



Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Post-Grado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho

La Culpabilidad en el Derecho Penal Tributario

Tesis para optar al Título de
Doctor en Ciencias, mención Derecho

Autor: Carlos E. Weffe H.

Tutor: Prof. Dr. Carlos Simón Bello Rengifo

Caracas, junio de 2013

**Universidad Central de Venezuela
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Centro de Estudios de Post-Grado
Doctorado en Ciencias Mención Derecho**

LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO.

Autor: Carlos E. Weffe H.

Tutor: Prof. Dr. Carlos Simón Bello Rengifo

Junio de 2013

RESUMEN

El propósito del trabajo es determinar la posibilidad de concebir a la culpabilidad como elemento esencial del ilícito tributario y, a partir de la comprobación de esa hipótesis, emprender un análisis crítico respecto de las reglas de determinación de responsabilidad por la comisión de ilícitos tributarios en el Código Orgánico Tributario, en todos los ámbitos en los que la culpabilidad tiene cabida como criterio de imputación. Para ello se fijaron los siguientes objetivos específicos: (i) Analizar el concepto de culpabilidad en contraposición con el criterio de responsabilidad objetiva, para su ubicación en el esquema de la Teoría General del Derecho, (ii) Establecer los elementos que componen el concepto de culpabilidad, (iii) Determinar si es aplicable a los ilícitos tributarios el principio de responsabilidad objetiva o el principio de culpabilidad, y (iv) Fijar las consecuencias que derivan de la aplicación de la culpabilidad como elemento esencial del ilícito tributario. Las interrogantes que la investigación se planteó fueron las siguientes: ¿La culpabilidad es un concepto jurídico fundamental del Derecho? ¿Es la función de la culpabilidad la de servir de garantía de la racionalidad de la reacción punitiva en el ordenamiento jurídico? ¿Cuáles son los elementos que componen el concepto de culpabilidad? ¿Es la culpabilidad un elemento esencial de los ilícitos tributarios? ¿Cuáles son las consecuencias de concebir a la culpabilidad como elemento esencial de los ilícitos tributarios? La metodología empleada fue la de carácter hermenéutico. El nivel de análisis del estudio fue concebido dentro de la modalidad de investigación documental, a través de la lectura de textos y leyes nacionales y extranjeros y la consulta de la jurisprudencia, tanto nacional como extranjera. Las estrategias básicas utilizadas dentro de este enfoque estaban conformadas por técnicas de investigación documental que se fundamentaron en el análisis de las principales fuentes bibliográficas, legislativas y jurisprudenciales nacionales y extranjeras que regulan la materia.

Descriptor: Culpabilidad, conceptos jurídicos fundamentales, valores, imputación, responsabilidad objetiva, ilícitos tributarios.

CULPABILITY IN THE CRIMINAL TAX LAW

SUMMARY

The purpose of the study is to determine the possibility of conceiving the culpability as an essential element of the tax-related offenses and, by confirming that hypothesis, to undertake a critical analysis concerning the rules for determining responsibility on such offenses ruled in the Organic Tax Code, in all areas where culpability has a place as a criterion for the accusation. For this purpose the following specific objectives were set: (i) analyze the concept of culpability as opposed to the criterion of objective responsibility, for its location in the scheme of the General Theory of the Law, (ii) establish the elements that compose the concept of culpability, (iii) determine whether it is applicable to tax-related offenses either the principle of objective responsibility or the principle of culpability, and (iv) set forth the consequences deriving from the application of the principle of culpability as an essential element of tax-related offenses. The questions the research raised were as follows: Is culpability a fundamental legal concept of Law? Is the culpability aimed to serve as guarantee of the rationality of the punitive reaction in the legal system? What are the elements that compose the concept of culpability? Is culpability an essential element of the tax-related offenses? What are the consequences of considering the culpability as an essential element of the tax-related offenses? The methodology used was that of hermeneutic character. The analysis was to be done as documentary research, through the reading of national and foreign Scholars and legal frameworks, as well as foreign and national case law. The basic strategies used within this approach were shaped by techniques of documentary research based on the analysis of the main bibliographic, legislative and case law national and foreign sources on the matter.

Key words: Culpability, fundamental legal concepts, values, accusation, objective responsibility, tax-related offenses.

ÍNDICE

Agradecimientos	9
Introducción	15
Capítulo I. La Culpabilidad como Concepto Jurídico Fundamental	35
A. Las «piezas» del Derecho. Los «conceptos jurídicos fundamentales».....	35
B. El problema de la identificación de los «conceptos jurídicos fundamentales».....	41
C. Positivism jurídico y «conceptos jurídicos fundamentales». Las nociones fundamentales del Derecho como «estructuras lógico-objetivas».....	42
a) John Austin.....	43
b) Eduardo García Maynez.....	44
c) Leandro Azuara Pérez.....	48
d) Félix Somló.....	48
e) Gustav Radbruch.....	50
f) Rudolf Stammler.....	52
g) Hans Kelsen.....	53
h) Fritz Schreier.....	76
i) Wesley N. Hohfeld.....	92
j) Alf Ross.....	101
k) Herbert L. A. Hart.....	119

D. Una segunda aproximación a los «conceptos jurídicos fundamentales». El carácter «bifronte» del Derecho: un sistema de principios y reglas.....	138
a) El primer nivel. Carácter «bifronte» del Derecho. Reglas y principios como enunciados jurídicos fundamentales.....	142
(i) Los valores en el Derecho. Su cognoscibilidad.....	146
(ii) La ponderación como mecanismo de fundamentación de la aplicación de los valores.	151
(iii) Los principios, expresión deóntica de los valores y, en consecuencia, elementos fundamentales del Derecho, bajo la categoría de las normas.	155
b) El segundo nivel. Principios y valores como conceptos jurídicos fundamentales.....	160
(i) Un nuevo esquema de «conceptos jurídicos fundamentales». El valor como justificación racional en la «norma secundaria» de KELSEN.....	165
(ii) Un nuevo esquema de «conceptos jurídicos fundamentales». El valor como justificación racional en la «norma primaria» de KELSEN.....	175
E. La culpabilidad como concepto jurídico fundamental. Imposibilidad axiológica de la responsabilidad «objetiva».	180
a) El «valor» culpabilidad.....	188
b) El «principio» culpabilidad.	190
c) La «regla» culpabilidad.....	194
(i) La presunción de inocencia.....	194
(ii) La culpabilidad como fundamento necesario de la imputación del «acto antijurídico».	200

(iii) La «presunción» de voluntariedad de la acción u omisión constitutiva del acto antijurídico.....	216
Capítulo II. La Culpabilidad en el Derecho Penal Tributario	219
A. Introducción.....	219
B. La [discutida] naturaleza jurídica del ilícito tributario.	223
a) Dimensión ontológica. La distinción entre «delitos» y «contravenciones».	227
(i) Criterio «axiológico».....	228
(ii) Criterio «cualitativo».....	231
(iii) Criterio «cuantitativo».....	233
(iv) Criterio «formal».....	234
b) Dimensión dogmática. La naturaleza «penal», «administrativa», «tributaria» o «mixta» del ilícito tributario.	235
(i) Teoría «tributaria».....	236
(ii) Teoría «administrativa».....	239
(iii) Teoría «penalista».....	246
(iv) Teoría «mixta».	248
c) Nuestra opinión, una vez más.	250
C. Nuestra tesis. La culpabilidad como «concepto jurídico fundamental» del Derecho Penal Tributario.....	258
D. La culpabilidad como fundamento axiológico de la imputación penal tributaria. Implicaciones.....	259
a) El problema de las fuentes del Derecho Penal Tributario. El principio de culpabilidad vs. la «especial naturaleza y fines» del Derecho Tributario.	262

b)	El carácter personal de la responsabilidad.....	279
(i)	Responsabilidad penal tributaria «vicaria», por el hecho de terceros.	283
(ii)	La «traslación» de la responsabilidad por ilícitos tributarios a los herederos del infractor.	290
(iii)	Otro caso: la responsabilidad «solidaria» de administradores respecto de las penas pecuniarias. ...	291
(iv)	Responsabilidad personal y personas jurídicas.	292
(v)	La cuestión de la responsabilidad del asesor profesional.	300
c)	Causas de inculpabilidad y Derecho Penal Tributario.	302
(i)	Inimputabilidad.	303
(ii)	El problema del error.....	305
(iii)	Anormalidad volitiva	310
d)	Unidad de designio y delito continuado.	311
e)	Dosimetría penal, culpabilidad y penas «fijas».....	313
f)	Culpabilidad y proceso penal tributario.....	315
(i)	Procedimiento constitutivo y presunción de inocencia. El caso de la verificación de deberes formales.	316
(ii)	Prueba tasada e indicios de defraudación tributaria....	318
(iii)	Presunción de inocencia v. «Ejecutividad» de los actos administrativos de contenido sancionatorio.....	322
	Conclusiones	327
	Bibliografía	375

AGRADECIMIENTOS

Escribo estas líneas desde la Biblioteca de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela. Su salón de lectura me albergó numerosas veces, y varios de sus libros me sirvieron de invaluable ayuda para, una vez más, *vencer mis sombras*. Mis sueños se han vuelto azules en sus aulas, y han concretado lo que alguna vez visioné en mi otra casa, la de Montalbán, la Universidad Católica Andrés Bello. A mis dos *Alma Mater*, por formar mi corazón para la Libertad, para la Justicia, para lo grande, para lo hermoso; y por indicarme el *camino* a seguir para explorar mi curiosidad por la verdad, el Derecho y la Justicia, la palabra más clara del castellano para expresar lo que siento: *gracias*. Mi agradecimiento se extiende, además, a mis alumnos, de pregrado y de postgrado de todas las Universidades que me han permitido aprender Derecho enseñándolo, de quienes he tenido el honor de su compañía intelectual, y anímica. Mil gracias por todo, a todos.

Debo agradecer, también, a quienes orientaron mis esfuerzos intelectuales en las aulas del Doctorado. Al Prof. Dr. Carlos Simón BELLO RENGIFO, exigente director de mi proyecto por explicar la culpabilidad en el Derecho Penal Tributario, ordenador —en buena parte de los casos— de mi desorden natural para explicar mis ideas. *In memoriam*, quiero agradecer cálidamente a una brillante jurista y mejor ser humano, la Prof. Dra. Iur. Tatiana B. DE MAEKELT (†), quien con su rigor eslavo y su corazón criollo orientó, metodológicamente, mis esfuerzos. Al Prof. Dr. Iur. Eugenio HERNÁNDEZ-BRETÓN, quien junto con la Prof. Dra. Iur. MAEKELT aunó el rigor metodológico a lo que, antes de su llegada, eran una serie de ideas faltas de sistematicidad, en el Taller de Tesis que ambos impartieron en el Doctorado. Al Prof. Dr. Ramón ESCOVAR LEÓN, mi padrino de promoción, quien ya desde las aulas de la Universidad Católica Andrés Bello impulsó en mi la curiosidad

por la Filosofía del Derecho y por su Teoría General, y fue un estimulante formidable para la discusión razonada y el análisis de varios de sus problemas fundamentales, desde las aulas del Doctorado. Igualmente, aquí no puede faltar un agradecimiento para el primero que entendió y canalizó mis inquietudes intelectuales por el Derecho Penal Tributario, mi —también— *padrino* de promoción en la Universidad Católica Andrés Bello, el Prof. Pedro BERRIZBEITIA MALDONADO. Gracias por obsequiarme su sabiduría, regalarme su amistad... y prestarme, una vez más, sus libros. Mi gratitud y mi aprecio les acompañará, a todos, eternamente.

Nota aparte debo hacer para la Lic. Rocío REY, quien desde fuera de la Universidad acompañó, metodológica y anímicamente, el cumplimiento de una meta largamente anhelada, con su bonhomía y su don de gente, y al mismo tiempo con sus dotes de organización de mi siempre desordenado tiempo. Mi gratitud queda empeñada, para siempre.

A Lysbeth y a Efraín, a Myriam y a Alcira, a *Chuché* y a todos los que comparten mi sangre y mis sueños. Gracias por su paciencia en tantos fines de semana que debí sacrificar por esta —y muchas otras— metas, gracias por su apoyo y por sus palabras —y acciones— de aliento. Gracias de corazón, por el orgullo de compartir mi ADN con todos ustedes. Mil gracias

He dejado *ex profeso* el agradecimiento más importante para el final. Dante ALIGHIERI, el poeta, se enamoró de Beatriz PORTINARI a primera vista, cuando apenas era un niño; y ella lo inspiró a dar lo mejor de sí, a escribir sus mejores versos, y a colocarla, donde merecía, en el Paraíso de su *Comedia*.

Yo no tengo el verso florido del florentino; a duras penas puedo unir dos frases con cierta unidad de sentido. Pero Betty —curiosa coincidencia—, *el mejor ser humano del mundo*, es quien logra, sólo con una mirada y su constante estímulo, entrega, apoyo, firmeza, amor, cariño... sacar lo mejor de mí. Las líneas que siguen son una prueba terminante de su benéfica

influencia sobre mi tormentosa existencia; mi puerto en la tempestad, mi luz en la oscuridad; ella, que «tan gentil y tan honesta luce / cuando a alguien saluda / benignamente de humildad vestida», que «pareciera ser algo venido / del cielo a la tierra a mostrar un milagro»; llena mi vida de paz, luz y sentido, «por los ojos procura al corazón gran dulzura / incomprendible para quien no la experimenta». Gracias por ser mi Ángel guardián, gracias por acompañarme a vivir mis sueños, de aquí al infinito, ida y vuelta parados de manos, sentados en una tortuga asmática, reumática, artrítica, coja... pobre tortuguita.

Gracias por permitirme vivir la experiencia del Paraíso, que es estar contigo.

A Carlitos, que desde el principio me mostró el Camino.

A Santiago Apóstol, que en Compostela tomó el testigo.

INTRODUCCIÓN

La culpabilidad, entendida como elemento esencial del hecho punible, es el reproche dirigido a quien ha realizado la acción descrita en la norma penal de manera consciente y libre, lesionando el bien jurídico que esa norma tutela, a pesar de la advertencia que la regla penal suponía para que éste actuara conforme a Derecho¹. Por ello, puede decirse que el autor de un hecho con estas características es responsable por él².

El concepto, así entendido, supone una referencia normativa: la comparación de la acción del sujeto, previamente calificada como típica (totalmente subsumida en la descripción del tipo contenida en la ley penal) y antijurídica (que lesiona efectivamente o que pone en peligro concreto uno o varios bienes jurídicos determinados) frente a la norma que le impone el deber de evitar dañar, o poner en peligro, o cuidar del bienestar del bien jurídico; siendo que si el sujeto pudo actuar conforme a derecho y, sin embargo, prefirió lesionar el bien jurídico —sea intencional o imprudentemente—, entonces podrá decirse que ese sujeto es *culpable*, y luego responsable por el delito y acreedor de la pena que la ley establezca. Es esta la concepción de la culpabilidad como *regla de valoración* del hecho para la aplicación de la pena al sujeto agente.

Sin embargo, el aspecto subjetivo de la acción punible (la voluntad de quien lesiona el bien jurídico) no siempre fue considerado como parámetro necesario para la determinación de la responsabilidad del autor. Previo a la aparición original del libro *De los delitos y de las penas*, del Marqués de BECCARÍA³, en 1764, la autoría de cualquier ilícito era establecida mediante la

¹ ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Editorial Jurídica Alva, Caracas, 1992, p. 83;

² WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán (Parte General)*. 11ª Edición. Traducción del original alemán por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁNEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, p. 197.

³ BECCARÍA, Cesare; *De los delitos y de las penas*. Traducción del original italiano por Francisco TOMÁS Y VALIENTE. Ediciones Aguilar, Madrid, 1982.

mera subsunción de la conducta del sujeto en la norma penal, sin consideración de los motivos o intencionalidad del sujeto mientras realizaba la acción, con fundamento bajo la regla de imputación llamada de responsabilidad «objetiva».

Es a partir del Siglo XIX, con la aparición del esquema del delito de Francesco Carrara cuando, sobre la base de la «fuerza moral» del delito, empieza a hablarse de la vinculación de la psiquis del autor con el hecho punible como determinante de la aplicación de la pena en cada caso concreto¹, si bien asumiendo que dicha vinculación se limitaba a un nexo de carácter meramente psicológico con el hecho y no con la norma que impone el deber.

Por el contrario, hoy se entiende a la culpabilidad —desde la noción que de ella tiene el padre de la concepción normativa, Reinhardt FRANK— como *reprochabilidad*², aceptándose sin reservas a la culpabilidad como elemento esencial e insoslayable del hecho punible con total independencia de la concepción del delito que se tenga³, por lo que puede decirse que no es la voluntad del hecho ilícito la reprochable, sino la voluntad ilícita.

Este juicio de reproche personal al actor por el comportamiento ilícito tiene su base en tres elementos fundamentales. El primero de ellos es la

¹ “Lo anterior explica que CARRARA proyecte una serie de requisitos que se exigen como necesarios para que la autoridad social pueda declarar que una acción es imputable a un sujeto: a) Que le sea imputable moralmente; a nadie se puede pedir cuenta de un hecho del cual sólo ha sido causa física, no así causa moral. El hecho debe cometerse con voluntad inteligente y libre. b) La acción, para serle imputada como delito a quien la cometa, debe poderse imputar como acto reprochable; el legislador no puede acriminar un acto, aun cometido con voluntad inteligente y libre, ‘cuando ese acto haya sido prescrito por una ley superior’. ‘La ley criminal no debe ser en sus preceptos, una repetición de la ley moral y religiosa’, pero tampoco puede ir en contra de estas leyes.” AGUDELO BETANCUR, Nódier; *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*. 3ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1993, p. 4.

² FRANK, Reinhardt; Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. Traducción del original alemán por Gustavo Eduardo ABOSO y Tea LÖW. Colección Maestros del Derecho Penal N° 1. Editorial B de F. Buenos Aires, 2000, p. 39.

³ El concepto normativo finalista de la culpabilidad, según la tesis de WELZEL, excluye al nexo psicológico entre el autor y su hecho —dolo y culpa— del juicio de reproche culpabilista, ubicándolo en la estructura del tipo. Sin embargo, aún en el caso del finalismo es necesaria una vinculación psicológica —aunque de fuente normativa— resumida en la posibilidad jurídica de conocimiento de la norma de prohibición cuya transgresión constituye el tipo, mejor conocido en la terminología penal como la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho. Al respecto, véase WELZEL; *Derecho Penal...* p. 221; y MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal (Parte General)*. 7ª Edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2004 (España), p. 527. Concretamente en el Derecho Penal Tributario, es importantísimo el desarrollo que del punto hace MAIWALD, Manfred; *Conocimiento del ilícito y dolo en el Derecho Penal Tributario*. Traducción del original alemán de Marcelo A. SANCINETTI, Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

«imputabilidad», que es definible como conciencia y voluntad del acto antijurídico, o bien como la medida de la aptitud para ser sujeto del Derecho Penal¹. En segundo lugar, debe determinarse la vinculación subjetiva —nexo psicológico— entre el autor y su hecho, noción que comprende al dolo y a la culpa como elementos de la «voluntad defectuosa»² que caracteriza al obrar delictual. Finalmente, aún y cuando el autor sea imputable, y además haya obrado intencional o imprudentemente, es necesario que el agente haya tenido la posibilidad racional de dirigir su conducta en el sentido querido por la norma penal, esto es, por la preservación del bien jurídico; lo que significa que el proceso volitivo del sujeto debe haber estado libre de cualquier coacción física o psíquica que limite su voluntad y haga, en consecuencia, anormales las circunstancias en que éste despliega su accionar.

Así, en el Derecho Penal la evolución de la teoría general del hecho punible llevó a esta rama de la ciencia jurídica a la aceptación unánime y sin reservas de la culpabilidad en tres acepciones, interconectadas entre sí³:

- (i) El *valor* culpabilidad, que presupone una limitación racional-ontológica al poder de castigar del Estado, derivada de la necesaria racionalidad axiológica de la intervención punitiva, toda vez que, axiomáticamente, el Estado sólo puede intervenir penalmente cuando no existe otro remedio aplicable a la situación vulneradora del bien jurídico de que se trate;
- (ii) El *principio* culpabilidad, que sirve de expresión al *valor* como *mandato de optimización* del Derecho Penal⁴, y de acuerdo con el cual es necesario estimar la orientación

¹ BETTIOL, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Traducción del original italiano por Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI. Bosch, Barcelona (España), 1977, p.132.

² MIR PUIG; *Derecho Penal...* p. 525.

³ Sobre los conceptos penales como nociones multívocas, expresivas de valores, ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan; *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel, Barcelona (España), 1996, pp. 123-142.

⁴ ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del Derecho*. Traducción del original alemán por Jorge M. SEÑA. Colección Estudios Alemanes. Gedisa, Barcelona (España), 1997, p. 75.

volitiva del actor frente al bien jurídico fundamental protegido de acuerdo con las circunstancias en las que se verificó el hecho eventualmente punible; y

- (iii) La *regla* culpabilidad, esto es, el esquema positivo con arreglo al cual el *valor* y el *principio* culpabilidad encuentran imperatividad en el orden jurídico.

Todas estas funciones de la culpabilidad, bajo las cuales ésta sirve de vínculo lógico-axiológico respecto de las nociones de «acto antijurídico» y de «sanción», bajo la terminología que para explicar los conceptos jurídicos fundamentales emplea KELSEN, permite identificar, desde una postura «incluyente» de los valores como enunciados jurídicos básicos, postular a la culpabilidad como un **concepto jurídico fundamental** de índole axiológica, resumida en la necesaria concepción de la culpabilidad como *elemento esencial* del hecho punible y base cardinal del estudio de la infracción de ley relevante para el Derecho Penal.

Paralelamente, la constitucionalización del Estado moderno supuso, a la luz del principio de división de las funciones del Estado heredado de la Revolución Francesa, la total judicialización del sistema represivo estatal; mas su ineficiencia, por la lentitud de las decisiones, y la necesidad de dotar a la Administración de un instrumento coactivo para lograr la tutela del interés público cuya gestión le ha sido encomendada, supuso la paulatina asunción por parte de la Administración de parte del derecho general del Estado a la persecución y castigo de las acciones lesivas de los bienes jurídicos cuya tutela y gestión concreta le está asignada a ella misma, y que en razón del especial interés del Estado en la protección —ya no del bien jurídico en sí— sino del interés público y de la efectividad de la función administrativa, implicaría, en principio, la irrelevancia sancionatoria de la licitud o no de la voluntad del actor en la realización de la acción antijurídica que vulnera alguno de estos especiales bienes jurídicos.

De tal manera, aún y cuando para la época de la aparición de la potestad sancionatoria de la Administración ya se había iniciado la consideración del delito como una acción culpable, además de típica y antijurídica, en el caso de las llamadas «infracciones administrativas» razones de prevención general, de coercibilidad de la gestión pública e, incluso, de la dificultad que supone la prueba de la intención del infractor, la regulación de las mencionadas «infracciones administrativas» asoció la imposición del castigo por uno de estos «ilícitos bagatela» a la mera comisión del hecho, sin tomar en cuenta la intención del agente, o estableciéndola con base en presunciones de dolo.

La situación expuesta tuvo recepción, y la tiene hoy en día, en la regulación de los ilícitos tributarios. Con fundamento en la necesidad recaudatoria de la Administración —hipotéticamente potenciada por la posibilidad del ejercicio de la potestad sancionatoria— se ha justificado, aún hoy en día, la aplicación objetiva de las normas tributarias de modo de garantizar una mayor recaudación fiscal, justificación que, probablemente, pudo haber llevado al Código Orgánico Tributario de 2001 a eliminar la referencia a la necesaria existencia de dolo o culpa en todas las infracciones tributarias, que contenía el derogado Código Orgánico Tributario de 1994 en su artículo 73¹.

En la práctica, la intención anotada se evidencia de, por ejemplo, la ejecución del denominado Plan «Evasión Cero» por la Administración Tributaria, donde se han impuesto de plano sanciones pecuniarias y de clausura por la simple comprobación empírica de omisiones en los requisitos formales de la facturación, exigidos por la normativa aplicable en el impuesto al valor agregado, sin consideración alguna de la intencionalidad del agente, situación que ha visto respaldo en la jurisprudencia sobre la base de la

¹ OCTAVIO, José Andrés; «Origen y orientación del Código Orgánico Tributario», en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, pp. 14-15.

aplicación, a este tipo de infracciones, del principio de responsabilidad objetiva sobre el principio de culpabilidad¹.

Sobre esta base se plantea la discusión. Como puede verse, el objeto de controversia lo son las llamadas «infracciones administrativas», aquellas acciones antijurídicas cuyo castigo está reservado en primer lugar a la Administración, estando la intervención de los Tribunales de Justicia limitada al control jurisdiccional sobre el acto administrativo de determinación de la comisión pura y simple del hecho y de su medida; lo que excluye de suyo, por imperio del artículo 93 del Código Orgánico Tributario, a los delitos tributarios (defraudación tributaria, apropiación indebida de anticipos impositivos y divulgación de secreto fiscal), respecto de los cuales se entienden plenamente aplicables las garantías propias del Derecho Penal, entre ellas la de culpabilidad, fundamentalmente por la aplicación en estos casos de penas privativas de libertad y por la inclusión de elementos subjetivos como la maniobra, el engaño, la intención de apropiarse indebidamente, etc., para cuya valoración es indispensable la apreciación de la culpabilidad del actor.

Si bien el legislador optó, a través de la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario, por imputar las infracciones «administrativas» a título de responsabilidad «objetiva», ello contradice, paradójicamente, disposiciones expresas del propio Código Orgánico Tributario que toman en consideración para determinar la punibilidad del hecho ilícito su intencionalidad, o la ausencia de ésta. Es ese el caso, por ejemplo, de la causa de exclusión de la responsabilidad penal tributaria por error de hecho y de derecho excusable, cuya naturaleza es la de una causa de exclusión de la

¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 262/2002, de 19 de febrero, caso *Sucesión de Luigi Riggione Montano v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00262-190202-0685.htm>, 9 de junio de 2013, y Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 699/2004 de 29 de junio, caso *Industrias Alimenticias Corralito, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00699-290604-2003-0641.htm>, 8 de junio de 2013.

culpabilidad¹: si la culpabilidad no es relevante a los fines de determinar la atribuibilidad de la acción típica y antijurídica cometida por el autor, entonces las causas que excluyen la culpabilidad no debieran –lógicamente- excluir el castigo del hecho.

En consecuencia, ante la situación descrita –especialmente en el ámbito de las “infracciones administrativas”- es posible plantearse, como problema de investigación, la siguiente pregunta: ¿es la culpabilidad elemento esencial del ilícito tributario?

Para afrontar el estudio del problema, hemos dividido el trabajo en dos grandes capítulos. En el primero analizamos las formas en las que puede alcanzarse el conocimiento jurídico, identificando al método axiomático-conceptual como uno de ellos. Ello implica, como consecuencia, la posibilidad de construir el conocimiento jurídico a partir de ciertas nociones categoriales básicas, los «conceptos jurídicos fundamentales», elementos que, cual ladrillos de una pared, forman el edificio de las construcciones jurídicas.

Desde una perspectiva positivista, los conceptos jurídicos fundamentales son identificables con las estructuras «lógico-objetivas» de la norma. Así, los conceptos jurídicos fundamentales se resumirán en los correlativos lógicos de «derecho-deber», «potestad-sujeción», «inmunidad-incompetencia», «prerrogativa-no derecho», y sus expresiones generales y conexiones meramente lógico-formales, como lo son las nociones de responsabilidad, imputación, derecho subjetivo, deber jurídico, hecho jurídico, etc.

¹ Al excluir el nexo psicológico entre el autor y su hecho, desde la concepción normativa de la culpabilidad que seguimos. Desde la perspectiva del finalismo, como ya se apuntó anteriormente, el error puede excluir a la tipicidad, por recaer sobre los elementos del llamado tipo objetivo —fundamentalmente la descripción de la conducta sancionable en la ley— o bien sobre la culpabilidad, al anular la conciencia del sujeto sobre la ilicitud de su acción.

Ahora bien, desde una perspectiva «inclusiva», que dé cuenta de la integración de los valores como elementos esenciales del concepto de Derecho, éstos ocupan un lugar de justificación racional axiológica de las conexiones entre los binomios correlativos antes mencionados, de manera de cumplir con los postulados de la racionalidad, no sólo conforme a fines, sino también según *valores*; así, los valores integran, como tales, otra categoría de «conceptos jurídicos fundamentales».

Es allí donde entra la culpabilidad. Ésta se constituye en la ***justificación axiológica de la imputación***, entendida como el nexo entre el acto antijurídico y la sanción que se impone al sujeto que ha vulnerado, con su acción consciente y libre, la posición de derecho subjetivo en la que se hallaba otro, u otros. De allí que pueda predicarse, sin temor a equívocos —y desde la perspectiva inclusiva asumida como propia— que la culpabilidad constituye un concepto jurídico fundamental, fundamentado en la Libertad y la Dignidad del ser humano, y que justifica axiológicamente la pena a imponerse respecto de él —que, como tal, es una limitación a su libertad en sentido amplio. En consecuencia, la culpabilidad tiene las tres manifestaciones antes mencionadas:

- (i) El *valor* culpabilidad, que presupone una limitación racional-ontológica al poder de castigar del Estado, derivada de la necesaria racionalidad axiológica de la intervención punitiva, toda vez que, axiomáticamente, el Estado sólo puede intervenir penalmente cuando no existe otro remedio aplicable a la situación vulneradora del bien jurídico de que se trate;
- (ii) El *principio* culpabilidad, que sirve de expresión al *valor* como *mandato de optimización* del Derecho Penal, y de acuerdo con el cual es necesario estimar la orientación volitiva del actor frente al bien jurídico fundamental protegido

de acuerdo con las circunstancias en las que se verificó el hecho eventualmente punible; y

- (iii) La *regla* culpabilidad, esto es, el esquema positivo con arreglo al cual el *valor* y el *principio* culpabilidad encuentran imperatividad en el orden jurídico.

Sin embargo, como se ha señalado previamente, estas funciones de la culpabilidad son sometidas a cuestionamiento en el Derecho Penal Tributario. Ya no desde la perspectiva de los «delitos» tributarios, castigados con la privación de libertad, pues respecto de ellos se admite sin reservas, como emanación propia de su naturaleza punitiva, la necesaria integración de la culpabilidad, en todas sus facetas, como elemento esencial de la ilicitud fiscal.

No ocurre lo mismo, sin embargo, con los denominados «ilícitos administrativos». Ello se justifica por la diferente naturaleza jurídica que se pretende asignarles, tanto por razones ontológicas como dogmáticas. En este sentido, son cuatro los criterios que sirven de base a la distinción entre «delitos» y «contravenciones» fiscales:

- (i) *Criterio axiológico*, que pretende distinguir los delitos de las contravenciones fiscales en función de su lesividad moral, esto es, atribuyendo a los primeros la cualidad de constituir acciones moralmente repudiables, mientras los segundos serían, según esta óptica, moralmente indiferentes, «transparentes»;
- (ii) *Criterio cualitativo*, de acuerdo con el cual los delitos y las contravenciones fiscales cumplen distintas funciones. Los primeros constituyen tipos de daño, en los que se procura el restablecimiento del equilibrio social dañado por el hecho ilícito, mientras que en los segundos, esencialmente ligados a la actividad administrativa en tanto garante del interés

público, constituyen tipos de peligro abstracto, que procuran evitar las condiciones en las que es posible que se produzca el daño;

- (iii) *Criterio cuantitativo*, de acuerdo con el cual la diferencia entre delitos y contravenciones fiscales sería únicamente de medida del daño causado por la acción punible, razón por la cual los delitos están castigados con penas «graves», mientras que las contravenciones lo están con penas consideradas «leves»; y
- (iv) *Criterio formal*, donde el criterio de separación viene dado, exclusivamente, por el órgano que constitucional y legalmente tiene atribuida la función de determinación de la comisión del ilícito y de la imposición de la pena; los Tribunales, en el caso de los delitos, y la Administración, en el caso de las «infracciones administrativas».

Por su parte, desde un punto de vista dogmático, el análisis de la inclusión de la culpabilidad como elemento esencial del ilícito tributario puede estudiarse desde el Derecho Penal, ya que el Derecho Penal es tanto el derecho del Estado a perseguir y castigar las acciones humanas dirigidas a lesionar o poner en peligro valores o bienes jurídicos fundamentales, como el conjunto de normas jurídicas que describen concretamente las formas en las que se atenta contra dichos valores, y las penas que por tales hechos deban aplicarse¹, siendo que en este caso el ilícito tributario constituye un atentado contra los bienes jurídicos fundamentales representados en la actividad financiera del Estado, que está regulado expresamente por normas jurídicas con las características antes mencionadas.

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan; *Derecho Penal Fundamental*. 2ª edición. Tomo I. Editorial Temis, Bogotá, 1998, pp. 13-14.

De otro lado, el Derecho Administrativo regula el ejercicio del derecho a castigar la lesión efectiva o potencial de bienes jurídicos¹ por parte de la Administración, como potestad administrativa derivada de la titularidad de competencias de gestión del interés público comprometido en determinada actividad.

El Derecho Tributario regula una porción de la actividad financiera del Estado que implica, en la situación actual del Estado Social de Derecho, la creciente necesidad de financiamiento público para atender a las cada vez mayores necesidades sociales², que es en la que se manifiestan los bienes jurídicos que requieren la tutela del Estado por medio de su derecho a perseguir las conductas lesivas de tales bienes jurídicos utilizando como herramienta al Derecho Penal o al Derecho Administrativo, y son los conceptos fundamentales del Derecho Tributario los que permiten determinar cuáles son los bienes jurídicos protegidos, así como las calificaciones normativas de las acciones eficientes para lesionar tales bienes.

En nuestra opinión nada hay que justifique la distinción entre «delitos» y «contravenciones» tributarias, y consecuentemente no hay razón que fundamente la adscripción del ilícito tributario, como objeto particularizado de estudio, a una rama del Derecho distinta del Derecho Penal.

En efecto, no hay razones «axiológicas» que permitan diferenciar sustancialmente entre unos y otros. En los dos ámbitos, tanto el de los delitos como en el de las contravenciones, se toma como fundamento del castigo conductas que son *reprochables* —y nótese el adjetivo—, que lesionan o ponen en peligro condiciones necesarias de convivencia colectiva, sea a través del ataque directo a los bienes jurídicos fundamentales o de la

¹ PEÑA SOLÍS, José; *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Colección de Estudios Jurídicos N° 10. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, p. 50

² BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel; *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002, p. 20.

agresión a los instrumentos de los que se sirve la sociedad para mejor lograr esos fines.

Similares afirmaciones deben sostenerse al evaluar la pertinencia de la distinción en comentarios, desde un criterio «cualitativo». Es necesario insistir: tanto los «delitos» como las «contravenciones» encuentran su esencia y justificación axiológica en la *protección de bienes jurídicos*, conductas que resultan, de una forma u otra, lesivas a la convivencia organizada en sociedad, en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

Menos sostenible aun es el criterio «cuantitativo» de distinción entre delitos y contravenciones; más bien por el contrario, el razonamiento abunda a favor de la posición contraria. La valoración del daño —real o potencial— que una determinada conducta puede hacer a un bien jurídico es un asunto que se va a presentar —como proceso, como técnica— de idéntico modo en todo hecho objeto de expresión jurídica mediante el enunciado deóntico «acto antijurídico-sanción»; se confunde aquí el acto de valoración con su resultado, en un caso claro de *petitio principii*.

Y finalmente —desde esta perspectiva ontológica—, un criterio «formal» es aún menos sostenible que todos los demás. Se confunde aquí la *distribución de funciones* entre las distintas ramas del Poder Público, en la que la atribución de *ius puniendi* «judicial» a la Administración atiende a criterios de eficiencia en la represión de ciertas conductas, ponderándose con los principios (i) democrático y (ii) de separación de las funciones estatales, con la *esencia del objeto material* de estas competencias, los ilícitos tributarios.

Es esa razón, la influencia del principio democrático en la distribución orgánica del Poder Público, y no una pretendida naturaleza especial de las «contravenciones», el fundamento de la interdicción de la imposición

administrativa de penas privativas de libertad; de ello no puede sacarse, como es obvio, diferencia alguna entre «un» tipo de ilícitos y «otro».

Como consecuencia de lo expuesto, es imperativo negar una naturaleza particular al ilícito tributario, desde una perspectiva dogmática, esto es, administrativa o tributaria. **El ilícito tributario es ilícito penal, como parte que es del fenómeno unitario de la ilicitud en el Derecho**, y es —en consecuencia— objeto dogmático de estudio del Derecho Penal, cuyos principios e instituciones, y muy especialmente la culpabilidad, regirán con carácter esencial y necesario toda manifestación de modalidades deónticas del tipo «acto antijurídico-sanción» que tengan por objeto de protección el cumplimiento de una obligación tributaria.

Por ello afirmamos, como **nuestra tesis**, que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o formal.

En otras palabras, **la culpabilidad constituye un componente indispensable para la justificación valorativa del binomio correlativo «incumplimiento de la obligación tributaria-sanción»**, en resguardo de la Libertad y de la Dignidad del contribuyente o responsable infractor, sin que en modo alguno sea justificable su abandono bajo la excusa de privilegiar, desde una racionalidad meramente teleológica, la efectividad del «modelo sectorial de gestión» de la actividad administrativa tributaria.

En definitiva: la aceptación de la culpabilidad sin reservas como elemento esencial de la ilicitud tributaria en todas sus formas es la consecuencia necesaria de aceptar, como lo hace —por ejemplo— la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario, que el ejercicio del *ius puniendi* estatal en lo tributario está “*dirigido a la protección de bienes*

jurídicos” y no es, en modo alguno, un mero instrumento coactivo destinado a garantizar la «eficiencia» recaudatoria, pues es sólo a través del reconocimiento de los valores, principios e instituciones que inspiran al Derecho Penal que el ejercicio del *ius puniendi* fiscal encuentra límites en un Estado democrático de Derecho.

En este sentido, y partiendo de la base de que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o formal, es necesario rechazar toda interpretación que pretenda negar, incluso incidentalmente, efectividad a la culpabilidad como necesario criterio de imputación subjetiva de cualquier responsabilidad por la comisión de ilícitos tributarios.

En este sentido, ante el silencio regulativo que sobre la materia ostenta el Código Orgánico Tributario, gracias a la derogatoria de su antiguo artículo 73 —que consagraba expresamente la exigencia de dolo o culpa como esencial a la imputación de responsabilidad por ilícitos tributarios— es necesario acudir a la interpretación concatenada de los artículos 79 del Código Orgánico Tributario y 7 del Código Penal, y —por esa vía— invocar la aplicación al Derecho Penal Tributario de la regla general de responsabilidad por culpa, contenida en el artículo 61 del Código Penal, de acuerdo con la cual, “[n]adie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.”

En este orden de ideas, el Código Orgánico Tributario consagra, como regla general, el carácter *personal* de la responsabilidad por ilícitos tributarios. Lo hace en su artículo 84, de acuerdo con el cual “[l]a

responsabilidad por ilícitos tributarios es personal”, con algunas “*excepciones*”.

Bajo esa regla general, el Derecho Penal Tributario venezolano consagra, de modo similar a como lo hace el artículo 61 del Código Penal, la reprochabilidad personal del acto libre, contrario a la exigencia del binomio «derecho-deber» que caracteriza a la regla «secundaria», de manera de fundamentar las conexiones lógico-axiológicas antes mencionadas; esto es, sólo la persona que orientó libremente su voluntad hacia la acción antijurídica es aquella de quien puede predicarse que es «culpable» y, en consecuencia, «responsable».

La regla prevé, sin embargo, algunas «excepciones», cuya formulación debe analizarse críticamente; algunas de ellas configuran inadmisibles objetivaciones de la responsabilidad por ilícitos tributarios, que se oponen frontalmente a lo que constituye nuestra conclusión.

En primer lugar, la naturaleza *penal* del ilícito tributario supone, evidentemente, la imposibilidad de trasladar a las sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil extracontractual**, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro.

Así las cosas, en el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente creemos posible atribuir responsabilidad penal tributaria al principal, como consecuencia de la omisión del deber de cuidado en la selección o en la supervisión del personal a su cargo.

En este sentido, si el acto antijurídico es la condición de la sanción, expresado bajo la fórmula de observancia o no de un determinado deber jurídico, debería entonces tenerse como tal acto antijurídico la omisión del especial deber de cuidado, de guarda; la obligación jurídica de prevenir los daños susceptibles de ser causados por personas o bienes al cuidado del infractor, y *no el hecho —o acto— mediante el cual las personas o bienes al*

cuidado del infractor generan causalmente el daño, razón por la cual nos inclinamos a sostener que en el caso no hay traslación indebida de violatoria de la regla de responsabilidad personal.

El problema que se suscita, en este caso, es de otro tipo. El hecho por el que válidamente podría imputarse responsabilidad al principal —la omisión del deber de cuidado en la selección o en la supervisión del personal encargado del cumplimiento de las obligaciones tributarias— no se halla, en sí, tipificado como ilícito tributario independiente: de tal modo, el «axioma del sistema garantista» que resultaría violado es el de la reserva legal de ilícitos y sanciones.

Con base en los mismos razonamientos, y reconocido, como ha sido, que los ilícitos tributarios son de carácter exclusivamente *penal* y, en consecuencia, la culpabilidad, en sus tres acepciones, es la regla general de imputación de responsabilidad, entonces es **imposible** trasladar a las sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil extracontractual**, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro, como ocurre en el caso de la «traslación» de la responsabilidad por las multas que hayan quedado firmes en vida del causante.

Idéntico razonamiento hay que aplicar al caso de la responsabilidad «solidaria» que, de acuerdo con el artículo 28 del Código Orgánico Tributario, pretende imponérsele a determinados responsables (padres, tutores, curadores, directores, gerentes, administradores, etc.), que realizan funciones de administración de bienes del sujeto que realiza el hecho imponible, por las multas “*derivados de los bienes que administren o dispongan.*”

Una integración tal de las sanciones pecuniarias en una responsabilidad que es, por su esencia, de tipo estrictamente tributario responde a una equiparación de la responsabilidad penal tributaria a la

responsabilidad civil extracontractual, con base en el equívoco de considerar que las sanciones tributarias constituyen, de algún modo, accesorios civiles de la obligación tributaria, cuestión absolutamente errada desde todo punto de vista.

En nuestra opinión, las personas jurídicas no son susceptibles de ser culpables de la comisión de ilícitos tributarios. Sea en un sentido ontológico-psicológico (la persona jurídica no es capaz de tener «voluntad», en el sentido jurídico-penal del término), sea por razones político-criminales (la preservación del carácter contingente del Derecho Penal, como lo afirma MODOLELL GONZÁLEZ), no es posible atribuir una voluntad susceptible de entender y de querer a la persona jurídica o a la agrupación empresarial, independiente de la de las personas que integran sus órganos.

Idéntico razonamiento permite señalar, en nuestra opinión, que sólo una persona física, con capacidad de entender y de querer, está en condiciones de elegir o de vigilar efectivamente a otra, y es a aquella a quien deberá referirse, y no a la persona jurídica, la reprochabilidad característica de la culpabilidad.

Afortunadamente, la responsabilidad penal tributaria del asesor profesional no presenta, en Venezuela y en lo relativo a la consagración en su regulación del principio de culpabilidad, mayores discusiones. En primer lugar, el párrafo único del artículo 88 del Código Orgánico Tributario, por mor de claridad respecto de los supuestos de coparticipación criminal, señala que las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos —es decir, el ejercicio propio de la actividad de asesoría propia de las profesiones liberales vinculadas con el área tributaria— *“no constituye suministro de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios”*. Ello complementa la regla general de coparticipación del artículo 88, en la que se regula, dentro de estas figuras, el «auxilio

necesario» en la defraudación tributaria, figura en la que normalmente encuadraría el apoyo del asesor profesional, el cual será perseguible penalmente —en resguardo del principio de culpabilidad— sólo en los supuestos en los que éste haya participado directa, consciente y voluntariamente en la comisión del hecho. Así lo ratifica la tipificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión liberal de que se trate en estos casos; ésta queda reservada no a cualquier profesional que asesore a un contribuyente o responsable eventualmente sujeto a una sanción tributaria, sino lo serán únicamente aquellos sujetos que “*participen, apoyen, auxilién o cooperen en la comisión del ilícito*”.

