIGO, Rodolfo. *“Iusnaturalismo Y Neo constitucionalismo, coincidencias y diferencias”*. Ed. Porrúa. México, 2016.

VILLEY, Michel. *“El pensamiento jus-filosofico”*. Ed. Porrúa. México, 2016.

## Legisgrafía.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Última reforma publicada DOF 27-08-2018. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_270818.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_270818.pdf).

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Última reforma publicada DOF 03-06-2014.

[http://www.cisen.gob.mx/actas/CODIGO\\_PENAL\\_FEDERAL.pdf](http://www.cisen.gob.mx/actas/CODIGO_PENAL_FEDERAL.pdf).

## Cibergrafía.

<http://www.edu.xunta.gal/centros/iesvaldotea/?q=system/files/logica-teoria.pdf>

<http://www.filosofia.net/materiales/rec/glosario.htm>

[http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com\\_content&view=article&id=448&Itemid=249](http://www.hchr.org.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=448&Itemid=249)

<http://biologia2segundoterceracep46.blogspot.mx/2007/08/teora-de-oparin-el-caldo-primitivo.html>.

[http://www.biocab.org/Panspermia\\_esp.html](http://www.biocab.org/Panspermia_esp.html).

[http://www.uma.es/naturalezaylibertad/resources/Vol\\_4\\_2014/NL-04-2014-1-Alfonseca.pdf](http://www.uma.es/naturalezaylibertad/resources/Vol_4_2014/NL-04-2014-1-Alfonseca.pdf).

<http://revistas.ucm.es/index.php/ASHF/article/viewFile/ASHF9696120263A/5001>.