A pesar de que la jurisprudencia, como veremos en el texto del trabajo, se afana en señalar el supuesto carácter «objetivo» de la imputación por la comisión de ilícitos tributarios, es absolutamente amplio el reconocimiento que, incluso en las mismas decisiones, se hace de las causas de inculpabilidad como eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal tributaria, incurriendo así en lo que, ciertamente, es una curiosa contradicción.

De otro lado, el reconocimiento de la culpabilidad como **concepto jurídico fundamental** del Derecho Penal Tributario tiene lógica incidencia en la recepción que del delito continuado, en tanto constituye una unidad de acción en función de la voluntad final del sujeto, pueda hacerse en nuestra disciplina. Ello adquiere particular relevancia, tomando en consideración el *silencio* que respecto de la regulación del delito continuado como forma de determinación de la responsabilidad penal tributaria guarda el Código Orgánico Tributario, lo cual nos remite, nuevamente, al problema de la recepción de los principios e instituciones del Derecho Penal a que se refiere el artículo 79 del Código Orgánico Tributario.

En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia había aceptado tradicionalmente la incorporación del delito continuado como instituto del

Derecho Penal Tributario desde, por lo menos, 1946, en 2008 la entendió inaplicable a nuestra disciplina, sobre la base del privilegio del «modelo sectorial de gestión» que implica la recaudación tributaria, por sobre las garantías del sujeto pasivo del tributo, lo que merece la expresión del más enérgico rechazo.

Es imperativo establecer penas entre límites mínimos y máximos, en la medida en la que ello contribuye a concretar la medida de responsabilidad subjetiva del autor en la comisión del ilícito tributario. Estos fines son, pura y simplemente, desconocidos por el Código Orgánico Tributario en la tipificación de las penas aplicables por la realización de la inmensa mayoría de los ilícitos tributarios en él tipificados, en especial de los ilícitos formales, a través del expediente «objetivador» de las penas «fijas», esto es, una magnitud aplicable a todos los supuestos por igual, sin consideración del grado de culpa del infractor en cada caso.

Finalmente, desde un punto de vista adjetivo, la «regla-culpabilidad» contenida en la **presunción de inocencia** adquiere particular relevancia, en tanto el proceso debe constituirse en instrumento de garantía de la culpabilidad, entendida en esa acepción, tanto (i) en el momento de determinación de la culpabilidad del sujeto; como (ii) en la ejecución de la sanción, cuestión que debe estar deferida, por regla general, al momento en el que ésta adquiere carácter *definitivamente firme*. Sin embargo, ello es gravemente desconocido en el Derecho Penal Tributario venezolano en tres situaciones:

- a. *El procedimiento de verificación*, en el que, dada la total omisión de las formalidades esenciales al debido procedimiento administrativo, no existe posibilidad alguna de que se realice la actividad de instrucción y de control de la prueba necesaria para desvirtuar válidamente la presunción de inocencia.

- b. *El régimen tasado de la prueba en la defraudación tributaria*, cuya adecuación constitucional pasa por la interpretación sistemática de la regla de indicios en esta materia (el artículo 117 del Código Orgánico Tributario) con las reglas generales de sana crítica previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.
- c. *La no suspensión de efectos de los actos administrativos de contenido sancionatorio*, cuestión que en sí misma constituye la violación más radical y grosera de la garantía adjetiva de culpabilidad, consagrada en la presunción de inocencia, y que supone la radical inconstitucionalidad de los artículos 247 y 263 del Código Orgánico Tributario.

Todo lo expuesto justifica, con creces, el apasionante ejercicio que supone determinar el rol de la culpabilidad en el Derecho Penal Tributario. A ello hemos dedicado estos esfuerzos; a partir de su reconocimiento como concepto jurídico fundamental, y base axiológica de la imputación en cualquier ámbito en el que el Estado ejerza su poder de castigar, se estará construyendo —es esa nuestra esperanza— el balance necesario para el logro de los fines de justicia que preconiza el Estado Social y Democrático de Derecho.

CAPÍTULO I

LA CULPABILIDAD COMO CONCEPTO JURÍDICO FUNDAMENTAL

A. Las «piezas» del Derecho. Los «conceptos jurídicos fundamentales».

En la ciencia —dice BUNGE¹— el conocimiento es posible² a partir de tres enfoques fundamentales: (i) *histórico*, donde el análisis partirá de la evolución en el tiempo de la institución objeto de estudio, a través de las distintas tentativas (correctas o no) para solucionar su problemática, de manera de determinar su *estado actual*, y la posible influencia de ese «estado de la ciencia» en el desarrollo futuro de la investigación sobre el tópico; (ii) *heurístico*, donde el estudio toma como base las aplicaciones más «útiles» de las explicaciones de un determinado fenómeno, para de allí elaborar sus consecuencias y aplicarlas; y (iii) *axiomático*, donde a partir de

¹BUNGE, Mario; *Filosofía de la Física*. Traducción del original inglés por José Luis GARCÍA MOLINA. Colección Ciencia de la Ciencia. Editorial Ariel, Barcelona (España), 1978, pp. 155 a 157.

²El conocimiento es, en sí, una noción *a priori* de la conciencia humana, por lo que la prueba de su posibilidad es, en sí misma, imposible. Es a ello a lo que se refiere HEGEL cuando señala que el conocimiento filosófico “*tiene necesidad, a su vez, considerada así bajo el aspecto de su necesidad como de su capacidad para conocer los objetos absolutos, de ser justificada. Pero su justificación es ya ella misma un conocimiento filosófico, que por este mismo hecho sólo tiene su lugar en la filosofía. Sería, por consiguiente, antifilosófica una explicación preliminar, y no podría consistir en otra cosa, que en un tejido de supuestos, de aserciones y de raciocinios (esto es, de afirmaciones accidentales), a los cuales con perfecto derecho se podrían oponer otros contrarios.*” De tal modo, “*la indagación del conocimiento no puede efectuarse de otro modo que conociendo, de lo que se deduce que indagar este llamado instrumento no es otra cosa que conocerlo. Por consiguiente, querer conocer antes de conocer es absurdo, tan absurdo como el prudente propósito de aquel cierto Escolástico, de empezar a nadar antes de arriesgarse en el agua*” HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich; *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. §10. Traducción revisada del original alemán de Eduardo OVEJERO Y MAURY. Editorial Porrúa. México, D. F., p. 8. Así, los problemas sobre el conocimiento, como objeto de la epistemología y de la gnoseología, pasan a ser otros; los de la lógica, la semántica, la metodología, la teoría, la ontología, la axiología, la ética y la estética de la ciencia, en la enumeración de BUNGE (BUNGE, Mario; *Epistemología*. Colección Methodos. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1985, p. 24), o, en lo que se refiere a la *razón pura*, de la «lógica trascendental», según KANT. En las palabras del maestro de Königsberg, “*En una lógica trascendental aislamos el entendimiento (al igual que hicimos antes con la sensibilidad en la estética trascendental) y tomamos de nuestros conocimientos únicamente la parte del pensamiento que no procede más que del entendimiento. Ahora bien, el uso de este conocimiento puro se basa en la condición siguiente: que se nos den la intuición objetos a los que pueda aplicarse. En efecto, sin intuiciones todo nuestro conocimiento carece de objetos y, consiguientemente, se halla enteramente vacío.*” Para comprender todos los objetos del conocimiento, la lógica trascendental debe dividirse en «analítica trascendental», “*que trata de los elementos del conocimiento puro del entendimiento y de los principios sin los cuales ningún objeto puede ser pensado*”; y su crítica, la «dialéctica trascendental», “*crítica del entendimiento y de la razón con respecto a su uso hiperfísico*”, que tiene como finalidad “*descubrir la falsa apariencia de las infundadas pretensiones del entendimiento y reducir su ambición de inventario de ampliar —efectos que pretende conseguir a base de meros principios trascendentales—, rebajando tales pretensiones al rango de simple juicio y al de defensa del entendimiento puro frente a los artificios sofísticos.*” KANT, Immanuel; *Crítica de la Razón Pura*. Traducción del original alemán, prólogo, notas e índices por Pedro RIBAS. Colección Pensamiento. Taurus, Madrid, 2005, pp. 100-101.

una serie de «conceptos básicos» no discutibles, se *construye* un sistema a partir de *inferencias hipotético-deductivas*, de modo de ofrecer “*una versión global de una teoría*”¹ que vaya a la *esencia de las cosas*, esto es, a la *verdad* sobre ellas a través de la exhibición de sus principales ideas de modo ordenado: esto es, “*delineando ordenadamente una lista de los principales conceptos y a la par los principales enunciados de la teoría* [es decir, las relaciones entre estos «conceptos»], *de modo tal que todos los restantes conceptos y enunciados de la misma sean derivables de estas ideas principales*”².

Estos «conceptos básicos» o «fundamentales», que HEIDEGGER describe como “*representaciones en las que traemos ante nosotros un objeto o la totalidad de dominios de objetos en general*” y que, en tanto «fundamentales», son “*representaciones más generales de ámbitos lo más amplios posible*”³, son esenciales a todo conocimiento, filosófico o no, y son

¹ O *modelo*, como la llama DELGADO OCANDO. En sus palabras, un «modelo», en el sentido matemático del término, es siempre “*una teoría hipotético-deductiva. Es, en otros términos, un conjunto de proposiciones primeras o axiomas a partir de las cuales se deducen un conjunto de consecuencias. En ciertos casos, estas consecuencias pueden ser contrastadas; se trata entonces de un modelo verificable. Pero esta propiedad de verificabilidad o más exactamente de falsificabilidad (falsación) [puesto que, como lo ha subrayado Popper, una proposición universal puede ser demostrada falsa, pero nunca ser demostrada verdadera] no es indispensable, pues hay modelos que no son falsificables. Esta observación provee una primera distinción entre la noción de modelo y la noción de teoría (en el sentido que reviste esta noción en las ciencias de la naturaleza)*”. DELGADO OCANDO, José Manuel; «Textos para un Análisis Semiótico de la Illicitud», en *Estudios de Filosofía del Derecho*. Colección de Estudios Jurídicos N° 8. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003, p. 110. En otras palabras, tomando nuevamente las de BUNGE, “*una teoría es, por definición, un sistema, y más precisamente, un sistema hipotético-deductivo, esto es, sistema que parte de un manojito de hipótesis y procede deductivamente*”. BUNGE; *Filosofía...* p. 156.

² El agregado en corchetes es nuestro. BUNGE; *Filosofía...* pp. 156 y 163. KANT refrenda lo dicho por el argentino: según él, la completitud de una ciencia “[s]ólo es posible mediante una idea de conjunto de conocimiento a priori del entendimiento y [mediante] la clasificación —a partir de dicha idea de conjunto— de los conceptos que la componen. Es decir, la completud es únicamente posible mostrando la interconexión de los conceptos dentro de un sistema.” KANT; *Crítica de la Razón Pura...* p. 102. Sin embargo, resulta curioso constatar el rechazo de FREUDA una aproximación como la propuesta: “*Hemos oído expresar más de una vez la opinión de que una ciencia debe hallarse edificada sobre conceptos fundamentales, claros y precisamente definidos. En realidad ninguna ciencia, ni aún la más exacta, comienza por tales definiciones. El verdadero principio de la actividad científica consiste más bien en la descripción de fenómenos, que luego son agrupados, ordenados y relacionados entre sí.*” FREUD, Sigmund; «Las pulsiones y sus destinos», en *Los textos fundamentales del psicoanálisis*. Traducción y adaptación del original inglés de Luis LÓPEZ BALLESTEROS, Ramón REY y Gustavo DESSAL. Ediciones Altaya. Barcelona (España), 1993, p. 247.

³ HEIDEGGER perfila su noción posteriormente, en los siguientes términos: “*Por «conceptos fundamentales» se entiende habitualmente las representaciones que nos delimitan un ámbito de objetos en su totalidad o según perspectivas particulares, pero rectoras.*” O lo que es lo mismo, “*concebir el fundamento de todo y esto significa: alcanzarlo en el respecto para con el fundamento de todo.*” HEIDEGGER, Martin; *Conceptos Fundamentales*. 2ª edición. Traducción de la edición alemana de Petra JAEGER por Manuel E. VÁSQUEZ GARCÍA. Alianza Editorial. Madrid, 2010, pp. 25, 39-40 y 48.

construidos a partir de una intuición *a priori*, siendo la relación entre ellos — como se señaló previamente— la base de todo enunciado o axioma¹.

En este sentido, KANT los cree, junto con la intuición *a priori*, la fuente del conocimiento²; BUNGE, hablando de la física, los califica como «eslabones necesarios» de toda teoría científica, esto es, “*son unidades que, unidas a conceptos lógicos y matemáticos, se presentan una y otra vez en cada fase de la construcción de una teoría, aquellos de los que no se puede prescindir*”³; HEIDEGGER señala que, así entendidos, los conceptos fundamentales “*sirven a las ciencias particulares para la exploración de sus ámbitos en tanto que hilos conductores del preguntar, responder y presentar*”⁴; y SCHREIER, inspirado en HUSSERL, le atribuye a su formación la cualidad de constituir el «fin supremo de todo conocimiento científico»⁵.

Así, la utilidad de los «conceptos fundamentales» para el conocimiento científico resulta evidente. De ellos puede decirse, con HEIDEGGER, que ellos permiten aprehender la esencia del ente que es objeto del estudio del investigador, y permiten —de ese modo— plantearse la cuestión de su *verdad*⁶.

¹ Los axiomas, según KANT, son “*principios sintéticos a priori, en cuanto que son inmediatamente ciertos*”. Así, la matemática puede ser cognoscible a través de axiomas, “*debido a que pueden, mediante la construcción de conceptos en la intuición del objeto, combinar los predicados de éste a priori y de forma inmediata*”. KANT; *Crítica de la Razón Pura...* pp. 586-587.

² “*No hay otro modo de conocer, fuera de la intuición, que el conceptual, resulta que el conocimiento de todo entendimiento —o al menos el del entendimiento humano— es un conocimiento conceptual, discursivo, no intuitivo*”. KANT; *Crítica de la Razón Pura...* p. 105.

³ BUNGE; *Filosofía...* p. 20.

⁴ HEIDEGGER; *Conceptos...* p. 40.

⁵ En sus palabras, “*El fin supremo de todo conocimiento científico es la axiomatización ‘con la cual se otorga a cada ciencia eidética el grado supremo de racionalidad, de tal manera que todos los procedimientos mentales mediatos pueden reducirse a simples subsunciones bajo el axioma establecido sistemática y definitivamente para cada disciplina, a no ser que desde luego se trate de la lógica formal o pura... y se desee reforzar la subsunción relativamente a los axiomas de esta última*”. SCHREIER, Fritz; *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*. Traducción del original alemán por Eduardo GARCÍA MAYNEZ. Editorial Losada, Buenos Aires, 1942, pp. 27-28.

⁶ En las palabras de HEIDEGGER, “*...el conocimiento filosófico sólo puede llegar a ser relevante y fructífero para su ciencia positiva, y sólo entonces lo es en sentido verdadero, cuando en el seno de la propia problemática que surge de esta reflexión positiva sobre las conexiones ónticas de su ámbito el investigador se topa con los conceptos fundamentales de su ciencia y en ese momento se cuestiona la adecuación de los conceptos fundamentales tradicionales a ese ente que él ha convertido en tema. Entonces, desde las exigencias de su ciencia, partiendo del horizonte de su propio cuestionar científico y prácticamente en el límite de sus conceptos fundamentales, el investigador puede replantearse la cuestión de la constitución originaria del ser de lo ente, que debe seguir siendo y volver a ser siempre de nuevo su objeto. Las preguntas que surgen de este modo aspiran metódicamente a pasar más allá de sí mismas, en la medida en que lo que preguntan sólo es accesible y determinable ontológicamente. Es evidente que la comunicación científica entre los investigadores de las ciencias positivas y los de la filosofía no se*

El Derecho, en cuanto ciencia¹, no escapa a la posibilidad de conocimiento *axiomático*² y, en consecuencia, al empleo de conceptos fundamentales para desentrañar su esencia; esto es, de «conceptos jurídicos fundamentales».

En efecto, como señala NINO, existe toda una serie de «conceptos jurídicos básicos» que permiten, como si de *átomos* formando *moléculas* se tratara, construir la base teórica para la construcción de los que ATIENZA y RUIZ MANERO llaman *enunciados jurídicos*³. Esa imbricación de conceptos permite, según NIETO, ordenar al Derecho, “*de tal manera que tanto las relaciones sociales como sus normas reguladoras se vertebran en tipos jurídicos*”; al punto que, según el profesor español, “*siempre es un concepto*

puede ajustar a reglas fijas, sobre todo porque la claridad, seguridad y originalidad de la crítica de los propios fundamentos alcanzadas por las respectivas ciencias positivas cambian tan de prisa y de modo tan variado como el grado de autoclarificación que alcanza y mantiene en ocasiones la filosofía en lo tocante a su propia esencia. Esta comunicación sólo adquiere y mantiene su autenticidad, vitalidad y fecundidad cuando el recíproco cuestionar, que se expresa respectivamente de modo óptico- positivo y de modo ontológico trascendental, está guiado por el instinto para la cosa y por la seguridad del tacto científico, y cuando toda cuestión acerca del dominio, primacía y validez de las ciencias le ceden el paso a las necesidades internas del propio problema científico”. HEIDEGGER, Martín; «Fenomenología y Teología» en *Hitos*. Traducción del original alemán por Helena CORTÉS GABAUDAN y Arturo LEYTE COELLO. Colección Ensayos. Alianza Editorial. Madrid, 2000, pp. 65-66.

¹ Coincidimos con LARENZ en considerar que el Derecho “*es, en efecto, una ciencia (y no sólo una tecnología, aunque también sea esto), porque ha desarrollado métodos que apuntan a un conocimiento racionalmente comprobable. A esto no se opone, ni el que no pueda alcanzar nunca el grado de exactitud que distingue a las matemáticas y a las ciencias naturales, ni el que muchos de sus conocimientos sean solo de validez condicionada temporalmente*”, pues “*detrás de la ley y de su cambiante interpretación se halla el pensamiento jurídico, del que es expresión, y el instituto jurídico al que sirve; se halla un principio que se ha impuesto en la conciencia jurídica general, especialmente en la de los que se ocupan del Derecho; se halla, en definitiva, la idea del Derecho mismo. La ciencia del Derecho se ocupa, tanto de lo fugaz como de lo (más o menos) constante; y se ocupa de lo constante en lo fugaz, es decir: de la idea en la multitud de sus cambiantes manifestaciones*”. LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción del original alemán de Enrique GIMBERNAT-ORDEIG. Ariel. Barcelona (España), 1966, pp. 20-21. En el mismo sentido se manifiesta NIETO: “*al fin y al cabo, el conocimiento jurídico —del que tan poco sabemos— no es sino una manifestación del conocimiento científico*”. NIETO, Alejandro; «Las limitaciones del conocimiento jurídico», en NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín; *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2003, p. 16. Incluso, se ha llegado a postular la posibilidad de asimilar el proceso lógico formal matemático con la argumentación jurídica. MARTÍN MALDONADO, Alejandro; «La lógica entre las matemáticas y el derecho. Preguntas a partir de un intento de analogía», en *Precedente*. Ediciones del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Cali, 2003, pp. 127-137.

² Al punto que, según SCHREIER, “*la ciencia del derecho no puede existir desligada de una teoría del conocimiento jurídico; [...] los grandes problemas de aquella ciencia se relacionan con dificultades epistemológicas, y [...] la solución de tales problemas depende, en gran medida, de los esfuerzos y ensayos tendientes a resolver éstas*”. SCHREIER; *Conceptos...* p. 20.

³ NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición. Colección mayor Filosofía y Derecho N° 5. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA. Buenos Aires, 2005, p. 165; y ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan; *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1996, p. 165.

*el punto necesario de referencia. Así en filosofía y en ciencia como en Derecho*¹. Puesto en las palabras de NINO,

“Las descripciones del sistema jurídico utilizan típicamente una serie de conceptos que constituyen la base teórica para la construcción de muchos otros. [...]

El carácter básico de estos conceptos hace que sean empleados en casi todas las explicaciones que se desarrollan en las distintas ramas del derecho. Se distinguen, así, de expresiones que tienen un uso más circunscripto, como ‘defraudación’, ‘sociedad anónima’, ‘hipoteca’, ‘matrimonio’, ‘seguro’, etcétera.”²

Debe hacerse aquí la salvedad de que, mientras NINO concibe a estos «conceptos jurídicos fundamentales» como las definiciones básicas del derecho, en el sentido de constituir nociones que permiten la construcción de *proposiciones jurídicas, igualmente elementales*, ATIENZA y RUIZ MANERO catalogan a ambos tipos de contenidos como «enunciados jurídicos». Véase, a modo de ejemplo, cómo los iusfilósofos españoles últimamente mencionados abordan el tema:

“Dentro de los enunciados jurídicos, esto es, los pertenecientes a un determinado sistema jurídico, no todos tienen –o, al menos no tienen de manera directa- carácter práctico, en cuanto que algunos de ellos (las definiciones) no tienen como función –o como función directa- guiar (o justificar) las conductas, sino identificar el significado de otros enunciados que sí tienen, de una u otra forma, esta última función”³.

Así las cosas, los que podemos denominar como «axiomas jurídicos» (los equivalentes a los «conceptos jurídicos básicos» de NINO, así como a las «definiciones», o «enunciados jurídicos de carácter no práctico» de ATIENZA y RUIZ MANERO) constituyen los *postulados fundamentales del Derecho*, los «ladrillos» que forman la estructura del sistema jurídico, de cuya interrelación

¹NIETO; *Las limitaciones...* p. 20.

²NINO; *Introducción...* p. 165.

³ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* pp. 165, 166 y 177.

surgen —ahora sí— las *proposiciones jurídicas básicas*, los «enunciados jurídicos» a los que se refieren los españoles, a saber (i) enunciados que expresan principios; (ii) reglas que confieren poderes; (iii) permisos; (iv) *juicios de valor*, que es la categoría de enunciados a los que pertenecen los referidos al *daño*, a la *responsabilidad* y a la *culpa* en el Derecho; y (v) la regla de reconocimiento, de forma prácticamente *idéntica* a la que, en el ámbito de la Física, expone BUNGE¹.

Así, de los distintos métodos que enumera BUNGE como mecanismos para la investigación científica, aparece lógico predicar la validez del método axiomático para construir «axiomas» o «enunciados» jurídicos fundamentales, a partir de los cuales sea posible *aprehender el conocimiento jurídico*. Este método cuenta con carta de naturaleza en el Derecho desde los tiempos de HEINECCIUS, y consiste, en su aplicación jurídica, en que “*las exposiciones jurídicas han de empezar con la definición precisa de los conceptos, de los que luego se deducen axiomas, y de ellos proposiciones jurídicas, que finalmente se contrastan con las reglas del ordenamiento legal positivo*”².

Esa «sistematicidad» derivada de la axiomatización de «conceptos fundamentales» proviene, en el conocimiento jurídico, de la Escuela Histórica del Derecho de Friedrich Karl VON SAVIGNY. Así lo afirma NIETO:

“La visión sistemática del Derecho es obra fundamentalmente de Savigny (recuérdese que su obra de referencia se titula *Sistema del Derecho romano actual*) para quien «sistema» significaba que todas las reglas y conceptos jurídicos están trabados en una unidad global en la que cada elemento hace inteligible —y complementa— a los demás, de

¹BUNGE emplea los términos «conceptos primitivos o indefinidos» para referirse a lo que aquí llamamos *axiomas*, y «axiomas», o *enunciados jurídicos* en el sentido aquí empleado, para referirse a los postulados básicos de una teoría: “*Una idea principal o básica es aquella que sirve para construir otras ideas por medios puramente lógicos o matemáticos: es o un concepto usado (habitualmente con la cooperación de otros conceptos) para definir algunos otros conceptos, o un enunciado usado (usualmente conjuntamente con otros enunciados) para deducir algunos enunciados adicionales. Los conceptos básicos de una teoría se denominan conceptos primitivos o indefinidos, mientras que los enunciados básicos se llaman axiomas o postulados de la teoría. (En la axiomática moderna, no se hace ninguna diferencia entre ‘axioma’ y ‘postulado’.* Vid. BUNGE; *Filosofía...* p. 163.

²NIETO; *Las limitaciones...* p. 27.

tal manera que ninguno de ellos puede ser entendido aisladamente. Una idea que adquiere su verdadero alcance cuando se la pone en contacto con el pensamiento cristiano, del que se alimenta, de que el conocimiento no debe orientarse por el objeto sino que, a la inversa, el objeto es el resultado de nuestro conocimiento. El Derecho es, por tanto, producto de nuestro conocimiento jurídico: lo que explica su unidad sistemática, dado que del pensamiento humano no caben compartimientos estancos.”¹

En el mismo sentido, RECASENS SICHES atribuye a la Teoría Fundamental del Derecho la tarea de “*esclarecer una serie de conceptos que, con igual carácter primario que la noción esencial del Derecho, condicionan todo lo jurídico*”; o en otras palabras –las de KANT- los juicios sintéticos *a priori* del Derecho:

“A tal serie de conceptos fundamentales pertenecen, por ejemplo, los de precepto jurídico, derecho subjetivo, deber jurídico, personalidad, supuesto jurídico, consecuencia jurídica, sanción, legalidad, ilegalidad, relación jurídica, objeto jurídico. Estos conceptos no tienen un origen empírico ni una índole contingente, sino que por el contrario están necesariamente comprendidos por la esencia de lo jurídico y pertenecen a todas las manifestaciones reales o posibles del Derecho; esto es, constituyen ineludiblemente el armazón universal de todo Derecho (civil o penal, pasado, presente o futuro; primitivo o complicado, justo o injusto). Al concepto universal del Derecho y al séquito de nociones fundamentales puras (no empíricas) es a lo que llamamos *a priori* formal del Derecho.”²

B. El problema de la identificación de los «conceptos jurídicos fundamentales».

No es sencilla, sin embargo, la tarea de identificar estos «conceptos jurídicos fundamentales». El problema reside, según AZUARA PÉREZ, en el método que se ha de emplear para descubrirlos. Éste puede ser (i) *empírico*,

¹NIETO; *Las limitaciones...* p. 28.

²RECASENS SICHES, Luis; «Presentación», en SCHREIER; *Conceptos...* pp. 7-8.

sobre una base *inductiva fenomenológica*, a partir de la reducción de los hechos jurídicos *lato sensu* a “*una serie de constantes de carácter general a través de un proceso consistente en eliminar lo accidental y contingente y en unificar y describir lo uniforme*”; o bien (ii) *apriorístico*, en la medida en la que estos «conceptos jurídicos fundamentales» “*constituyen conceptos a priori, es decir, nociones que tienen una validez universal y necesaria*”, a base de “*buscarlos sólo en el entendimiento como su lugar de procedencia y a base de analizar su uso puro en general*”¹.

Al respecto, KANT distingue dos niveles del conocimiento jurídico: (i) lo que es de Derecho —*quid sit iuris*—, es “*lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado*”; y (ii) lo que es justo —*quid sit ius*—, para cuyo conocimiento ha de acudir a “*la mera razón*”, si bien los objetos del primer nivel de conocimiento en comentarios pueden servir a ese objeto “*como hilo conductor para erigir los fundamentos de una posible legislación positiva*”².

C. Positivismo jurídico y «conceptos jurídicos fundamentales».

Las nociones fundamentales del Derecho como «estructuras lógico-objetivas».

Al *primero* de los niveles del conocimiento jurídico a los que se refiere KANT, fácilmente identificable con el positivismo jurídico, es al que, tradicionalmente, está vinculada la noción de «conceptos jurídicos fundamentales». En efecto, como señala FERNÁNDEZ SUÁREZ³, respecto de los conceptos jurídicos son posibles tres clasificaciones, que se superponen entre sí, “*según tengamos en cuenta: los objetos a que se refieren, su extensión, su contenido o las relaciones recíprocas que existan entre ellos*”:

¹ AZUARA PÉREZ, Leandro; «Los Conceptos Jurídicos Fundamentales», en *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 87-88. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., julio a diciembre de 1972, p. 363; y KANT; *Crítica de la Razón Pura*... p. 103.

² KANT, Immanuel; *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción del original alemán por Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL SANCHO. 4ª Edición. Colección Clásicos del Pensamiento. Editorial Tecnos. Madrid, 2005, p. 38.

³ FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino; *La Filosofía del Derecho de Eduardo García Maynez*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991, p. 181.

- Lógico-jurídicos ↔ Ontológico-jurídicos
- Normativos ↔ No normativos
- Fundamentales ↔ No fundamentales

a) John Austin

En este sentido, AUSTIN entiende que el criterio básico de identificación de los conceptos jurídicos fundamentales es su *necesidad*. En ese orden de ideas, el británico entiende que la distinción entre derechos reales y personales es absolutamente superflua, en tanto ambos tipos de derechos confluyen en una noción general y *necesaria*, la de «derecho subjetivo», que sí configura, junto con las de «orden», «deber», «obligación» y «sanción»¹, un concepto jurídico fundamental:

“Y en tanto esta diferencia [la existente entre derechos reales y personales] es puramente accidental, esta no está comprendida en la jurisprudencia general: a la jurisprudencia general, o la filosofía del Derecho positivo, conciernen los principios y distinciones que son esenciales o necesarias.”²

De acuerdo con AUSTIN, el término «command» denota la especial naturaleza de las leyes positivas —o «*positive law*»—, como contrapuestas a las leyes (i) *Divinas*, o lo que es lo mismo, “*las impuestas por Dios a sus criaturas humanas*”; (ii) *Morales*, o de la *moralidad positiva*; y (iii) *Metafóricas* o figurativas, que para el británico se corresponden a las leyes de la naturaleza —la gravitación universal, por ejemplo—, que no constituyen

¹ O sea, «*command*», «*duty*», y «*sanction*». AUSTIN, John; *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 3ª edición, revisada y editada por Robert CAMPBELL. John Murray Ed. Londres, 1869, pp. 81, 88, 90, 91. De lo expuesto, AZUARA PÉREZ deduce —con acierto— la relación de identidad que, en el pensamiento de AUSTIN, existe entre los «conceptos jurídicos fundamentales» y la Filosofía del Derecho, como la encargada de su estudio y sistematización. AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* p. 369.

² El interpolado entre corchetes es nuestro. Traducciónlibrenuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “*And since this difference is purely accidental, it is not involved by general jurisprudence: for general jurisprudence, or the philosophy of positive law, is concerned with principles and distinctions which are essential or necessary.*” AUSTIN, John; *The Province of Jurisprudence Determined*. 2ª edición. John Murray Ed. Londres, 1861, p. xciv.

leyes en sentido propio en tanto en su formación no participa la inteligencia, bajo la forma de la razón, sea divina o humana¹.

Según AUSTIN, sólo las leyes que implican un «*command*», o sea, la amenaza coactiva de sanción, son las leyes en sentido propio; así, únicamente las leyes divinas, las leyes positivas y algunas leyes de la moralidad positiva constituyen auténticas «leyes», pero sólo las leyes positivas constituyen el objeto del Derecho, o de la «Jurisprudencia General», como él la denomina. De ahí deriva, en consecuencia, que únicamente los términos primeramente mencionados constituyan conceptos jurídicos fundamentales, dado su carácter *necesario*—por vía de su correlación con la orden, o «*command*»— para construir una ley positiva.

Cabe indicar que, en el mismo sentido, AUSTIN señala que la correlación entre los términos comentados es una *categoría lógica*, que supone *identidad*: “Cada uno de los tres términos significa la misma noción; pero cada uno denota una parte diferente de esa noción, y connota a las demás.”²

b) Eduardo García Maynez.

De ello se sigue necesariamente, de acuerdo con GARCÍA MAYNEZ, que los conceptos jurídicos fundamentales “*se distinguen de todos los demás en que no pueden ser ignorados por ningún ordenamiento positivo*”. El profesor mexicano advierte, sin embargo, que el criterio propuesto por AUSTIN “*no basta para conocer la esencia de tales conceptos, ni permite determinar —a priori—cuáles ostentan ese rango*”, pues se trata de distinguir las nociones

¹AUSTIN; *Lectures...* pp. 90-91.

²Traducciónlibrenuestra. El original inglés dice lo siguiente: “*Each of the three terms signifies the same notion; but each denotes a different part of that notion, and connotes the residue*”. AUSTIN; *Lectures...* p. 91.

que sean “verdaderas categorías del pensamiento jurídico, esto es, de conceptos que condicionan el conocimiento del derecho”¹.

Estas categorías, de acuerdo con GARCÍA MAYNEZ, se identifican con las formas —objetos— lógicas, de modo que pueden identificarse a los conceptos jurídicos fundamentales con “la forma de ciertos objetos: en primer término, por la de derecho en general y su concepto; en segundo lugar, por la de las nociones fundamentales implícitas en tal concepto y la de los correlatos objetivos de aquellas”². Estos «correlatos objetivos» se corresponden con los contenidos *ontológicos* de las formas jurídicas, o lo que es lo mismo, con los conceptos «ontológico-jurídicos» que, por su propia esencia —dar contenido a la forma jurídica, siempre inmutable, “condiciones que en forma necesaria y suficiente determinan la inclusión de cada uno en la misma clase”³. Dice, así, GARCÍA MAYNEZ:

“No es lo mismo, en efecto, la noción universal del derecho que el objeto a que está referida, ni podemos tampoco confundir el derecho subjetivo o el deber jurídico, como tales, con el concepto del derecho subjetivo o el del deber jurídico. La Teoría Jurídica Fundamental no sólo debe inquirir la ‘forma’ de los conceptos fundamentales, sino la de sus correlatos objetivos, sea cual fuere el plano en el que aparezcan”⁴

Así, los conceptos jurídicos fundamentales constituirán categorías formales del pensamiento jurídico; serán «irradiaciones formales» de la noción universal del derecho, o «funciones lógicas» de toda consideración jurídica, de modo que, según GARCÍA MAYNEZ, los conceptos jurídicos fundamentales “deben ser derivados del análisis de esa noción básica”, o sea, de la bilateralidad propia del Derecho frente a los demás órdenes

¹GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; «La noción universal del Derecho y los Conceptos Jurídicos Fundamentales», en *Diánoia*. Vol. 5, N° 5. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1959, p. 40.

²GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 47.

³GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 44.

⁴GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 47.

normativos¹. De ella dimana la conexión necesaria y recíproca de dos subtipos de *norma jurídica*, las «atributivas» —que consagran un derecho subjetivo— y las «prescriptivas», que imponen deberes.

En este sentido, es posible clasificar a los «conceptos jurídicos fundamentales» en dos tipos, en razón de los objetos a que se refieren: (i) *lógico-jurídicos*, que son los referidos a conceptos, a juicios o a raciocinios, esto es, a *objetos lógicos*, de la norma jurídica²; y (ii) *ontológico-jurídicos*, términos correlativos de los anteriores y que “*no se refieren a una parte de la norma atributiva, sino al vínculo creado por tal norma entre el sujeto del derecho y el sujeto del deber*”³, bajo la llamada «ley de correspondencia»⁴ Así las cosas, existen —en la opinión de GARCÍA MAYNEZ⁵— un total de veinte «conceptos jurídicos fundamentales», identificadas con diez de estos conceptos en cada uno de los tipos previamente enunciados. Veamos, en primer lugar, los conceptos vinculados con la «norma atributiva»:

	Conceptos	Conceptos
	<i>lógico-jurídicos</i>	<i>ontológico-jurídicos</i>
Norma Atributiva	Supuesto de la norma atributiva	Hecho condicionante de la relación jurídica directa
	Disposición atributiva	Relación jurídica directa
	Concepto-sujeto de la norma atributiva	Pretensor
	Cópula atributiva	Derecho subjetivo
	Predicado de la norma atributiva	Objeto del derecho

¹ Así lo dice el profesor mexicano: “*Si lo que distingue al derecho de otras formas de regulación normativa es la nota de bilateralidad, el cuadro de las nociones jurídicas básicas tendrá que poder derivarse del concepto de regulación bilateral*”. GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 48.

² GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; «Clasificación de los Conceptos Jurídicos» en *Diánoia*. Vol. 2, N° 2. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1956, p. 3.

³ GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

⁴ De acuerdo con la cual “*a cada concepto lógico-jurídico corresponde otro ontológico-jurídico, y al revés. Ello es consecuencia necesaria de la distinción entre plano de la regulación jurídica de la conducta y plano de la conducta jurídicamente regulada*”. Así, los conceptos ontológico-jurídicos no serían, en puridad de concepto y coherentemente con la exposición de GARCÍA MAYNEZ, conceptos jurídicos fundamentales, ya que únicamente los primeros forman parte de las normas jurídicas. GARCÍA MAYNEZ; *Clasificación...* pp. 15-16.

⁵ GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

Como puede verse, GARCÍA MAYNEZ identifica a los «conceptos lógico-jurídicos» como *objetos lógicos*, de modo que “*están insertos en el plano de la regulación jurídica de la conducta*”¹. Una clasificación idéntica hace el mexicano de los «conceptos ontológico-jurídicos», que ya no tratan de *significaciones* sino de «correlatos objetivos» de los conceptos previamente enunciados, y están referidos a conceptos (i) *situacionales*, referidos a los hechos condicionantes de las consecuencias de derecho; (ii) *relacionales*, o de consecuencias de derecho, aplicable a las nociones de derecho subjetivo, deber jurídico y relación jurídica; (iii) *predicativos*, o de la conducta objeto de los deberes y derechos antes mencionados, el predicado de la norma de derecho; y (iv) *substantivos*, los que designan sujetos de derecho, colectivos o individuales².

Idéntico esfuerzo clasificador hace GARCÍA MAYNEZ respecto de los conceptos jurídicos fundamentales que componen la *norma prescriptiva*, *segunda* de las nociones correlativas de norma jurídica que componen, en el sistema ideado por el mexicano, un *enunciado jurídico*. Lo hace en los siguientes términos³:

	Conceptos	Conceptos
	<i>lógico-jurídicos</i>	<i>ontológico-jurídicos</i>
Norma prescriptiva	Supuesto de la norma prescriptiva	Hecho condicionante de la relación jurídica conversa
	Disposición atributiva	Relación jurídica conversa
	Concepto-sujeto de la norma atributiva	Obligado
	Cópula atributiva	Deber jurídico
	Predicado de la norma atributiva	Objeto del deber

¹GARCÍA MAYNEZ; *Clasificación...* pp. 3-4.

²GARCÍA MAYNEZ; *Clasificación...* pp. 4-15.

³GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

c) Leandro Azuara Pérez.

Por su parte, AZUARA PÉREZ identifica a los conceptos jurídicos fundamentales con nociones netamente formales, “*que se hallan en la base de todo derecho posible, y constituyen el fundamento teórico de éste*”. El Derecho, en su opinión, aparece “*como un sistema normativo de carácter abstracto*”, que “*posee una estructura permanente*” axiológicamente ciega, tomando aquí la expresión de KELSEN¹, en cuya base se encuentran los conceptos jurídicos fundamentales, siendo la tarea específica de la filosofía del Derecho “*la formación de estos conceptos*”².

d) Félix Somló.

En este orden de ideas, SOMLÓ plantea la división del conocimiento jurídico en dos series de enunciados; (i) *conceptos jurídico-formales*, consistentes en los elementos necesarios —de forma semejante a la ya expuesta por AUSTIN— para la construcción de enunciados jurídicos en razón de ser los *presupuestos* de toda norma jurídica (y, en consecuencia, equiparables a los «conceptos jurídicos fundamentales» en el sentido aquí empleado); y (ii) *conceptos jurídicos de contenido*, atinentes a las referencias axiológicas y ontológicas concretas de cada enunciado jurídico, que tienen en una formulación de este tipo un obvio carácter contingente. En efecto, para el profesor húngaro,

“La representación de contenido jurídico especial [concreto] tiene un previo conocimiento del requisito, de lo que un contenido jurídico significa [esto es, los conceptos jurídicos fundamentales].

¹ Ello como ineludible resultado de lo que el propio profesor austríaco llama la «consecuencia esencial del positivismo jurídico»: la separación entre Derecho y Moral. En sus palabras, tal consecuencia “*consiste en la separación del derecho y de la moral, así como también de esa parte de la moral a la que se da el nombre de derecho natural*”, doctrina que debe contemplarse, a su juicio, “*como una metafísica del derecho*”. En sus observaciones, KELSEN es radical contra la caracterización del «derecho natural» como «Derecho»: “*el derecho natural no es un ordenamiento estatuido por actos de una voluntad humana, sino que, de conformidad con la doctrina del derecho natural, se deduce de la naturaleza, lo cual, por lo demás, sólo es posible en una concepción teológica para la cual, la voluntad divina se manifiesta en la naturaleza creada por el mismo Dios.*” KELSEN, Hans; «¿Qué es el positivismo jurídico?», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XVI, N° 61. Traducción del original alemán por Mario DE LA CUEVA. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1966, pp. 140, 143.

²AZUARA PÉREZ; *Los Conceptos...* p. 367.

Queremos, con fundamento en estos diferentes puntos de vista, diferenciar varias ciencias del Derecho, de manera que podamos mostrar, en la parte superior de una clasificación de las ciencias jurídicas la diferenciación entre las ciencias del contenido del Derecho y las ciencias de las formas jurídicas.”¹

De esa diferencia, como puede verse, se deriva la distinción entre conceptos «jurídico-formales» y conceptos jurídicos «de contenido», teniendo carácter fundamental para el Derecho sólo los primeros:

“Frente a todos debe diferenciarse a los «conceptos jurídicos de contenido» [*Rechtsinhaltsbegriffe*] de los «conceptos jurídico-formales» [*Rechtsformbegriffen*], y es más importante asegurar que son sólo aquellos los de origen jurídico-normativo. El concepto «del Derecho» no es concepto «jurídico» en el sentido estricto de la palabra. Pero necesitamos que él, como todos los términos que necesariamente se utilizan con él, sean calificados como conceptos jurídicos en un sentido más amplio.”²

SOMLÓ postula, así, la diferencia entre *forma* y *materia* en el Derecho, “esto es, entre aquello que forma parte de la norma como un ingrediente singular y concreto de la misma, y aquello que tienen de común todas las normas jurídicas reales o posibles”³, de modo que los conceptos jurídicos fundamentales configuran, así, formas *a priori* necesarias para el conocimiento jurídico, que *en principio* no pueden deducirse de la experiencia jurídica⁴.

¹ El texto entre corchetes es nuestro. Traducción libre nuestra. El texto original alemán dice lo siguiente: “Die Darstellung eines besonderen Rechtsinhaltes hat eine Kenntnis dessen zur Voraussetzung, wasein Rechtsinhalt überhaupt bedeutet. Wollen wir auf Grund dieser verschiedener Gesichtspunkte verschiedene Rechtswissenschaften unterscheiden, so können wir an die Spitze einer Einteilung der Rechtswissenschaften die Unterscheidung der Rechtsinhaltswissenschaften und der Wissenschaft von der Rechtsformstellen.” SOMLÓ, Felix; *Juristische Grundlehre*. Verlag von Felix Meiner. Leipzig, 1917, p. 1.

² Traducción libre nuestra. El texto original alemán dice lo siguiente: “Vor allem sind die Rechtsinhaltsbegriffe von den Rechtsformbegriffen zu unterscheiden, und es ist wohl darauf zu achten, daß nur jene eines juristisch-normativen Ursprungessind. Der Begriff des Rechtes ist kein Rechtsbegriff im engeren Sinne des Wortes. Doch müssen wir ihn, wie auch alle die Begriffe, die mit ihm notwendigerweise mit gesetzt sind, ebenfalls als Rechtsbegriffe in einem weiteren Sinne des Wortesbezeichnen.” SOMLÓ; *Juristische...* p. 26.

³AZUARA PÉREZ; *Los Conceptos...* p. 371.

⁴ En las palabras de SOMLÓ, “De la comparación de los conceptos jurídicos de contenido [*Rechtsinhaltsbegriffen*] y los conceptos jurídicos fundamentales [*juristischenGrundbegriffen*], es decir, los que constituyen un requisito previo o *a priori* de cualquier concepto jurídico particular, pero no puede concluirse prematuramente que los conceptos

e) **Gustav Radbruch.**

En este sentido, al igual que GARCÍA MAYNEZ y SOMLÓ, Gustav RADBRUCH es de la opinión de que los conceptos jurídicos fundamentales son formas *a priori* ínsitas en el concepto de Derecho, que él define como “*el conjunto de las normas generales y positivas que regulan la vida social*”, un “*concepto cultural*” que, como tal, es concepto que se refiere al valor pero, sin embargo, “*no son ni conceptos axiológicos ni puros conceptos ontológicos*”, de lo que deriva que de tales conceptos no pueda predicarse que son «verdaderos»¹.

Sobre esta base, y a partir de la interpretación, la construcción y la sistemática jurídicas, RADBRUCH deriva, en una forma muy similar a la de SOMLÓ, dos categorías de conceptos jurídicos²:

- (i) Conceptos «de importancia jurídica», que son aquellos de los que se parte para construir las circunstancias de hecho

jurídicos fundamentales no son términos empíricos.” Traducción libre nuestra. El texto original alemán dice lo siguiente: “*Aus der Gegenüberstellung von Rechtsinhaltsbegriffen und juristischen Grundbegriffen, d. h. solchen, die eine Voraussetzung oder ein a priori jedes besonderen Rechtsbegriffes bilden, darf jedoch nicht voreilig der Schluß gezogen werden, daß die Grundbegriffe keine empirischen Begriffe seien.*” SOMLÓ; *Juristische...* p. 32.

¹ RADBRUCH, Gustav; *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción del original alemán por Wenceslao ROCES. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 2005, pp. 46-47. A una conclusión semejante llega GARCÍA MAYNEZ, de la mano de ARISTÓTELES: en su opinión, “*por ‘forma’, en general, entendemos una expresión en que aparece, al menos, una variable, de modo que al sustituir esa variable por algo o, para expresarlo de manera más precisa, al dar un contenido adecuado al lugar que ocupa, la correspondiente expresión se convierte en un enunciado verdadero o falso. ‘Forma perfecta’ es la expresión que puede obtenerse de un enunciado ‘cuando sustituimos por signos idóneos todos los elementos del mismo enunciado que pueden considerarse como variables’ [...] Lo que en el campo de la lógica clásica vale para los conceptos, los juicios y los raciocinios en general, es aplicable, mutatis mutandis, a los conceptos, los juicios y los raciocinios jurídicos*”. GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 42. Sin embargo, el propio GARCÍA MAYNEZ matiza lo previamente expuesto en otro texto, cuando señala lo siguiente: “*Si, como creemos haberlo demostrado en anteriores trabajos, las normas del derecho son juicios, y éstos difieren radicalmente de los que considera la lógica aristotélica (como lo revela el hecho de que no les son aplicables los atributos de verdad y falsedad), resulta ocioso seguir sosteniendo que la del derecho nada nuevo aporta al conocimiento de las formas y legalidades del pensamiento jurídico. La prueba de que la enseñanza tradicional no puede trasladarse sin modificación al campo de que tratamos, está en que las formas lógicas que exhiben la estructura de los juicios enunciativos resultan inutilizables para explicar la de las normas de conducta, lo que, por otra parte, no debe extrañarnos, ya que los primeros están referidos al orden del ser, en tanto que las segundas se refieren al de lo que debe o puede ser lícitamente. Lo propio ha de decirse de los llamados principios supremos (laws of thought, como dicen los ingleses), porque los de la lógica clásica sólo valen para los juicios enunciativos. Los de la normativa, en general, o los de la del derecho, en particular, son, en cambio, principios. sobre la validez o invalidez de cualquier norma, o sobre los mismos atributos de las jurídicas. Mientras no logre demostrarse -y hasta hoy nadie ha conseguido tal cosa- que el concepto de regla de comportamiento es reductible al de enunciación, o que las nociones de validez e invalidez pueden reducirse a las de verdad y falsedad, permanecerá en pie el aserto de que la lógica de las normas complementa a la aristotélico-tomista, y resultarán inobjetables los títulos de legitimidad de las indagaciones contemporáneas sobre aquélla, o sobre la especial de los preceptos del derecho.*” GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; *Lógica del Concepto Jurídico*. Publicaciones de Diánoia, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1959, pp. 10-11.

² RADBRUCH; *Introducción...* pp. 11-12.

tipificadas en la norma. No son propiamente, en la concepción de RADBRUCH, conceptos jurídicos, sino que provienen de otros campos del conocimiento, adaptándolos con arreglo a puntos de vista jurídicos, “*como ocurre por ejemplo con el concepto de la ‘posesión’, que tanto difiere en su acepción usual y en su acepción jurídica*”; y

- (ii) Conceptos jurídicos «genuinos» o conceptos jurídicos «en sentido estricto», que son puramente formales y “*representan categorías de conocimiento necesarias para la comprensión de cualquier Derecho, de los Derechos de todos los pueblos y todos los tiempos*” y dentro de los cuales no se puede “*prescindir de conceptos como los de Derecho objetivo y derecho subjetivo; debe disponer asimismo, no sólo el concepto de norma jurídica y de sus elementos, derechos y consecuencias jurídicas, del de la fuente del derecho y de la distinción entre lo jurídico lo antijurídico, sino manejar, al lado del concepto de derecho subjetivo, los conceptos de deber jurídico de relación jurídica de institución jurídica, de sujeto y objeto del derecho.*”¹

Los conceptos jurídicos fundamentales son entonces, en el pensamiento de RADBRUCH, condiciones lógicas necesarias para llegar a comprender al Derecho, pues es a través de ellos que pueden formularse los problemas propios de cualquier orden jurídico; en sus palabras, “*se trata de puntos de vista desde los cuales puede ser enfocado todo Derecho, sea el que fuere; de categorías del conocimiento jurídico; en una palabra, del arsenal de herramientas mentales sin las que sería imposible elaborar y construir científicamente un orden jurídico cualquiera.*”²

¹ RADBRUCH; *Introducción...* p. 48.

² RADBRUCH; *Introducción...* p. 49.

f) Rudolf Stammler.

Por su parte, Rudolf STAMMLER difiere en la base gnoseológica de los conceptos jurídicos fundamentales con SOMLÓ y RADBRUCH. En la interpretación que de su pensamiento hace AZUARA PÉREZ¹, para STAMMLER los conceptos jurídicos fundamentales provienen, no meramente de la esencia de lo jurídico como estructuras lógico-formales, sino del examen crítico de las notas cuya síntesis unitaria integra el concepto del derecho. Así, la determinación de los conceptos jurídicos fundamentales pasa por la reducción a unidad de una materia concreta de derecho, desde una base empirista, de conocimiento del Derecho histórico; para el jurista alemán “*sería absurda la sola pretensión de llegar a conclusión sobre esto fuera de la experiencia*”².

Del Derecho entendido como “*la voluntad vinculatoria, autárquica e inviolable*”, deduce STAMMLER cuatro conceptos jurídicos fundamentales:

- (i) *Sujeto del Derecho*, al mismo tiempo objeto, medio y fin en sí del derecho;
- (ii) *Fundamento del Derecho*, la determinación jurídica de varias voluntades como medios entre sí, lo que podría reducirse a la noción de *relación jurídica*;
- (iii) *Soberanía jurídica*, la voluntad jurídica que lleva en sí el fin de su propia determinación, o lo que es lo mismo, la articulación armónica de varias voluntades jurídicamente vinculadas como medios al servicio de una voluntad vinculatoria; y

¹AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* pp. 374-376. Sin embargo, es llamativo que MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ cataloguen a SOMLÓ, junto con AUSTIN, en el grupo de juristas que entienden que los conceptos jurídicos fundamentales son cognoscibles a través de la inducción, general y probabilística, mientras que —por otra parte— agrupan a STAMMLER y a RADBRUCH en el grupo de acuerdo con el cual los conceptos jurídicos fundamentales son nociones *a priori* con validez universal. Las razones de nuestra divergencia están implícitas en el texto principal. MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A.; *Curso de teoría del Derecho*. 2ª edición. Editorial Ariel. Barcelona (España) 1999, p. 175.

²STAMMLER, Rudolf; *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción del original alemán por Wenceslao ROCES. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Editorial Reus. Madrid, 1930, p. 70.

- (iv) *Juridicidad*; la conformación de las voluntades vinculadas a la voluntad jurídica que las vincula o, en un sentido negativo, la antijuridicidad, esto es, la contradicción entre la voluntad jurídica y las voluntades que le están vinculadas¹.

De la combinación de estos cuatro conceptos jurídicos fundamentales derivan otros, que STAMMLER denomina «principios jurídicos derivados», que tienen la función “*de enlazar los conocimientos en la esfera de la Jurisprudencia*”, tarea más especializada en éstos que en los conceptos jurídicos fundamentales, en lo que sería una suerte de «geometría del Derecho positivo»². En la interpretación que de la obra de STAMMLER hacen MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, el concepto de Derecho antes transcrito implica lo siguiente:

"tomando la anterior definición como base y utilizando un método filosófico crítico (en el sentido kantiano), establecerá las ocho categorías derivadas fundamentales: de la nota del querer emanan las categorías de sujeto y objeto del Derecho; de la nota de entrelazante o vinculante, las categorías de fundamento del Derecho y relación jurídica; de la nota de autarquía, soberanía jurídica y sujeción al derecho, y de la nota de inviolabilidad, las categorías de juridicidad y antijuridicidad. De estos conceptos, por derivación combinada, resultarán cuarenta y ocho conceptos mixtos."³

g) Hans Kelsen.

Es curioso que el mayor exponente histórico del positivismo jurídico, el austríaco Hans KELSEN, no haya desarrollado expresamente una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales. Sin embargo, debe coincidir con MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ en que “*es incuestionable que, a partir de su consideración de la ciencia jurídica, se produce un giro de tal magnitud, de las discusiones modernas sobre los conceptos jurídicos*

¹ STAMMLER; *Tratado...* pp. 292 a 294.

² AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* p. 375.

³ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 177.

elementales se mueven en torno a la aceptación o el rechazo de las propuestas presentadas por él¹. Así, es posible identificar los elementos lógicos que componen la estructura de la norma jurídica en KELSEN como sus «conceptos jurídicos fundamentales». Con base en esta idea, AZUARA PÉREZ identifica en la obra de KELSEN un total de *nueve* conceptos jurídicos fundamentales, a saber:

- (i) Norma jurídica y regla de derecho; del mismo modo en el que lo hace GARCÍA MAYNEZ², KELSEN caracteriza a la norma como el punto de partida de cualquier comprensión del fenómeno jurídico. En sus palabras, “*el conocimiento jurídico está dirigido, pues, hacia normas que poseen la característica de ser normas jurídicas; que otorgan a ciertos acontecimientos el carácter de actos conforme a derecho (o contrario a derecho). Puesto que el derecho, que constituye el objeto de ese conocimiento, es una ordenación normativa del comportamiento humano; lo que significa: es un sistema de normas que regulan el comportamiento humano.*”³ Toda norma, por el hecho de serlo, es una obligación; según el profesor austriaco, “*la obligación no es algo diferente de la norma; la obligación es la norma en su relación con el sujeto cuya conducta es decretada.*”⁴. De ello se sigue que la norma jurídica es esencial al Derecho, en tanto que, para KELSEN, determina su objeto y contenido.⁵

¹ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 177.

² “*Si lo que distingue al derecho de otras formas de regulación normativa es la nota de bilateralidad, el cuadro de las nociones jurídicas básicas tendrá que poder derivarse del concepto de regulación bilateral. [...] Si la regulación bilateral está constituida por la conexión necesaria recíproca de una norma que faculta y otra que impone deberes, los conceptos de norma jurídica atributiva y norma jurídica prescriptiva tendrán que ser clasificados como fundamentales, ya que están implícitos en el de regulación bilateral. Y pertenecen al plano lógico-jurídico porque son conceptos de objetos lógicos o, más concretamente, porque están referidos a juicios.*” GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 48.

³ KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*. Sin datos de traducción. Ediciones Liber. Caracas, 2010, p. 16.

⁴ KELSEN, Hans; *Teoría General de las Normas*. Traducción del original alemán por Hugo Carlos DELORI JACOBS. Revisión técnica por Juan Federico ARRIOLA. Editorial Trillas. México, D. F., 2003, p. 140.

⁵ “*En la evidente afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho es el derecho, se encuentra —menos evidentemente— incluida la afirmación de que el objeto de la ciencia del derecho lo constituyen las normas jurídicas, y también la conducta humana, pero sólo en la medida en que está determinada en las normas jurídicas como condición por efecto; en otras palabras, en cuanto la conducta humana es contenido de las normas jurídicas.*”

- (ii) *Deber jurídico*, al que KELSEN caracteriza como “*la función esencial del Derecho*”, y que consiste, como correlativo lógico de la sanción, en la conducta “*contraria a la que constituye la condición de la sanción*”. es la conducta que, exigida por la norma, debe cumplir un individuo respecto de otro, siempre respecto de un orden jurídico positivo determinado, sin ninguna implicación moral.

Ahora, la palabra «deber» tiene en KELSEN un significado más amplio: en su concepto, tanto en el caso de una obligación jurídica, como de una permisión positiva, como de una facultad en su sentido más amplio, se hallarían comprendidos en el concepto de «deber jurídico», simplemente como complemento necesario del supuesto de hecho que integra la que KELSEN denomina «norma primaria»¹.

Así, la existencia de un deber jurídico “*no es sino la validez de una norma de derecho que hace depender una sanción de la conducta contraria a aquella que forma el deber jurídico*”, que “*no se concibe fuera de la norma jurídica. El deber jurídico es simplemente la norma de derecho en su relación con el individuo a cuya conducta la misma norma enlaza la sanción*”, cuyo contenido está constituido por “*la conducta opuesta a aquella que como acto*

Las relaciones entre los hombres sólo interesan, como objeto de la ciencia del derecho, en cuanto, como relaciones jurídicas, constituyen el objeto de un conocimiento jurídico, vale decir, en cuanto son relaciones constituidas mediante las normas jurídicas. La ciencia del derecho intenta concebir 'jurídicamente' su objeto, esto es, concebido desde el punto de vista del derecho. Pero concebir algo como jurídico no puede querer decir otra cosa sino concebir algo como derecho, y ello implica como norma jurídica, o como contenido de una norma jurídica; como determinado por una norma de derecho.” KELSEN; Teoría Pura... p. 97

¹ “*Cuando el enunciado jurídico que se formule exprese que, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo determinado acto coactivo, la palabra 'debe' nada dice sobre si la ejecución del acto coactivo sea contenido de una obligación jurídica, de una permisión positiva, o de un facultamiento; más bien, los tres casos se encontrarían comprendidos. Si el verbo 'deber' es utilizado para designar ese sentido que toda norma tiene, no sólo el que obliga a determinada conducta, sino también el que permite positivamente determinada conducta y el que faculta determinada conducta; es decir, si al afirmarse que 'debe' actuarse de determinada manera, sólo se dice que esa conducta se encuentra estatuida en una norma, entonces es una obligación jurídica la conducta opuesta a aquella que constituía la condición del acto coactivo; conducta ordenada en cuanto su incumplimiento es él mismo la condición de un acto coactivo; o que está facultada, o bien, que está positivamente permitida. La obligación jurídica no es, como ya se señaló en un contexto anterior, la conducta debida, o no es la conducta inmediatamente debida. Si se dice que quien está jurídicamente obligado determinada conducta, 'debe' comportarse así en mérito al derecho, lo que así se expresa es el estar siendo debido —es decir, él está positivamente permitido, el estar facultado o el estar ordenado— el acto coactivo que funciona como sanción, en cuanto consecuencia de la conducta opuesta.” KELSEN; Teoría Pura... p. 156.*

antijurídico es condición de la sanción”, o en otras palabras, “la obligación de ‘obedecer’ la norma de derecho”¹.

- (iii) Sanción, o concepto «fundante»², por el cual “se entiende una conducta determinada frente al ser humano, la cual se siente comúnmente como mal y que —conforme a una norma del orden— está impuesta a un ser humano cuando éste —o también otro que se encuentra en una determinada relación social con él— no se comportó de una manera correspondiente al orden”. También debe entenderse por sanción, si bien únicamente desde el punto de vista moral, “la conducta frente a una persona, que por lo común se siente como un bien y que se le concede —conforme a una norma del orden— a una persona que se comportó en la forma correspondiente al orden”³;
- (iv) El acto antijurídico, que constituye “la acción u omisión [humana]determinadas por el orden jurídico, que configura la condición para un acto coactivo estatuido por el derecho.”⁴ Así, el acto antijurídico constituye condición del Derecho y no su negación, toda vez que aquél se configura como tal una vez que el Derecho ha decidido asociarle una sanción como consecuencia jurídica, y no al revés.⁵

NINO critica agudamente esta concepción del acto antijurídico. Según el profesor argentino, tal noción peca de imprecisa, en primer lugar, al

¹KELSEN, Hans; *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción del original inglés por Eduardo GARCÍA MAYNEZ. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 1995, p. 69.

²Ello según NINO: “En el sistema que propone Kelsen, el de sanciones el concepto primitivo. Esto quiere decir que, en forma directa o indirecta, sirve para definir los demás conceptos elementales, mientras que ‘sanción’ no se define en base a ellos.” NINO; *Introducción...* p. 168.

³KELSEN; *Teoría General de las Normas...* p. 141.

⁴El texto entre corchetes es nuestro. KELSEN; *Teoría Pura...* p. 146.

⁵“La relación entre acto ilícito y consecuencia de lo ilícito no consiste, por lo tanto —como lo supone la jurisprudencia tradicional—, en que una acción u omisión, al constituir un acto ilícito o delito, está conectada con un acto coactivo como consecuencia de la ilicitud, sino que una acción u omisión es un acto ilícito o delito, o que se le ha conectado un acto coactivo como su consecuencia. No se trata de ninguna propiedad inmanente, y tampoco de ninguna relación con alguna norma metajurídica, natural o divina, es decir, de ninguna relación con un mundo trascendente al derecho positivo, la que hace de determinada conducta humana un acto ilícito o delito; sino exclusiva y únicamente, el que sea convertida, por el orden jurídico positivo, en condición de un acto coactivo, es decir, en condición de una sanción”. KELSEN; *Teoría Pura...* p. 147.

señalar al acto jurídico como «antecedente» de la sanción como parte de la que KELSEN llama la «norma secundaria», siendo que otros actos «no antijurídicos» son también *antecedentes* de la sanción: la acusación fiscal, por ejemplo, o la sentencia del juez¹.

KELSEN responde a la crítica, argumentando que el acto antijurídico es “*la conducta de aquel hombre contra el cual, como consecuencia de su propio comportamiento, se dirige el acto coactivo que sirve de sanción*”, cuestión que, como apunta NINO, es pasible de *dos* críticas, una proveniente del propio KELSEN: una definición tal de lo antijurídico no distingue los casos de responsabilidad personal de los casos de responsabilidad por el acto antijurídico *de un tercero*, razón por la que propone, como definición final, aquella de acuerdo con la cual el acto antijurídico es “*la conducta de aquel hombre contra quien, o contra cuyos allegados, se dirige la sanción como consecuencia*”².

Ahora bien, una definición tal no escapa al problema originalmente planteado, esto es, a la indeterminación respecto del acto que, asociado a la sanción, debe considerarse como antijurídico; el concepto de relación jurídica, o de allegado —dice NINO— “*es lo bastante vago como para que se encuentren en esa vinculación, con el que padece la sanción, no sólo el hijo respecto al padre o el jefe de Estado en relación a los súbditos, sino también el fiscal que acusa y el co-contratante que demanda por incumplimiento del contrato*”³, sin que siquiera se resuelva el problema de la que el profesor austríaco llama «imputación», o vínculo entre el acto antijurídico y la *responsabilidad* de quien está llamado por la norma a sufrir la sanción, sea —siempre bajo el esquema de KELSEN— *directa o indirectamente*⁴.

¹NINO; *Introducción...* p. 175.

²KELSEN; *Teoría Pura...* p. 151.

³NINO; *Introducción...* p. 177.

⁴ La «imputación», como se verá posteriormente, es radicalmente importante en el desarrollo de nuestro análisis del problema. KELSEN la define como “*el enlace específico de hecho y consecuencia [...] distinguiéndolo así de la «causalidad», que es “el enlace de elementos dentro del sistema de la naturaleza”*”. Constituye, sin duda, un concepto jurídico fundamental en los términos hasta ahora desarrollados, en tanto constituye el enlace lógico entre

- (v) *Responsabilidad*, como derivado lógico de la definición previa, KELSEN define a la responsabilidad como la relación entre el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito y la sanción, con independencia de si ese sujeto ha sido el autor del acto antijurídico¹.

De esta primera definición surge la clasificación de la responsabilidad jurídica en las que NINO llama «responsabilidad directa», cuando el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito y el autor del acto antijurídico son la misma persona; y la «responsabilidad vicaria», cuando el autor del acto antijurídico y el individuo contra el que se dirige la sanción son personas distintas, aunque estén relacionadas². Ello es especialmente patente en los casos de las que KELSEN llama «responsabilidad individual» y «responsabilidad colectiva». En el primer caso, *“la sanción se dirige exclusivamente contra el delincuente, es decir, aquel que con sus acciones cometió el delito”*, mientras que en el segundo supuesto *“la responsabilidad por el delito cometido por un tercero aparece cuando las sanciones dirigida contra alguien distinto al delincuente, pudiendo tener sólo un efecto preventivo siempre ambos existe alguna relación que permite suponer que el individuo obligado, el delincuente potencial, también percibe la acción de infligir la sanción como un mal”*³, de modo tal que puede establecerse una relación entre responsabilidad «directa» y responsabilidad «individual», por una parte, y por la otra entre responsabilidad «vicaria» y responsabilidad «colectiva».

Parte aquí KELSEN, creemos, de un equívoco. La responsabilidad siempre parte de un *acto propio del responsable*, de modo que la relación entre *“el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito”* y la

dos de estos conceptos, también parte de la estructura lógico-objetiva de la norma: el acto antijurídico, la responsabilidad —y, correlativamente— con la sanción. KELSEN, Hans; *Teoría General del Estado*. Traducción del original alemán por Luis LEGAZ LACAMBRA. Editora Nacional. México, D. F., 1959, p. 64.

¹KELSEN; *Teoría Pura...* p. 157.

²KELSEN; *Teoría Pura...* p. 157 y NINO; *Introducción...* p. 187.

³KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 159-160.

sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico. La diferencia radica, estimamos, en el hecho que se toma como condición de la sanción, para utilizar la terminología del propio KELSEN.

Veamos. El profesor austríaco pone como ejemplos de responsabilidad «vicaria» algunos casos hipotéticos asimilables a la llamada responsabilidad civil o penal «por el hecho de un tercero», como el supuesto de responsabilidad del padre por el hecho del hijo, o el del patrón respecto a los daños cometidos por sus empleados, o el del dueño respecto de los daños cometidos por animales a su cuidado¹. Como incluso la más superficial de las lecturas de los textos de KELSEN revela, éste toma como acto antijurídico el realizado por el «tercero»; fundamentalmente, el hecho al que causalmente puede atribuirse la generación del daño. Sin embargo, no es este —o no es sólo este— el hecho que puede catalogarse como acto antijurídico, en la terminología de KELSEN. Si el acto antijurídico es la condición de la sanción, expresado bajo la fórmula de observancia o no de un determinado deber jurídico, debería entonces tenerse como tal acto antijurídico —en coherencia con la definición previa— la omisión del especial deber de cuidado, de guarda; la obligación jurídica de prevenir los daños susceptibles de ser causados por personas o bienes al cuidado del infractor, *y no el hecho —o acto— mediante el cual las personas o bienes al cuidado del infractor generan causalmente el daño*². Así, no podría predicarse la existencia de tal responsabilidad «vicaria» en los ejemplos que coloca KELSEN, en tanto y en cuanto existe identidad entre el autor del acto

¹ Estos son los ejemplos que utiliza NINO para ilustrar la relación existente, según KELSEN, entre responsabilidad vicaria y responsabilidad colectiva. NINO; Introducción... p. 188.

² Así lo reconoce KELSEN expresamente, cuando desarrolla el concepto de «imputación» como la relación entre el acto antijurídico y la sanción: *“Ciertamente, a medida que se desarrolla el sentimiento jurídico, la regla es que se señale como hecho condicionante la conducta de aquel hombre contra el cual se dirige el acto coactivo constitutivo de la consecuencia. Si además de esta conducta del hombre contra el cual se dirige la coacción puede distinguirse dentro del hecho condicionante un cierto suceso, entre éste y aquélla existe la siguiente relación: la conducta humana ha causado el suceso; o bien: la conducta humana no ha impedido que el suceso acaeciese.”* Como puede verse, KELSEN se refiere aquí expresamente a la omisión *lato sensu*, pero nada obsta, sin embargo, a que idéntica formulación se aplique para el caso de —precisamente— la omisión del deber de cuidado respecto de los sucesos acaecidos como consecuencia de personas o cosas sometidas a la guarda o cuidado del responsable. KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 63-64

antijurídico y el que debe sufrir los efectos negativos de la sanción; debe reiterarse, entonces, que la relación entre “*el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito*” y la sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico.

No obstante, al razonamiento previo podría objetarse los casos de responsabilidad «colectiva», especialmente en materia de Derecho Internacional Público, a los que se refiere KELSEN: “*como en el caso de la venganza de la sangre, en que pueden ser objeto de la sanción todos los miembros de la familia a la que pertenece el homicida; o en el caso de las sanciones del derecho internacional, la represalia y la guerra, que se dirigen contra los miembros de un Estado cuyo órgano ha cometido el delito internacional.*”¹

Ahora, ese razonamiento es, en puridad de concepto, contradictorio. KELSEN define a la persona jurídica como una “*personificación normativa*”, esto es, “*un complejo de normas de Derecho, por medio de las cuales se regula la conducta recíproca de una pluralidad de hombres que persiguen un fin común*”, y como tal es “*la expresión de la unidad de un orden, de la imputación*”, aún en los casos de divergencia entre la voluntad de la persona natural integrante de la corporación y ésta: “*existiría una personalidad jurídica distinta de las personalidades físicas de los miembros de la comunidad en el caso de que existiese una voluntad colectiva o corporativa distinta de la voluntad de cada uno de los hombres que constituyen la comunidad*”, lo que se reconoce especialmente “*en el momento en que se viese que la voluntad de los miembros de la comunidad se hallaba en contradicción con la voluntad colectiva*”, cuya validez objetiva se revela en qué “*el sujeto para el cual pretende valer dicho orden parcial, el partidario, queda sometido a ese orden incluso en el caso de que varíe su voluntad, con*

¹KELSEN; *Teoría Pura...* p. 159.

*la cual puso, no el 'fundamento', pero si la 'condición' inmediata de la validez de la norma"*¹.

De modo que *"para la existencia de semejante 'voluntad' supraindividual es indiferente el hecho de que la condición, bajo la cual pone el orden jurídico la obligación de los miembros de la comunidad, sea una decisión unánime o mayoritaria de dichos miembros"*, para lo que *"no obsta lo más mínimo el hecho de que esta 'voluntad' supraindividual colectiva sea realizada por órganos especiales, convirtiéndose así la comunidad en comunidad organizada, es decir, en comunidad que funciona por medio de órganos especializados, con arreglo a la división del trabajo. Tales órganos podrían demostrar palmariamente la existencia de la voluntad colectiva supraindividual; pero, en realidad, no constituyen sino los síntomas visibles, no los fundamentos por las causas de dicha voluntad."*²

La autonomía de la voluntad supraindividual respecto de la individual —y en consecuencia, la asunción de responsabilidad por el *"cuerpo colectivo"* como unidad de «imputación»— es particularmente significativa cuando hablamos del Estado. Para KELSEN, la persona jurídica es únicamente la expresión de la unidad de un orden jurídico parcial, que representa una relación meramente provisional de unidad; en sus términos, *"no es un punto último, sino un punto intermedio de la imputación"*. Es el Estado quien es el *"punto último de la imputación"*, o lo que es lo mismo, *"una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra"*. Así las cosas, el acto estatal es un acto autónomo, positivamente independiente en el pensamiento de KELSEN; no es posible argumentar coherentemente, en consecuencia, que los actos ilícitos estatales implican la verificación de un supuesto de responsabilidad «vicaria», toda vez que es el *"cuerpo colectivo"* del cual emanó la «voluntad» —voluntad que, recordemos, es en el sistema

¹KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 89-90.

²KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 90-91.

kelseniano el criterio de distinción entre la responsabilidad «directa» y la responsabilidad «vicaria»— el que sufrirá directamente la sanción, la consecuencia del acto ilícito. En consecuencia, incluso para los actos corporativos debe, bajo los fundamentos propuestos por la teoría de KELSEN, reiterarse que la relación entre “*el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito*” y la sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico; o sea, siempre será de tipo «personal» y «directa»¹.

Por su parte, la división entre responsabilidad «directa» y «vicaria» está, en KELSEN, claramente emparentada con la responsabilidad «por culpa» y la responsabilidad «objetiva», el centro de nuestro problema de estudio. De acuerdo con KELSEN, la responsabilidad por acto ilícito ajeno es siempre *responsabilidad objetiva*. En efecto, bajo su tesis la diferencia entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva sería netamente *psicologista*: la conciencia y voluntariedad del acto ilícito —dolo— será el único fundamento de la responsabilidad por culpa; mientras que cuando exista conciencia del acto pero *involuntariedad del resultado*, estaremos en presencia de responsabilidad objetiva.

“Cuando el orden jurídico convierte en condición de una sanción o consecuencia de lo ilícito, a determinada acción u omisión, mediante la cual se produce, o no se impide, un acontecimiento indeseable (como, por ejemplo, la muerte de un hombre), puede distinguirse entre el caso en que ese acontecimiento haya sido buscado por el individuo cuya conducta interesa, o por lo menos previsto; o bien, que se haya producido sin ninguna intención o previsión, ‘accidentalmente’, como se suele decir. En el primer caso se habla de una responsabilidad por la intención; en el segundo, de una responsabilidad por el resultado.”²

Es muy llamativa la distinción que hace KELSEN en este punto. Como incluso el lector poco avisado puede notar, él llama responsabilidad «por el

¹KELSEN; *Teoría General del Estado...* p. 93.

²KELSEN; *Teoría Pura...* p. 160.

resultado» a la relación existente entre el individuo sancionable y la sanción, cuando dicho individuo (i) ha sido el autor del acto antijurídico; y (ii) ha actuado, si bien con conciencia y voluntariedad respecto de la acción, involuntariamente —por imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o disciplinas— respecto del resultado, o lo que es lo mismo, por lo que los penalistas llaman, en sentido estricto, **culpa**.

“El momento caracterizado como ‘dolo’ —intención dolosa— es una determinada relación positiva entre la conducta interna, anímica del delincuente, y el acontecimiento producido, por lo impedido, por su conducta externa, sea que prevea el hecho, o que dirija su intención a él. La responsabilidad por el resultado será cuando no aparece relación semejante, cuando el acontecimiento no es ni previsto ni especialmente querido.

Es habitual comprender en el concepto de responsabilidad intencional, el caso de la denominada ‘negligencia’. Aparece cuando la producción o la falta de impedimento de un acontecimiento indeseable según el orden jurídico, están prohibidas, aun cuando ese acontecimiento no sea ni previsto, ni buscado por el individuo cuya conducta no provoca o no lo impide, individuo que, sin embargo normalmente, tendría que haberlo previsto y, por tanto, ni ha podido ni debido suscitarlo, ni ha podido y debido impedirlo. Ello significa que el orden jurídico obliga a prever determinados acontecimientos indeseables, que, en cuanto consecuencias de determinadas conductas, pueden ser normalmente previstos, y, en consecuencia, a omitir suscitar tales acontecimientos, o impedir su producción. La negligencia consiste en la omisión de esa previsión ordenada por el orden jurídico, en la falta de la previsión exigida. No se trata —como en el caso de previsión o intención— de una relación positiva entre el fuero íntimo del delincuente y el acontecimiento indeseable provocado, por lo impedido, por su conducta externa. Consiste en la falta de tal relación, exigida por el orden jurídico. En ese sentido, el acto ilícito por negligencia, es un delito de omisión, para cuya comisión se ha estatuido una responsabilidad por el resultado.”¹

¹KELSEN; *Teoría Pura...* p. 161.

Sin embargo, NINO interpreta este texto de manera diferente. Para el profesor argentino, *“la responsabilidad objetiva, o por resultado, se da cuando un individuo es susceptible de ser sancionado independientemente de que haya querido o previsto el acto antijurídico”*, o dicho de otro modo, cuando no existe nexo psicológico entre el autor y su hecho. Ello no existiría en la negligencia pues, en la lectura que hace NINO de KELSEN, aquél afirma *“que la negligencia no es un estado psicológico, sino que consiste en la omisión de cumplir ciertos deberes de precaución. Cuando esa omisión tiene como efecto un resultado antijurídico se hace responsable a la gente sin averiguar su subjetividad.”*¹

Dos cosas deben aquí destacarse. En primer lugar, asumir, como lo hace NINO, que según KELSEN la negligencia es la omisión de cumplir ciertos deberes de precaución, implicaría aceptar que el acto antijurídico que sirve de condición a la sanción es un acto propio del infractor; esto es, nuevamente, un acto por el cual sólo es posible responsabilidad «directa», y no responsabilidad «vicaria», cuestión que ratificaría nuestros argumentos previos sobre aquél punto.

En segundo lugar, no es cierto que la omisión del deber de cuidado en la negligencia sea meramente normativa, es decir, que no existe un componente psicológico en ella. Es la *omisión del deber de cuidado*, o sea, la actitud psicológica *descuidada* del sujeto frente al deber objetivo de garantizar el cuidado de las situaciones jurídicas ajenas, componente esencial del que en la dogmática penal se denomina ilícito «culposo» o «imprudente», el elemento psicológico esencial que permite justificar la punibilidad de este tipo de ilícitos. Como dice WELZEL,

“Sólo con la comprensión de que el momento esencial del hecho culposo reside en el resultado, sino en la clase y modo de ejecución de la acción (esto es, en la contravención del cuidado), se abrió camino para una

¹NINO; *Introducción...* p. 189.

explicación conforme a la estructura de la acción culposa. Los tipos de los delitos dolosos y culposos comprenden la acción final (dirigida) desde distintos puntos de vista: mientras los tipos de los delitos dolosos (dolosos en el sentido de dolo de tipo) comprenden la acción final en la medida que su voluntad de acción está dirigida a la realización de resultados (objetivos) intolerables socialmente, los tipos de los delitos culposos se ocupan (no tanto de los objetivos, sino más bien) de la clase de ejecución de la acción final en relación a consecuencias intolerables socialmente, que el actor o bien confía en que no se producirán o ni siquiera piensa en su producción, y comprenden aquellas ejecuciones de acción (procesos de dirección) que lesionaron el cuidado requerido (para evitar tales consecuencias) en el ámbito de relación. [...] En los tipos culposos se pone en conexión, entonces, la ejecución concreta (o dirección concreta) de la acción final con una conducta modelo, rectora, que está orientada a evitar consecuencias de acción indeseables socialmente. Cuando esta ejecución de la acción coincide con esta conducta rectora, significa que es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello al Derecho, aunque haya ocasionado un resultado indeseable socialmente. [...] Cuando se desvía de esta conducta modelo, no es adecuada a las cosas, al cuidado, y con ello —salvo causales de justificación— antijurídica, y ciertamente en la medida en que se aparta de la conducta adecuada a las cosas [...] más contraviene el cuidado y con ello más inadecuado al Derecho.”¹

El texto últimamente transcrito hace patente, creemos, el equívoco en el que incurren tanto Kelsen como Nino. En efecto, ambos filósofos confunden al que Welzel llama «cuidado requerido en el ámbito de relación» —que como parámetro de medida de la acción que es, tiene naturaleza objetiva— con la actitud psicológica del sujeto frente a ese deber. Un sujeto cualquiera, frente a la realización de una actividad de suyo riesgosa, puede asumir una conducta diligente, cuidadosa, en términos del Derecho Civil, la actitud de un «buen padre de familia»; o bien una actitud *imprudente*, *negligente*, *descuidada*, sea porque confía en que un resultado dañoso no se

¹WELZEL, Hans; *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª edición. Traducción del original alemán por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970, pp. 184-185.

producirá, u olvida representárselo cuando la diligencia del «buen padre de familia» así lo exigía. Este segundo elemento, es decir, la actitud concreta del sujeto frente al deber objetivo de cuidado, es aquella de la que debe predicarse su naturaleza psicológica; no respecto del parámetro —normativo y objetivo— conforme al cual debe compararse esa conducta para, estableciendo la «imputación» de la que habla KELSEN, determinar la responsabilidad de un sujeto.

Con todo, cabe destacar que la responsabilidad, así entendida, constituye en la doctrina de KELSEN un concepto jurídico fundamental, sobre el fundamento de su pertenencia a la estructura lógico-objetiva que sirve de base a la conformación lógico-formal de la norma jurídica, tomando en consideración todos los elementos aquí analizados. De ello deberá extraerse provechosas consecuencias posteriormente, al analizar detenidamente el que constituye nuestro problema central de investigación.

- (vi) Derecho subjetivo, que en KELSEN —contrario a la generalidad de la doctrina, que identifica a esta noción con (i) el interés jurídicamente protegido, es decir, protegido por normas de derecho; o con (ii) el querer jurídicamente reconocido— es “*Derecho objetivo, y sólo en cuanto tal tiene existencia en la esfera del Derecho*”; esto es, es aquel status individual o colectivo a cuya realización se encuentra asociado el deber jurídico de un tercero, a través —exclusivamente— de la norma jurídica¹.

De tal modo, según KELSEN no puede hablarse en propiedad de un derecho «subjetivo», sino sólo en la medida en la que su «titular» pueda, mediante su voluntad, hacer efectiva la sanción prevista en la norma. Así, partiendo del ejemplo que pone KELSEN será el derecho de acción, y no el

¹KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 72-78.

derecho sustantivo que sirve de fundamento a la pretensión, el que —en puridad de concepto— puede tenerse por tal «derecho subjetivo»¹.

“Un derecho subjetivo es, por tanto, la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada. El sujeto de una facultad jurídica es el individuo cuya manifestación de voluntad dirigida hacia la imposición de la sanción, constituye una condición de la sanción misma. Si llamamos al individuo a quien el orden jurídico concede la posibilidad de presentar una demanda, actor potencial, entonces habrá que admitir que este actor potencial es en todo caso sujeto del derecho. El orden jurídico confiere generalmente esta posibilidad al individuo en quien el legislador presupone cierto interés en la sanción. Pero si el orden jurídico concede tal posibilidad a un individuo, éste tiene entonces un derecho subjetivo, aun cuando, en un caso concreto, no exista tal interés y, por tanto, no ‘quiera’ la ejecución de la sanción. El derecho subjetivo no es el interés o la voluntad de la persona a quien pertenece, así como el deber jurídico no es el temor a la sanción o una constricción que pese sobre la mente del obligado. El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma de derecho en su relación con un individuo designado por la misma norma, o sea el actor potencial.”²

KELSEN restringe, de esta manera, una noción que él reconoce compleja y de múltiples significados. Una primera acepción de «derecho subjetivo» se refiere al enunciado de acuerdo con el cual “*el individuo tiene derecho a comportarse, él mismo, de determinada manera*”, situación que más que referirse a la posición ventajosa del titular del «derecho», está asociada con la posición de deber jurídico en la que se encuentran uno o

¹ En las palabras de KELSEN: “Solamente cuando lo definimos de esta manera no coincide el concepto de ‘derecho subjetivo’ con el de deber jurídico, y el derecho subjetivo de A a cierta conducta de B, no es idéntico al deber de B de conducirse de ese modo frente al otro sujeto. En el caso de que un individuo tenga abierta la posibilidad de ‘hacer efectivo’, mediante la presentación de una demanda, el deber jurídico de otro, la situación jurídica no queda completamente descrita si sólo se presenta el deber jurídico de B de conducirse en cierta forma frente a A. Si el concepto de derecho subjetivo no ha de confundirse con el de deber jurídico, el primero tendrá que ser restringido a dicho caso.” KELSEN; *Teoría General del Derecho...* p. 96.

²KELSEN; *Teoría General del Derecho...* p. 97.

varios individuos “a actuar de determinada manera con respecto del individuo que tiene el derecho subjetivo”¹.

Por su parte, una segunda acepción, de la que da cuenta NINO², es aquella de acuerdo con la cual el término «derecho subjetivo» equivaldría a una autorización; esto es, “la existencia de normas que permiten o autorizan los comportamientos” del pretendido titular del derecho «subjetivo». Ello, en la interpretación que hace NINO del pensamiento de KELSEN, no deja de ser un curioso reconocimiento de la existencia de normas permisivas en el sistema de la *Teoría Pura*, siendo que —en su desarrollo original— tales normas no pueden integrar al ordenamiento jurídico, en tanto y en cuanto es únicamente una norma que prevé a una sanción como respuesta a su incumplimiento la única capaz de ser calificada como «jurídica». Así, el esquema de KELSEN se revela insuficiente, de modo que “deben incluirse otras clases de normas, como son las que otorga la autorización para realizar ciertas conductas”³.

En tercer lugar, se encuentran los denominados derechos políticos, que comprenden —también— un poder jurídico, que se concreta en la participación —directa o indirecta— de los sometidos al derecho en la producción de éste “en cuanto en ambos se expresa la función de producción del Derecho”; se diferencia, sin embargo, de la primera de las acepciones de «derecho subjetivo» estudiados, en el sentido de que el derecho político “no sirve para obtener el cumplimiento de una obligación jurídica a su favor por otro sujeto”, sino sólo indirectamente “para participar en la producción de

¹ “Pero esta situación de hecho designada como ‘derecho’ o pretensión jurídica de un individuo, no es otra cosa que la obligación del otro, o de los otros. Si se habla, en este caso, de un derecho subjetivo, o de la pretensión jurídica de un individuo, como si ese derecho o pretensión fuera algo distinto de la obligación del otro, o de los otros, se crea la apariencia de dos situaciones jurídicamente relevantes; cuando sólo se da una. La situación objetiva en cuestión queda descrita exhaustivamente con la descripción de la obligación jurídica del individuo (o individuos) de comportarse de determinada manera frente a otro. Decir que un individuo está obligado a determinada conducta, significa que, en el caso de un comportamiento contrario, debe producirse su sanción; su obligación es la norma que requiere esa conducta, en tanto enlaza, a la conducta contraria, una sanción.” KELSEN; *Teoría Pura*... p. 166.

²NINO; *Introducción*... pp. 201-202.

³NINO; *Introducción*... p. 201.

normas jurídicas generales, mediante las cuales se estatuirán obligaciones jurídicas.”¹

Esta última acepción es particularmente importante para nosotros, pues según KELSEN comprende también a los denominados «derechos o libertades fundamentales». Tales derechos, sin embargo, no son caracterizados por KELSEN como derechos subjetivos, ya que —más que consagrar derechos de acción del individuo para obtener la aplicación de una sanción al obligado por las normas que la consagran— constituyen “*prohibiciones de violar por ley (o por disposiciones con fuerza legal) la igualdad o libertades garantizadas*”; las que, en lo principal, “*no consisten en imponer al órgano legislativo la obligación jurídica de no dictar tales leyes, sino se reducen a que esas leyes, si bien han sido promulgadas, pueden ser derogadas por ‘inconstitucionales’ mediante un procedimiento especial previsto a ese efecto.*”²

En este razonamiento notamos, nuevamente, una inconsistencia en el pensamiento de KELSEN. Si como él dice, las prohibiciones en referencia permiten la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que la contrarían, entonces allí —en la posibilidad de acción de inconstitucionalidad contra tales «leyes»— se encontrarán, a un mismo tiempo, el «derecho subjetivo» del perjudicado, el «deber jurídico» del legislador (contenido en la obligación de dictar leyes que se conformen al mandato prohibitivo configurado bajo la figura de «derecho fundamental»), y la «sanción», equivalente a la inconstitucionalidad que deba declararse. Todos esos términos, por supuesto, utilizados en el contexto de como lo hace KELSEN³.

¹KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 181-183.

²KELSEN; *Teoría Pura...* p. 183.

³ Un razonamiento similar al expuesto es el que hace NINO: “*Supongamos, por ejemplo, que el Congreso dicta una ley restringiendo la libertad de prensa, ¿qué puede hacer un individuo afectado por esa ley? Recurrir a los tribunales reclamando la anulación de esa ley por ser contraria a lo dispuesto por la Constitución [...] De modo que este derecho político es análogo al derecho en sentido técnico, o acción procesal, en cuanto consiste en una facultad para poner en movimiento la maquinaria judicial. Sin embargo, el objetivo de la acción en uno y otro caso es distinto: en el caso del derecho sentido técnico consiste en obtener una sentencia que impone una sanción a quien no cumplió con un deber jurídico; en el de la garantía fundamental, el propósito es obtener una sentencia que anula*

- (vii) Competencia; este término supone, en un sentido lato, la posibilidad jurídica de participar en la formación de normas en un sistema dado, sean de jerarquía superior —leyes, por ejemplo, en el caso del órgano legislativo— o, a través del ejercicio de la autonomía de la voluntad permitida por el Derecho, de normas de rango inferior como es el caso de los contratos, negocios jurídicos o, incluso, a través del ejercicio del «derecho subjetivo» de acción, de la sentencia como acto último de individualización del Derecho.

Esta idea supone explícitamente en el sistema de KELSEN, la posibilidad de considerar como órganos de la comunidad jurídica a cualquier individuo que actúe en el ámbito de las previsiones normativas de un sistema dado. Sin embargo, KELSEN es consciente de que la palabra «competencia» denota un ámbito más restringido, regido —fundamentalmente— por el principio de división del trabajo: son únicamente aquellas personas, «sustrato físico» de los «órganos» a los que el ordenamiento atribuye la emisión de los actos de la comunidad jurídica los que pueden ser asumidos como tales actos de la comunidad, o del Estado.

Así las cosas, el concepto de «competencia» encuentra una primera limitación natural en el contenido del acto: solamente los actos jurídicos

una norma que contradice otra de nivel superior.” NINO; *Introducción...* p. 207. No obstante, KELSEN replica lo siguiente: “*Mientras que la garantía constitucional de los llamados derechos y libertades fundamentales no significa otra cosa que la mayor dificultad señalada en la limitación por ley de esos ‘derechos’, no tenemos derecho alguno en sentido subjetivo. Tampoco ningún derecho reflejo, dado que la ‘prohibición’ de la legislación limitante no estatuye ninguna obligación jurídica; y por ende, tampoco ningún derecho subjetivo en sentido técnico, mientras que por tal se entiende el poder jurídico de reclamar ante el incumplimiento de la obligación jurídica. Un derecho fundamental, o libertad básica, sólo constituye un derecho subjetivo del sentido de un poder jurídico —aunque no sea para obtener satisfacción por el incumplimiento de la obligación jurídica —cuando el orden jurídico otorga el individuo que es afectado por la ley inconstitucional, un poder jurídico para iniciar, con una queja, el procedimiento que conduce a la supresión de la ley inconstitucional. Puesto que el sentido del acto mediante el cual se eliminó una norma, es él mismo una norma, la libertad garantizada consiste en el poder jurídico de poder intervenir en la producción de esas normas. Así, por ejemplo, el derecho constitucionalmente garantizado de libertad religiosa configura un derecho subjetivo cuando el procedimiento para la supresión de la ley limitativa de la libertad religiosa puede ser iniciado por todo individuo afectado, mediante una suerte de actiopopularis. Pero este derecho, como derecho político, se distingue como en el caso del derecho político de voto, del derecho subjetivo en sentido técnico que aparecen el derecho privado, en qué nos sirve para obtener el reconocimiento de las consecuencias del incumplimiento de una obligación jurídica existente con respecto del derechohabiente.*” KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 186-187.

permitidos son considerados, a estos fines, como de creación de Derecho, a pesar de que el acto antijurídico crea Derecho a través de la aplicación de la sanción. En este sentido, una segunda limitación deriva del tipo de acto jurídico que es susceptible de configurar el ejercicio de una competencia; solamente una acción, entendida como una modificación del mundo exterior, es susceptible de calificar como ejercicio de «competencia»¹.

Sin embargo, una definición de este tipo pecaría, como fácilmente puede verse, de incompleta. Sólo sería útil como un concepto restringido, *estricto* de competencia. Si por el contrario, como sugiere AZUARA PÉREZ, se entiende a la competencia como una forma de «capacidad», entonces sería posible concluir que esta es “*la capacidad de realizar acciones y omisiones que puedan fungir como supuestos de derecho o como consecuencias jurídicas*”, definición que —como el mismo AZUARA PÉREZ lo señala— comprende a los actos antijurídicos².

En efecto, de la definición kelseniana de «competencia» —siempre entendida en un sentido amplio—es posible derivar lo que los penalistas llaman «imputabilidad», capacidad de entender y querer un delito; o mejor, dicho en los términos de KELSEN, la posibilidad jurídica de producir un acto antijurídico. Así lo reconoce el profesor austríaco, cuando como consecuencia de la definición previamente enunciada de competencia entiende que

“... resulta necesario reconocer cierta ‘jurisdicción’ en todo individuo humano, o sea, la capacidad que éste tiene de ejecutar o de omitir un acto que el orden jurídico considera como acto u omisión de la misma persona. Esta es la esencia del concepto de ‘competencia’ y tal concepto es el que se usa cuando se dice que únicamente determinados individuos son ‘capaces’ de realizar actos antijurídicos.”³

¹KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 192-204.

²AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* p. 382.

³KELSEN; *Teoría General del Derecho...* p. 107.

Ahora, la noción de «capacidad», referida a la posibilidad de realizar un acto antijurídico —o mejor dicho, a su atribución por el ordenamiento— está contenida en un concepto jurídico fundamental distinto, al que nos referiremos enseguida.

- (viii) *Imputación*; como se deduce de lo previamente expuesto, la imputación no es otra cosa sino la capacidad de realizar actos antijurídicos. La noción, podría decirse, tiene un contenido bífido —de doble dirección— de tipo relacional; esto es, está referido (i) tanto a la vinculación del acto antijurídico con su autor; como (ii) a la relación existente entre el sujeto responsable y la sanción que, por tal circunstancia, debe imponérsele¹.

KELSEN limita el alcance del término únicamente a la segunda de las posibilidades antes mencionadas, esto es, la imputación sirve como puente entre el acto antijurídico y la sanción. El concepto de imputación tiene, en KELSEN, la connotación de un principio ordenador paralelo y diferente de la causalidad, de acuerdo con el cual debe vincularse, cumplidas ciertas condiciones, al acto antijurídico con su consecuencia jurídica, la sanción. De esta forma, existe un claro paralelismo entre la imputación, así entendida, y la causalidad como nexo de conexión entre un acto y su consecuencia, si bien con fundamentos enteramente diferentes. Mientras que la causalidad está regida por las leyes físicas, *“el enlace que se expresa en el enunciado jurídico ha sido establecido por la autoridad jurídica, es decir, por una norma instaurada mediante un acto de voluntad”*².

Como puede verse, la imputación cumple en el sistema kelseniano la misma función de la «cópula jurídica» en la formulación de los conceptos

¹ Sobre la noción de «imputación» en KELSEN, vid. MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Livrosca. Caracas, 2001, pp. 48-54.

²KELSEN; *Teoría Pura...* p. 105.

jurídicos fundamentales de GARCÍA MAYNEZ¹, y como tal enunciado lógico tiene fundamento estrictamente normativo, *no valorativo*; esto es, en los términos que son familiares al Derecho Penal, los hechos no son «disvaliosos» por su significación intrínseca —mala *in se*— sino porque el Derecho los vincula a una sanción, los prohíbe, son «mala *prohibita*»². Así lo dice KELSEN:

“Si bien la ciencia del derecho tiene como objeto normas jurídicas y, por ende los valores jurídicos que éstas constituyen, los enunciados jurídicos que formulan son, como las leyes naturales de las ciencias naturales, una descripción axiológicamente adifóra de su objeto. Es decir, esa descripción se cumple sin referencia a ningún valor metajurídico, y sin ninguna aprobación o desaprobación emotiva. Quien, desde el punto de vista de la ciencia jurídica, afirma en su descripción de un orden jurídico positivo, que en ese orden jurídico, bajo determinadas condiciones, debe llevarse a cabo cierto acto coactivo determinado por el orden, efectúa esa afirmación aún cuando la atribución del acto coactivo su condición le parezca injusta y, por tanto, la desapruebe. Las normas constitutivas de los valores jurídicos deben distinguirse de las normas conforme a las cuales se evalúa la formación del derecho. En la medida en que la ciencia del derecho tiene, en general, que responder a la pregunta de si un comportamiento concreto es lícito o ilícito, la respuesta sólo puede consistir en una declaración con respecto a si esa conducta se encuentra

¹GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

² En ese sentido señala DELGADO OCANDO, inspirado en NIETZSCHE, lo siguiente: “*Hablar en sí de lo justo y lo injusto es algo que carece de todo sentido: en sí, ofender, violentar, despojar, aniquilar no puede ser naturalmente ‘injusto’, desde el momento en que la vida actúa esencialmente, es decir, en sus funciones básicas, ofendiendo, violando, despojando, aniquilando, y no se la puede pensar en absoluto sin ese carácter[...]* Pero el análisis de la genealogía del derecho no está completo si no se da cuenta del origen de la ‘mala conciencia’. [...] La domesticación del hombre y la maldad que ésta implica nacen en el momento en el que el individuo queda definitivamente encerrado en el sortilegio de la sociedad y de la paz. Todos los instintos que no se desahogan hacia fuera —dice Nietzsche— se vuelven hacia dentro —esto es lo que yo llamo la interiorización del hombre: únicamente con esto se desarrolla en él todo lo que más tarde se denomina su ‘alma’. Todo el mundo anterior, originariamente delgado, como encerrado entre dos pieles, fue separándose y creciendo, fue adquiriendo profundidad, anchura, altura, en la medida en que el desahogo del hombre hacia fuera fue quedando inhibido. Aquellos terribles bastiones con que la organización estatal se protegía contra los viejos instintos de la libertad —las penas sobre todo cuentan entre tales bastiones— hicieron de todos aquellos instintos del hombre salvaje, libre, vagabundo, diesen vuelta atrás, se volvieran contra el hombre mismo. La enemistad, la crueldad, el placer en la persecución, en la agresión, en el cambio, en la destrucción —todo esto vuelto contra el poseedor de tales instintos: éste es el origen de la ‘mala conciencia’ [...] La ‘mala conciencia’, pues, viene de la culpa y la culpa, como hemos visto, es una deuda, esto es, una relación entre un acreedor y un deudor. La falta del deudor frente a la comunidad desencadena la represión de ésta y el deudor castigado interioriza sus instintos e introduce, por esta vía, la dolencia más siniestra de la que la humanidad no se ha curado hasta hoy, a saber, el sufrimiento del hombre por el hombre”. DELGADO OCANDO; *Textos...* pp. 130 y 131.

ordenada o prohibida, facultada o no, permitida o no en el orden jurídico que ha de describirse, con prescindencia de si quien formuló la declaración considera esa conducta moralmente buena o mala, la aprueba o la desaprueba.”¹

Así las cosas, el término «imputación» denota, únicamente, “*la idea de que tal o cual hecho es atribuido opuesto en conexión con determinado individuo*”, noción que en el Derecho Penal es denotada, desde antiguo, con el término «imputabilidad»². Esta imputabilidad, sin embargo, “*no es la relación entre un individuo y un acto de éste, sino la que existe entre la sanción jurídica y el acto e, indirectamente entre la sanción y el autor del mismo acto*”, o dicho de otro modo, “*el concepto de imputación refiérese, pues, a la relación específica entre el acto antijurídico y la sanción.*”³ Una relación que, lógicamente, podría establecerse —dado su carácter estrictamente normativo— entre un hombre y una sanción, aun cuando éste —o alguno de sus relacionados, tomando en cuenta la noción de KELSEN de acto antijurídico— no hubiese realizado acto antijurídico alguno, en la medida en que la sanción se vincula, no ya a un acto antijurídico, sino a un «suceso».⁴

¹KELSEN; *Teoría Pura...* p. 108.

²“*Imputable es quien es castigado por su comportamiento, es decir aquel que puede ser responsabilizado; mientras que inimputable es aquel que, por la misma conducta —sea por ser menor de edad, un enfermo mental— no es castigado, es decir, que no puede ser responsabilizado por ella. Se dice, por cierto, que al primero se le imputa la conducta cumplida u omitir, mientras que al segundo no. Pero la acción u omisión en cuestión, sólo es imputada, o no imputada, en cuanto, en un caso, la conducta es ligada a una consecuencia punitiva, calificándosela así como ilícita, mientras que ello no sucede en el otro caso y, por lo tanto no puede decirse que un inimputable haya cometido una ilicitud. Esto significa, empero, que la imputación no consiste en otra cosa sino en esa conexión entre el acto ilícito y su consecuencia. La imputación, que recibe expresión en el concepto de imputabilidad, no es, como supone la teoría tradicional, el enlace de una determinada conducta con el hombre que la lleva a cabo; para ello no se requiere establecer la relación mediante una norma jurídica, puesto que no cabe escindir la conducta del hombre que la realiza; también la conducta de un no imputable, es conducta suya, una acción o un omisión de ese sujeto, aunque no implica ninguna ilicitud imputable. La imputación que recibe expresión el concepto de imputabilidad es el enlace de determinada conducta, a saber, un delito, con su consecuencia punitiva. De ahí que pueda decirse que la consecuencia de lo ilícito es imputada (atribuida) a lo ilícito, pero no que esa consecuencia sea efecto de lo ilícito, como su causa. Que la ciencia jurídica no aspira en absoluto a una explicación causal de los fenómenos jurídicos: lo ilícito y su consecuencia sancionadora, es cosa evidente. En los enunciados jurídicos, con los que describe ese fenómeno, no se utiliza el principio de causalidad, sino un principio que, como demuestra este análisis, puede ser caracterizado como imputación.*” KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 110-111.

³KELSEN; *Teoría General del Derecho...* p. 108.

⁴“*La conducta humana no es el único contenido de las normas de Derecho; a veces, ella va unida a ciertos agradecimientos que ya no son, naturalmente, conducta humana, y que se les llama corrientemente «sucesos». El hecho de la consecuencia, constitutivo de un acto de coacción, tiene que ser, necesariamente, conducta humana, pues se trata de un acto coactivo ejercido por un hombre en contra de otro; pero el hecho condicionante puede ser un mero suceso: así, por ejemplo, algunas legislaciones determinaban que en el caso de una larga sequía debía*

- (ix) Sujeto de Derecho; o «persona jurídica» en sentido amplio, entendida como sujeto de derechos subjetivos y deberes jurídicos, “*responde a la necesidad de imaginar a un portador de tales derechos y deberes*”, cuyas cualidades no debe confundirse —o dicho los términos de KELSEN, «duplicarse»— con los predicados o cualidades inherentes a su substancia.

Así, la «persona jurídica» no es otra cosa que un «centro de imputación normativa», esto es, la unidad personificada de un conjunto de normas jurídicas que consagran, respecto de ese «centro de imputación normativa», un conjunto de derechos subjetivos y deberes jurídicos como su personificación, o sea, como el agente cuya actividad concretará ónticamente los actos jurídicos previstos como supuestos de tales normas, el hombre individual o colectivamente considerado¹.

Esta unidad «personificada» puede referirse, bien al “*hecho de la naturaleza*” denominado «ser humano» —pero no necesariamente, en tanto la cualidad de persona es un atributo eminentemente *jurídico*, según opina KELSEN²—, o bien respecto de las agrupaciones funcionales de seres humanos, personas jurídicas en sentido estricto, tomadas como un «orden personificado», el cual adquiere *totalidad* respecto del Estado³. Éste, el Estado, es el punto último de imputación según KELSEN:

matarse a algún hombre. Aun cuando a este acto coactivo se le llamaba «sacrificio», no quedaba con ello excluido su carácter penal, tanto más cuanto que la pena, en situaciones sociales primitivas (en las que no estaban separados aún el Derecho y la Religión), adoptaba con frecuencia el carácter de sacrificio, y por eso se la consideraba como sacrificio y no como pena.” KELSEN; Teoría General del Estado... p. 63.

¹KELSEN; *Teoría General del Derecho...* pp. 109-110.

² Eso explica que, por ejemplo, determinados ordenamientos jurídicos consideren que los esclavos, o las mujeres, no son susceptibles de personificar derechos o deberes, es decir, no son «personas» en un sentido jurídico. KELSEN; *Teoría General del Derecho...* pp. 111-112. También AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* p. 385.

³ “*La persona jurídica en el sentido estricto de la palabra no es sino la personificación de un orden que regula la conducta de varios individuos, o — por decirlo así — un punto común de imputación de todos aquellos actos humanos determinados por el mismo orden. La llamada persona física es la personificación de un complejo de normas que regulan la conducta de uno y el mismo individuo. El sustrato de la personificación es pues, en principio, el mismo en ambos casos. Sólo puede encontrarse una diferencia entre los elementos que confieren unidad al complejo de normas personificadas [...] las personas colectivas son órdenes jurídicos parciales dentro del orden jurídico total constitutivo del Estado. El orden jurídico constitutivo del Estado se haya, pues, en una relación completamente distinta frente a la persona jurídica sometida al mismo orden, de la que tiene frente a los individuos humanos a quienes impone deberes y concede derechos. La relación entre el orden jurídico total constitutivo del Estado, el llamado derecho el Estado u orden jurídico nacional, y la persona jurídica de una sociedad, es la relación*

“Mientras la persona jurídica es únicamente la expresión de la unidad de un orden jurídico parcial, cuya validez procede de un orden complejo que abarca a él y a todos los restantes órdenes parciales, o con otras palabras: mientras la «voluntad» de la persona jurídica —la persona jurídica como «voluntad»— tiene sobre sí una voluntad «superior» a la cual está subordinada a la de esta persona jurídica y la de todas las demás personas, de la cual deriva jurídicamente la voluntad de todas ellas, la persona no representa una relación definitiva, sino meramente provisional de unidad: no es un punto último, sino un punto intermedio de la imputación. Como punto último de la imputación se acepta, en principio, la persona del Estado: una voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra.”¹

No obstante, NINO crítica este último aspecto de la teoría kelseniana. En su opinión, no parece que lo que los juristas personifican, cuando hablan de una sociedad, sea un orden jurídico; ni siquiera inconscientemente se está suponiendo que actúa un sistema de normas. Una solución tal tiene sentido en una visión antropomórfico de la realidad, pero no tiene sentido lógico predicar de un conjunto normativo la realización de conductas: es, como gráficamente señala NINO, casi como predicar conductas de los números, razón por la cual el profesor argentino cree más plausible hablar de la persona jurídica como una construcción lógica.²

h) Fritz Schreier.

El sistema de Derecho de KELSEN se inspira en las corrientes filosóficas del neokantismo, de acuerdo con las cuales existe una pretendida separación absoluta entre la Moral y el Derecho:

“Según lo anterior, pertenece a la crítica de la razón pura todo lo que constituye la filosofía trascendental. Dicha crítica es la idea completa de la filosofía trascendental, pero sin llegar a ser esta ciencia misma, ya que

entre dos órdenes jurídicos, uno total y otro parcial, el derecho del Estado y los estatutos de la sociedad. Para hablar en forma más precisa, se trata de un caso de delegación.” KELSEN; *Teoría General del Derecho...* p. 117.

¹KELSEN; *Teoría General del Estado...* p. 93.

²NINO; *Introducción...*pp. 230-231.

la crítica sólo extiende su análisis hasta donde lo exige el examen completo del conocimiento sintético *a priori*.

En la división de una ciencia semejante hay que prestar una primordial atención a lo siguiente: que no se introduzcan conceptos que posean algún contenido empírico o, lo que es lo mismo, que el conocimiento *a priori* sea completamente puro. Por ello, aunque los principios supremos de la moralidad y sus conceptos fundamentales constituyen conocimientos *a priori*, no pertenecen a la filosofía trascendental, ya que, si bien ellos no basan lo que prescriben en los conceptos de placer y dolor, de deseo, inclinación, etc., que son todos de origen empírico [al construir un sistema de moralidad pura, tienen que dar cabida necesariamente a estos conceptos empíricos en el concepto de deber, sea como obstáculo a superar, sea como estímulo que no debe convertirse en motivo]. Por ello constituye la filosofía trascendental una filosofía de la razón pura y meramente especulativa. En efecto, todo lo práctico se refiere, en la medida en que implica motivos, a sentimientos pertenecientes a fuentes empíricas de conocimiento.”¹

Sin embargo, no es la filosofía de KANT la única que puede utilizarse como fundamento de tal separación, ni —con mucho— es éste el único sistema filosófico que justifica la aprehensión de los conceptos jurídicos fundamentales como las «estructuras lógicas» del Derecho. Ese es el caso,

¹KANT; *Crítica de la Razón Pura*... p. 60. Sobre este aspecto, la separación entre Moral y Derecho en KANT, resultan esclarecedoras las reflexiones de Javier HERVADA: “En Kant hay una neta distinción entre moral y derecho, pero ¿hay separación entre ambos? Si por separación se entiende que se trata de dos normativas diferentes y, por lo tanto, que no hay —como entiende la doctrina clásica— normas ambivalentes, o sea, que lo moral y lo jurídico puede ser aspectos distintos de la misma norma, Kant sostiene la separación: la moral es el reino de las leyes internas, el derecho de las leyes externas. Pero si por separación se entiende que el deber moral no recae sobre la ley jurídica, entonces en Kant hay distinción pero no separación. Para Kant, el deber moral versa también sobre la ley jurídica: ésta debe ser también cumplida por imperativo categórico interno, esto es, por prescripción moral. El deber jurídico y el deber moral son distintos ciertamente por razón de los motivos de su cumplimiento, pero ambos confluyen en una misma ley.” HERVADA, Javier; *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. 3ª edición. Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). Pamplona (España) 1996, p. 305. Dicho en las palabras de CORTINA ORTS, “No existe, pues, contradicción entre moral y derecho, en el sentido de que la coacción externa que acompaña al derecho se oponga a la libertad trascendental, porque tal coacción está al servicio de la realización de la autonomía personal, en cuanto defiende la libertad externa. Más bien existen dificultades para encontrar razones morales de desobediencia al derecho que, llevada al extremo de la resistencia violenta a la autoridad suprema, supondría el retorno al estado de naturaleza y la ruptura del camino hacia la paz duradera. Se razones morales para obedecer al derecho, no parece haberlas para desobedecerlo. Sólo hay razones morales para ilustrar al pueblo y a los gobernantes sobre el justo utilizando el poder de la pluma.” Quizá por esa razón es que CORTINA ORTS duda en encuadrar a KANT dentro del iusnaturalismo, o bien dentro del iuspositivismo: “no puede decirse que Kant sea iusnaturalista, pero tampoco que el derecho positivo constituye el último criterio jurídico. Por el contrario, el legislador se ve confrontado con el canon del derecho racional”. CORTINA ORTS, Adela; «Estudio Preliminar», en KANT; *Metafísica*... pp. XLII-XLV.

por ejemplo, de Fritz SCHREIER. A partir de lo que él mismo llama “base fenomenológica”, inspirada en la filosofía de Edmund HUSSERL, el profesor SCHREIER pretende la construcción —esbozo, lo llama él— de una teoría formal del Derecho y del Estado, de forma de acometer “la determinación fenomenológica del a priori formal del Derecho”, no únicamente a través de su «reducción eidética», “es decir, la obtención de su esencia como objeto ideal, sino que emprende lo que Husserl llama reducción fenomenológica en sentido estricto, sobre el acto jurídico. Es decir, analiza fenomenológicamente el acto puro en el cual el Derecho se constituye.”¹

Para ello, SCHREIER “parte de la relación jurídica con sus elementos básicos, y opera mediante puras operaciones lógico-formales. Estudia el hecho, la persona, el derecho subjetivo, la prestación, la sanción y el Estado.”², a partir del a priori formal de las instituciones jurídicas; esto es, desde las estructuras lógico-objetivas que sirven de andamiaje a los enunciados jurídicos, independientemente de su contenido.

En este sentido, HUSSERL estableció como *dogma* respecto de la Lógica —entendida por él como un arte, “imprescindible postulado de todas las ciencias”, en razón de sus fines prácticos— su naturaleza de ciencia normativa, que al igual que la matemática es disciplina *a priori* y puramente demostrativa³:

“Empezamos sentando una proposición que es de importancia decisiva para la investigación subsiguiente: de toda disciplina normativa, e igualmente toda disciplina práctica, descansa en una o varias disciplinas teóricas, en cuanto que sus reglas han de poseer un contenido teórico, separable de la idea de normación (del deber ser), contenido cuya investigación científica compete a estas disciplinas teóricas.”⁴

¹RECASENS SICHES; «Presentación», en SCHREIER; *Conceptos*...p. 11.

²RECASENS SICHES; «Presentación», en SCHREIER; *Conceptos*...p. 12.

³HUSSERL, Edmund; *Investigaciones Lógicas*, 1. 3ª edición. Traducción del original alemán de Manuel G. MORENTE y José GAOS. Colección Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial. Madrid, 2006, pp. 53-55.

⁴HUSSERL; *Investigaciones*... p. 60.

Así, la lógica constituye una ciencia normativa en tanto expresa lo que debe ser, “*aunque acaso no sea, ni pueda ser en las circunstancias dadas*”, en cuyo enunciado la concesión de un predicado de valor positivo depende del cumplimiento de una condición, cuyo incumplimiento trae consigo el predicado negativo correspondiente, de forma que no se afirme nada sobre un ser correspondiente. “*Es consecuencia lógico-formal de los enunciados interpretativos, que el deber y el no deber se excluyan; y lo mismo cabe decir del principio de que los juicios sobre un deber no implican ninguna afirmación sobre un ser correspondiente*” Sobre esta base es posible, según HUSSERL, determinar “*las formas esenciales de las proposiciones normativas generales*”¹:

“Los juicios de forma normativa, que acabamos de explicar, no son evidentemente los únicos que pueden considerarse como tales, aunque en la expresión no se emplee la palabra «debe». Es esencial que en lugar de «A debe (o no debe) ser B», digamos «A tiene que (o no puede) ser B». Más importante es señalar las dos nuevas formas. «A no tiene que ser B» y «A puede ser B», que representan las contradictorias de las anteriores. «No tiene que» es la negación de «debe» o —lo que es lo mismo— de «no puede»; como se ve fácilmente por los juicios de valor interpretativos: «un A no tiene que ser B» = «un A que no es B no es por ello un mal A»; «un A puede ser B» = «un A que es B no es por ello un mal A».

Pero aún deberemos incluir aquí otras proposiciones, por ejemplo: «para que un A sea un buen A, basta (o no basta) que sea B». Mientras que las proposiciones anteriores concernían a las condiciones *necesarias* para conceder o negar los predicados de valor, positivos o negativos, en las actuales proposiciones se trata de las condiciones *suficientes*. Otras expresarán a la vez condiciones necesarias y suficientes.

Con esto quedan agotadas las formas esenciales de las proposiciones normativas generales. Hay también, naturalmente, formas correspondientes de juicios de valor particulares e individuales; pero no

¹HUSSERL; *Investigaciones...* pp. 60-61.

aportan nada importante al análisis, y en todo caso las últimas no entran en cuenta para nuestros fines; todas tienen una relación próxima o remota con ciertas proposiciones normativas generales y, en las disciplinas normativas abstractas, sólo pueden entrar como ejemplos de las proposiciones generales que las regulan. Dichas disciplinas se mantienen, en general, más allá de toda existencia individual; sus proposiciones generales son de índole «puramente conceptual», tienen el carácter de leyes en el verdadero sentido de la palabra.»¹

Sobre esta base, HUSSERL describe al juicio normativo como aquella proposición que, con referencia a una valoración general básica y al contenido de la correspondiente pareja de predicados de valor, determinada por ella, expresa cualquiera de las condiciones (i) necesarias o suficientes; o (ii) necesarias y suficientes para la posesión de uno de dichos predicados. Ello implica que toda disciplina normativa está, entonces, “*unívocamente caracterizada por su norma fundamental, o sea, por la definición de lo que debe ser en ella el «bien»*”². La norma fundamental es, en el concepto de HUSSERL,

“...el correlato de la definición de lo «bueno» y lo «mejor», en el sentido en cuestión. Indica el *principio (el valor fundamental)* con arreglo al cual debe verificarse toda normación, y por ende no representa una proposición normativa en sentido propio. La relación de la norma fundamental con las proposiciones propiamente normativas es análoga a la que existe entre las llamadas definiciones de la serie numérica y los teoremas aritméticos sobre relaciones numéricas —fundados siempre en aquéllas—. Cabría designar también la norma fundamental como la definición del concepto del bien respectivo —por ejemplo, el moral—; pero esto sería abandonar el concepto lógico habitual de la definición.”³

Es así que, de proponerse científicamente como objeto de investigación, con referencia a una «definición fundamental» de este tipo —o sea, con referencia a una valoración general fundamental— la totalidad de las

¹HUSSERL; *Investigaciones...* p. 61.

²HUSSERL; *Investigaciones...* pp. 61-63.

³HUSSERL; *Investigaciones...* p. 63.

proposiciones normativas correspondientes, surgirá la idea de una disciplina normativa:

“Toda disciplina normativa está, pues, unívocamente caracterizada por su norma fundamental, o sea, por la definición de lo que debe ser en ella el «bien». Si, por ejemplo, el bien es para nosotros la consecución y conservación, el aumento e incremento del placer, preguntaremos qué objetos excitan el placer, o en qué circunstancias objetivas y subjetivas lo hacen; y en general cuáles son las condiciones necesarias y suficientes para que brote del placer, se conserve, se aumente, etc. [...]

Con referencia a estas distinciones debe entenderse la expresión que habla de fundamentos teóricos presenciales de una ciencia normativa. Significamos con ellos las ciencias teóricas absolutamente esenciales para su construcción; pero eventualmente también aquellos grupos de proposiciones teóricas, que tienen una importancia decisiva para la posibilidad de la disciplina normativa.”¹

Es por esta razón que SCHREIER considera «decisivo», en una teoría de los conceptos jurídicos fundamentales, el concepto de *hecho jurídico*. El análisis fenomenológico, en relación con la teoría de Kelsen, llevó a SCHREIER a la conclusión “*de que el deber jurídico debe subordinarse al hecho jurídico, mientras que el citado jurista subordina a éste el derecho subjetivo. Es indudable, sin embargo, que el derecho subjetivo puede ser concebido también como hecho jurídico, con lo cual la construcción total gana mucho claridad, especialmente para las personas encargadas de la aplicación del derecho, cuyo problema se refiere, exclusivamente, a la existencia del hecho jurídico.*”²

Ello supone una aproximación distinta, una diferencia metodológica esencial, si bien no de contenido, con SOMLÓ, STAMMLER y GARCÍA MAYNEZ:

¹HUSSERL; *Investigaciones...* p. 63-66.

² Es curioso que, a pesar de una declaración de principios tal, SCHREIER espera que “*no se nos haga el reproche de caer en el formalismo. De formalismo sólo puede hablarse cuando lo material es tratado formalmente. Tratar formalmente lo formal es un deber que el método impone.*” Y poco después, el austriaco afirma tranquilamente: “*El procedimiento que consiste en elevarse de los preceptos jurídicos particulares a sus ‘principios’ no puede conducir a la noción del derecho si no se deja un lado ciertos elementos, es decir, si no se hace del material algo puramente formal.*” SCHREIER; *Conceptos...* pp. 18-32.

recuérdese, a este respecto, que el profesor mexicano condiciona la posibilidad de identificar los conceptos jurídicos fundamentales al concepto de Derecho que sirve de base a cada jurista¹, mientras que SCHREIER supone —con KELSEN— que el empleo del método axiomático para el conocimiento del Derecho implica “*buscar los principios supremos del Derecho*”, siendo que si el Derecho no es una parte de otro sistema “*caen por su base todas las definiciones por su función, principiando por las de los iusnaturalistas, que refiere la legalidad del derecho a la de la ética; y terminando con las más modernas, como la de STAMMLER [...] o la de SOMLÓ*”. Toda definición del Derecho como ciencia constituye, en criterio de SCHREIER, una contradicción: “*Así como la Geometría no puede definir el espacio, la Ciencia Jurídica no puede definir el Derecho.*”²

Los conceptos jurídicos fundamentales tienen, entonces, la función de determinar la esencia del Derecho, lo que reduce el problema a la forma o fuente en que se los puede conocer.³ Ello, desde el punto de vista fenomenológico, presenta ciertas dificultades. En primer lugar, el principio de contradicción y del tercero excluido, propios de la lógica matemática, no tienen cabida en el Derecho; en éste, una proposición dada y su

¹GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 38. Sin embargo, AZUARA PÉREZ critica duramente esta posición, considerando que ella, figurativamente, «contamina» el análisis con nociones morales y éticas, ajenas —en su opinión— al concepto de Derecho. Así lo afirma el profesor mexicano, cuando critica las posiciones de RADBRUCH y de STAMMLER: “*Como el concepto del derecho que ofrece Radbruch es de carácter teleológico, entonces hay que concluir que no es para este filósofo del derecho, el puro interés teórico científico el que domina en la construcción de los conceptos fundamentales del derecho, ya que la deducción de éstos tiene como punto de partida el propio concepto del derecho y no la proposición jurídica que es el punto de partida adecuado para la deducción de dichos conceptos según Hans Kelsen. Por lo expuesto, podemos concluir que con tal modo de proceder no queda garantizada la independencia y la pureza de los conceptos jurídicos fundamentales frente a la política y frente a la ética. / Stammler al igual que Radbruch, deduce las categorías jurídicas del concepto de derecho, pero a llevar a cabo dicha deducción como el concepto de derecho tiene un carácter teleológico, los conceptos jurídicos fundamentales se encuentran definidos en función de la teleología y teñidos, en algunos casos, con un matiz ideológico. Para demostrar la verdad del anterior aserto basta recordar que Stammler define el sujeto de derecho como un ser concebido como fin en sí según un orden jurídico determinado, con lo cual confunde el concepto de persona con la idea de persona, es decir, no distingue entre el uso constitutivo del concepto y el uso regulativo de la idea. Por otra parte, concibe Stammler el objeto de derecho como medio para determinados fines, y así hace ingresar este concepto fundamental del derecho en el mundo de la teleología. El análisis de este par de conceptos jurídicos fundamentales es suficiente para percatarse de que Stammler hace intervenir la teleología en su deducción. Ahora bien, la teleología no es la legalidad de la normatividad, sino la imputación entendida como ley de la sociedad.*” AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* pp. 398-399.

² SCHREIER; *Conceptos...* p. 29. En el mismo sentido, si bien con razonamientos distintos, AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* pp. 398-399.

³ SCHREIER; *Conceptos...* p. 30.

contradictorio —según SCHREIER— son posibles. De hecho, la pretensión de deducir todos los preceptos jurídicos de ciertos enunciados es desechada por SCHREIER, pues en su opinión, ello no sería más que un «puro intento iusnaturalista»:

“Querer derivar de unos cuantos axiomas todos los preceptos jurídicos sería, como a primera vista se advierte, un puro intento jusnaturalista. En el orden total de los preceptos jurídicos hay soluciones de continuidad; lo que no se halla más allá de tales soluciones tendrá que ser un sistema derivado de unos cuantos principios fundamentales que determinan la esencia del Derecho; bajo las mismas soluciones de continuidad se encuentran los principios del orden jurídico particular, en los cuales hay algo nuevo que ya no puede ser derivado de los ‘postulados fundamentales’”¹.

Debe partirse entonces, en un examen fenomenológico del Derecho, del *acto jurídico*, el acto en el que el Derecho se constituye, y que supone la relación entre el Derecho y la conciencia intencional de éste², y no los que, con ánimo diferenciador, SCHREIER denomina como «constitutivos de derecho», a saber los actos del legislador o del juez mediante los cuales el derecho es «creado».³ Para SCHREIER, el acto jurídico es un acto que expresa una aprehensión, de modo que la proposición jurídica es, en doble sentido, un «juicio», sea como enunciación o como aprehensión expresada, sin que de ellos pueda predicarse, dada su naturaleza, su verdad.⁴

Más bien, para SCHREIER debe hablarse de la norma jurídica como una ley exacta, comparable a las de la matemática y necesarias apodóticamente; en puridad de concepto, como «juicios sintéticos *a priori*», expresados en forma independiente y plena a través de una *proposición jurídica*, siendo la primera el objeto del acto jurídico, y las últimas las significaciones a través de

¹ SCHREIER; *Conceptos...* p. 31.

² HUSSERL; *Investigaciones...* pp. 195-203.

³ SCHREIER; *Conceptos...* p. 40.

⁴ Ello por cuanto el juicio jurídico—así enunciado— es el objeto mismo, y no su representación por el sujeto cognoscente. SCHREIER; *Conceptos...* pp. 57-58.

las que aquéllas son aprehendidas.¹ La esencia de la norma jurídica radica, para SCHREIER, en su carácter de exactitud, lo que lo aparta definitivamente del empirismo y le permite asumir como tarea “*establecer una dogmática pura del derecho, sino que ello implique, por supuesto, que tratemos de menoscabar la importancia de la doctrina sociológica del mismo.*”²

Sobre esta base, y luego de acerbadas críticas a las doctrinas que él considera opuestas a su visión «fenomenológica» del Derecho, SCHREIER identifica a los conceptos jurídicos fundamentales con los elementos de la norma jurídica, que —en su esencia— denotan una «relación especial», contenida, como se señaló previamente, en la noción de hecho jurídico. SCHREIER deduce los conceptos jurídicos fundamentales de la siguiente fórmula explicativa de la relación jurídica:

H...A P S, no A P... B P S.

Esto es, una vez que se da el hecho (H), el sujeto (A) debe realizar la prestación (P) a que se refiere el supuesto, con el objeto de no hacerse acreedor a la sanción (S); y, por otra parte, si verificado el hecho jurídico (H) el sujeto (A) no realiza la prestación (P) a que se refiere la hipótesis normativa, entonces un tercero (B), dotado de funciones estatales, debe realizar una prestación (P) sustitutiva de la original, es decir, de imposición y ejecución de la sanción (S) que corresponda según la norma.³

De tal forma, tal como se señaló anteriormente, el primero —y el más importante— de los conceptos jurídicos fundamentales en la obra de SCHREIER lo es el hecho jurídico, entendida —como se ha dicho— como equivalente a «supuesto jurídico», a la hipótesis condicionante de la sanción.

¹SCHREIER; *Conceptos...* p. 75-77.

²SCHREIER; *Conceptos...* pp. 65-66.

³SCHREIER; *Conceptos...* p. 114.

Ciertamente, según SCHREIER “el hecho jurídico debe contarse entre los conceptos fundamentales del derecho”¹. Su importancia fundamental, pues de él SCHREIER deduce la que llama «ley de causalidad jurídica» y que es, sustancialmente, idéntica al concepto de «imputación» al que se refería Kelsen²:

“Deseamos desde luego establecer un principio que debe observarse de manera estricta. Es la llamada ley de causalidad jurídica: ‘No hay consecuencias de derecho sin supuesto jurídico’. Esta ley tiene el siguiente corolario: ‘Ninguna modificación de la consecuencia jurídica sin la correspondiente modificación del supuesto jurídico’. En principio, toda transformación del mundo jurídico sólo es posible como consecuencia de un hecho jurídico. La citada ley no es un *analogon* de la causalidad natural, como piensa Zitelmann, sino que deriva de la esencia de la relación o, expresado en otro giro: se trata de un simple juicio analítico. De la esencia de la relación recíproca depende también la verdad del segundo principio, que representa una inversión del primero: ‘Toda transformación del supuesto jurídico produce una transformación en la consecuencia de derecho’. Conviene recordar en este punto que el hecho jurídico no es otra cosa que un hecho jurídicamente relevante y que, por lo tanto, la transformación o extinción del hecho natural no ejercen influencia alguna en las consecuencias jurídicas.”³

Los hechos jurídicos se subdividen, en función de su posibilidad lógica en (i) hechos jurídicos independientes o totales, que para producir efectos

¹SCHREIER; *Conceptos...* p. 145.

² Hay sin embargo, de acuerdo con SCHREIER, alguna diferencia: “Como nuestras ideas sobre este punto se orientan en un sentido diverso que las de Kelsen, queremos señalar la diferencia. Como es bien sabido, Kelsen habla de imputación normativa, entendiéndolo por ésta ‘el enlace que, sobre la base de la norma, se establece entre un sujeto y una situación de hecho’. / ¿En qué consiste esta situación de hecho que debe ser imputada? Kelsen dice: ‘en el contenido de cada norma hay dos elementos que deben ser distinguidos: el sujeto del deber, es decir, el que debe hacer algo, la persona para la que el deber vale, y el objeto del deber, es decir, lo debido’. Esta situación de hecho imputable o de vida, el objeto del deber, coincide con lo que nosotros llamamos prestación o hecho del cumplimiento; pero no parte directamente la línea que lleva al punto final del imputación, a la persona, sino que aparece un elemento intermedio, a saber, el supuesto en virtud del cual la persona es designada. El punto final de la imputación sólo podrá determinarse por medio de una situación real que no se identifica con el hecho debido, pues la designación no es algo obligatorio. El ejemplo que pone Kelsen, del propietario de la casa de cuyo tejado cae una empresa que mata a un transeúnte, confirma con toda claridad nuestra afirmación. Pues la persona a quien se hace la imputación sólo puede determinarse en función de la propiedad, más precisamente, atendiendo al hecho de la adquisición del inmueble, es decir, en función de un hecho nuevo, que no es obligatorio. / En la imputación hay pues que distinguir dos elementos diferentes: por una parte la relación de los dos hechos, el de la designación y el de la prestación y, por otra, el vínculo entre la designación y la persona.” SCHREIER; *Conceptos...* pp. 212-213.

³SCHREIER; *Conceptos...* p. 146.

jurídicos no requieren de ninguna otra circunstancia; y (ii) hechos jurídicos dependientes, que SCHREIER asimila, en cierto modo, al negocio jurídico; son los hechos jurídicos que, para surtir consecuencias jurídicas, requieren necesariamente —parcial o totalmente— del auxilio de un hecho jurídico total. Así, los hechos jurídicos absolutamente dependientes son comparables a los verbos auxiliares en el lenguaje, cuya función consiste únicamente en permitir a los verbos principales desarrollar su significado, mientras que los hechos jurídicos relativamente dependientes “*son los hechos jurídicos que pueden producir por sí determinadas consecuencias de derecho, pero no otras, que solamente engendran cuando se hallan unidos a nuevos hechos jurídicos relativa o absolutamente dependientes.*”¹

Así las cosas, para SCHREIER el derecho subjetivo, entendido como poder o como facultad, son reconocibles al *común denominador del deber*. Para ello, el profesor austríaco parte de considerar al «derecho subjetivo» —entendido como poder o potestad jurídica— como un hecho jurídico dependiente, en los términos antes enunciados. Es “*una condición determinante de consecuencias jurídicas*”, con lo cual se intenta introducir entre las condiciones particulares del hecho jurídico una nueva relación que se expresa por medio de un juicio hipotético, cuando se construyen los derechos subjetivos en normas independientes. Ello ocurre especialmente cuando algún «derecho subjetivo» es condición de otro «hecho jurídico», entendido como una acción concreta del sujeto de Derecho, como en el caso de la propiedad de un bien determinado como presupuesto de su arrendamiento o usufructo; separación ésta que “*no corresponde, sin embargo, a la esencia de las cosas. Tanto el primero como el segundo preceptos del juicio hipotético pueden hallarse, con igual justicia, como*

¹SCHREIER; *Conceptos...* p. 149.

hechos jurídicos dependientes, uno al lado del otro en la norma jurídica, que se refiere a un deber ser.”¹

A partir de allí, es posible caracterizar a la relación jurídica como el vínculo entre dos conceptos jurídicos fundamentales: (i) el hecho jurídico; y (ii) la consecuencia jurídica. No se trata, como apunta SCHREIER, de que el término «relación jurídica» se entienda, equívocamente, como alguno de estos dos elementos: “*la relación jurídica no es lo enlazado, sino el enlace mismo, es decir, la relación o nexo.*” En ese mismo sentido, la relación jurídica no puede concebirse —para el profesor austríaco— como un elemento naturalístico respecto del cual el Derecho adopta una posición valorativa, esto es, permite, ordena o prohíbe.²

Dado que para SCHREIER el Derecho se manifiesta gnoseológicamente a través de la norma, como una unidad lógica de sentido y con total prescindencia de su contenido, regida únicamente por las leyes de la Lógica —en el sentido que HUSSERL da al término— la norma jurídica puede entenderse únicamente como una unidad monolítica, compuesta por determinadas proposiciones (hecho jurídico, sujeto de derecho, consecuencia jurídica, hecho ilícito, responsabilidad, sanción) unidos por lo que GARCÍA MAYNEZ llama una «cópula jurídica» bajo el esquema «concepto-sujeto», «cópula jurídica» y «predicado relacional»³; en el caso de SCHREIER, esta «cópula» vendrá dada por, precisamente, la relación jurídica.

“Hay que tener presente, antes que nada, que a la relación jurídica corresponden normas primarias y secundarias, porque el supuesto de la norma secundaria se haya fundido en el de la primaria. El hecho jurídico total de la norma secundaria es, al mismo tiempo, supuesto jurídico de la norma terciaria, y así sucesivamente. Toda esta cadena de normas constituye una relación jurídica.”⁴

¹SCHREIER; *Concepto...* pp. 158-159.

²SCHREIER; *Concepto...* pp. 163.

³GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 49.

⁴SCHREIER; *Conceptos...* p. 167.

Dicho lo anterior, podemos pasar el estudio del segundo de los conceptos jurídicos fundamentales en el pensamiento de SCHREIER; la noción de «sujeto de deber». Bajo un esquema absolutamente lógico, cual el que maneja SCHREIER, el concepto de sujeto de deber “*por su índole de concepto relativo, se halla colocado en la proposición jurídica como sujeto del segundo precepto*”, mas ello no significa que este concepto sea prescindible en la construcción de la norma jurídica, todo lo contrario: “*Cada obligación, cada deber ser, incluso en el sentido de una relación jurídica formal, exigió un obligado, un sujeto del deber. El sujeto del deber es el concepto primario de persona, y pronto veremos cómo de él surge el de sujeto de derecho.*”¹

La noción de sujeto del deber es una que, para el profesor austríaco, es plenamente asimilable al término homónimo que emplea KELSEN para referirse al centro de imputación normativa. Sobre esta base, los criterios materiales de acuerdo con los cuales deba determinarse quién es o no «persona» son irrelevantes desde un punto de vista estrictamente jurídico. En los términos de SCHREIER,

“El concepto de sujeto del deber resulta plenamente determinado mediante la indicación de su situación en la relación jurídica; pero la teoría jurídica pura no debe exigírsele que ofrezca los criterios materiales de acuerdo con los cuales el sujeto del deber pueda determinarse. Tal actitud sería empirismo, y tendería además a la sustitución de los objetos jurídicos especiales por una intuición determinada. De este modo volvería a caerse en el derecho natural; pues el derecho positivo quisiera ir más allá de los límites señalados, lo que no sería imposible, dada la completa libertad del derecho real, resultaría necesario considerar una norma de esta especie como no jurídica.”²

Así las cosas, como quiera que “*las manifestaciones de cada uno de los conceptos jurídicos fundamentales son siempre hechos, siendo imposible*

¹SCHREIER; *Conceptos...* p. 207-208.

²SCHREIER; *Conceptos...* p. 208.

*otra concepción correcta de los mismos*¹, el sujeto de derecho queda definido en su relación con el deber, como hecho jurídico especial al lado de la prestación, a partir de la «designación» que de él hace la norma². Esa misma «designación», teniendo como base al hecho jurídico «fundante» al que se asocia la cualidad de persona, es el fundamento del concepto de *sujeto de derecho*, que para SCHREIER, sin embargo, no es, como la de «sujeto de deber», un concepto jurídico fundamental:

“De la designación del sujeto de derecho sólo puede hablarse en un sentido translaticio, cuando no existe la posibilidad de que el sujeto en cuestión pueda ser, al propio tiempo, sujeto de algún deber. En este caso se habrían tomado aisladamente algunos hechos como hechos de designación del sujeto de derecho, uniendo un grupo de normas de acuerdo con la comunidad de aquellos. La unidad de la persona como sujeto de derechos y deberes sólo existe en cuanto los hechos de designación de las obligaciones y las facultades jurídicas refiérense a hechos fundamentales comunes en los que los primeros se encuentran fundados. Esta unidad no es todavía absoluta, pues hay personas incapaces para adquirir ciertos derechos, en tanto que otras no pueden reportar determinadas obligaciones.”³

De este modo, las nociones de «capacidad», o de «sujeto de derecho» quedan reducidos a *hechos parciales dependientes*, de tipo contingente frente al hecho jurídico independiente y «fundante» del que depende la capacidad —el nacimiento, por ejemplo— o el derecho subjetivo; el acto de «designación» contenido en el hecho jurídico que sirve de base a la relación jurídica expresada en la norma, o bien el acto de «derivación», consistente en lo que en otras formas de entender el Derecho se denomina *transmisión de derechos*⁴.

¹SCHREIER; *Conceptos...* p. 211.

² “Así pues, en toda norma, el hecho de la designación remite a un hecho jurídico fundamental, en el que queda comprendido, y que constituye la persona como tal.” SCHREIER; *Conceptos...* p. 215.

³SCHREIER; *Conceptos...* p. 223.

⁴ “La determinación de las nociones de derecho subjetivo y sujeto de derecho permite resolver el problema que en un lugar anterior no pudimos liquidar completamente y que se refiere a la transmisión de derechos y obligaciones. Al hablar de la modificación jurídica vimos cómo la persona del obligado puede cambiar, de tal manera que la persona

A renglón seguido, el siguiente concepto jurídico fundamental que ocupa la atención de SCHREIER es el de «prestación», al que, como todos los demás, lo identifica como un hecho jurídico, vinculado con el sujeto de Derecho a través de una relación puramente lógica. Para SCHREIER, la prestación, *“el objeto del deber, es, relativamente a su portador, un hecho, a saber: el que al ser atribuido al obligado, lo libera de su obligación”*.¹ Por su parte, la sanción *“solo es posible sobre la base de la violación de un deber; que la violación sólo se concibe en cuanto el deber existe y que éste, a su vez, tiene su fundamento en un hecho jurídico. El hecho jurídico primario sirve de fundamento de este modo, al secundario, por lo cual, modificando en cierto modo el concepto de transitividad que expusimos anteriormente, podríamos decir que en la cadena de las normas sancionadoras domina la transitividad.”*²

La obligación, la acreencia y la deuda son, en la concepción de SCHREIER, conceptos *correlativos*, no susceptibles de ser concebidos separadamente. Al hablar de obligación debemos hablar, según SCHREIER, de «relación», donde *“el derecho del acreedor deriva de la hipótesis de la segunda norma, en la que el acreedor figura como sujeto de derecho.”* Así, la relación descrita guarda fuertes semejanzas con la noción de «deber jurídico» según Kelsen, en cuanto constituye la ligazón lógica entre el derecho del acreedor y la obligación, en sentido estricto, del deudor. La obligación configura, en el pensamiento de SCHREIER, un derecho relativo que suele oponerse al derecho absoluto. Éstos y aquéllos no son, sin embargo, miembros equivalentes de una misma categoría,

primitivamente designada sea substituida por otra. Es igualmente posible que el sujeto designado del supuesto jurídico, es decir, el titular, será sustituido por otro, apareciendo un nuevo hecho de designación en lugar del primitivo, caso en el cual éste se funda en aquél. De acuerdo con lo dicho, nuestro concepto de la derivación resulta muy sencillo: la derivación es una designación nueva y fundada (substitución). A este concepto se opone el de originalidad, que corresponde a una primera designación no fundada. Al lado de la derivación traslativa existe la constitutiva. En el caso de la derivación constitutiva no cambia solamente la persona del titular, sino que se realizan otras modificaciones en la consecuencia jurídica. También esta hipótesis la adquisición del nuevo derecho se haya fundada en el antiguo.” SCHREIER; *Conceptos...* pp. 232-233.

¹SCHREIER; *Conceptos...* pp. 237-240.

²SCHREIER; *Conceptos...* p. 241.

“...pues el derecho absoluto es tan sólo una etapa previa del relativo. Todo derecho absoluto desemboca en un derecho relativo; los derechos sobre las cosas culminan en derechos personales. Incluso cuando el absoluto es caracterizado como un derecho contra todo el mundo, la designación de una persona determinada resulta indispensable para la caracterización del mismo. (Aun cuando no sea sino por referencia a un proceso en el cual se encuentran frente a frente las dos partes). La obligación es la cúspide hacia la cual tiende todo derecho absoluto.”¹

Sobre las bases anteriores, SCHREIER se plantea definir los términos «vínculo obligatorio» y «pretensión jurídica». La primera tiene el doble sentido de relación y concepto relativo, “*es decir, el del hecho jurídico condicionante de la obligación y el de la obligación misma*”. Ello no quiere decir que el vínculo obligatorio sea solamente el hecho jurídico total, “sino también un hecho parcial al que se da preferencia.” De esta manera, con la expresión «vínculo obligatorio» se designa la totalidad de los hechos fundados en el hecho jurídico total, o en el hecho jurídico parcial, o bien en las normas de derecho correspondientes. Su relación con el concepto de «pretensión jurídica» varía “*de la significación que se otorgue al término vínculo obligatorio. Pretensión y vínculo obligatorio no son conceptos idénticos sino correlativos.*”² Resumidamente, puede decirse respecto de la pretensión que ésta constituye —en la terminología de SCHREIER— un hecho jurídico «fundado» en el «vínculo obligatorio», que en este caso actúa como hecho jurídico «fundante».

Seguidamente, los términos «deuda» y «responsabilidad» ocupan la atención del profesor austríaco; y los define, nuevamente, en términos relacionales. Para SCHREIER, “*toda norma implica una deuda; pero implica también una responsabilidad, en virtud de la necesaria referencia de aquélla a la sanción correspondiente*”³.

¹SCHREIER; *Conceptos...* pp. 250-251.

²SCHREIER; *Conceptos...* pp. 251-252.

³SCHREIER; *Conceptos...* p. 254.

“Pero la deuda no es nunca, por sí misma, responsabilidad, si bien se relaciona siempre con ésta, en cuanto, al no ser cumplida, la nueva norma se enlaza al hecho del incumplimiento. No estamos aquí en presencia de una relación secreta, de un enlace material, sino frente al simple esquema lógico que corresponde a nuestra fórmula de la proposición jurídica. La proposición jurídica simple implica una deuda, pero sólo en cuanto constituye uno de los eslabones de la cadena de relaciones, al cual, realizado el supuesto del incumplimiento (si A no es), se enlaza el eslabón siguiente. La responsabilidad es, pues, ‘lo que está detrás’, la sanción, sin la cual ninguna proposición jurídica es concebible. Toda deuda remite a una responsabilidad, y toda responsabilidad tiene como supuesto una deuda.”¹

Finalmente, una consecuencia evidente de la lógica que aplica SCHREIER a la construcción de conceptos jurídicos fundamentales es la de considerar al Estado como uno de ellos; después de todo, y siguiendo en este punto a KELSEN, SCHREIER considera que el Estado, más que un fenómeno de poder, está constituido por un conjunto normativo, que le da sustantividad y existencia en el mundo del Derecho. De esta manera, el Estado es un conjunto de normas que, además, dotan de sentido y validez jurídica a todas las normas de la comunidad; son el criterio último de vigencia de cualquier Derecho positivo. El Estado es, pues, “*la totalidad de las proposiciones jurídicas; y la vigencia (positividad) descansa en la postulación de un hecho fundamental común.*”²

i) Wesley N. Hohfeld.

Dentro de la teoría jurídica anglosajona, Wesley N. HOHFELD intenta una aproximación bastante similar a la de SCHREIER, pero —esta vez— empleando como concepto jurídico fundamental «base» el de «derecho subjetivo». Este concepto, según HOHFELD, es utilizado indiscriminadamente por los juristas para denotar varias realidades, que si bien comparten una

¹SCHREIER; *Conceptos...* pp. 254-255.

²SCHREIER; *Conceptos...* p. 263.

esencia común —la de constituir derecho— son situaciones ontológicamente diferentes.

Para comenzar su análisis, HOHFELD advierte su importancia práctica, más que teórica. El jurista estadounidense se plantea el problema de los elementos que componen las relaciones jurídicas en general como un mecanismo útil para resolver conflictos prácticos, relativo a la naturaleza jurídica de varias instituciones del derecho anglosajón, como por ejemplo el *trust* [o fideicomiso], institución propia del derecho de la *equity*. Cree HOHFELD, y así lo advierte, que no es el tema que nos ocupa mera diversión académica, sino un problema de vibrante actualidad —al menos, para el tiempo en el que HOHFELD escribió sus líneas, principios del siglo XX— que permite plantear de forma metodológicamente más adecuada los distintos problemas jurídicos.¹

Hecha la aclaratoria previa, HOHFELD comienza su análisis distinguiendo a los conceptos jurídicos de los no jurídicos. En efecto, el jurista estadounidense nota la tendencia, tanto de abogados como de la jurisprudencia, a mezclar los problemas de índole física —naturalística, digamos— psíquicas y morales con los problemas estrictamente jurídicos. Una razón para ello se encuentra en la «cercanía» de ambos tipos de problemas. Una segunda razón se halla en la ambigüedad de los términos jurídicos, cuya polisemia y falta de precisión aumenta la confusión tanto en el lego como en el jurista. Un ejemplo paradigmático, según HOHFELD, lo es el concepto de propiedad². De este modo, se identifica como parte de la dificultad para la precisión de los conceptos jurídicos fundamentales la terminología con la que se los identifica, que en lo que se refiere al derecho

¹HOHFELD, Wesley N.; *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 3ª edición. Traducción del original inglés por Genaro R. CARRIÓ. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N° 2. Fontamara. México, D. F., pp. 27-28.

²“La palabra *propiedad* suministra un ejemplo llamativo. Tanto para los legos como para los letrados este término carece de una connotación definida o estable. A veces se lo emplea para indicar el objeto físico con el cual se relacionan varios derechos, privilegios, etcétera; a veces se lo usa —con mucha mayor discriminación y acierto— para denotar el interés jurídico (o conjunto de relaciones jurídicas) que corresponden a tal objeto físico. Con frecuencia hay un tránsito rápido y falaz de un significado al otro. A veces, también, la palabra es empleada en un sentido ‘mixto’ que no transmite ningún significado definido.” HOHFELD; *Conceptos...* pp. 32-33.

es —fundamentalmente— aplicable sólo figurativamente, pues su acepción literal está referida, más que todo, a cosas naturales; razón por la que es necesario tener como referencia metodológica el hecho de que los conceptos jurídicos son, por su naturaleza, nociones referidas a objetos ideales, sólo perceptibles *a priori* y no asociados directamente con los objetos físicos sobre los cuales los conceptos jurídicos ejercen su influencia.¹

De otro lado, los conceptos jurídicos son clasificables en relación a los tipos de hechos a los que ellos se refieren; a saber, los conceptos jurídicos referidos a (i) *hechos operativos*; y (ii) *hechos probatorios*. Los hechos operativos, constitutivos, causales o dispositivos “*son aquellos que, con arreglo de las normas jurídicas generales aplicables, bastan para modificar las relaciones jurídicas, esto es, para crear una relación nueva o extinguir una anterior, o para cumplir ambas funciones simultáneamente*”². Los hechos probatorios son, por su parte, aquellos que —una vez verificados— proporcionan alguna base lógica, aunque no concluyente, para inferir algún otro hecho.³ El propio HOHFELD nota, sin embargo, que la clasificación que propone de los hechos jurídicos no es absoluta, sino meramente relativa; es posible, lógicamente, que determinados hechos que él califica como «operativos» cumplan, simultáneamente, función «probatoria», si bien estos últimos son, de acuerdo con el californiano, subsidiarios respecto de aquéllos.

Es esta una terminología que induce a confusión y que —la verdad sea dicha— nada aporta a la distinción de los hechos que sirven de base a los conceptos jurídicos fundamentales que, posteriormente, señala el profesor de la Universidad de Yale; nada lo evidencia mejor que el ejemplo que pone el propio HOHFELD:

¹HOHFELD; *Conceptos...* pp. 31-37.

²HOHFELD; *Conceptos...* p. 39.

³ A esta última categoría pueden pertenecer hechos «operativos» y otros que, sin definirlos del todo, llama «hechos probatorios intermedios». HOHFELD; *Conceptos...* p. 42.

“Por lo general no existe mayor peligro de confundir los hechos operativos con los probatorios. Pero hay un tipo de casos en los que se suele dar este tipo de error. Supongamos que en enero último se creó una obligación contractual por un acuerdo escrito suscripto por A y B. En un juicio pendiente entre ambos, el *instrumento* físico ha sido ofrecido como prueba. Sin mayor reflexión podría decirse que se trata de un caso en el que parte de los hechos operativos que crearon la obligación originaria han sido presentados en forma directa ante los sentidos del juez. Sin embargo, si reflexionamos un momento veremos que las cosas no son así. El documento, en la forma entonces existente y en lo que atañe a su efecto operativo, ha agotado su fuerza en el momento en que se suscribió en enero último. Por lo tanto, si el documento, sin adulteración alguna, es producido como prueba, los hechos así verificados, en relación con el acuerdo contractual que se alega, tienen que ser considerados como revestidos de carácter puramente probatorio. Es decir, la existencia actual del pedazo de papel, su contenido específico, etcétera, junto con otros hechos probatorios (vinculados a la ausencia de cambio), puede tender a probar los diversos hechos operativos de enero último. A saber, que tal papel existía en aquel tiempo; que su contenido en el mismo que el que tiene ahora; que fue suscripto por A y B, etcétera.”¹

Ello sube de punto cuando se constata que los conceptos jurídicos fundamentales, según HOHFELD, son de naturaleza *sui generis*, lo que determina que “*los intentos de definición formal son siempre insatisfactorios, si no completamente inútiles*” A partir de ello, el jurista californiano emprende la tarea de identificar los conceptos jurídicos fundamentales a través de la determinación de las posiciones lógicas que puede adoptar cada uno de los sujetos intervinientes en una relación jurídica, a partir de un esquema de opuestos y correlativos, del mismo modo que se hace en la lógica formal. Este es el esquema que nos presenta HOHFELD:²

¹HOHFELD; *Conceptos...* pp. 42-43.

²HOHFELD; *Conceptos...* p. 47.



En el esquema presentado, las flechas azules indican una relación de *correlación*, mientras las flechas rojas indican una relación de *oposición*. Así, todo «Derecho» implica un «Deber», todo «Privilegio» implica un «No-Derecho»; toda «Potestad» supone «Sujeción», y toda «Inmunidad» involucra una «Incompetencia». Por su parte, no es posible que existan en una misma relación jurídica, respecto del mismo sujeto, las situaciones de «Derecho» y «No-Derecho», o las de «Privilegio» y «Deber», o las de «Potestad» e «Incompetencia», o las de «Inmunidad» y «Sujeción», como ya la propia terminología lo denota. Por su parte, los términos «Derecho», «Privilegio», «Potestad» e «Inmunidad» hacen referencia, cada uno desde una óptica distinta, a las distintas acepciones con las que la doctrina se refiere, indiscriminadamente en la opinión de HOHFELD, a la titularidad de un «derecho»; e igualmente, los términos «No-Derecho», «Deber», «Incompetencia» y «Sujeción» hacen referencia, o bien a una situación de lo que denominaríamos un «deber jurídico» —los casos de «Deber» y «Sujeción»—, o bien a la situación jurídica de un *tercero* frente a la relación jurídica que es objeto de estudio, como en el caso de los términos «No-Derecho» o «Incompetencia».

Son estos, en resumen, los que para HOHFELD son los conceptos jurídicos fundamentales, en tanto permiten explicar —a partir de sus relaciones lógicas— todas las relaciones jurídicas posibles, sin tomar en consideración los elementos morales que puedan existir en una relación jurídica dada, premisa fundamental de todas las aproximaciones «puras» al fenómeno jurídico.

Comencemos con la explicación de lo que para HOHFELD es un «Derecho», en el sentido más propio y restringido del término. La esencia del término, según el antiguo profesor de las Universidades de Stanford y Yale,

se halla en la relación correlativa entre éste y «Deber». Así, con base en una decisión jurisprudencial de 1894, en el caso *Lake Shore & M.S.R.Co.*, define «derecho» como la situación jurídica en la que un particular está en condiciones de formular una «pretensión» (*claim*) a otro sujeto, titular del «deber», a realizar la prestación que constituye el objeto de este último; de este modo, es posible definir al «deber» como la situación correlativa en la que un determinado sujeto puede ser combinado coercitivamente por otro a dar cumplimiento a su pretensión, en una idea que —si bien implícita— es tremendamente similar a la que daba AUSTIN en el Reino Unido, medio siglo antes de las reflexiones de HOHFELD.¹

La segunda serie de términos correlativos es la de «Privilegios», por una parte, y «No-Derechos» por la otra. La primera es la situación que tiene un sujeto cuando, frente a una relación jurídica determinada, no está vinculado por el deber jurídico que la constituye. Así, en el caso que un sujeto A pueda exigir de otro sujeto B un determinado servicio, por ejemplo, el sujeto C se hallaría en situación de «Privilegio», en cuanto es a B, y no a él, a quien puede exigírsele la prestación del servicio de marras; o sea, el «Privilegio» es la *negación contradictoria* del «Deber» de B. Correlativamente, A se hallaría frente a C en una situación de «No-Derecho», en tanto —como es obvio— A no se encuentra en situación de exigir de C la prestación —el «Deber»— que es objeto de la obligación. B se hallaría, en este caso, en una situación *contraria* a la de C: es decir, sujeta a satisfacer la «pretensión-derecho» de A, o en otros términos, a cumplir su «deber».² De allí puede deducirse fácilmente, siguiendo el esquema de HOHFELD, la relación de *oposición* existente entre el «Deber» de B y el «Privilegio» de C,

¹HOHFELD; *Conceptos...* pp. 47-50.

²HOHFELD; *Conceptos...* pp. 50-52.

así como la fundamental sinonimia existente entre el «Privilegio», tal como lo concibe HOHFELD, y la *Libertad*.¹

Igualmente, de la relación en comentarios se deduce la naturaleza eminentemente jurídica de las normas *permissivas*, junto con las normas imperativas y prohibitivas:

“Es difícil decir por qué, empero, la situación ‘privilegio + no-derecho’ entre X e Y no es una relación jurídica tan real como [la] relación ‘deber + derecho’ entre dos partes cualesquiera, que es la relación precisamente opuesta a la primera. Quizás el hábito de reconocer únicamente a la última el carácter de una relación jurídica deriva en mayor o menor medida de la tendencia tradicional a concebir el derecho como que consiste en ‘órdenes’ o reglas imperativas. Esto, sin embargo, parece ser una falacia. Una regla de derecho que permite es una regla tan real como la que prohíbe, y, del mismo modo, decir que el orden jurídico permite un acto dado a X en sus relaciones con Y importa predicar una relación jurídica tan grande como decir que el derecho prohíbe un cierto acto a X en sus relaciones con Y. Que esto es así, parece estar confirmado, en alguna medida, por el hecho de que el primer tipo de actos será ordinariamente considerado ‘lícito’ y el segundo ‘ilícito’.²

Debe ahora distinguirse entre los correlativos «Potestades» y «Sujeciones». El primero de estos términos denota “*algún hecho o grupo de hechos sobrevivientes que están bajo el control de la voluntad de uno o más seres humanos*”, constituyendo la potestad el supuesto en el que se halla “*la persona (o personas) cuyo contralor es decisivo*”, respecto de la cual puede

¹ “Una ‘libertad’ considerada en cuanto relación jurídica [o ‘derecho’ (subjetivo) en el sentido impreciso y genérico de esta palabra], tiene que significar, si ha de poseer algún contenido definido, precisamente la misma cosa que privilegio; y por cierto esta es, aproximadamente, la connotación del término tal como se lo usa las tres primeras veces en el pasaje citado. Es igualmente claro, tal como ya se indicó, que ese privilegio o libertad para tratar con otros a voluntad podría muy concebiblemente existir sin que hubiera derecho concomitante alguno contra los terceros respecto de ciertos tipos de interferencia. Que haya o no tales derechos (o pretensiones) concomitantes es, en definitiva, una cuestión de justicia y conveniencia; y, como tal, debe ser considerada según sus propios méritos. El único correlativo lógicamente implicado por los privilegios o libertades en cuestión está constituido por los ‘no-derechos’ de los ‘terceros’. En consecuencia sería un non sequitur concluir que de la mera existencia de tales libertades se sigue que los ‘terceros’ están sometidos a un deber de no interferir, etcétera.” HOHFELD; *Conceptos...* pp. 56-57. Posteriormente insiste en la idea: “El sinónimo más próximo de ‘privilegio’ jurídico parece ser ‘libertad’ jurídica.” HOHFELD; *Conceptos...* p. 63.

² El interpolado entre corchetes es nuestro. HOHFELD; *Conceptos...* pp. 64-65, en pie de página.

predicarse que “*tiene la potestad (jurídica) de efectuar el particular cambio en la relación jurídica en juego.*”¹ En otras palabras, es posible definir la potestad como la posibilidad de modificar —unilateralmente— la situación jurídica de un particular, en forma positiva o negativa —asignándole deberes o derechos— *sin que participe la voluntad del afectado en la limitación* que le es, así, impuesta; o bien, en una segunda acepción, la posibilidad jurídica de extinguir el interés jurídico propio (como ocurre, por ejemplo, en los casos de *disposición* de un determinado bien).

Por su parte, la «Sujeción» será la relación correlativa a la de «Potestad» y la opuesta, claro está, a la de «Inmunidad»: la situación jurídica en la que se halla el tercero cuya posición jurídica se ha visto modificada, sea positiva o negativamente, por el titular de la «Potestad», sin que participase —al menos no directamente— la voluntad de la persona, nunca mejor dicho, «sujeta». Es el caso, por ejemplo, del oferente en el supuesto de la venta entre ausentes, donde el receptor de la oferta tiene la «potestad», a través de su aceptación, de «sujetar» la situación jurídica del oferente — perfeccionar el contrato de venta— y, concomitantemente, modificar la situación jurídica propia; es lo mismo que, en los términos de KELSEN o de SCHREIER, se denomina como «Responsabilidad».²

En este orden de ideas, la «Inmunidad» es, como resulta ya obvio, el correlativo de una «Incompetencia» —o «no-potestad»— y el opuesto —o la negación— de una «sujeción»; es “*la libertad de una persona frente a la potestad jurídica o ‘contralor’ jurídico de otro, con respecto a una relación jurídica.*”³ Veamos el ejemplo que pone HOHFELD para explicarlo:

¹HOHFELD; *Conceptos...* p. 68.

²HOHFELD; *Conceptos...* pp. 73-74. Respecto de la sujeción, Hohfeld; *Conceptos...* pp. 78-80. El propio Hohfeld equipara a la sujeción con la responsabilidad, en los siguientes términos: “*Quizás el sinónimo más cercano de sujeción es ‘sometimiento’ o ‘responsabilidad’.* En relación con esta última palabra, resulta interesante recordar un párrafo del voto del juez Day en *McElfresh c/ Kirkendale*: ‘Las palabras ‘deuda’ y ‘sujeción’ no son sinónimos, y no es común que se las entienda como tales. En lo que se refiere a las relaciones patrimoniales entre las partes, sujeción es una palabra de significado más amplio que deuda. Sujeción es responsabilidad.’” HOHFELD; *Conceptos...* p. 80.

³HOHFELD; *Conceptos...* p. 81.

“X, propietario de un inmueble, tiene, como hemos visto, la potestad de enajenarlo a Y o a cualquier otra persona. Por otra parte, X tiene también varias inmunidades frente Y y todos los demás. Porque Y está limitado por una incompetencia (esto es, carece de potestad) en lo que concierne a desplazar el interés jurídico de X en dirección a sí mismo o hacia un tercero. Y lo que vale para Y se aplica también a todo otro individuo que no haya adquirido por virtud de hechos operativos especiales, la potestad de enajenar la propiedad de X. Si un oficial de justicia (*sheriff*) ha sido debidamente facultado, mediante un *writ of execution*, para vender el interés de X, entonces las cosas son muy distintas; la sujeción de X será correlativa de la potestad de aquel funcionario. Ésa sujeción será el opuesto mismo de la inmunidad (o exención). Es elemental, además, que, frente al oficial de justicia, X podría ser inmune o estar exento respecto a ciertas parcelas, y estar sujeto (*liable*) en relación con otras. De igual manera, si X ha designado en debida forma a un *agent* para vender un determinado inmueble, en tal caso y en relación con ese inmueble, X tiene frente al mismo una sujeción y no una inmunidad.”¹

Así las cosas, el concepto de «Incompetencia» se reducirá, como fácilmente puede verse de la correlación entre este término y el de inmunidad, así como de la contradicción entre aquél y la «Potestad» en una situación de, valga la expresión, «no-potestad»: de imposibilidad de modificar unilateralmente la situación jurídica de un tercero.

Finalmente, HOHFELD concluye atribuyéndole a estos ocho conceptos jurídicos fundamentales la cualidad de ser “*el mínimo denominador común del derecho*”. Mediante su empleo, “*se hace posible no sólo descubrir semejanzas esenciales y analogías esclarecedoras, en medio de lo que superficialmente se presenta como una variedad infinita e irremediable, sino también discernir principios comunes de justicia y otros valores por debajo de los diversos problemas jurídicos de un juego*”; así como “*usar con*

¹HOHFELD; *Conceptos...* pp. 81-82.

*autoridades persuasivas precedentes judiciales que, de otro modo, podría parecer completamente irrelevantes”.*¹

j) Alf Ross.

El profesor danés Alf ROSS maneja una concepción de los elementos fundamentales del Derecho harto similar a la de Wesley N. HOHFELD²; esto es, pretende describir las que llama «modalidades jurídicas» a través de la determinación de las posiciones relativas que los sujetos intervinientes —o determinados terceros, como en el caso del «Privilegio» o de la «Inmunidad»— tienen en las relaciones jurídicas cuyo entramado constituyen al Derecho, bajo una perspectiva filosófica eminentemente *empirista*³, lo cual lo enfrenta, por ejemplo, con los desarrollos que sobre el mismo tema ha hecho SCHREIER, ya comentados.

ROSS, expresamente apalancado en el sistema desarrollado por HOHFELD, propone una serie de conceptos jurídicos fundamentales correlativos, agrupados en dos categorías que son —como veremos posteriormente— muy similares a la distinción entre «reglas primarias» y «reglas secundarias» de Herbert L. A. HART:

Normas de Conducta	{	Deber A—B (C)	≈	Facultad B—A (C)
		Libertad A—B (C)	≈	No-facultad B—A (C)
		Facultad A—B (C)	≈	Deber B—A (C)
		No-facultad A—B (C)	≈	Libertad B—A (C)

¹ “En suma: mientras más profundo es el análisis, percibimos con mayor claridad la fundamental unidad y armonía que existe en el campo del derecho.” HOHFELD; *Conceptos...* pp. 86-87.

² Cfr. HIERRO, Liborio; «Conceptos Jurídicos Fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de Derecho y Deber», en *Revista Jurídica* N° 3. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2000, p. 140, en pie de página.

³ Cfr. ROSS, Alf; *Sobre el Derecho y la Justicia*. 3ª edición. Traducción del original inglés de Genaro R. CARRIÓ. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 2005, p. 17.

Normas de Competencia	Sujeción A—B (C)	≈	Competencia B—A (C)
	Inmunidad A—B (C)	≈	Incompetencia B—A (C)
	Competencia A—B (C)	≈	Sujeción B—A (C)
	Incompetencia A—B (C)	≈	Inmunidad B—A (C)

En el esquema indicado, cada una de las proposiciones que acompaña horizontalmente a otra es correlativa de ésta (esto es, «corresponde a» o «es equivalente a»); y la notación indica, tal como en el planteamiento de HOHFELD, la posición relativa de un determinado sujeto de derecho en la relación jurídica de que se trate. Así, como lo explica el propio ROSS, “La fórmula deber A—B (C) se lee: A tiene un deber hacia B de realizar C. La fórmula sujeción A—B (C) se lee: a esta sujeto a las disposiciones de B dentro de la esfera de conducta C.”¹

De tal manera, existen ocho términos correlativos, equiparables con la concepción de HOHFELD en los siguientes términos:

Conceptos jurídicos fundamentales (W. N. HOHFELD)	Modalidades Jurídicas (Alf Ross)
Derecho	Facultad
No-Derecho	No-Facultad
Privilegio	Libertad
Deber	
Potestad	Competencia
Incompetencia	
Inmunidad	
Sujeción	

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 200.

Sin embargo, lo primero que llama la atención en el desarrollo que hace ROSS es que éste, a pesar de ser confeso discípulo de Kelsen¹, y al contrario del desarrollo de HOHFELD sobre el mismo punto, considera que la noción de «deber» tiene una función netamente ideológica —es decir, absolutamente metajurídica— y que, por tanto, hace al Derecho ideológicamente dependiente del concepto de «deber», lo que determina que éste “*no sea muy adecuado como instrumento para la ciencia del derecho.*”:

“Esta función ideológica tiene indudablemente su valor en la vida jurídica de la comunidad. La idea de deber actúa como un motivo para el comportamiento lícito, no por temor a las sanciones, sino por virtud de una actitud desinteresada de respeto al derecho. Esta función ideológica, creadora de motivos, da al derecho su «carácter» «agrado» o «validez» y sin ello no puede crearse un orden social (par. XI). Tal dependencia ideológica, por otra parte, hace que el concepto de deber no sea muy adecuado como instrumento para la ciencia del derecho. A diferencia de la legislación, la doctrina no se propone ejercer una influencia ideológica sobre los ciudadanos, sino simplemente describir las reacciones jurídicas que en circunstancias dadas se esperan, y el concepto de deber no se adecua al cumplimiento de esta tarea. Por un lado, el enunciado de que A tiene el deber de comportarse de cierta manera, no indica sin ambigüedad que reacciones jurídicas pueden esperarse si A viola su deber. Por otro, puede ocurrir una reacción de tipo similar a aquella típicamente conectada con la violación de un deber, sin que se dé tal violación.

Debemos concluir que sería deseable que las exposiciones doctrinarias del derecho vigente eliminaran el concepto de deber. En lugar de operar con este término inadecuado convendría más a tenerse simplemente a la

¹ “Pero debo mencionar a dos maestros que han significado por mi más que cualquier otra influencia: Hans Kelsen, que me inició en la filosofía del derecho y me enseñó, por sobre todo, la importancia del pensamiento coherente; y Axel Hägerström, que me hizo ver la vacuidad de las especulaciones metafísicas en el campo del derecho y de la moral.” ROSS; *Sobre el Derecho...* p. 18.

conexión jurídico-funcional entre los hechos condicionantes y las reacciones condicionadas.”¹

A pesar de la *filípica* que Ross acaba de dirigir contra el concepto de «deber» —de lo que, en un principio, debería deducirse su carácter «no fundamental» a los fines de nuestro estudio—, el reconoce, sin embargo, la dificultad de excluir a dicha noción de los conceptos fundamentales del Derecho: “*el mundo de los conceptos tradicionales, y la dificultad de romper con puntos de vista ideológicos, se oponen a ella.*”²

De este modo, no deja de notarse —aún desde su inicio— cierta contradicción en el enfoque que Ross da de los conceptos jurídicos fundamentales. Si filosóficamente, como él mismo lo admite, él se adscribe a las corrientes del empirismo, ese mismo “*mundo de los conceptos tradicionales*”, y esa “*función ideológica del deber*”, que tiene, en su opinión, un “*valor en la vida jurídica de la comunidad*” de los que él habla, evidencian precisamente un cierto carácter *empírico* de la noción de «deber», cuya presencia común en todas las manifestaciones del fenómeno jurídico parece atribuirle carta de naturaleza como «concepto jurídico fundamental», al menos desde la visión empirista que Ross dice tener.

Ahora bien, a pesar de la salvedad previa —de la que Ross deduce la imposibilidad de prescindir de una terminología compuesta de «deberes», «facultades», etc. y que justifica, aun parcialmente, las denominaciones anotadas previamente—Ross emprende el análisis de sus «conceptos jurídicos fundamentales» a través del método ya previamente empleado por HOHFELD, esto es, mediante el análisis de pares correlativos.

El primero de ellos es el binomio «deber-facultad», equivalente a la dupla «derecho-deber» de HOHFELD. En este sentido, si bien Ross entiende que el concepto de «deber» debería estar vinculado a la «sanción»

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 199.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 199.

entendida en su sentido más amplio —lo cual, sin duda, recuerda fuertemente al imperativismo de AUSTIN—, reconoce que una definición de este tipo “*no sería compatible con la función ideológica tradicional del término*”. Por ello, ROSS restringe el uso del término «deber» “*a aquellos casos en que la reacción es vivida (experienced) como una desaprobación social, y la sentencia, por ende, como un estímulo para el cumplimiento del deber. Es así que no hablaremos de deber, por ejemplo, en los casos de excusable imposibilidad del cumplimiento o en los de responsabilidad objetiva.*”¹

Paradójicamente, ROSS quita así todo carácter jurídico al concepto de deber, pues en nada se diferencia el concepto dado por el jurista danés de, por ejemplo, el deber derivado de los convencionalismos sociales. Reprobación social existe, sin duda, en el caso del incumplimiento de una prescripción social, tenga carácter jurídico o no. Y sin embargo, hay supuestos en los que existirá —en todo rigor— un auténtico deber jurídico sin necesidad de que haya reprobación social: piénsese, por ejemplo, en el caso de que la legislación británica mantuviese, aún hoy en día, las penas de prisión que acordaba en el siglo XIX para la homosexualidad, sanción a la que fue sujeto el escritor OSCAR WILDE.

Equipara ROSS al deber con la «prescripción» o con la «prohibición», según el caso en que el contenido del deber sea positivo —prescripción— o negativo (prohibición), que consista en el deber de no hacer una determinada conducta. De ello se deriva, como es lógico, un esquema relacional de deberes prescripción-prohibición que, como fácilmente puede deducirse, atienden a deberes jurídicos de distintos sujetos, y que integran correlativamente una relación jurídica en cada caso en un modo que, ciertamente, recuerda la naturaleza de poder-deber que tienen las

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 201.

«potestades», en el sentido que se otorga a este término en el Derecho Público.

Prescripción (C) = prohibición (no-C)

Prohibición (C) = prescripción (no-C)

Sin embargo, la asimilación propuesta le produce algunos problemas a Ross: la noción de facultad, tal como él entiende, implica “*la potestad de iniciar procedimientos combinada con la libertad de ejercer esta potestad el interés propio*”¹, de lo que se sigue que —en sentido estricto— el concepto en comentarios no pueda aplicarse a, por ejemplo, las llamadas «potestades administrativas», a pesar de su fundamental sinonimia según lo previamente expuesto.

En efecto, correlativamente, al deber de un sujeto corresponde la «facultad» de otro, lo que quiere decir —respecto del titular de la facultad— que tiene la posibilidad de exigir de la administración de justicia medidas de salvaguarda de su situación jurídica frente al sujeto del deber; o lo que es lo mismo, es titular de una «pretensión» en el sentido que al término le da HOHFELD. En las palabras de ROSS, la facultad expresa el hecho de que la demanda de su titular es una condición necesaria para que los Tribunales emitan una sentencia contra el sujeto del deber, lo cual limita la significación del concepto únicamente al derecho de acción, excluyendo al derecho subjetivo al beneficio directo derivado de la prestación del concepto.²

El segundo grupo de conceptos correlativos en el esquema seguido por Ross, como fácilmente puede deducirse de la exposición previa, es el de

¹ Ross; *Sobre el Derecho...* p. 202.

² “Normalmente la persona que tiene potestad (power) para iniciar procedimientos será también la persona directamente interesada en que A actúe de conformidad con su deber. Si A ha prometido a B \$ 500, B es la parte directamente interesada y también la persona que tiene potestad para iniciar el procedimiento. Pero puede ocurrir que ambas calidades no concurre la misma persona. A puede, por ejemplo prometer a B que pagará \$ 500 a C. Si suponemos que B, y sólo B, puede iniciar el procedimiento, se adecuará mejor al uso corriente decir que sólo B tiene una facultad respecto de A. La definición formulada más arriba ha sido hecha sobre tal base. B, titular de la facultad, es denominado sujeto el procedimiento. Se, la parte directamente interesada, sujeto del interés.” Ross; *Sobre el Derecho...* p. 201.

«libertad-no facultad». Parte de este análisis lógico: si una conducta no está prohibida es llamada «permitida», de modo que puede establecerse una relación de identidad entre la «permisión» y la «no-prohibición» de una determinada conducta (C), y de estos dos conceptos con la situación de «no-deber» frente a dicha conducta (o sea, «no-C»):

Permisión (C) = No prohibición (C) = No-Deber (no-C)

Del mismo modo, si una conducta no está prohibida ni prescrita, es entonces «libre», de manera que las situaciones de prescripción más no prohibición serán sus equivalentes, al igual que las situaciones de ausencia de deber respecto de la realización o no de dicha conducta. Dicho algebraicamente, en el estilo de ROSS, la relación en comentarios se expresaría del siguiente modo:

Libertad (C) = No-Prohibición (C) + No-Prescripción (C)

Libertad (C) = No-Deber (no-C) + No-Deber (C)

La diferencia entre un acto meramente permitido y un acto libre sería entonces, de acuerdo con ROSS, que el acto permitido puede estar prescrito, mientras que un acto libre no puede estar prescrito; decir que un acto es libre es lo mismo que decir que se encuentra fuera de la esfera de las normas jurídicas, que es jurídicamente indiferente, en tanto su realización o ausencia no generan consecuencia jurídica alguna.¹ En este sentido, debe distinguirse entre libertad «general», el género de libertad que pertenece a todos, pero aparece como excepción a una regla general aceptada, y la libertad «especial», de tipo individual, que fundamentalmente es idéntica a lo que HOHFELD denominaba «privilegio», y a las que se opone, como correlativo, la situación de «no-facultad» —o «no-derecho», siguiendo la terminología de

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 203.

HOHFELD—; la imposibilidad jurídica de limitar la esfera de libertad de un determinado sujeto.¹

El tercer grupo de nociones correlativas en el esquema de «conceptos jurídicos fundamentales» a que se refiere Alf Ross es el compuesto por la «sujeción», de un lado, y por la «competencia», del otro. Para el profesor escandinavo, la competencia “*es un caso especial de potestad*”, que se configura “*cuando una persona es capaz de causar ciertos efectos jurídicos deseados*”, bajo la figura de un poder jurídico de disposición a través de una declaración dispositiva. Esta última, la declaración dispositiva, “*es una directiva, dada a menudo como un enunciado aparentemente teórico sobre la existencia de deberes y facultades*”, de la cual constituyen ejemplos las leyes, los contratos y los testamentos.²

Como puede verse, esta noción de «competencia» no difiere significativamente de aquella que discutíamos, bajo el mote de «potestad», al hablar de la clasificación de los conceptos jurídicos fundamentales de HOHFELD. Hay en la competencia, en efecto, una situación de modificación unilateral del *status* jurídico de un tercero, tercero que —por esa circunstancia— se encuentra respecto del titular de la competencia en situación de sumisión, término que Ross emplea a pesar de que le adjudica connotaciones peyorativas³.

Es aquí, en el concepto de «competencia», donde Ross incluye a las potestades del Derecho Público:

“Una regla similar se aplica a la potestad en el derecho público. La potestad no es conferida las autoridades públicas para ser ejercida como ellas quieran, sino para ser ejercida de acuerdo con reglas establecidas

¹ Ross; *Sobre el Derecho...* pp. 204-205.

² Ross; *Sobre el Derecho...* p. 205.

³ “La sujeción es la situación correlativa de la potestad (competencia) desde el punto de vista lingüístico este términos de uso engorroso, porque tiene una connotación adversa, aún cuando se suponga que comprende también la situación correlativa de disposiciones favorables. Los ciudadanos están «sujetos» a la potestad del legislador, los herederos a la del testador, la parte que hace una oferta a la del destinatario de ella, el sucesor a la del antecesor, etc., todo ello sin que sea relevante que la disposición particular obligue a la parte sometida o cree facultades en su favor.” Ross; *Sobre el Derecho...* p. 207.

poco principios generales presupuestos. Aquí, también, es frecuente que se pueda distinguir entre la competencia y los deberes relativos al ejercicio de esta competencia; la transgresión de las normas no trae aparejada invalidez sino solamente responsabilidad.”¹

La cuarta —y última— pareja de conceptos jurídicos correlativos fundamentales para ROSS es la de «inmunidad» e «incompetencia», nociones que el profesor danés considera análogas a las de «libertad» y «no facultad», respectivamente:

“Como términos negativos comprenden todo lo que no está sometido potestad jurídica; en consecuencia, no es posible enumerar y designar las inmunidades específicas. Toda persona goza de inmunidad frente a cualquier otra persona, siempre que la otra persona no tenga una potestad en relación con la primera. Se reconoce, sin embargo, «derechos de inmunidad específicos», porque aparece como excepciones. Por ejemplo, se dice que los embajadores extranjeros gozan de inmunidad respecto de la jurisdicción de los tribunales, y que los ciudadanos gozan de inmunidad respecto de la legislatura cuando la constitución limita la competencia de esta última.”²

A pesar de las evidentes semejanzas entre los conceptos jurídicos fundamentales definidos por ROSS y los caracterizados por HOHFELD, el primero —si bien reconoce el mérito del segundo— dice diferir, en tanto, en su opinión, HOHFELD “*no intenta interpretar las modalidades según su función jurídica*”, cuestión en la que estamos en franco desacuerdo, “*y parece no advertir que en realidad ellas no son otra cosa que herramientas del lenguaje del derecho*”.³ Diferimos de tal apreciación. El propio ROSS indica que el valor de las que él llama «modalidades jurídicas» es, precisamente, el de identificar las posiciones relativas que puede ocupar un sujeto de derecho en cada relación jurídica, según su tipo; ello es mucho más que un mero recurso lingüístico. Además, como se recordará de lo expuesto en el sub acápite

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 207.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 207.

³Ross; *Sobre el Derecho...* p. 208.

anterior, esa función —la de indicar las posiciones relativas del sujeto de derecho de cada relación jurídica— es precisamente la que sirve de base a HOHFELD para, distinguiendo con especificidad cada una de las acepciones en las que puede utilizarse el término «Derecho» (facultad, no-derecho, potestad, inmunidad, etc.), delimitar cada uno de los conceptos jurídicos fundamentales, razón por la que —creemos— Ross pretende aquí una originalidad que no tiene.

A renglón seguido, si bien en un capítulo distinto de su obra, Ross emprende la tarea de definir el concepto de «derecho subjetivo», al que —de entrada— califica como una “*herramienta técnica de presentación*”, útil para “*conceptualizar las normas jurídicas de tal modo que ellas sean reducidas a un orden sistemático, exponiendo así el derecho vigente en la forma más sencilla y conveniente posible.*”¹

En efecto, Ross parte de establecer una conexión —natural, si hablamos de Derecho— entre una serie de hechos «condicionantes» (H) con sus consecuencias jurídicas (C), de modo que cada uno de estos hechos puede estar relacionado con una gama de consecuencias jurídicas distintas ($C_1 + C_2 + \dots C_n$) en razón de un determinado término, que es el que sirve de factor *aglutinante*. En el ejemplo que coloca ROSS, la noción que se emplea es la de «propiedad», que —como tal— denota meramente la unión entre una pluralidad disyuntiva de hechos «condicionantes» y una pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas. Así,

“De aquí resultará claro que la «propiedad» inserta entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas es en realidad una palabra sin referencia semántica alguna, que sirve solamente como herramienta de presentación. Nosotros hablamos como si «propiedad» fuera un nexo causal entre H y C, un efecto ocasionado o «creado» por cada H, que a su vez es causa de una totalidad de consecuencias jurídicas. Decimos, por ejemplo que:

¹Ross; *Sobre el Derecho...* pp. 211-212.

1.- si A ha comprado legítimamente un objeto (H_2) ha adquirido propiedad sobre el mismo.

2.- si A es propietario de un objeto tiene (entre otras cosas) el derecho a que se le entreguen (C_1).

Está claro, sin embargo, que $1 + 2$ es sólo una reformulación de una de las normas presupuestas (H_2-C_1), a saber, que la compra como hecho condicionante trae aparejada, como consecuencia jurídica, la posibilidad de obtener la entrega. La idea de que entre la compra y la posibilidad de obtener la entrega se ha «creado» algo, que puede ser llamado «propiedad», carece de sentido. Nada se crea por el hecho de que A y B intercambien unas pocas frases interpretadas jurídicamente como «contrato de compraventa». Todo lo que ha ocurrido es que ahora el juez tomará este hecho en consideración y dictará sentencia en favor del comprador en una acción para obtener la entrega."¹

Así las cosas, no es difícil deducir que el «derecho subjetivo» ocupa, en el sistema de Derecho de Ross, una posición meramente instrumental, de punto de referencia objetiva, de "*herramienta técnica de presentación*" que facilite al juez la identificación del mandato que, contenido en la norma, le ordena dictar sentencia en uno u otro sentido una vez ejercida la pretensión por alguna de las partes intervinientes en esta «relación jurídica». De tal manera, la función del concepto de «derecho subjetivo» puede ser definida en tres contextos:

- (i) *Como forma de presentación abstracta del Derecho vigente*; en tanto la expresión derecho subjetivo no tiene referencia semántica alguna, su inclusión en los enunciados jurídicos sirve, de nuevo, como punto de referencia para identificar la colección entre determinados «hechos condicionantes» (el incumplimiento de un contrato, por ejemplo) y sus consecuencias jurídicas (la indemnización de daños y perjuicios).

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 213.

- (ii) *Como referencia semántica de una posición jurídico subjetiva;* bajo un esquema como el que HOHFELD y ROSS presentan, de acuerdo con el cual los conceptos jurídicos fundamentales se determinan en función de la posición correlativa de los sujetos intervinientes en una relación jurídica, una “*herramienta técnica de presentación*” como lo sería el concepto de «derecho subjetivo» indicaría —al igual que lo harían, por ejemplo, los términos «pretensión», «facultad», «prerrogativa», «sujeción», «competencia», etc.— la posición relativa de un determinado sujeto en una relación jurídica. Obviamente, al referirnos a la expresión «derecho subjetivo», estaremos hablando de una posición que, en Ross, deberá expresarse con los términos «facultad», «libertad» o «competencia».
- (iii) *Como herramienta de descripción fáctica;* o sea, para hacer referencia al hecho de que, respecto de determinado sujeto, se han verificado en el plano de la realidad unos determinados hechos «condicionantes» y que, en consecuencia, nuestro sujeto —en un sentido similar al empleado en el punto anterior— se encuentra en una posición jurídica X respecto de uno, o varios, sujetos Y. El ejemplo que pone Ross para ilustrarlo previamente expuesto es la indicación que hace un pasaporte del estado civil de una persona. Al señalar que la persona es «casada», el enunciado se refiere al hecho de que la persona contrajo matrimonio que no ha sido disuelto, lo cual implica —siempre según Ross— una referencia al suceso puramente fáctico de la celebración del matrimonio, por una parte, y por la otra a la circunstancia jurídica de que, según el derecho vigente, estos sucesos acarrearán consecuencias

jurídicas específicas y, por lo tanto, se dice que la persona es «casada».¹

En conclusión, sería posible afirmar —siguiendo a Ross— que en todos los contextos en que se consideran los enunciados referentes a derechos subjetivos, estos cumplen la función de describir el derecho vigente o describir su aplicación a situaciones específicas concretas, sin que ello signifique atribuir al concepto de «derecho subjetivo» referencia semántica alguna, esto es, un *significado*. El derecho subjetivo “*no designa fenómeno alguno de ningún tipo que esté insertado entre los hechos condicionantes y las consecuencias condicionadas; únicamente es un medio que hace posible —en forma más o menos precisa— representar el contenido de un conjunto de normas jurídicas, a saber, aquellas que conectan cierta pluralidad disyuntiva de hechos condicionantes con cierta pluralidad acumulativa de consecuencias jurídicas.*”²

Falta determinar, en primer lugar, cuáles son las situaciones en las que debe emplearse el concepto de «derecho subjetivo» como una herramienta en la técnica de presentación; y en segundo, la posible «estructura» que presenta un «derecho subjetivo».

Respecto del primer punto, Ross señala —como punto de partida— que el concepto de derecho subjetivo se emplea para designar aquel aspecto de una situación jurídica que es ventajoso para una persona (o sea, como lo indicamos anteriormente, las posiciones relativas de «facultad» y «competencia», según el esquema del jurista dinamarqués de identificación de los conceptos jurídicos fundamentales). A pesar de su contenido, Ross entiende que la «libertad» no está comprendida dentro del concepto de derecho subjetivo, en tanto esta denota una situación indiferente al Derecho, de la que no puede derivar —en forma un tanto extraña— la situación de

¹Ross; *Sobre el Derecho...* pp. 214-215.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 215.

ventaja que Ross atribuye aquí como característica a la noción de derecho subjetivo.

Esta ventaja, como se deduce de lo previamente dicho, debe tener su nacimiento a partir de una relación jurídica. Y si, tal como lo dice Ross, “*dado que la regulación jurídica siempre tiene un efecto restrictivo, el derecho subjetivo es siempre el correlato de un deber*”¹; entonces, en pocas palabras, el derecho subjetivo se resumirá, nuevamente, en una noción omnicomprensiva de los conceptos jurídicos fundamentales de «facultad» y de «competencia». Sin embargo, Ross anota que no toda situación de ventaja producto de la aplicación del ordenamiento supone un derecho subjetivo, y pone como ejemplo la estipulación a favor de terceros, en lo que se refiere a la posición jurídica del tercero. No obstante, creemos que Ross confunde aquí, siempre bajo sus términos, al «derecho subjetivo» —entendido como «ventaja»— con la «pretensión», esto es, con la posibilidad de *acción* para obtener una garantía jurídica de la existencia práctica del derecho. Si, como hasta ahora Ross lo ha definido, el derecho subjetivo es una situación de ventaja concreta, derivada de una relación jurídica específica, amparada por el Derecho, no se entiende cómo la situación jurídica del tercero beneficiario de una estipulación a su favor no es definible como «derecho subjetivo», simplemente por el hecho de que el tercero no cuente con la acción para reclamar de los Tribunales el respeto a su posición jurídica.

La única forma de entenderlo es atribuyendo al derecho subjetivo una *tercera* característica, resumible en la posibilidad coactiva de su cumplimiento a través de la acción. En las palabras de Ross, “*el titular de un derecho tiene una potestad absoluta de conservar —o abandonar— su posición ventajosa de goce pasivo. Esta potestad, por supuesto, no consiste en ninguna fuerza mística conferida por el orden jurídico al sujeto de*

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 217.

derecho; significa simplemente que la maquinaria jurídica es puesta en movimiento de acuerdo con la voluntad de aquel. Es como si el titular del derecho, al iniciar un juicio, apretar un botón que pone en marcha esa maquinaria.”¹

Así concebido, el concepto de derechos subjetivos se aplica a determinadas situaciones «típicas» —la propiedad, por ejemplo—, y a otras que no lo son tanto. Dentro de esas situaciones atípicas, Ross indica determinadas libertades o potestades para la protección de intereses sociales (como el que deriva, por ejemplo, del «derecho» de corrección de los padres derivado de la patria potestad, mejor reconducido en la idea de «competencia» a la que se refiere el profesor danés); y además, la tendencia a «cosificar» el objeto del vínculo, al derecho subjetivo² puede ser engañosa:

“Mientras seamos conscientes de la verdadera naturaleza del concepto de derecho subjetivo, el uso lingüístico no causa perjuicios. En caso contrario puede ser engañoso. Si el uso lingüístico nos lleva a creer que «el derecho subjetivo mismo» es distinto de sus «efectos», tendremos entonces un ejemplo típico de lo que en lógica se llama «hipóstasis», esto es, una manera de pensar con arreglo a la cual «detrás» de ciertas correlaciones funcionales se inserte una nueva realidad como «soporte»

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 218.

² O sea, a producir desde la propia conciencia de la vinculación que representa la noción de «derecho subjetivo» una «cosa», que sería el mismo derecho subjetivo, presentado ahora a la conciencia como contenido «cosificado» de ella. Esta noción, la de la «Dingheit» o «coseidad», la conciencia puesta como objeto *en sí* (*in sich*) y para sí (*fürsich*) ha sido presentada a la filosofía por Georg W. F. HEGEL. Dice el filósofo alemán: “El concepto de esta representación es que la razón es para ella misma toda coseidad, incluso la coseidad puramente objetiva misma; pero es esto en el concepto, o solamente el concepto en su verdad; y cuanto más puros en el concepto mismo, mas desciende y se degrada para convertirse en una vana representación, si su contenido es como representación y no como concepto — si el juicio que se supera asimismo no se toma con la conciencia de esta su infinitud, sino como una proposición permanente y su sujeto y predicado valen cada uno de ellos para sí, fijándose el sí mismo como sí mismo, la cosa como cosa, a pesar de que lo uno debe ser lo otro.” Sobra decir que, debido a la radical separación de sus concepciones filosóficas, HEGEL atribuye a esta idea de «coseidad» virtudes que, precisamente, son las que critica ROSS en el texto principal. HEGEL, Georg W. F.; *Fenomenología del Espíritu*. Traducción del original alemán de Wenceslao ROCES. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 2003, p. 207. Cfr. HEGEL, Georg W. F.; *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. § 34-40 Traducción del original alemán por Eduardo VÁSQUEZ. Biblioteca Nueva. Madrid, 2000, pp. 117-122. VÁSQUEZ, Eduardo; *Hegel: un desconocido*. Ediciones del Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes. Caracas, 1998, p. 179. VÁSQUEZ, Eduardo; *Los puntos fundamentales de la filosofía de Hegel*. Colección Trópicos / Filosofía. Editorial Alfa. Caracas, 2008, pp. 130-131. WEFER H., Carlos E.; «La tributación como expresión de la eticidad en el pensamiento de G. W. F. Hegel», en *Revista de Derecho Tributario* N° 114. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2007, p. 96.

o causa de esas correlaciones. Este poder del lenguaje sobre el pensamiento se origina posiblemente en ideas mágicas primitivas.”¹

Esta idea, que Ross denomina «concepción metafísica del derecho como una fuerza espiritual» se caracteriza, según el jurista danés, por dos postulados: (i) que un derecho subjetivo es siempre una entidad simple indivisa que tiene que existir en un sujeto específico; y (ii) que este sujeto específico tiene que ser una «persona», esto es, un ser humano o una organización de seres humanos, en clara reminiscencia al concepto de KELSEN sobre el punto. De una actitud tal, Ross entiende que pueden verificarse confusiones, errores:

- (i) La noción de «derecho subjetivo» como «cosa» presenta dificultades en el caso en el que la colección entre hechos condicionantes y consecuencias jurídicas no se verifica respecto de la misma persona. Caso emblemático, como ya vimos, es aquel de la estipulación en favor de tercero, o —en un modelo contractual que, incluso, provocó las reflexiones de HOHFELD sobre los conceptos jurídicos fundamentales— el caso del fideicomiso (*trust*).

Como ya se dijo, no deja de ser confusa la distinción que hace Ross aquí, en la medida en la que, si la esencia del derecho subjetivo está constituida por la ventaja derivada de una relación jurídica específica, ningún problema habría en reconocer que el derecho subjetivo lo tienen el tercero o el beneficiario del fideicomiso, respectivamente. Sin embargo, Ross se ve forzado a señalar la «dificultad», como consecuencia de su posición netamente empirista; el danés ubica la esencia del «derecho subjetivo» no en la idea de «ventaja», sino en la de «pretensión», en la posibilidad jurídica de activar la administración de justicia para hacer valer el «derecho subjetivo». Huelga decir que, en nuestra opinión, es más característico de la

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 220.

noción de «derecho subjetivo» el concepto de «ventaja» que el de «pretensión», utilizando aquí —por su mayor claridad— la terminología que a idéntico propósito utiliza HOHFELD.

Por otra parte, los casos de lo que SCHREIER denomina «derivación», o transferencia del «derecho subjetivo» se producen, en la opinión de ROSS, similares perplejidades. De allí resulta, en su parecer, *“primero, que la transferencia es considerada como un fenómeno que ocurre directamente entre las partes y del que se derivan, como consecuencia, las relaciones con terceros; y segundo, que la transferencia es considerada como absoluta, esto es, como que tiene efecto contra todos los terceros, por virtud del mismo hecho. De tal modo queda excluido todo examen relativista de la transferencia de la propiedad”*¹. El profesor escandinavo no especifica, sin embargo, en qué consisten esas particulares dificultades, más allá de indicar —en una mención que aparece insuficiente— las hipotéticas complicaciones surgidas de la necesidad de determinar el momento en el que la transferencia del derecho subjetivo, por ejemplo la propiedad, surte sus «efectos» respecto de terceros

- (ii) Por otra parte, el que ROSS denomina «concepto metafísico del derecho subjetivo» *“conduce al postulado dogmático de que sólo los seres humanos (y las personas jurídicas) puede ser sujetos de derecho”*².

Para ilustrar su punto, ROSS acude a la institución de legados a favor de animales, donde —según el uso lingüístico común— el «titular» del «derecho subjetivo» sería el animal de que se trate, habitualmente perros o gatos. Dice ROSS: *“Se incurre en un conceptualismo no realista y dogmático cuando se interpreta el goce del legado por parte del animal como mero reflejo de un derecho del administrador limitado por un cargo en beneficio de*

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 224.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 224.

aquél, y se extraen de allí conclusiones acerca de la situación jurídica en sus diversos aspectos, por ejemplo, en caso de falencia del administrador, o con relación a los impuestos.”¹

En lo que se refiere a la estructura del derecho subjetivo, Ross identifica cuatro elementos fundamentales:

- (i) Sujeto, que resumidamente será aquel centro de imputación normativa que, como consecuencia de la relación jurídica concreta, habrá obtenido una ventaja cuyo cumplimiento judicial —en las situaciones típicas— podrá ser exigido por él mismo, y por otro en el caso de las que se denominan situaciones «atípicas».
- (ii) Contenido, contentiva tanto de la «facultad» para obtener la ventaja de que se trate, como de la «potestad» para hacer valer la facultad judicialmente, así como para disponer del mencionado derecho. En las palabras de Ross, *“el contenido específico de un derecho subjetivo es, pues, la restricción de la libertad de acción de otra persona o la correlativa facultad del titular del derecho. El contenido del derecho en persona es, pues, el deber de cumplir del deudor, o la facultad del acreedor respecto del cumplimiento”²*
- (iii) Objeto, como determinación del mundo físico respecto de la cual puede predicarse el contenido de una relación jurídica caracterizada por la presencia de un «derecho subjetivo»; la casa, por ejemplo, sobre la cual se predica la propiedad.
- (iv) Protección, toda vez que la facultad equivale —en Ross— en cuanto su función jurídica, a la posibilidad de obtener sentencia

¹Ross; *Sobre el Derecho...* pp. 224-225.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 226.

contra la persona obligada; según el profesor escandinavo, “una facultad no es nada sin la tutela del aparato jurídico”¹.

La posibilidad de acción jurisdiccional configura, según Ross, una forma de protección estática de un derecho; la protección dinámica se configurará en los supuestos de transferencia del derecho, actuando en función de la garantía que el sujeto que transfiere el derecho, antiguo titular, debe a su nuevo detentador. Así, *“las reglas de la protección dinámica regulan la competencia entre diversos sucesores en conflicto, cada uno de los cuales tiene por sí mismo una expectativa legítima de sucesión. La protección dinámica, pues, no es protección de una posición jurídica existente, sino de la expectativa de un sucesor de ser colocado en una posición jurídica. Esta protección, según las circunstancias, puede ser absoluta, porque el orden jurídico, bajo ciertas condiciones, hace indiscutible la posición jurídica que resulta de una sucesión”*².

k) Herbert L. A. Hart.

Uno de los más importantes filósofos del Derecho adscritos a la escuela de la *Analytical Jurisprudence*, el profesor británico Herbert L. A. HART, ofrece una visión, si bien inscrita en la escuela positivista, algo distinta a las soluciones de corte *algebraico*³ que, hasta ahora, han dominado la discusión sobre los conceptos jurídicos fundamentales⁴.

¹Ross; *Sobre el Derecho...* p. 226.

²Ross; *Sobre el Derecho...* p. 228.

³ Es posible establecer un paralelismo entre las concepciones positivistas respecto de los conceptos jurídicos fundamentales y el Álgebra, como parte de la Matemática. De acuerdo con BALDOR, el Álgebra “*es la rama de la Matemática que estudia la cantidad considerada del modo más general posible*”, y cuya notación difiere de la de la Aritmética; mientras en ésta “*las cantidades se representan por números y éstos expresan [únicamente] valores determinados*”, en el Álgebra “*para lograr la generalización, las cantidades se representan por medio de letras, las cuales pueden representar todos los valores*”. Así, mientras las relaciones aritméticas representan valores y propiedades que son únicas, intrínsecas a los números que forman sus proposiciones, el Álgebra funciona como una *lógica* de la matemática, en tanto la verdad de la notación algebraica depende, únicamente, del valor que arbitrariamente se le asigne a las letras que integran sus proposiciones. Visto de este modo, es posible comparar la posición positivista con una de raigambre «algebraica»: lo que importa es la corrección formal de la proposición, y no su contenido. Esta afirmación es llevada al extremo por el positivismo, que pretende identificar al «Álgebra», así definida, con la «Matemática», el «Derecho» en su conjunto. BALDOR, Aurelio; *Álgebra*. 16ª reimpresión. Compañía Editorial Ultra, S. A. de C. V. México, D. F., 1998, p. 5.

⁴ Sin embargo, no por ello debe entenderse la postura de HART como una posición «ortodoxa», en lo que a positivismo jurídico se refiere. Como señala con acierto DABOVE, “*La producción intelectual de Hart es muy extensa*”

HART no escribió, al menos no bajo ese rótulo, de «conceptos jurídicos fundamentales». Sin embargo, resulta curioso que —aunque su sistema de Derecho no lo reconoce expresamente¹— sí escribió sobre «conceptos morales fundamentales», más concretamente sobre la *Libertad*, a la que definió como «el contenido mínimo del derecho natural», partiendo de la hipótesis de acuerdo con la cual existan, de alguna forma, «derechos morales»:

“...si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todos los hombres por igual a ser libres. Cuando digo que este derecho existe, quiero decir que, en ausencia de determinadas condiciones especiales consecuentes con el hecho de que el derecho es igual para todos, todo ser humano adulto capaz de elegir: 1) tiene derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra y, 2) tiene libertad para realizar (es decir, nada lo obliga a abstenerse de realizar) cualquier acto que no sea coercitivo, o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas.”²

El sistema de Derecho que propone HART es, hoy día, hartamente conocido. A partir de las deficiencias de la teoría imperativista de AUSTIN, de acuerdo con la cual el contenido esencial del derecho estaría en la «orden» o «mandato» (*command*) dictada por una autoridad soberana capaz de conminar coercitivamente —a través de sanciones— su cumplimiento, de lo que supone que las nociones lógico-correlativas de «derecho subjetivo», «orden», «deber», «obligación» y «sanción» son conceptos jurídicos

y da testimonio de las influencias iusfilosóficas recibidas del positivismo, el utilitarismo y la filosofía analítica. Corrientes, todas ellas, prevalecientes en la Inglaterra de aquellos años.” DABOVE, María Isolina; «El Concepto de Derecho en la Teoría de H. L. A. Hart. Perspectiva Tridimensional», en *Investigación y Docencia* N° 36. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario (Argentina), 2003, p. 34.

¹ Es posible identificar ciertos «conceptos jurídicos fundamentales» en los escritos de HART, en la medida en que se entienda por éstos —como se ha sostenido aquí— que tales conceptos son los elementos esenciales a partir de los cuales puede construirse *a priori* el conocimiento jurídico. Por ello, aquí analizaremos el sistema de reglas en el cual, de acuerdo con HART, está compuesto el Derecho, tal como lo expone en su obra más importante, en especial a partir de su capítulo 5. HART, Herbert L. A.; *El Concepto de Derecho*. Traducción del original inglés de Genaro R. CARRIÓ. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998, pp. 99-191.

² HART, Herbert L. A.; «¿Existen los Derechos Naturales?», en *Estudios Públicos* N° 37. Centro de Estudios Públicos Chile. Santiago de Chile, 1990, p. 46.

fundamentales, el profesor de Oxford considera que el Derecho está compuesto por un sistema de *reglas*, de lo que fácilmente se deduce, con sus propias palabras, que el de «regla» es un concepto jurídico fundamental:

“La raíz del fracaso [del imperativismo, en los términos de AUSTIN] es que los elementos con los cuales se ha construido la teoría, a saber las ideas de órdenes, obediencia, hábitos y amenazas, no incluyen, ni tampoco pueden producir mediante su combinación, la idea de regla, sin la cual no podemos abrigar la esperanza de elucidar ni siquiera las formas más elementales de derecho.”¹

La noción de regla, sin embargo y en oposición a lo expuesto hasta ahora, no es cognoscible *a priori*, sino sólo a través del reconocimiento de ciertas prácticas sociales; es decir, empíricamente. Es, además, compleja; “*para hacer justicia a la complejidad de un sistema jurídico, es necesario distinguir entre dos tipos de reglas*”². Estas reglas que, de acuerdo con HART, componen al sistema jurídico se dividen, de acuerdo con su función, en:

- (i) *Reglas primarias*; o como las llaman ATIENZA y RUIZ MANERO, reglas «deónticas» o «de mandato»³, que tienen como función dictar las órdenes, los «*commands*» a los que se refería AUSTIN, bajo la amenaza de una sanción: en las palabras de HART, éstas son reglas de tipo *prescriptivo*, en ellas “*se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no.*”⁴

Existen, de acuerdo con HART, tres criterios que permiten distinguir cuándo estamos en presencia de una de estas reglas «primarias». En primer lugar, como mecanismo de distinción de estos mandatos frente a otros similares, como los de los convencionalismos sociales o los de la religión, la magnitud relativa, la *importancia* que en el esquema social ocupan las

¹ El texto entre corchetes es nuestro. HART; *El Concepto...* p. 101.

²HART; *El Concepto...* p. 101.

³ Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* pp. 1-44.

⁴HART; *El Concepto...* p. 101.

reacciones contra el incumplimiento de estas «reglas» es, de acuerdo con el británico, “*el factor primordial que determina que ellas sean concebidas como dando lugar a obligaciones*”, con lo que —en primera instancia— se reconoce con suma facilidad su identidad con los «*commands*» de AUSTIN.¹

Ahora bien, no solo la coercibilidad —o en palabras de HART, la «importancia» o la «seriedad» de la presión social que las circunda— permite determinar la existencia de una regla de derecho de tipo deóntico, primaria o de mandato. Hay una justificación para esa «importancia», para esa «seriedad» de la que HART habla; estas reglas “*son reputadas importantes porque se las cree necesarias para la preservación de la vida social o de algún aspecto de ella al que se le atribuye gran valor*”².

Esta precisión es importante, en tanto abre la puerta —si bien muy tímidamente— a reconocer en HART la inclusión de elementos axiológicos dentro de la estructura de las normas «primarias», «deónticas» o «de mandato». De lo contrario, es muy difícil justificar, dentro del esquema presentado por HART y sin caer en contradicción, por qué son estas reglas tan «importantes», tan «serias» para la comunidad sin referirse a un *plano axiológicamente relevante*: es obvio que lo son porque —se estima— su cumplimiento es *bueno*; su cumplimiento es, en definitiva, un *valor*.

Esta referencia *axiológica* justifica, en tercer lugar, la imperatividad de las normas «primarias», «deónticas» o «de mandato», en la medida en la que su cumplimiento, si bien obran de manera positiva sobre la colectividad, o bien sobre aquél «interés» —para utilizar aquí la terminología de STAMMLER— protegido por la regla, debe imponerse al sujeto en tanto significa, para éste, un *sacrificio* de sus pulsiones³, deseos o intereses, “y la

¹HART; *El Concepto...* p. 108.

²HART; *El Concepto...* p. 108.

³ “*Si consideramos la vida anímica desde el punto de vista biológico, se nos muestra la «pulsión» como un concepto límite entre lo anímico y lo somático, como un representante psíquico de los estímulos procedentes del interior del cuerpo que arriban al alma y como una magnitud de la exigencia de trabajo impuesta a lo anímico a consecuencia de su conexión con lo somático.*” FREUD; *Las pulsiones...* p. 252.

constante posibilidad de conflicto entre la obligación o deber y el interés es, en todas las sociedades, uno de los lugares comunes del jurista y del moralista”¹.

- (ii) Reglas secundarias; o como las llaman ATIENZA y RUIZ MANERO, reglas «que confieren poderes»². Son las reglas de acuerdo con las cuales se determinan los procedimientos de *creación* del Derecho, o bien de sustitución del Derecho previamente existente. Indican, asimismo, el modo de proceder para la modificación de las situaciones subjetivas particulares respecto de una determinada circunstancia de hecho jurídica; en fin, son reglas *atributivas de competencia* o de *capacidad*, en Derecho Público y Derecho Privado, respectivamente.³

La unión de ambos tipos de reglas es lo que, de acuerdo con HART, permite configurar un sistema de Derecho propiamente hablando. De hecho, el profesor británico afirma con rotundidad que “*el derecho puede ser caracterizado en la forma más esclarecedora como una unión de reglas primarias de obligación con esas reglas secundarias*”, al punto que su introducción —la de las reglas secundarias— en un sistema jurídico “*podría,*

¹ Sin embargo, hay que cuidar la advertencia que el profesor de Oxford hace contra una interpretación psicologista de estos requisitos: “*Aunque estas imágenes o metáforas sean naturales y, quizás, esclarecedoras, no debemos permitir que se adueñen de nosotros, y nos lleven a una concepción equívoca de la obligación como algo que consiste esencialmente en algún sentimiento de presión o compulsión, experimentado por los obligados, El hecho de que las reglas que las imponen están por lo general sustentadas por una presión social sería, no implica que estar sometido a una obligación establecida por esas reglas es experimentar sentimientos de compulsión o de presión. De aquí que no es contradictorio decir que un cuentero empedernido tenía obligación de pagar el alquiler, pero no se sintió urgido a ello cuando se escapó sin hacerlo. Sentirse obligado y tener una obligación son cosas diferentes, aunque con frecuencia concomitantes.*” HART; *El Concepto...* pp. 109-110.

² Cfr. ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* pp. 45-90.

³ “*Según las reglas de uno de los tipos, que bien puede ser considerado el tipo básico o primario, se prescribe que los seres humanos hagan u omitan ciertas acciones, lo quieran o no. Las reglas del otro tipo dependen, en cierto sentido, de las del primero, o son secundarias en relación con ellas. Porque las reglas del segundo tipo establecen que los seres humanos pueden, haciendo o diciendo ciertas cosas, introducir nuevas reglas del tipo primario, extinguir o modificar reglas anteriores, o determinar de diversas maneras el efecto de ellas, o controlar su actuación. Las reglas del primer tipo imponen deberes; las del segundo tipo confieren potestades, públicas o privadas. Las reglas del primer tipo se refieren a acciones que implican movimiento o cambios físicos; las del segundo tipo prevén actos que conducen no simplemente a movimiento o cambio físico, sino a la creación o modificación de deberes u obligaciones.*” HART; *El Concepto...* p. 101.

en sí, ser considerada un paso desde el mundo prejurídico al mundo jurídico"¹.

En este sentido, un sistema jurídico compuesto únicamente de reglas primarias adolece de cierta rigidez, lo cual puede resolverse —de acuerdo con HART— a través de la introducción de lo que él llama «reglas de cambio» que, resumidamente, son una especie de reglas secundarias que permiten la modificación del Derecho, en el sentido de "*permitir a un individuo o cuerpo a personas a introducir nuevas reglas primarias para la conducción de la vida del grupo, o de alguna clase de hombres que forman parte de él, y a dejar sin efecto las reglas anteriores.*"² A ellas debe unirse otro subtipo de reglas secundarias, las llamadas «reglas de adjudicación», que son, simplemente, aquéllas que determinan —atribuyen— la competencia a uno o a varios sujetos para resolver, con efectos jurídicos, una controversia sobre el derecho aplicable a una situación dada, y el procedimiento a seguir para la resolución de la controversia.

Así, una categoría fundamental de reglas secundarias son las que HART denomina las reglas de «reconocimiento». Su función es la de especificar las condiciones y características que permiten distinguir a una regla como perteneciente al sistema jurídico de una sociedad determinada³, remediando así la falta de certeza que, ineludiblemente y de acuerdo con HART, presupone la existencia de un modelo único de reglas «primarias», esto es, un sistema jurídico compuesto únicamente en normas «regulativas» o «de mandato». Así, la regla de reconocimiento especificará alguna característica cuya posesión por una regla "*es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo, que ha de ser sustentada por la presión social que éste ejerce*"⁴, constituyéndose,

¹HART; *El Concepto...* p. 117.

²HART; *El Concepto...* p. 119.

³HART; *El Concepto...* p. 117.

⁴HART; *El Concepto...* p. 117.

de este modo, en un tipo especial de regla secundaria; una regla “*para la identificación incontrovertible de las reglas primarias de obligación*”.¹

Otra categoría de reglas secundarias es aquella a la que HART denomina «de cambio», cuya principal función es la de remediar la cualidad estática de un régimen compuesto únicamente por reglas primarias. En su forma más simple, las reglas de cambio son las que facultan a un individuo, o a un conjunto, a introducir nuevas reglas primarias en el sistema; esto es, nuevas reglas de conducta para la conducción de la vida de los individuos que integran el grupo, o bien para dejar sin efecto las reglas previas. Esto implica, de acuerdo con HART, que es en términos de reglas —y no de órdenes respaldadas por amenazas, al estilo del imperativismo de AUSTIN— que debe entenderse la creación y derogación de normas jurídicas por vía legislativa.

La complejidad de estas reglas de cambio es variable, y su ámbito puede ser limitado o, más bien, restringido. Así las cosas, la relación entre estas reglas y las de reconocimiento es obvia; de las primeras depende la capacidad de las segundas para modificar el ordenamiento, o en otros términos, que se les reconozca su habilidad para modificar los mandatos deónticos contenidos en las reglas primarias. Esta habilidad está presente en todo tipo de regla de cambio, con lo que —en resumen— ellas permiten explicar la capacidad «legiferante», tanto del Estado para crear normas primarias de alcance general, como la de los particulares para que, por vía del ejercicio de la autonomía de la voluntad, constituyan, modifiquen y terminen sus relaciones jurídicas particulares²: “[e]l parentesco entre estas

¹HART; *El Concepto...* p. 118.

²Lo expuesto es trasposable, a grandes rasgos, a la concepción de KANT: la autonomía de la voluntad es el fundamento de la moralidad, la cual “no se refiere a la materia de la acción y a lo que de ésta ha de suceder, sino a la forma y al principio de donde ella sucede, y lo esencialmente bueno de la acción consiste en el ánimo que a ella se lleva, sea el éxito el que fuere”; o dicho en otros términos, la volición es —para KANT— la base de la imperatividad de la ley, que a su vez tiene cimientos en la libertad. Como él dice, “con la idea de la libertad hállase, empero, inseparablemente unido el concepto de autonomía, y con éste el principio universal de la moralidad, que sirve de fundamento a la idea de todas las acciones de seres racionales, del mismo modo que la ley natural sirve de fundamento a todos los fenómenos”. Así, para el filósofo de Königsberg, la autonomía es la constitución de la voluntad, de modo que “es ella para sí misma una ley” y constituye, como regla práctica, un imperativo: “es decir,

reglas y las reglas de cambio que están en juego la noción de legislación, es claro, y tal como lo ha mostrado una teoría tan reciente como la de Kelsen, muchas de las características que nos desconciertan en las instituciones del contrato o de la propiedad resultan clarificadas concibiendo los actos de celebrar un contrato, o de transferir una propiedad, como el ejercicio por parte de los individuos de potestades legislativas limitadas.”¹

En tercer lugar, las reglas primarias, deónticas o de mandato se ven complementadas por “*reglas secundarias que facultan a determinar, en forma revestida de autoridad, según la ocasión particular se ha transgredido una regla primaria*”. A estas reglas HART las llama «de adjudicación», y se corresponden con lo que deberíamos llamar reglas «atributivas de competencia» o «atributivas de jurisdicción», propias del Derecho Público, o como reglas «atributivas de capacidad», típicas del Derecho Privado. Su función es idéntica a las de las reglas de cambio; remediar “*la insuficiencia de la presión social difusa*” ejercida por un sistema jurídico simple, sólo compuesto de reglas primarias

Estas *reglas de adjudicación* tienen una importancia especial, en la medida en que ayudan a determinar nuevos conceptos jurídicos fundamentales:

“Estas reglas, como las otras reglas secundarias, define un grupo de importantes conceptos jurídicos: en este caso, los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencias. Además de estas semejanzas con las otras reglas secundarias, las reglas de adjudicación tienen conexiones íntimas con ella. En verdad, un sistema que tiene reglas de adjudicación está también necesariamente comprometido a una regla de reconocimiento de tipo elemental e imperfecto. Esto es así porque, si los

que la voluntad de todo ser racional está atada a ella necesariamente como condición” y “único principio de la moral”. KANT, Immanuel; *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducción de Manuel GARCÍA MORENTE. Colección Los Esenciales de la Filosofía. Tecnos. Madrid, 2005, pp. 100, 131-132, 148. Sobre la volición como principio general del Derecho Privado hemos realizado algunos comentarios. WEFER H., Carlos E.; «La fiscalidad de las reorganizaciones empresariales, bajo la forma de fusiones, en Venezuela: una cuestión de principios», en *MemoriasXXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Colombianas de Derecho Tributario*. Tomo III. AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2011, pp. 78-83.

¹HART; *El Concepto...* pp. 119-120.

tribunales están facultados para hacer determinaciones revestidas de autoridad sobre el hecho de que una regla ha sido transgredida, no puede evitarse que ya sean consideradas como determinaciones revestidas de autoridad acerca de cuáles son las reglas. Así, la regla que confiere jurisdicción es también una regla de reconocimiento que identifica las reglas primarias a través de las decisiones de los tribunales, y estas decisiones se convierten en una 'fuente' de derecho."¹

De la combinación de este sistema de reglas *primarias* y *secundarias*, y de su subdivisión en reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación, resulta —para HART— no sólo “*la médula de un sistema jurídico, sino una herramienta muy poderosa para el análisis de mucho de lo que ha desconcertado tanto el jurista, el teórico de la política*”. Así,

“Los conceptos específicamente jurídicos, que interesan profesionalmente al jurista, tales como los de obligación, derecho subjetivo, validez, fuentes del derecho, legislación y jurisdicción, y sanción, son elucidados mejor en términos de esta combinación de elementos. Pero además de ello, los conceptos que se encuentran en la intersección de la teoría del derecho con la teoría política, tales como los de Estado, autoridad y funcionario, exigen un análisis similar para que la oscuridad que todavía los rodea se disipe. No es difícil hallar la razón por la que un análisis en términos de reglas primarias y secundarias tiene este poder explicatorio. Muchas de las oscuridades y distorsiones que rodean a los conceptos jurídicos y políticos, surgen del hecho de que estos implican esencialmente una referencia a lo que hemos llamado el punto de vista interno: el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que *usan* las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás.”²

Ese «aspecto interno» de las reglas primarias al que se refiere HART es el que permite justificar, por ejemplo, conceptos como los de obligación y deber, en la medida en la que dicho aspecto sirve para concebir el uso de

¹HART; *El Concepto...* p. 120-121.

²HART; *El Concepto...* pp. 121-122.

estos conceptos como «razones para la acción»¹, de modo que el Derecho, entendido como el entramado sistemático de estas reglas, sirve para caracterizar a los que —hasta ahora— la doctrina ha considerado como «conceptos jurídicos fundamentales» como derivaciones *directas* de estas reglas o de sus combinaciones. De hecho, según HART el agregado de las reglas secundarias al sistema jurídico permite, nocionalmente hablando, explicar conceptos jurídicos fundamentales de «segundo orden», como lo serían los de «jurisdicción», «legislación», «validez» y, en general, las potestades jurídicas tanto privadas como públicas.²

Así las cosas, el concepto de Derecho se determina a partir de su carácter «bifronte», como lo llama HART:

“La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado *bifronte*, una de cuyas caras mira a la *obediencia* por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a *la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial*, por parte de los funcionarios. Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza jurídica, que consiste únicamente en reglas primarias. En la estructura más simple, puesto que no hay funcionarios, las reglas tienen que ser ampliamente aceptadas como criterios o pautas críticos para la conducta del grupo. Allí, si el punto de vista interno no estuviera difundido en forma amplia, lógicamente no podría haber regla alguna. Pero cuando se da una unión de reglas primarias y secundarias, que, como hemos sostenido, es la manera más provechosa de ver un sistema jurídico, la aceptación de las reglas como pautas o criterios comunes para el grupo debe ser separada de la cuestión relativamente pasiva de la ordinaria aquiescencia individual

¹ “Puede decirse, pues, que las reglas son razones autoritativas tanto en cuanto al por qué operan como al cómo operan en el razonamiento justificativo de los órganos jurisdiccionales; que los principios explícitos son razones autoritativas en cuanto al por qué de su presencia en dicho razonamiento, pero no en cuanto al cómo operan en él; y que los principios implícitos, en fin, no son autoritativos en cuanto su forma de operar en el razonamiento y, en cuanto al por qué de su presencia en él, lo son, en todo caso, sólo indirectamente, en tanto que tal presencia se fundamenta en su adecuación a las reglas y principios explícitos.” ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* p. 14.

²HART; *El Concepto...* p. 122.

frente a las reglas, donde quien obedece lo hace sólo por su cuenta. En un caso extremo el punto de vista interno con su característico uso normativo del lenguaje jurídico ('Esta es una regla válida') podría limitarse al mundo oficial. En ese sistema más complejo sólo los funcionarios podrían aceptar y usar los criterios de validez jurídica del sistema. La sociedad en que ocurriera esto podría asemejarse deplorablemente a una nación de borregos y, como éstos, terminar el matadero. Pero hay pocas razones para pensar que ella no podría existir o para negarle el título de sistema jurídico."¹

Ahora, si bien HART niega la inclusión de elementos axiológicos dentro del concepto de Derecho en términos *esenciales*², no discute la relación que existe entre el derecho y ciertos principios morales, al extremo de definir algunos de estos principios como el «contenido mínimo del Derecho Natural» y, consecuentemente, permite abrigar dudas sobre si efectivamente existe o no una relación *fundamental* entre el sistema de reglas que el profesor de Oxford define como «Derecho» y estos contenidos de índole axiológica.

En primer lugar, HART dedica algunas reflexiones a la *justicia*, como idea específica de la moral en el Derecho, con el que el británico reconoce una "*conexión peculiarmente íntima*"³. La idea de justicia en HART⁴ aparece, si bien envuelta en numerosos circunloquios, como un criterio de *valoración* del Derecho, una forma de, utilizando las palabras de ALEXY, predicar un criterio de corrección material del Derecho⁵.

Veamos. La idea de justicia, según HART, se vincula con el derecho de los individuos a una cierta posición de igualdad o desigualdad relativa entre

¹ La indicación en cursivas es nuestra. HART; *El Concepto...* pp. 145-146.

² DABOVE; *El Concepto...* p. 47.

³ HART; *El Concepto...* p. 195.

⁴ El desarrollo que sigue pretende explicar esa idea, siguiendo el desarrollo del profesor británico en su obra más importante. HART; *El Concepto...* pp. 196-208.

⁵ "La pretensión de corrección implica una pretensión de fundamentabilidad. Esta pretensión no se limita a que el juicio sea fundamental en el sentido de alguna moral y en esta medida sea correcto sino que se extiende a la afirmación de que el fallo es correcto en el sentido de una moral fundamentable y, por tanto, de una moral correcta. De esta manera la conexión necesaria entre el derecho y la moral correcta es creada en el sentido de que la pretensión de corrección incluye una pretensión de corrección moral que se extiende también a los principios subyacentes." ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del derecho*. Traducción del original alemán por Jorge M. Seña. Colección Estudios Alemanes. Gedisa Editorial. Barcelona (España), 1997, p. 82.

sí, situación que debe ser respetada en las vicisitudes de la vida social en los casos de distribución de cargas o de beneficios, así como es susceptible de restauración en los casos de alteración. De tal modo, la justicia está vinculada con un equilibrio o proporción de las posiciones jurídicas relevantes de los sujetos involucrados en una relación jurídica. Todo esto se resume en las frases de acuerdo con las cuales se debe “*tratar los casos semejantes de la misma manera*” y “*tratar los casos diferentes de diferente manera*”.

Sin embargo, la idea de justicia no nos ofrece, por sí sola, un criterio claro para distinguir cuando estamos en presencia de «casos iguales» o de «casos desiguales», de lo que deriva una complejidad inherente al concepto. La directriz previamente anunciada es, de acuerdo con HART, un aspecto estático de la justicia; mientras que la determinación de cuando estamos en un caso de igualdad o de desigualdad sería su aspecto dinámico, cuyo objetivo — al final — es el de garantizar cierta imparcialidad u objetividad en la aplicación de las reglas; pero así planteado, ello no garantiza la *optimización*, en términos de ALEXY, de los enunciados a los que se aplique el concepto.¹

De esta forma, HART se refiere a lo que ALEXY llama el argumento de la «corrección»²; esto es, a la capacidad de la justicia de indicar, desde la perspectiva «interna», un criterio relevante para la crítica del Derecho en términos —meramente— de «justicia» o de «injusticia», mas no de validez o de invalidez, a menos que desde el propio Derecho positivo —desde la propia regla— se indique el fin perseguido por ella, para que así no quepa

¹ “La conexión entre este aspecto de la justicia y la noción misma de proceder según la regla, es obviamente muy estrecha. En verdad, podría decirse que aplicar con justicia una norma jurídica a distintos casos es simplemente tomar en serio la afirmación de que lo que debe aplicarse los distintos casos es la misma regla general, sin perjuicio, interés o capricho. Esta conexión estrecha entre la justicia en la administración del derecho y la noción misma de regla ha tentado a algunos pensadores famosos a identificar la justicia con la conformidad con el derecho. Esto es, claramente, un error, a menos que ‘derecho’ reciba algún significado especialmente amplio; porque tal versión de la justicia deja sin explicar el hecho de que la crítica en nombre de la justicia no se limita a la administración del derecho en los casos particulares, sino que las leyes mismas son a menudo criticadas como justas o injustas.” HART; *El Concepto...* p. 200.

²ALEXY; *El concepto...* pp. 79-85.

controversias respecto del criterio de igualdad o de discriminación válido, en términos de justicia¹. Con ello hay un precio a pagar: el rol efectivo de la justicia se reduce al mínimo, en términos semejantes a los que ALEXY analiza como tesis de la «incorporación»², en la que la noción de moral, en HART, resulta absolutamente relativizada:

“[E]l derecho puede, en nombre del bienestar general de la sociedad, imponer una compensación atinada añadido auto, aun cuando moralmente, como cuestión de justicia, podría pensarse que esa compensación recibida. Se suele decir que tal es lo que ocurre cuando la responsabilidad civil extracontractual es objetiva, es decir, independiente de que haya habido intención de dañar o que de que se haya omitido las precauciones debidas. A veces se defiende esta forma de responsabilidad diciendo que la ‘sociedad’ tiene interés en que sean compensados quienes sufren daños accidentales; y se sostiene que la forma sencilla de conseguirlo es colocar la carga sobre aquellos cuyas actividades, por cuidadosamente controladas que estén, producen tales actividades. Ellos tienen, por lo general, amplios recursos y oportunidades de asegurarse contra esos riesgos. Cuando se hace esta defensa, en ella va implícita una apelación al bienestar general de la sociedad que, aunque puede ser moralmente aceptable e incluso ser calificada de ‘justicia social’, difiere de las formas primarias de justicia que se ocupan simplemente de restablecer, en la medida de lo posible, el *status quo* entre los individuos.”³

En este sentido, el rol de la justicia en el Derecho queda limitado, según HART, en los siguientes términos:

“La justicia constituye un segmento de la moral que nos refiere primariamente a la conducta individual sino las formas como son tratados clases de individuos. Es esto lo que da a la justicia su especial relevancia

¹ Es por ello que, de acuerdo con HART, “los criterios de semejanzas y diferencias relevantes pueden variar a menudo en función del enfoque moral fundamental de una determinada persona o sociedad. Cuando ello ocurre, las estimaciones sobre la justicia o injusticia del derecho pueden enfrentar contra-afirmaciones inspiradas por una moral diferente. Pero a veces una consideración del fin que reconocidamente la norma jurídica en cuestión persigue, puede aclarar las semejanzas y diferencias que una norma justa debería admitir, y puede ocurrir entonces que respecto de ellas no quepan prácticamente controversias.” HART; *El Concepto...* pp. 202-203.

²ALEXY; *El concepto...* pp. 75-79.

³HART; *El Concepto...* pp. 206-207.

para la crítica del derecho y de otras instituciones públicas o sociales. Es la más pública en la más jurídica de las virtudes. Pero los principios de justicia no agotan la idea de moral; y no toda la crítica del derecho hecha sobre fundamentos morales es formulada en nombre de la justicia. Las normas jurídicas pueden ser condenadas como moralmente malas simplemente porque exigen de los hombres acciones particulares que la moral prohíbe, o porque les exigen abstenerse de acciones que son moralmente obligatorias.”¹

A partir de estas consideraciones, y en un segundo punto, HART diferencia las obligaciones morales de las obligaciones jurídicas, con base en cuatro criterios: (i) *importancia*, en tanto el cumplimiento de las obligaciones morales tiene una altísima importancia, en promedio, para los miembros de un grupo social determinado; (ii) *inmunidad al cambio deliberado*, toda vez que las obligaciones morales no pueden ser objeto de cambio a través de un acto único, consciente y voluntario por parte de un individuo, mientras que el Derecho —a través de las reglas secundarias, específicamente las de cambio— puede modificarse a través de estos actos voluntarios; (iii) *carácter voluntario de las transgresiones morales*, como opuesto al hipotético carácter objetivo que, en opinión del profesor británico, tienen los imperativos jurídicos y que fundamentan, así, la llamada *responsabilidad objetiva*; y (iv) *forma de presión moral*, entendida como referida directamente al valor de la regla en sí y al carácter positivo de su respeto, mientras que en la obligación jurídica es el temor a la sanción —fundamentalmente— el que inspiraría la obediencia al Derecho.²

Lo expuesto hasta ahora lleva a HART a concluir en el carácter «contingente» de la relación entre Derecho y Moral, de forma que la existencia y contenido del derecho pueden ser identificados como referencia a las fuentes sociales del derecho —esto es, la legislación, las decisiones judiciales, las costumbres sociales— sin hacer referencia a la moral, excepto

¹HART; *El Concepto...* p. 208.

²HART; *El Concepto...* pp. 208-228.

en aquellos casos en que el Derecho así identificado ha incorporado en sí mismo criterios morales para la identificación del Derecho.¹

No obstante, HART reconoce la existencia de una serie de reglas que, por su contenido mínimo, constituyen de hecho un *elemento común al Derecho y a la moral* convencional. Lo dice el propio HART en estos términos: “*Tales principios de conducta universalmente reconocidos, que tienen una base en verdades elementales referentes a los seres humanos, y a su circunstancia natural, y a sus propósitos, pueden ser considerados como el contenido mínimo del Derecho Natural*”². Estos contenidos mínimos se resumen en *cinco* puntos fundamentales:

- (i) *Vulnerabilidad humana*; la moral relevante para el derecho se expresa, normalmente, en prohibiciones. Estas prohibiciones están vinculadas —en un caso paradigmático— a la prohibición del uso de la violencia, dada la diferencia natural que la fuerza física determina entre los hombres; así, incluso el hombre más fuerte será vulnerable a los ataques de los demás, al menos cuando duerme.
- (ii) *Igualdad aproximada*; a pesar de la diferencia previamente indicada, todos los hombres son fundamentalmente iguales. Ello debe entenderse, no en el sentido roussonian del término, sino como la posibilidad igual que tienen los hombres entre sí de hacerse daño, de una forma o de otra. Ello exige de los hombres ciertos acuerdos mínimos, acuerdos de «no-violencia» que tienen como sustrato último —ahora sí, en un sentido

¹ “Argumento en este libro [en *El Concepto del Derecho*] que aun cuando puede haber muchas y diversas colecciones contingentes entre Derecho y moral, no hay conexiones conceptuales necesarias entre el contenido del Derecho y la moral; por ende, las disposiciones moralmente inicuas pueden ser válidas como reglas o principios jurídicos. Un aspecto de esta forma de separación entre derecho y moral es que puede haber derechos y deberes jurídicos que no poseen ninguna justificación o fuerza moral.” El texto entre corchetes es nuestro. HART, Herbert L. A.; «Postscriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart—Dworkin*. Traducción del original inglés por Magdalena Holguín. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1997, pp. 130-131..

²HART; *El Concepto...* pp. 238-239.

netamente contractualista— el sacrificar una porción de la libertad individual para alcanzar un mayor y mejor goce de la libertad remanente.

- (iii) Altruismo limitado; aquí HART comparte, en alguna medida, los planteamientos de ROUSSEAU sobre la natural bondad del hombre: si bien los hombres no son demonios, tampoco son ángeles, lo cual garantiza —al menos en una perspectiva mínima— la posibilidad de establecer un orden que asegure a los hombres respecto de la agresión de sus semejantes.
- (iv) Recursos limitados; este hecho, combinado con lo infinito de las necesidades humanas, “*hacen indispensable alguna forma mínima de la institución de la propiedad (aunque no necesariamente la propiedad individual), y el tipo distintivo de reglas que exigen que se la respete*”.¹
- (v) Comprensión y fuerza de voluntad limitadas; esta noción implica cierta cooperación voluntaria para el cumplimiento de las disposiciones mínimas del sistema, de manera de asegurar la efectividad del sistema coercitivo, que es necesario, como hemos visto, tanto para AUSTIN como para HART, para configurar un sistema de derecho.

Así, HART reconoce expresamente la existencia de un Derecho Natural de raigambre sociológica, más que *moral*, cuya relación con el Derecho es necesaria, al punto que el profesor británico atribuye a este contenido mínimo la cualidad de develar “*el núcleo de buen sentido que hay en la doctrina del Derecho Natural*”, de manera que “*para la descripción adecuada no sólo del Derecho sino de muchas otras instituciones sociales, es menester reservar un lugar para una tercera categoría de enunciados además de las definiciones y de los enunciados ordinarios de hecho*): aquéllos cuya verdad

¹HART; *El Concepto...* pp. 242-243.

depende de que los seres humanos y el mundo en que viven conserven las características salientes que hoy tienen”, afirmaciones que matizan, en mucho, aquella del propio HART de acuerdo con la cual “*el derecho puede tener cualquier contenido*”.¹

Todas estas conexiones, a las que HART denomina «contenido mínimo del Derecho Natural», tienen un fundamento común: la *Libertad*, que sí tiene, definitivamente, naturaleza axiológica. Como citamos anteriormente², HART reconoce un «derecho natural»: el derecho de todos los hombres *a ser libres*. Ello implica, en las palabras del profesor de Oxford, *dos* corolarios, referidos a que todo ser humano capaz de elegir—esto es, «consciente» y «libre»— tiene: (i) derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o restricciones en su contra; y (ii) tiene libertad para realizar cualquier acto que no sea coercitivo o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas.

Implícitamente, eso conlleva una *referencia valorativa mínima* en la tesis de HART, identificada con la Libertad, en tanto ésta sirve de fundamento (i) al que él mismo llama el «contenido mínimo del Derecho Natural», cuya deuda contractualista—la limitación derivada de la autonomía de la voluntad en la propia libertad para asegurar el mejor ejercicio de la porción remanente, y así poder salir del estado de naturaleza salvaje del hombre primitivo— le impone como *base*, a todas las condiciones que HART identifica como mínimas a la idea de Derecho, a través del referido «contenido mínimo», y por esa misma vía al sistema de reglas —el Derecho—que impone esas limitaciones; y (ii) a las referencias mínimas que sirven de base a la solución de los llamados «casos difíciles», como parámetros de referencia del juez en su labor «creadora» de Derecho a través del empleo de lo que HART llama la

¹HART; *El Concepto...* pp. 246-247.

²HART; *¿Existen...* p. 46.

discreción del juez, dada la «textura abierta»¹ que el profesor de Oxford reconoce al sistema jurídico estructurado con base única en reglas.

Así las cosas, a pesar de las referencias expresas en contrario que hace HART, ya mencionadas, cabe *dudar* de la configuración lógico-formal que, hasta ahora, hemos hallado en el análisis de corte positivista de los conceptos jurídicos fundamentales. Si existe un «contenido mínimo del Derecho» identificable con la noción de Derecho Natural, que —a pesar de la explicación sociológica que el británico intenta— no es otra cosa que una referencia a la Libertad como valor fundamental del sistema jurídico, entonces cabría decir, cuando menos, una de dos cosas:

- (i) Que hay un elemento *axiológico* que compone, con naturaleza de «concepto jurídico fundamental», a la noción de Derecho; esto es, que a las nociones de «regla», «hecho jurídico», «obligación», «deber», «privilegio», «sanción», «responsabilidad», «competencia», «inmunidad», «sujeción», «imputación», etc., hay que añadir un «valor» o tipo de «valores», independientemente de su contenido; y
- (ii) Que *cuando menos* —siempre partiendo de las consideraciones de HART— esa referencia axiológica mínima, común a todos los participantes en un sistema de *reglas* como lo es el Derecho, es la *Libertad*, entendida como la capacidad de elegir, de forma *consciente y libre* —e independientemente de las razones de fondo que inspiren esa elección— el curso de acción que permita el ejercicio del

¹ «La *textura abierta del derecho* significa que hay, por cierto, áreas de conducta donde mucho debe dejarse para que sea desarrollado por los tribunales o por los funcionarios que procuran hallar un compromiso, a la luz de las circunstancias, entre los intereses en conflicto, cuyo peso varía de caso a caso. No obstante ello, la vía del derecho consiste en muy gran medida en la orientación o guía, tanto de los funcionarios como de los particulares, mediante reglas determinadas que, a diferencia de las aplicaciones *destandardsvariables*, no exigen de aquellos una nueva valoración de caso a caso. [...] Aquí en la zona marginal de las reglas y en los campos que la teoría de los precedentes deja abiertos, los tribunales desempeñan una función productora de reglas, que los cuerpos administrativos desempeñan centralmente en la elaboración *destandardsvariables*. En un sistema donde el *stare decisis* es firmemente reconocido, esta función de los tribunales se asemeja mucho al ejercicio por un cuerpo administrativo de potestades delegadas de creación de reglas.» HART; *El Concepto...* pp. 168-169.

derecho propio sin coacción ni violencia indebida contra terceros, y la consecución de un status de garantía respecto del mismo sujeto frente a las agresiones, también *conscientes y libres*, que reciba de terceros.

A una conclusión semejante llega ALEXY, en los siguientes términos:

“Se podría pensar en un tercer grupo, es decir, el de los argumentos empíricos. Sin embargo, si se observan las cosas más de cerca, se ve, cuando se trata de la definición del concepto de derecho, sea en el sentido de la tesis de la separación o en el de la tesis de la vinculación, que los argumentos empíricos se convierten en elementos y argumentos analíticos o normativos. Es una tesis empírica la que afirma que un sistema jurídico que no protege ni la vida ni la libertad y la propiedad de ninguno de los sujetos jurídicos no tiene perspectiva de vigencia permanente pero, la protección de la vida, la libertad y la propiedad es una exigencia moral. Por ello, puede decirse que el cumplimiento de determinadas exigencias morales mínimas es prácticamente necesario para la vigencia permanente de un sistema jurídico. El argumento empírico conduce hasta ese punto y no más allá. Para tender el puente hacia el concepto de derecho, tiene que ser incluido en un argumento analítico que dice que, por razones conceptuales, sólo temas que tienen una vigencia permanente son sistemas jurídicos. En cambio, se lleva a cabo una inclusión en un argumento normativo cuando la tesis empíricas según la cual determinados objetivos, tales como la supervivencia, sólo pueden ser alcanzados si el derecho posee determinados contenidos, es presentada conjuntamente con la premisa que afirma que este objetivo debe ser alcanzado, como argumento para una determinada definición del derecho.”¹

Así las cosas, parece cobrar vigencia la sugerencia de SCHAPP —en la interpretación que de su obra hace RECASENS SICHES—, de acuerdo con la cual “*la estructura material a priori de las instituciones consiste en un complejo de participaciones en valores*”, o lo que es lo mismo, “*está*

¹ ALEXY; *El concepto...* p. 27, en pie de página.

constituida por unas determinaciones estimativas singulares”, de base teleológica¹. Ello implicaría, como puede notarse, concebir al Derecho de una forma *distinta*; esto es, como un sistema compuesto, además de por reglas, por alguna forma de *valores*.

Ello coincide con los planteamientos del iusnaturalismo, por lo que es este enfoque el que deberemos emprender sin demora.

D. Una segunda aproximación a los «conceptos jurídicos fundamentales». El carácter «bifronte» del Derecho: un sistema de principios y reglas.

Previamente indicábamos, con KANT², la posible distinción entre *dos* niveles del conocimiento jurídico: (i) lo que es de Derecho —*quid sit iuris*—, es “*lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado*”, de lo cual deriva una concepción «lógico-formal» del Derecho, en la que —fundamentalmente— las estructuras básicas de lo jurídico estarán identificadas con los elementos formales de sus enunciados básicos: las *reglas*³.

De tal modo, se concebiría a los conceptos «jurídico-formales» del Derecho (SOMLÓ⁴) como los únicos «genuinos» (RADBRUCH⁵), de los que se compone y, por tanto, de los que puede derivarse el conocimiento del Derecho en cualquier circunstancia, en cualquier sociedad, en cualquier espacio y tiempo. Es esa la idea que hemos analizado en el acápite previo, y

¹ RECASENS SICHES; «Presentación», en SCHREIER; *Conceptos...* pp. 14-15.

² KANT; *La Metafísica...* p. 38.

³ Es a esto a lo que se refiere FERNÁNDEZ SUÁREZ cuando, al comentar la obra de GARCÍA MAYNEZ, clasifica los conceptos jurídicos en «lógico-jurídicos» y «ontológico-jurídicos». FERNÁNDEZ SUÁREZ; *La Filosofía...* p. 181. El profesor mexicano, como se deriva del análisis de su obra, ubica a los conceptos jurídicos fundamentales únicamente en la primera de estas categorías. Si bien una lectura superficial de sus ideas podría llevar a negar esta conclusión, no debe pasarse por alto que, para GARCÍA MAYNEZ, los llamados conceptos «ontológico-jurídicos» corresponden a los objetos que funcionan como correlatos necesarios, en el plano ontológico, de las nociones de carácter esencialmente normativo, esto es, los conceptos «lógico-jurídicos» fundamentales. No es menos cierto, se reconoce, que al menos terminológicamente GARCÍA MAYNEZ incluye a ambas categorías dentro de los conceptos jurídicos fundamentales. GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50; y GARCÍA MAYNEZ; *Clasificación...* p. 3.

⁴ SOMLÓ; *Juristische...* p. 26.

⁵ RADBRUCH; *Introducción...* p. 49.

—como puede verse— de ella surge una enumeración característica de los conceptos jurídicos fundamentales:

- (i) «Orden», «deber», «derecho subjetivo», «obligación» y «sanción» (AUSTIN¹).
- (ii) «Norma», en sus variedades *atributiva* y *prescriptiva*, y sus componentes lógicos —«supuesto jurídico», «disposición normativa», «concepto-sujeto», «cópula jurídica» y «predicado relacional»— y ontológicos, que correlativamente corresponderán a los de «hecho condicionante», «relación jurídica», «pretensor», «obligado», «derecho subjetivo», «deber jurídico» y «objeto» (GARCÍA MAYNEZ²).
- (iii) «Sujeto del derecho», «fundamento del derecho», «soberanía jurídica» y «juridicidad» (STAMMLER³).
- (iv) «Norma jurídica» o «regla de Derecho», y a través de ella, del «deber jurídico», la «sanción», «acto antijurídico», «responsabilidad», «derecho subjetivo», «competencia», «imputación» y «sujeto de derecho» (KELSEN⁴).
- (v) «Hecho jurídico», dividido en dependientes e independientes, total o parcialmente, y sus complementos: el «sujeto de deber», la «prestación», la «obligación», la «acreencia», la «deuda», el «vínculo obligatorio», la «pretensión jurídica», la «responsabilidad», la «sanción» y el «Estado» (SCHREIER⁵).
- (vi) Las nociones correlativas de «derecho» y «deber», «no-derecho» y «privilegio», «incompetencia» e «inmunidad», y «potestad» y «sujeción» (HOHFELD⁶).

¹ AUSTIN; *Lectures...* pp. 81-91.

² GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

³ STAMMLER; *Tratado...* pp. 292 a 294.

⁴ Dado que KELSEN no trató el tema sistemáticamente —esto es, no existe como tal una teoría kelseniana de los conceptos jurídicos fundamentales— estas ideas aparecen dispersas por toda su obra. Sin embargo, la práctica totalidad de estos enunciados son tratados por el profesor austríaco en KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 97-245.

⁵ SCHREIER; *Conceptos...* pp. 145-274.

⁶ HOHFELD; *Conceptos...* p. 47.

- (vii) Las «modalidades jurídicas», que integran las normas llamadas «de conducta» y «de competencia», y que están, a su vez, compuestas por las nociones —igualmente correlativas— de «facultad», «no-facultad», «libertad», «deber», «competencia», «incompetencia», «inmunidad» y «sujeción» (ROSS¹).
- (viii) El sistema de «reglas», dividido en reglas «primarias» y «secundarias» y éstas, a su vez, en reglas de «reconocimiento», «cambio» y «adjudicación» (HART²).

Una caracterización tal de los conceptos jurídicos fundamentales es válida, siempre que se admita como premisa —como bien lo advierte GARCÍA MAYNEZ³— un concepto «cerrado» del Derecho, integrado únicamente, para tomar la versión de HART, por distintas clases de *reglas*. Pero partiendo de esa misma proposición, si es posible concebir *de otra forma* al Derecho, esto es, de una manera en la que éste se halle compuesto *no solamente de reglas* sino también de *otro tipo* de enunciados jurídicos, entonces de éstos deberán surgir, como consecuencia necesaria, otros «conceptos jurídicos fundamentales» *distintos* a los previamente enumerados.

Esa aproximación es la que, fundamentalmente, se resume en el problema de la recepción de la Moral en el Derecho; esto es, a partir del conocimiento racional *a priori* de lo que es «justo» —*quid sit ius*— en el segundo de los niveles que para el conocimiento jurídico señalaba KANT. Dicho de otro modo, es preciso determinar si, al contrario del carácter «contingente» que les asigna HART⁴, o la negación absoluta que de ellos

¹ ROSS; *Sobre el Derecho...* p. 200.

² HART; *El Concepto...* pp. 113-154

³ En el estudio de los conceptos jurídicos fundamentales —como en tantos otros problemas del Derecho— «*las conclusiones a que los autores han llegado al aplicarlos están condicionadas por la noción del derecho que sirve de base a cada jurista.*» GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 38. En contra AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* pp. 398-399, y SCHREIER; *Conceptos...* p. 29.

⁴ HART; *Postscriptum...* pp. 130-131.

hace KELSEN¹, los valores —expresados deónticamente en «principios»— tienen carácter *necesario* para integrar el Derecho, de manera que pueda hablarse de ellos —o de algunas de sus manifestaciones más señeras— como conceptos jurídicos fundamentales que, junto con los de índole lógico-formal, deban constituir toda proposición jurídica.

ALEXY resume, magistralmente, el problema:

“El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, sigue existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.

Todas las teorías positivistas sostienen la *tesis de la separación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de forma tal que no incluya ningún elemento moral. La tesis de la separación presupone que no existe ninguna conexión conceptual necesaria entre derecho y moral, entre aquello que ordena el derecho y aquello que exige la moral o entre el derecho que es y el derecho que debe ser. [...]

Por lo tanto, para el concepto positivista de derecho, quedan sólo dos elementos definitorios: el de la legalidad conforme al ordenamiento o dotada de autoridad y el de la eficacia social. Las numerosas variantes del positivismo jurídico resultan de las diversas interpretaciones y del peso que se dé a estos dos elementos definitorios. A todas ellas es común el hecho de que lo que es derecho depende de lo que es impuesto y/o es eficaz. La corrección del contenido, cualquiera que éste sea, no juega aquí ningún papel.

En cambio, todas las teorías no positivistas sostienen la *tesis de la vinculación*. Según ella, el concepto de derecho debe ser definido de manera tal que contenga elementos morales. Ninguno positivista que merezca ser tomado en serio excluye del concepto de derecho los elementos de la legalidad conforme al ordenamiento y de la eficacia

¹ “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera”. KELSEN, Hans; *Teoría Pura del Derecho*. 4ª edición. Traducción de edición francesa por Moisés NILVE. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 2009, p. 112.

social. Lo que lo diferencia de los positivistas es más bien la concepción de que el derecho debe ser definido de forma tal que, a más de estas características que apuntan a hechos, se incluyan también elementos morales.”¹

La cuestión se plantea, de este modo, en dos niveles diferentes. En un primer nivel, el de las «proposiciones jurídicas», debe estudiarse si el sistema jurídico tiene —utilizando aquí la expresión de HART, en un sentido distinto²— un carácter «bifronte», esto es, si está compuesto por *reglas* y, al mismo tiempo, por *principios*, entendidos éstos como la expresión deóntica de los valores en el Derecho. En segundo término, de responde de la descarga y no están en espera que reconozca inesperada eran su nueva leyerse afirmativamente esta cuestión, habrá que descender a un *segundo* nivel, el de los componentes fundamentales de los enunciados jurídicos, para determinar en qué parte de la estructura de un enunciado jurídico —sea regla o sea principio— debe incorporarse la referencia axiológica que, previamente, ha sido admitida como elemento fundamental de la noción de Derecho, y —en consecuencia— determinar su función específica.

a) El primer nivel. Carácter «bifronte» del Derecho. Reglas y principios como enunciados jurídicos fundamentales.

Desde la que ALEXY identifica como la «perspectiva del observador»³, el Derecho se identifica con el conjunto de preceptos normativos contenidos en la ley escrita, con el «derecho positivo»⁴; esto es, con las *reglas*, que

¹ ALEXY; *El concepto...* pp. 13-14.

² “La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios. Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza prejurídica, que consiste únicamente en reglas primarias”. HART; *El Concepto...* p. 145.

³ ALEXY; *El concepto...* pp. 31-32.

⁴ O «ley positiva», en los términos de AUSTIN. Para el británico, “[c]omo contrapuestas a las reglas que denomino moral positiva, y a las cuales deberé tocar inmediatamente, el agregado de las reglas, establecidas por superiores políticos, puede ser marcado cómodamente con el nombre de ley positiva”. Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “As contradistinguished to the rules which I style positive morality, and on which I shall touch immediately, the aggregate of the rules, established by political superiors, may also be marked commodiously with the name of positive law.” Éstas son las únicas que constituyen —para él— el objeto del Derecho. AUSTIN; *The Province...* p. 2 y AUSTIN; *Lectures...* p. 88.

determinan la conducta humana por vía de ordenar, permitir o prohibir. Es ese el concepto que maneja KELSEN, para quien el Derecho —desde un punto de vista estático— “*aparece como un conjunto de normas determinantes de las conductas humanas*”¹, y los elementos que lo componen —las normas— como “*un mandamiento, un reglamento, una orden*”², cuya promulgación de acuerdo con la Constitución³ y su aceptación por el colectivo determinarán su validez⁴. De esta manera, cualquier problema susceptible de solución *fuera* del ámbito meramente *normativo*, entendido el vocablo en los términos previamente descritos, será tenido como *metajurídico*, fuera del Derecho, y sometido a la *discreción* de los jueces. Así lo expone, por ejemplo, Ronald DWORKIN:

“El conjunto de estas obras jurídicas válidas agota el concepto de «derecho», de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (que no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir «aplicando la ley». Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que « ejerza su discreción », lo que significa ir más allá de la ley en busca de algún otro tipo de estándar que lo guíe en la preparación de una norma nueva o en la ampliación de un existente.”⁵

Sin embargo, desde la perspectiva del sujeto que ve al Derecho «desde adentro», desde la perspectiva de un «participante»⁶ —o una

¹ KELSEN; *Teoría Pura*... p. 37.

² KELSEN; *Teoría General de las Normas*... p. 19.

³ Entendida aquí como «norma fundante», o como «regla de reconocimiento». HART; *El Concepto*... pp. 117-118.

⁴ Según ROSS, las teorías positivistas comparten “*la convicción de que enunciar la existencia de una regla jurídica como perteneciente al derecho de un país en un momento determinado es enunciar un conjunto de hechos sociales observables*”. ROSS, Alf; «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*. 4ª Edición. Traducción del original inglés por Genaro R. CARRIÓ y Osvaldo PASCHERO. Fontamara, México, D. F., 2001, p. 10. Una explicación semejante, desde una perspectiva crítica, es la que intenta ALEXY al agrupar, como característico del positivismo, a los conceptos del Derecho primariamente orientados a la eficacia, y señalar que, de una u otra manera, el concepto de Derecho positivista oscila entre esta cualidad y la de la legalidad conforme al ordenamiento. ALEXY; *El concepto*... pp. 21-24.

⁵ DWORKIN, Ronald; *Los derechos en serio*. Traducción del original inglés por Marta GUASTAVINO. Ariel. Barcelona (España), 2002, pp. 65-66.

⁶ ALEXY; *El concepto*... pp. 31-32.

perspectiva «interna»¹— esta concepción del Derecho, únicamente estructurada sobre la base de *reglas*, mostró pronto su incapacidad para resolver los denominados por DWORKIN «casos difíciles»², y su insuficiencia para explicar la posibilidad del juez de aplicar conceptos pretendidamente «metajurídicos» como base para la resolución de problemas «jurídicos».

Es paradigmática, a este respecto, la sentencia de la Corte de Apelaciones de New York del 8 de octubre de 1889, en el caso *Riggs v. Palmer*³, comentada por DWORKIN⁴. Francis B. PALMER, granjero neoyorkino, testó el 13 de agosto de 1880 dejando la mayor parte de su considerable fortuna a su nieto, Elmer, menor de edad para el momento, y algunos

¹ El «punto de vista interno» es “*el punto de vista de quienes no se limitan a registrar y predecir la conducta que se adecua a las reglas, sino que usa las reglas como criterios o pautas para valorar su conducta y la de los demás.*” Esta visión “*requiere una atención más detallada en el análisis de los conceptos jurídicos y políticos que la que usualmente éstos han recibido. Bajo el régimen simple de las reglas primarias el punto de vista interno se manifiesta, en su forma más sencilla, en el uso de aquellas reglas como fundamento para la crítica, y como justificación de las exigencias de conformidad, presión social y castigo. El análisis de los conceptos básicos de obligación y deber reclama una referencia a estas manifestaciones más elementales del punto de vista interno. Con el agregado de las reglas secundarias, el campo de lo que se hace y dice desde el punto de vista interno se extiende y diversifica mucho. Con esta extensión aparece todo un conjunto de nuevos conceptos cuyo análisis reclama una referencia al punto de vista interno. Entre ellos se encuentran las nociones de jurisdicción, legislación, validez, y, en general, de potestades jurídicas, privadas y públicas. Hay una constante inclinación a analizar estos conceptos en los términos del discurso ordinario o científico, que enunciar hechos, por el discurso predictivo. Por esto sólo puede reproducir su aspecto externo; para hacer justicia su aspecto distintivo o interno necesitamos ver las diferentes maneras en que los actos de creación jurídica del legislador, la adjudicación de un tribunal, el ejercicio de potestades privadas u oficiales, y otros ‘actos jurídicos’, están relacionados con las reglas secundarias.*” HART; *El Concepto...* p. 122. Llama la atención, sin embargo, que ATIENZA identifica una tercera perspectiva, a la que denomina «intermedia» y que es donde ubica él al Juez. ATIENZA, Manuel; *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel. Barcelona (España) 1997, pp. 56-60.

² “*Existe un caso dudoso cuando la ley que hay que aplicar es imprecisa y las reglas de la metodología jurídica no conduce necesariamente a un único resultado. Quien identifique el derecho con la ley escrita, es decir, defienda la tesis del positivismo jurídico, tiene que decir que en los casos dudosos la decisión está determinada por factores extrajurídicos. Totalmente distinta es la comprensión del no positivista. Como no identifica el derecho con la ley, para la decisión puede estar determinada también por el derecho cuando la ley no la establece obligatoriamente. Por cierto, las diferentes concepciones acerca de que es derecho pueden, pero no tienen qué, conducir a resultados diferentes.*” ALEXEY; *El concepto...* p. 19. Por su parte, ATIENZA identifica a estos «casos difíciles» de una manera hartamente más sencilla, si bien en algo diferente: “*En concreto, parece que las posibles discrepancias que pueden tenerse a la hora de resolver un caso jurídico han de deberse a una valoración diferente de los elementos probatorios —lo que lleva a establecer de una manera diferente la premisa menor o premisa fáctica—, o a una interpretación diferente de las normas —de la premisa mayor—, o bien a la existencia de una discrepancia en cuanto a cuáles sean las normas aplicables al caso.*” ATIENZA; *Tras la justicia...* p. 24. Al respecto —entre otras varias alusiones al tema— DWORKIN señala el rol de los principios como criterios de solución de estos «casos difíciles»: “*Una vez que indicamos los principios jurídicos como una clase de estándares aparte, diferente de las normas jurídicas, comprobamos de pronto que estamos completamente rodeados de ellos. Los profesores de derecho nos enseñan, los textos los citan, los historiadores del derecho lo celebran. Pero donde parecen funcionar con el máximo de fuerza y tener el máximo peso es en los casos difíciles, como el de Riggs y el de Henningsen. Por fin en sí, los principios desempeñan un papel esencial en los argumentos que fundamentan juicios referentes a determinados derechos y obligaciones jurídicas.*” DWORKIN; *Los derechos...* p. 80.

³ Sentencia de la Corte de Apelaciones del Estado de New York del 8 de octubre de 1889, en el caso *Riggs v. Palmer* (115 NY 506), consultada en http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm, 30 de mayo de 2013.

⁴ DWORKIN; *Los derechos...* pp. 73-80; y DWORKIN, Ronald; *El imperio de la justicia*. Traducción del original inglés por Claudia FERRARI. Gedisa, 2005, pp. 25 a 28.

legados a sus hijas, las señoras RIGGS y PRESTON. Luego, en 1882, el Sr. PALMER —quien era viudo— contrajo nuevas nupcias, y suscribió previamente capitulaciones matrimoniales en las cuales se acordó que, en lugar de dote o cualquier otro reclamo sobre su sucesión, el Sr. PALMER constituiría pensión vitalicia, a beneficio de su esposa, a cargo de los frutos producidos por una granja de su propiedad. Elmer, conecedor del contenido del testamento y temeroso de su revocación, decidió matar a su abuelo, envenenándolo. Así las cosas, el *thema decidendum* se circunscribía a determinar si Elmer tenía o no el derecho a heredar a su abuelo, siendo que el estatuto de testamentos del estado de New York no preveía como limitante para recibir en herencia —ni directa ni indirectamente, ni siquiera a través de la figura de la «indignidad»— el haber asesinado al causante.

El Tribunal decidió, con fundamento en lo que éste calificó como una «interpretación racional» de la ley, que Elmer no tenía derecho a heredar a su abuelo, con fundamento en el axioma de acuerdo con el cual a nadie debe permitirse obtener beneficio de su propio fraude, u obtener ventaja de su propio ilícito, o fundamentar cualquier acción sobre su propia iniquidad, u adquirir propiedad por su propio crimen¹.

En efecto, una interpretación «reglada» —esto es, basada únicamente en reglas— implicaba otorgar la propiedad de los bienes del Sr. PALMER a su asesino, toda vez que, normativamente, no existía impedimento alguno para que la persona que originara voluntariamente la muerte a su causante obtuviese la ejecución del testamento; existe una regla legal «conforme al ordenamiento» y «dotada de eficacia»² que ordenaba, en el supuesto de hecho de la muerte del causante (víctima), la transmisión patrimonial de sus bienes al heredero (homicida). En consecuencia, la decisión final de la Corte, de negar al «heredero-homicida» el derecho a la herencia del

¹ Traducción libre nuestra. El texto original en inglés es el siguiente: "No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime". *Riggs v. Palmer*, cit.

² Terminología que emplea ALEXY; *El concepto...* p. 13.

«causante-víctima», pues *nadie puede sacar provecho de su acción ilícita*, resulta difícilmente justificable desde un sistema jurídico únicamente estructurado sobre la base de «reglas».

Únicamente un orden normativo que tuviese en consideración otros materiales de los cuales construir el Derecho aplicable al caso podía dar cuenta de la situación sin cometer, como el sentido común lo indica, una grave injusticia. De tal manera, la solución del caso *Riggs v. Palmer* evidencia que el Derecho debe estar compuesto por *algo más* que reglas; esto es, por (i) un «parámetro de corrección», que permita controlar sus propios excesos, o configuraciones *injustas*; (ii) una fórmula de resolución de las lagunas normativas, fuera del alcance del axioma —fuertemente cuestionado— de la «plenitud hermenéutica» del Derecho; y (iii) un «mecanismo de justificación» de los enunciados normativos concretos que integran, como reglas, el sistema.

Esas tres funciones básicas refieren, directamente, a la función de los *valores* como elementos fundantes, axiológicamente hablando, del Derecho.

(i) Los valores en el Derecho. Su cognoscibilidad.

Los valores indican lo que es *bueno* para el ordenamiento jurídico, constituyéndose así en su referencia axiológica¹. Ahora bien, partiendo de esa afirmación, cabe preguntarse respecto de la cognoscibilidad de los valores; esto es, sobre si éstos pueden ser objetos de conocimiento y, en consecuencia, individualizables, de modo que puedan cumplir con las finalidades propias de su esencia.

¹ «Si se parte de la tripartición aquí esbozada [la de los conceptos prácticos en (i) deontológicos, que comprenden los enunciados de mandato, permisión y prohibición; (ii) axiológicos, los que definen a un determinado objeto de la experiencia o del ser como *bueno*; y (iii) antropológicos, en tanto el referente del concepto es el ser humano], es posible constatar fácilmente la diferencia decisiva entre el concepto de principio y el de valor. Los principios son mandatos de un determinado tipo, es decir, mandatos de optimización. En tanto mandatos, pertenecen al ámbito deontológico. En cambio, los valores tienen que ser incluidos en el nivel axiológico» ALEXY, Robert; *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción del original alemán por Ernesto GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 140 y 141. En el mismo sentido, ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* p. 123.

De acuerdo con la clasificación de MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ, es posible distinguir tres tesis al respecto: las que afirman la cognoscibilidad de los valores —teorías cognoscitivistas—, las que la niegan y las denominadas «intersubjetivistas».

Respecto del primer grupo de teorías, existen varias aproximaciones a la cognoscibilidad del valor desde una perspectiva afirmativa. La primera es la «naturalista», que consiste en “*aquellas teorías en las que se parte de que las expresiones normativas como bueno y debido pueden ser definidas a través de expresiones descriptivas*”, de modo que “*las expresiones normativas contenidas en enunciados normativos pueden ser sustituidas por expresiones descriptivas*” que, como tales, serían comprobables “*según el procedimiento de las ciencias naturales y de las ciencias sociales de carácter empírico*”¹.

Una segunda tesis es la «intuicionista», de acuerdo con la cual los valores son aprehensibles por su propia naturaleza, en tanto son «entidades no empíricas», que “*no pueden ser reconocidas por los cinco sentidos, sino por alguna otra facultad*”, normalmente reconducible a la capacidad de intelección apriorística². Dentro de este grupo se encuentran todas las corrientes filosóficas de inspiración religiosa, para quienes, en general, “*el hombre es capaz de descubrir los primeros principios del actuar, entre los cuales lógicamente están los principios de justicia*”³. En este sentido, RAWLS entiende por «intuicionismo» “*la doctrina que mantiene que existe una familia irreductible de primeros principios que tienen que ser sopesados unos con otros preguntándonos que equilibrio es el más justo según nuestro juicio.*”⁴

¹ ALEXY; Robert; *Teoría de la Argumentación Jurídica. La vía del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción del original alemán por Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Colección El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997, pp. 52-53.

² ALEXY; *Teoría de la Argumentación...* p. 53.

³ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 218.

⁴ RAWLS, John; *Teoría de la Justicia*. Traducción del original inglés por María Dolores González. Sección de Obras de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., p. 44.

Otra tendencia, el «emotivismo», asocia a la cualidad descriptiva de los valores —de las que se encargan fundamentalmente el «naturalismo» y el «intuicionismo»— una función adicional, la de “*expresar y/o provocar sentimientos y/o actitudes*”, de manera de “influir en alguien” como “*instrumentos de influencia psíquica; tienen, junto a su función cognitiva, una función emotiva*”¹.

Ahora bien, como apunta ALEXY, es posible defender la cognoscibilidad de los valores desde una posición distinta, sostenible “*si se supone que los valores son criterios de valoración que, como las normas en general, valen o no valen. Su validez, al igual que las valoraciones que ellas posibilitan, no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentaciones. La fundamentación defender el tipo de validez de que se trate: jurídica, social o ética.*”² En otros términos, es posible sostener la cognoscibilidad de los valores desde lo que MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ denominan el «intersubjetivismo»; esto es, de modo de “*ver si los juicios de valor que expresan distintas opciones de justicia pueden ser dotados de un fundamento racional, de una racionalidad que nos permita calificar a los juicios de valor de correctos o incorrectos y, en definitiva, de acertados o equivocados.*”³

El así descrito sería, en palabras de ALEXY, un «orden blando» de los valores, en el sentido de que no presupone una jerarquía absoluta de éstos, ordenable cardinal u ordinalmente; es decir, no predeterminaría soluciones *a priori* a problemas jurídicos en los que se hallen valores contrapuestos, como podrían serlo —por ejemplo— valores como los de la libertad de información radial frente a la protección de la intimidad personal de una figura pública.⁴ Un «orden blando» de conocimiento de los valores, que fundamente su

¹ De modo de expresar una posición frente al enunciado moral, sea positiva o negativa, de «aprobación» o de «desaprobación». ALEXY; *Teoría de la Argumentación...* pp. 56-57.

² ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 151.

³ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 220.

⁴ Un caso práctico semejante es el que toma ALEXY como base de su análisis, respecto de la imposibilidad de ordenar —predeterminadamente— una «escala de valores». ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 152-156.

aplicación deóntica —a través de principios— puede surgir (i) a través de preferencias *prima facie* a favor de determinados valores; o (ii) a través de una “*red de decisiones concretas de preferencias*”, determinables racionalmente por medio de un «modelo de fundamentación», tal como lo señala ALEXY:

“... el modelo de la fundamentación distingue entre el proceso psíquico, que conduce a la determinación del enunciado de preferencia, y su fundamentación. Esta distinción permite referir el postulado de la racionalidad de la ponderación a la fundamentación del enunciado de preferencia y decir: una ponderación es racional se denunciaba preferencial que conduce puede ser fundamentado racionalmente. De esta manera, el problema de la racionalidad de la ponderación conduce a la cuestión de la posibilidad de la fundamentación racional de enunciados que establecen preferencias condicionadas entre valores o principios opuestos.”¹

Por su parte, desde el punto de vista de quienes niegan la cognoscibilidad de los valores, la noción de éstos es —en sí misma— inasible, esto es, no susceptible de objetivación, en tanto las definiciones que pueden darse de valores son netamente «metafísicas», sin contenido material que distinga ontológicamente a los valores de otros objetos de la experiencia humana². Es esta idea la que inspira a KELSEN a afirmar, al evaluar la vinculación del Derecho con la Justicia, lo siguiente:

“Estos juicios de valor tienen, pues, un carácter subjetivo, porque no se fundan en una norma positiva, sino en una norma solamente supuesta por el que los enuncia. Por el contrario, los juicios de valor que verifican que tal hecho es o no conforme a una norma positiva tienen un carácter objetivo, dado que se refieren a los hechos por los cuales la norma ha sido creada. En realidad, no se trata de verdaderos juicios de valor, sino

¹ Alexy; Teoría de los Derechos... pp. 158-159.

² “Contra el intuicionismo se han dirigido numerosos argumentos. El argumento que quizá sea más fuerte consiste en que, ante el hecho de que las diferentes personas viven evidencias diferentes, el impresionismo no suministra ningún criterio para diferenciar las correctas de las falsas, las auténticas de las no auténticas; lo que debería hacer si quiere hacer justicia a su pretensión de fundamentar en el campo de la moral la posibilidad del saber objetivo o de la verdad moral. Ante la falta de tal criterio de decisión, el intuicionismo llega los mismos resultados que el subjetivismo ético.” ALEXY; Teoría de la Argumentación... p. 56.

de juicios de hechos, y a este título pueden ser el objeto de una ciencia. Porque tienen un sentido puramente subjetivo, los verdaderos juicios de valor se encuentran fuera del dominio científico, dado que la objetividad es un elemento esencial de toda ciencia.”¹

Otro tanto afirma ROSS, en términos —si se quiere— mucho más contundentes:

“Una crítica penetrante de la filosofía del derecho natural conduciría a profundidades que están más allá de los límites de una teoría general del derecho. Pero quizás una ojeada a la historia del derecho natural nos será de más ayuda que la argumentación epistemológica para ver la arbitrariedad y variedad de la especulación metafísica. Hablando estrictamente, las aserciones metafísicas no admiten ser refutadas, precisamente porque ellas se mueven en una esfera que está más allá del alcance de la verificación. Hay que aprender simplemente pasarlas por alto como algo que no tiene función o lugar legítimo en el pensamiento científico. ¿Ha probado alguien que no es Zeus o las diosas del destino quiénes y en el curso del Sol? Todo lo que podemos decir es que la astronomía moderna se las arregló sin esta presuposición. Asimismo, el modo más efectivo de derrotar a la metafísica en el derecho es simplemente crear una teoría jurídica científica cuya autosuficiencia relegue a las especulaciones metafísicas al olvido, junto con otros mitos y leyendas de la infancia de la civilización. La historia del derecho natural revela dos puntos salientes: la arbitrariedad de los postulados fundamentales sobre la naturaleza de la existencia y del hombre; y la arbitrariedad de las ideas jurídico-morales desarrolladas sobre ese fundamento. El derecho natural busca lo absoluto, lo eterno, que hará del derecho algo más que la obra de seres humanos y liberada al legislador de las penurias y responsabilidades de una decisión. La fuente de la validez trascendente del derecho ha sido buscada en una mágica ley del destino en la voluntad de Dios, o en una captación racional absoluta. Pero la experiencia muestra que las doctrinas que los hombres han

¹ KELSEN; *Teoría Pura...* p. 48.

construido sobre estas fuentes, lejos de ser eternas e inmutables, han cambiado con arreglo al tiempo, al lugar y a la persona.”¹

Participamos de la tesis de acuerdo con la cual es posible preconizar la cognoscibilidad de los valores como categorías *éticas*, en tanto la razón puede *aprehenderlos* y confrontarlos con la noción deontica comprendida en la norma jurídica de que se trate, de manera que permite demostrar —a través de un «modelo de fundamentación», en palabras de ALEXY— la validez intrínseca de tales normas o, por argumento *a contrario*, la efectiva vigencia de un determinado valor en una sociedad determinada. Tal como, implícitamente, señala KANT, el Derecho, “*en la medida en que denota legitimidad, estriba en la conformidad de la acción con la regla de derecho, siempre y cuando la acción no se oponga a la regla del arbitrio o a la posibilidad moral de la acción*”.²

(ii) La ponderación como mecanismo de fundamentación de la aplicación de los valores.

Sin embargo, a la idea de *ponderación*, como mecanismo de aplicación de los valores como criterios guía para la creación y aplicación del Derecho —posibilidad moral de la acción, en palabras de KANT—, se asocia como *peligro* la imposibilidad del control lógico-racional sobre ellos. Tal como dice ALEXY, “[l]os valores y principios no regulan por sí mismos su aplicación, es decir, la ponderación quedaría sujeta al arbitrio de quien la realiza. Allí donde comienza la ponderación, cesaría el control a través de las normas y el método”, lo que abriría el campo “*para el subjetivismo y decisionismo judiciales*”³, especialmente si se toma como base la *inasibilidad* del concepto de valor, en los términos postulados por KELSEN y ROSS.

¹ ROSS; *Sobre el Derecho...* p. 319.

² KANT, Immanuel; *Lecciones de ética*. Introducción y notas de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO. Traducción del original alemán de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO y Concha ROLDÁN PANADERO. Crítica, Barcelona, 2002, p. 73.

³ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 157.

No obstante, es posible defender —desde el criticismo de KANT, que en este punto defendemos— la ponderación como mecanismo *racional* de aplicación de valores, en la medida en que ésta responda a la denominada por ALEXY «Ley de la Ponderación», que resume una relación de proporcionalidad inversa entre la afectación de un valor y la satisfacción del otro, cuando ambos están en conflicto. Dicha ley puede formularse, con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional Alemán, como *a mayor insatisfacción o afectación de un valor, mayor satisfacción de otro*, o en palabras de ALEXY, “[c]uanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”¹

Y en este sentido, la comprobación de cuál es el valor que debe sufrir la merma en beneficio del otro valor en conflicto, en los casos de las que PRIETO SANCHÍS² llama, siguiendo a GUASTINI³, «antinomias contingentes o externas», es perfectamente solucionable por vía *racional*, por vía de la *fundamentación* del “proceso psíquico que conduce a la determinación del enunciado [valor] de preferencia”⁴, proceso que al referirse a las distintas

¹ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 161.

² “Interesa advertir que no son dos obligaciones contiguas o sucesivas, de manera que el sujeto deje de estar sometido a una desde el momento en que es llamado al cumplimiento de la otra, sino que se trata de dos obligaciones superpuestas: el sujeto está llamado aquí y ahora al cumplimiento de ambas, pero ello es en la práctica imposible. // Éstas son las que podemos llamar antinomias contingentes o en concreto, cuanto y novias externas o propias del discurso de aplicación, que deben diferenciarse de las antinomias en abstracto, internas o propias del discurso de validez. [...] Decimos que una antinomia es interna o en abstracto cuando los supuestos de hecho descritos por las dos normas se superponen conceptualmente, de forma tal que, al menos, siempre que pretendemos aplicar una de ellas nacerá el conflicto con la otra. [...] No parece ocurrir así con las antinomias contingentes o externas. Aquí no podemos definir en abstracto la contradicción, ni conocemos por adelantado los supuestos o casos de aplicación, ni contamos por ello mismo con una regla segura para resolver el problema.” PRIETO SANCHÍS, Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2ª edición. Colección: Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2009, pp. 178-179.

³ “Más a menudo, los principios se revelan en conflicto (sólo) cuando se aplican a casos concretos: por ejemplo, en la aplicación concreta, puede suceder que el principio de la presunción de inocencia entra en colisión con el principio de la libre manifestación del pensamiento o de la libertad de prensa (art. 21.1 y 2, const. It.). En estos casos, el conflicto es contingente (no necesarios): depende del hecho de que algunos supuestos de hecho concretos (pero no todos) caen simultáneamente en el campo de aplicación de los principios que establecen consecuencias jurídicas incompatibles entre sí.” GUASTINI, Riccardo; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Traducción del original italiano por Jordi FERRER I BELTRÁN. Gedisa Editorial. Barcelona (España), 1999, p. 167.

⁴ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 158. En el mismo sentido, BOROWSKI, Martin; *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 25. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, pp. 56-59.

formas de argumentación jurídica¹, es perfectamente controlable racionalmente y sirve –a este respecto- como base para la *motivación de la sentencia*, en el caso de decisiones judiciales que comprenden la aplicación de valores y ratifica, de un lado, el carácter *opinable* del Derecho, así como la naturaleza racional *práctica* de la ciencia jurídica².

Opinan concordantemente MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ:

“Los esfuerzos [de concebir a los valores como objetos de conocimiento y, en consecuencia, como criterios de optimización –vía principios- del ordenamiento] se sitúan hoy en día en una vía intermedia, bajo el rótulo de lo que ya habitualmente se conoce como la *rehabilitación de la razón práctica*, es decir, ver si los juicios de valor que expresan distintas opciones de justicia pueden ser dotados de un fundamento racional, de una racionalidad que nos permita calificar a los juicios de valor de correctos o incorrectos y, en definitiva, de acertados o equivocados.

¹ ESCOVAR LEÓN expone diversas categorías de argumentos, de uso en la construcción de las decisiones judiciales: (i) Argumento *a contrario*; (ii) argumento *a simili ad simile* o *argumento analógico*; (iii) argumento *a fortiori*, que tiene dos formas, la del argumento *a minori ad maius* –o quien puede lo menos, puede lo más- y *a maiore ad minus*, o quien puede lo más puede lo menos; (iv) argumento *a complitudine*; (v) argumento *a coherencia*; (vi) argumento *psicológico* o de la investigación de la voluntad del legislador concreto; (vii) argumento *histórico*; (viii) argumento apagógico o *ad absurdum*; (ix) argumento *teleológico*; (x) argumento *económico*, o de la hipótesis del legislador no redundante; (xi) argumento *de autoridad*, o *ab exemplo*, o hipótesis de justicia de la praxis aplicativa o del precedente judicial o de la doctrina generalmente admitida; (xii) el argumento sistemático, o del derecho ordenadamente dispuesto y de por sí ordenado; (xiii) y argumento de *equidad*. Igualmente, ESCOVAR LEÓN identifica, sobre la base de las reflexiones de ATIENZA, los argumentos de (i) universalidad; (ii) consecuencias; (iii) coherencia; (iv) corrección, directamente aplicables a la práctica judicial. Al respecto, consúltese ESCOVAR LEÓN, Ramón; *El Precedente y la Interpretación Constitucional*. Colección Derecho Constitucional. Editorial Sherwood, Caracas, 2005, pp. 157-201; y ZERPA, Levis Ignacio; «La Argumentación Jurídica», en *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Serie Eventos N° 3, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004, pp. 163-278.

² “El modelo de ponderación presentado puede, pues, por una parte, satisfacer las exigencias justificadas en el sentido de que se tomen en cuenta las situaciones reales, al igual que las legalidades empíricas, y se crea una dogmática detallada de los distintos derechos fundamentales; por otra, permite evitar las dificultades del concepto del análisis del ámbito normativo. Estas dificultades resultan del status ambivalente de los elementos del ámbito normativo de Müller. Como ya se señalara más arriba, aquí puede tratarse o bien sólo de argumentos empíricos con argumentos empíricos en conexión con argumentos valorativos. Si sólo se trata de argumentos empíricos, entonces el análisis de los ámbitos normativos no basta para dar respuesta a las cuestiones de derecho fundamental. Las cuestiones de derecho fundamental son cuestiones normativas, y sólo de enunciados empíricos no se infieren enunciados normativos si en el caso de los elementos de ámbitos normativos, se trata de una mezcla de elementos empíricos y valorativos, se plantea entonces la cuestión de saber de dónde proceden los elementos valorativos y cómo pueden ser controlados. Esta cuestión se vuelve tanto más urgente cuanto que el propio Müller subraya que una ‘jurisprudencia sin decisión ni valoración [...] (no sería) ni práctica ni real’. Las formulaciones de Müller en las cuales se equipara la ‘estructura del ámbito normativo’ con la ‘naturaleza del ámbito vital reglado’ permiten, por cierto, constatar una cierta afinidad de su concepción del análisis de los ámbitos normativos con la teoría de la naturaleza de las cosas, pero no constituye una respuesta suficiente al problema de la valoración. El modelo de la ponderación, basado en la teoría de los principios, puede dar una respuesta tal al vincular la estructura formal de la ponderación con una teoría de la argumentación jurídica, que incluye una teoría de la argumentación práctica general.” ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 168-169.

Se trata de reconstruir una *lógica de los juicios de valor* y, desde ella, elaborar un procedimiento para hacerlos fundamentables y susceptibles de un consenso racional”¹

Procedimiento que, parafraseando a ALEXY, se resume en la justificación racional del proceso interno —psíquico— de determinación del valor preeminente, y la medida de su preeminencia en desmedro del otro valor incurso en la relación de que se trate, en una especie de juego de «suma cero» entre valores, tomando como base el «consenso racional» que debe imperar en la sociedad, como factor de identificación de los valores que en sí resultan relevantes para una sociedad —y en consecuencia foman parte del Derecho, por una parte— y como fórmula de *legitimación* de los procesos racionales tendientes a justificar la preeminencia de unos sobre otros, en determinadas circunstancias.²

A este respecto, GUASTINI identifica tres características fundamentales del juicio de ponderación, que pueden tomarse instrumentalmente como un «procedimiento» para su aplicación:

- (i) *Interpretación «peculiar» de los principios de que se trate*; lo que supone que los principios involucrados en la antinomia sean interpretados en el sentido de que las clases de supuesto de hecho regulados por ellos se superponen sólo parcialmente, pues de lo contrario una antinomia de este tipo sería irresoluble.
- (ii) *Establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios involucrados*; esto es, una relación valorativa, establecida racionalmente por el intérprete.
- (iii) *Valoración del posible impacto de la aplicación de la jerarquía establecida al caso concreto*; de modo que, para establecer la jerarquía absoluta, “el juez no valora los dos principios en abstracto, sino que valora el posible impacto de su aplicación al

¹ El texto entre corchetes es nuestro. MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 220.

² Cfr. MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* p. 223.

caso concreto. Si el resultado que, en el caso concreto, tendría la aplicación del principio P_1 le parece más justo (o menos injusto) que el resultado que tendría, en cambio, la aplicación del principio P_2 , entonces éste será dejado a un lado, en ese caso concreto, mientras que el principio P_1 será, en ese caso, aplicado”.¹

(iii) Los principios, expresión deóntica de los valores y, en consecuencia, elementos fundamentales del Derecho, bajo la categoría de las normas.

En definitiva, sobre las premisas anteriores es posible —entonces— concebir a los valores como inicio y fin del Derecho, toda vez que de ellos deriva (i) el *príus* lógico e ideal, el objetivo perseguido por el Derecho, que de tal manera condiciona la elección de medios idóneos —los enunciados jurídicos— para lograr su realización efectiva²; y (ii) desde un punto de vista racional, el parámetro de optimización —o *criterio de valoración*, en palabras de ALEXY³— que servirá como guía para determinar la idoneidad del Derecho para lograr su concreción en el plano de la realidad⁴.

Esta concreción, en todo caso, no es más que la *conciliación* de la mayor cantidad de valores posible: es imposible predicar validez absoluta, en todos los casos, de cualquier valor —al menos de los que informan el ordenamiento jurídico— ya que lo contrario supone, cuando menos,

¹ GUASTINI; *Distinguiendo...* pp. 169-171.

² Como bien lo dice DWORKIN, al criticar el concepto de discreción que utiliza el positivismo para justificar su concepción de los valores: si ninguna «regla de reconocimiento», en el sentido que al término otorga HART, “*puede proporcionar un criterio para la identificación de principios [valores], ¿por qué no decir que los principios [valores] son decisivos y que ellos forman la regla de reconocimiento de nuestro derecho?*” DWORKIN; *Los Derechos...* p. 99.

³ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 143-147.

⁴ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 157. En el mismo sentido de lo expuesto, MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ señalan que “[t]odas las normas que integran el ordenamiento jurídico no son nada más que esquemas de conducta que pretenden imponerse de forma coactiva a los individuos, para que éstos en cada circunstancia concreta actúen de una determinada manera y no de otra. Todo esto se hace con una determinada finalidad de carácter marcadamente axiológico o valorativo, pues parece evidente que todo sistema de legalidad representa y es el resultado objetivo de un determinado sistema de legitimidad, es decir, de una forma de entender y jerarquizar unos determinados valores [...] La razón de ser, pues, de la creación, aplicación y obediencia de las normas está precisamente en la consecución de unos determinados valores, entre los que podemos destacar la justicia, la seguridad, la paz, el orden, etc.” MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* pp. 195 y 196. En el mismo sentido, BOROWSKI; *La estructura...* pp. 54-56.

fanatismo¹. He allí la razón por la que ALEXY identifica a los valores con los *principios*², en tanto estos son la expresión ontológica del valor.

Así las cosas, los principios implican «mandatos de optimización»; esto es, normas que ordenan que algo (el valor) se realice «en la mayor medida posible» y no absolutamente, cuestión que deriva de las evidentes zonas de «colisión» o «interferencia» entre valores, verificables, precisamente, en los «casos difíciles», y que suponen que la aplicación en mayor medida de un valor —o principio— supone la mediatización del valor que, en el caso contrario, resulta opuesto³.

Dicho en otras palabras, los valores —o los principios, equiparados a éstos en el sentido previamente anotado— suponen proposiciones jurídicas de «textura abierta», que constituyen «mandatos de optimización» del Derecho, aplicables sólo en la medida en que las circunstancias lo permitan y por medio de la ponderación del *peso específico* o *preeminencia* de cada uno en el caso concreto. En efecto, los valores ínsitos a los principios, como postulados deónticos de los contenidos axiológicos de aquellos, *informan y llenan de contenido al Derecho en cualquiera de sus manifestaciones*, constituyéndose en obligada fuente de referencia a la hora de interpretar cualquiera normas jurídicas, ya no en función de su jerarquía —que normalmente no tendrán atribuida formalmente por el ordenamiento— sino en función de su contenido de justicia, irradiado a todo el sistema jurídico⁴.

¹ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 144.

² «Es fácil reconocer que los principios y los valores están estrechamente vinculados entre sí en un doble sentido: por una parte, de la misma manera que puede hablarse de una colisión de principios y de una ponderación de principios, puede también hablarse de una colisión de valores y de una ponderación de valores; por otra, el cumplimiento gradual de los principios tiene su equivalente en la realización gradual de los valores». ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 138.

³ En este sentido, ATIENZA y RUIZ MANERO señalan lo siguiente: «Por lo demás, la referencia a juicios de valor —o a valores sin más— es abundantísima en el lenguaje judicial, especialmente cuando se trata de fundamentar una decisión en aquellos casos difíciles cuya dificultad proviene de que su resolución requiere la ponderación entre diferentes valores (por ejemplo la libertad y la seguridad; el honor y la libertad de expresión; la vida y la autonomía personal; etc.). Y también —como no podía ser menos— en el de la dogmática jurídica; en especial, en las que se construyen sobre sectores del ordenamiento en los que inciden con mayor intensidad los valores considerados más básicos en una sociedad.» ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* p. 124.

⁴ ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* p. 133-135.

En efecto, los valores son normas en tanto y en cuanto constituyen enunciados jurídicos que forman parte de un sistema de regulación de la vida humana en sociedad, si bien no pueden compararse con las reglas, calificables como «mandatos definitivos» que, o se obedecen o se declaran inválidos. La validez y aplicabilidad de una regla depende de su efectiva utilización en la solución del problema jurídico que representa el supuesto de hecho que ella consagra; cualquier otra solución compromete, al menos contingentemente, la propia existencia y validez de la regla.

Ello no es así con los principios, entendidos éstos como mecanismos de concreción de los *criterios de valoración* ínsitos, como hemos visto, a la idea de *valores*. Como «mandatos de optimización», tal como los define ALEXY, los principios son normas que “*ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas*”, de lo que se sigue la posibilidad de su satisfacción en grados diferentes y la indiferencia que, respecto de su existencia y validez, significa su falta de aplicación respecto de un problema jurídico concreto sobre la base de la *ponderación* del referido principio con otro u otros que, en las circunstancias, tienen un mayor peso específico.

En este sentido, ATIENZA y RUIZ MANERO concluyen en la naturaleza similar de valores y normas, a partir de la caracterización de estas últimas como «razones para la acción»:

“[C]uando se dice que una norma es una razón para la acción se están diciendo, en realidad, dos cosas distintas: que una norma es una guía de comportamiento y, también, que es un criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica) de la conducta. Estos dos elementos están normalmente superpuestos, y de ahí que de ordinario no se advierta –o que, en la mayor parte de los contextos, no merezca la pena advertir- su dualidad. Vienen a constituir algo así como una y otra cara de una misma realidad. Pero hay ocasiones en que esos dos lados –como hemos visto- parecen escindirse. Podríamos decir, entonces, que en una norma pueden distinguirse dos aspectos: el directivo o, si se quiere,

normativo en sentido estricto, esto es, de guía de la conducta; y el valorativo o de criterio de valoración (esto es, de justificación o de crítica).

Curiosamente, esta misma dualidad se ha considerado también que caracteriza a los valores¹.

Por su parte, ALEXY concluye:

“La diferencia entre principios y valores se reduce así a un punto. Lo que en el modelo de los valores es *prima facie* lo mejor es, en el modelo de los principios, *prima facie* debido; y lo que en el modelo de los valores es definitivamente lo mejor es, en el modelo de los principios, definitivamente debido. Así pues, los principios y los valores se diferencian sólo en virtud de su carácter deontológico y axiológico respectivamente.

En el derecho, de lo que se trata es de qué es lo debido. Esto habla en favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es la mejor desde el punto de vista del derecho constitucional a la constatación de que es debida iusconstitucionalmente. Si se presupone la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. Pero, en todo caso, el modelo de los principios tiene la ventaja de que en él se expresa claramente el carácter de deber ser. A ello se agrega el hecho de que el concepto de principio, en menor medida que el de los valores, da lugar a menos falsas interpretaciones. Ambos aspectos son lo suficientemente importantes como para preferir el modelo de los principios.”²

Con todo, lo que parece cierto es que, debido a las semejanzas de su estructura y la sinonimia entre los resultados de la aplicación de unos u otros –además de la innegable vinculación del Juez frente a unos y otros, cada uno en su medida– es posible repetir con ALEXY que “*tanto las reglas como los principios pueden ser considerados como normas*”; y si ello es cierto,

¹ ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las Piezas...* p. 131.

² ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 147.

entonces su distinción, ya anotada, “*se trata de una distinción dentro de la clase de las normas*”¹, por lo que la relación entre normas y valores será la del todo a la parte, mientras que la relación entre valores y reglas será la de dos especies de un mismo género; las normas.

En consecuencia, queda claro cuál es el papel —y la importancia— de los principios como enunciados jurídicos «fundamentales»². Son éstos los que dotan al Derecho de contenido *axiológico*, esto es, como guía para determinar su idoneidad para lograr la *justicia* en el plano de la realidad³; constituyen, así, proposiciones jurídicas de *textura abierta*, que constituyen mandatos de «optimización» del Derecho, aplicables sólo en la medida en que las circunstancias lo permitan y por medio de la ponderación del valor específico de cada uno en el caso concreto y que, en consecuencia, forman parte del sistema jurídico:

“La base del argumento de los principios está constituida por la división entre reglas y principios. Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir, cuando se cumplen deben ser visibles, por, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas «*mandatos definitivos*». Su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio, los principios son *mandatos de optimización*. En tanto tales, son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y jurídicas. Esto significa que pueden ser realizados en diferente grado y que la medida de su realización depende no sólo de las posibilidades

¹ ALEXY; *El concepto...* p. 162.

² “Llamo principio a un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.” DWORKIN; *Los Derechos...* p. 72.

³ En el mismo sentido de lo expuesto, MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ señalan que “[t]odas las normas que integran el ordenamiento jurídico no son nada más que esquemas de conducta que pretenden imponerse de forma coactiva a los individuos, para que éstos en cada circunstancia concreta actúen de una determinada manera y no de otra. Todo esto se hace con una determinada finalidad de carácter marcadamente axiológico o valorativo, pues parece evidente que todo sistema de legalidad representa y es el resultado objetivo de un determinado sistema de legitimidad, es decir, de una forma de entender y jerarquizar unos determinados valores [...] La razón de ser, pues, de la creación, aplicación y obediencia de las normas está precisamente en la consecución de unos determinados valores, entre los que podemos destacar la justicia, la seguridad, la paz, el orden, etc.” MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* pp. 195-196.

fáticas sino también jurídicas. Las posibilidades jurídicas de la realización de un principio están determinadas esencialmente, a más de por las reglas, por los principios opuestos. Esto último significa que los principios dependen de y requieren ponderación. La ponderación es la forma característica de la aplicación de los principios.¹

De tal manera es posible repetir, con ALEXY, que “*tanto las reglas como los principios pueden ser considerados como normas*”; y si ello es cierto, entonces la diferenciación anotada “*se trata de una distinción dentro de la clase de las normas*”²; de modo que es *verosímil* concebir al Derecho como dotado de un carácter «bifronte»; como compuesto de *dos* clases de enunciados jurídicos: (i) las *reglas*, «mandatos de subsunción» que ordenan, prohíben o permiten algo, caracterizadas por su aplicación *asertiva*; y (ii) los *principios*, «mandatos de optimización» que ordenan que un determinado estado de cosas se realice en el mayor grado posible tomando en cuenta las *circunstancias* que rodean su aplicación, y —sobre todo— conforme a la «ley de ponderación». Ambos enunciados componen, al decir de ATIENZA y RUIZ MANERO³, el concepto de «normas deónticas», esto es, que regulan la conducta de forma que, de una u otra manera, conforme a sus características particulares, *ordenan, prohíben o permiten hacer algo*.

b) El segundo nivel. Principios y valores como conceptos jurídicos fundamentales.

Actuando como fundamentos del Derecho, los valores —y su expresión deóntica, los principios— tienen una natural incidencia en la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.

En este sentido, FINNIS complementa la versión de los «conceptos jurídicos fundamentales» de HOHFELD, aduciendo que una concepción lógico-formal de la expresión «derecho», en el sentido de denotar con ella la

¹ ALEXY; *El concepto...* p. 75.

² ALEXY; *El concepto...* p. 162.

³ ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las Piezas...* p. 166.

posición jurídico-subjetiva de un sujeto «A» de recibir de un sujeto «B» una prestación jurídica determinada, a cambio de una sanción,¹ debe complementarse, en el sentido previamente indicado, con una necesaria referencia *axiológica* que sirva de criterio de «justificación» para el vínculo en comentarios:

“Para decirlo, el punto y la característica unificadora de las normas que supongan o creen derechos es que tales reglas especialmente reconocen y respetan la elección de una persona, ya sea negativamente por no impedir u obstaculizar (privilegio e inmunidad), o afirmativamente, dándole efecto legal o moral (derecho y potestad). De hecho, en este punto de vista, los derechos morales se dice que pertenecen a una ‘rama de la moral que se ocupa específicamente en determinar cuándo la libertad de una persona puede verse limitada por la [libertad] de otra’”.²

Ese *status* al que se refiere FINNIS está necesariamente vinculado a un «principio básico» o «requerimiento de la razón práctica», que permite a un determinado sujeto hallarse en una situación relativa de bienestar que debe ser (i) procurado; o bien (ii) respetado por otros, con lo cual se cierra el círculo de la definición de HOHFELD:

“...podemos hablar con seguridad de derechos en cualquier cosa en el que un principio básico o requerimiento de la razonabilidad práctica, o una regla derivada de ellos, otorgue a A, y a todos y cada uno de los demás miembros de la clase a la que A pertenezca, el beneficio de (i) un requerimiento positivo o negativo (obligación) impuesta sobre B (incluyendo, *inter alia*, cualquier requerimiento de no interferir con la actividad de A o con el disfrute, por parte de A, de cualquier otra forma de bien, o (ii) la capacidad de invocar que B está sujeto a dicho

¹ Como se recordará, este es el origen lógico del par correlativo «derecho-deber», en la terminología de HOHFELD. Punto C.i). Respecto de las modalidades deónticas básicas, en un sentido meramente lógico-formal, ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 197-210.

² Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “For, it is said, the point and unifying characteristic of rules which entail or create rights is that such rules specifically recognize and respect a person’s choice, either negatively by not impeding or obstructing it (liberty and immunity) or affirmatively by giving legal or moral effect to it (claim-right and power). Indeed, in this view, moral rights are said to belong to a ‘branch of morality which is specifically concerned to determine when one person’s freedom may be limited by another’s [freedom]’.” FINNIS, John; *Natural Law and Natural Rights*. 2ª edición. Clarendon Law Series. Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 204.

requerimiento, o (iii) la inmunidad de verse sujeto por B a cualquier requerimiento de ese tipo.”¹

En otras palabras, un sujeto resulta titular de un «derecho» —y correlativamente, otro lo es de un «deber»— “*cada vez que una exigencia básica de razonabilidad práctica otorga a ese sujeto la facultad de exigir de otro —u otros— sujeto(s) una actividad (acción, dación u omisión) que resulta necesaria —deónticamente necesaria— para el respeto, promoción, facilitación o realización de alguna dimensión de un bien humano básico —o de un conjunto de bienes humanos básicos— en el marco de la convivencia social*”².

Esos «bienes humanos básicos» están constituidos por los *valores*, cuya expresión inmutable, mínima y esencial a la naturaleza humana está representada por los llamados «derechos humanos». Representan, en opinión de FINNIS, siguiendo muy de cerca los postulados filosóficos enunciados previamente³, uno de los «requerimientos de la razón práctica»; la irrazonabilidad de ejercer la libertad contra cualquier de estos valores básicos, sea contra uno mismo o contra algún otro ser humano. Valores que no constituyen, según FINNIS, meras abstracciones: constituyen derechos humanos «no excepcionables» o «absolutos» y, por tanto, presupuesto *fundamental* de toda proposición jurídica. En nuestros términos, constituyen la base axiológica de un «nuevo» concepto jurídico fundamental: el «valor». En las palabras del profesor australiano,

“Por lo que no necesitamos titubear al decir que, a pesar del consenso substancial al contrario, hay derechos humanos absolutos. Porque el séptimo de los requisitos de la razonabilidad práctica que identifiqué en

¹ Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “...we may safely speak of rights wherever a basic principle or requirement of practical reasonableness, or a rule derived therefrom, gives to A, and to each and every other member of a class to which A belongs, the benefit of (i) a positive or negative requirement (obligation) imposed upon B (including, inter alia, any requirement not to interfere with A's activity or with A's enjoyment of some other form of good), or (ii) the ability to bring it about that B is subject to such a requirement, or (iii) the immunity from being subjected by B to any such requirement.” FINNIS; *Natural...* p. 205.

² MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio; *Teoría del Derecho y Derechos Humanos*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho. ARA Editores. Lima, 2011, p. 28.

³ Puntos A. y D.a.1).

V.7 es este: que es siempre irrazonable elegir directamente contra cualquier valor básico, ya sea en uno mismo o en cualquiera de los otros seres humanos. Y los valores básicos no son meras abstracciones; son aspectos del bienestar real de los individuos de carne y hueso. Correlativo a los deberes sin excepciones exigidos por este requisito existen, en consecuencia, «derechos» [en la terminología de HOHFELD] sin excepción o absolutos —más obviamente, el derecho a que la propia vida no sea tomada por otro directamente como medio para un fin ulterior; y además el derecho a no ser intencionalmente engañado en cualquier situación (p. e. enseñanza, predicación, publicación de investigación, difusión de información) en los que la comunicación fáctica (como diferenciable de la ficción, broma o poesía) es razonablemente esperable; el derecho relativo a no ser condenado a sabiendas por falsos cargos; el derecho a no ser privado, o requerido a auto-privarse, de la propia capacidad procreadora; y el derecho a ser tomado en consideración respetuosa en cualquier evaluación de los requerimientos del bien común.”¹

De ello se sigue la inmutabilidad del «valor» como elemento fundamental de cualquier enunciado jurídico, en tanto éste es lógicamente anterior, como su *justificativo*, a la estructura «derecho-deber», gráficamente expuesta por HOHFELD. Como dice MASSINI CORREAS, “[a]mbos, *derecho y deber, alcanzan su sentido en la realización o concreción de la conducta humana justa y se orientan hacia ella; son, en definitiva, realidades dependientes de o relacionadas con las praxis humanas que son su objeto. Y a su vez, estas praxis se ordenan constitutivamente a la concreción, promoción o respecto de algún bien humano básico en el marco de la*

¹ El texto entre corchetes es nuestro. Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “So we too need not hesitate to say that, notwithstanding the substantial consensus to the contrary, there are absolute human rights. For the seventh of the requirements of practical reasonableness that I identified in V.7 is this: that it is always unreasonable to choose directly against any basic value, whether in oneself or in one’s fellow human beings. And the basic values are not mere abstractions; they are aspects of the real well-being of flesh-and-blood individuals. Correlative to the exceptionless duties entailed by this requirement are, therefore, exceptionless or absolute human claim-rights—most obviously, the right not to have one’s life taken directly as a means to any further end; but also the right not to be positively lied to in any situation (e.g. teaching, preaching, research publication, news broadcasting) in which factual communication (as distinct from fiction, jest, or poetry) is reasonably expected; the related right not to be condemned on knowingly false charges; the right not to be deprived, or required to deprive oneself, of one’s procreative capacity; and the right to be taken into respectful consideration in any assessment of what the common good requires”. FINNIS; *Natural...* p. 225.

convivencia social, lo que en definitiva les otorga significación práctica, la que real y principalmente interesa en este contexto.” Ello alcanza especial relieve cuando se tiene en cuenta que “*los derechos y los deberes protegen o implican algún bien o valor, de forma que lo que es lógicamente anterior, tanto los deberes, los derechos, son los valores por los bienes que se intenta proteger*”, valores que “*son los que justifican que se impongan deberes o se postulen derechos para protegerlos*”, de modo que “*podemos afirmar que no existe una prioridad justificativa ni de los derechos de los deberes, sino de los valores.*”¹

Puestas así las cosas, el análisis e identificación de los conceptos jurídicos fundamentales a través de meras «estructuras lógico-objetivas» propio del positivismo jurídico, aparece claramente, como incompleto. Es necesaria —indispensable, incluso— una referencia valorativa que dé cuenta, justificativamente hablando, de la adecuación del esquema «derecho-deber», así como del esquema «incumplimiento-sanción», a las exigencias axiológicas de lo que FINNIS llama la «razonabilidad práctica» en el caso concreto, cuyas formas básicas son reducibles, en su opinión, a siete. Cada uno de esos requerimientos importa a lo que cada quien debe hacer, o pensar, o ser para participar en tal «razonabilidad práctica», cuya máxima expresión es la «prudencia» a la que se refería Santo Tomás DE AQUINO como “*principio formal de la virtud*” del “*bien de la razón*”, consistente “*en la misma consideración de la razón*”, de modo que vivir sin su consideración es, sencillamente, irracional.²

Sobre estas premisas es posible proponer un *nuevo* esquema de conceptos jurídicos fundamentales, que responda a una concepción del Derecho que responda a las que ALEXY denomina «teorías de la vinculación», de integración de elementos axiológicos en el Derecho.

¹ MASSINI CORREAS; *Teoría...* p. 41.

² FINNIS; *Natural...* p. 102, y AQUINO, (Santo) Tomás de; *Suma Teológica*. 7ª edición. Traducción, selección y notas por el R.P. Ismael QUILES, S. J. Colección Austral N° 310. Espasa-Calpe. Madrid, 1966, p. 113.

(i) Un nuevo esquema de «conceptos jurídicos fundamentales». El valor como justificación racional en la «norma secundaria» de KELSEN.

En efecto, tomando como base la «doble estructura» de la norma sugerida por KELSEN —y tomando como particular referencia, también, el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales de HOHFELD— es posible incluir a los valores en la configuración básica de un enunciado jurídico, componiéndolo en una estructura «triádica», o de base triple.

Antes de la exposición del esquema es necesario, sin embargo, hacer una aclaratoria. En la terminología de KELSEN, lo que denota como «norma secundaria» es, realmente, el antecedente lógico o «premisa mayor» del silogismo jurídico: la «condición de hecho» de la que depende, en palabras del propio KELSEN, la no operatividad práctica de la sanción, que para el profesor austríaco ocupa un lugar central en la construcción del concepto de Derecho. Es precisamente ese lugar de privilegio que ocupa la sanción en el pensamiento de KELSEN el que justifica que, contrario al orden lógico habitual, el profesor nacido en Praga denote con el nombre de «norma primaria» a la que, silogísticamente hablando, ocupa más bien el *segundo* lugar en la construcción lógica de un enunciado jurídico.

“Llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción. Paralelamente, la ciencia del derecho describe estas dos clases de normas formulando reglas de derecho primarias o secundarias, pero una regla de derecho secundaria es de hecho superfluo, pues supone la existencia de una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna significación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa.

Destaquemos, por otra parte, que no puede deducirse lógicamente la regla de derecho secundaria de la regla de derecho primaria de la misma manera que pasamos de la proposición ‘todos los hombres son mortales’

a la conclusión de que 'Pablo es mortal'. Así la obligación de hacer el servicio militar no se deduce lógicamente de una regla de derecho primaria que prescribe o permite sancionar a los soldados que no respondan a una orden de marcha. En realidad, hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, y esta identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción.”¹

Por ello, en razón del orden meramente lógico, y de su importancia para nuestras reflexiones, analizaremos primero la integración de los valores en el esquema de la «norma secundaria» de KELSEN, para —así— tener una base sólida sobre la cual analizar una configuración semejante para la «norma primaria», que en razón de su contenido constituye el centro de nuestras reflexiones.

Como es sabido, la «norma secundaria» de KELSEN tiene una estructura harto sencilla, que coincide con las que ALEXY denomina «modalidades deónticas básicas»². Ella se expresa a través de un enunciado de naturaleza «performativa», cuyo vínculo de unión es la que GARCÍA MAYNEZ denomina «cópula jurídica», la expresión deóntica de «deber ser», en los siguientes términos:

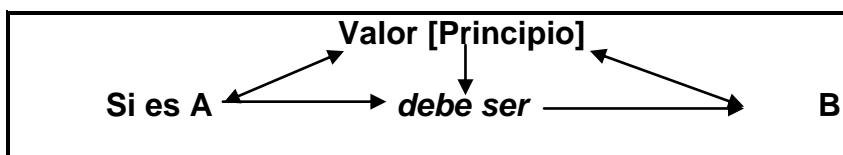
Si es A *debe ser* B

¹ KELSEN; *Teoría Pura...* p. 61.

² ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 197. En el mismo sentido HIERRO; *Conceptos...* pp. 143-149.

Donde «A» equivale a la conducta permitida, ordenada o prohibida¹, «B» a la consecuencia jurídica, al «deber jurídico» de SCHREIER, al «deber» de HOHFELD, o al «*duty*» de AUSTIN, según lo expuesto precedentemente, y la expresión «debe ser» a la conjunción entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, la «cópula» de GARCÍA MAYNEZ. Una estructura de este tipo es únicamente válida, como se ha insistido hasta el cansancio, desde una perspectiva «lógico-normativa» que, como tal, es incompleta.

Para reflejar el necesario componente axiológico del Derecho, el «mandato de optimización» que sirve como criterio de corrección material del enunciado jurídico, el valor debe ocupar un lugar «intermedio» entre el supuesto de hecho «A» y la consecuencia jurídica «B», junto con la «cópula», de manera de servir de *vínculo de unión* entre uno y otro. Sería una estructura triangular, «triádica», que podría representarse gráficamente del siguiente modo:



En efecto, partiendo de la premisa enunciada en el acápite anterior, de acuerdo con la cual los principios forman parte *necesaria*, mas no suficiente, de la categoría «normas»², cuya función es la de servir, racionalmente hablando, como «parámetro de optimización» o «criterio de valoración» del fin³ del vínculo normativo —la «cópula jurídica», o *debe ser* al que se refieren

¹ «Conceptos deónticos básicos», en la terminología de ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 197.

² ALEXY; *El concepto...* p. 162.

³ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 157. En el mismo sentido de lo expuesto, MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ señalan que “[t]odas las normas que integran el ordenamiento jurídico no son nada más que esquemas de conducta que pretenden imponerse de forma coactiva a los individuos, para que éstos en cada circunstancia concreta actúen de una determinada manera y no de otra. Todo esto se hace con una determinada finalidad de carácter marcadamente axiológico o valorativo, pues parece evidente que todo sistema de legalidad representa y es el resultado objetivo de un determinado sistema de legitimidad, es decir, de una forma de entender y jerarquizar unos determinados valores [...] La razón de ser, pues, de la creación, aplicación y obediencia de las normas está precisamente en la consecución de unos determinados valores, entre los que podemos destacar la justicia, la seguridad, la paz, el orden, etc.” MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* pp. 195 y 196. En el mismo sentido, BOROWSKI; *La estructura...* pp. 54-56.

GARCÍA MAYNEZ y KELSEN, respectivamente—, entonces es absolutamente necesario introducir al valor en el esquema de conceptos jurídicos fundamentales, cumpliendo la función copulativa que su naturaleza señala.

Así, el juicio de «racionalidad práctica» al que se refiere FINNIS¹ adquiere carta de naturaleza en la estructura *interna* de los enunciados jurídicos, en la medida en la que la norma jurídica contiene, ínsita a su naturaleza, una relación *medios-fines-valores*, donde la razonabilidad de una disposición normativa en un determinado sistema podrá predicarse en la medida en la que la norma cumpla adecuadamente con los fines para los cuales ha sido dictada, en respeto de los derechos, garantías y principios fundamentales que le dan sustrato *deóntico* al sistema jurídico en el que se enmarca la regla analizada, y sin que sus fines puedan verse mediatizados por un razonamiento alejado de la teleología normativa², como garante de la armonía interna y de la aplicabilidad del Derecho, al suponer una condición de *validez* de la norma imbricada en un sistema jurídico determinado; en otras palabras, podrá ser caracterizada —auténticamente— como una norma de Derecho.³

¹ FINNIS; *Natural...* pp. 100-133.

² Según ROMERO-MUCI, “la identificación de los fines o de la ratio será consecuencia de una confrontación de la norma con el problema práctico que se trata de resolver a través de la misma, de modo que los medios previstos por el enunciado normativo objeto de interpretación, sean idóneos o adecuados con los fines de la misma, tal como se enuncia y en atención a las consecuencias que se pueden lograr o esperar con su aplicación” ROMERO-MUCI, Humberto; *Lo Racional y lo Irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*. Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2005, p. 3.

³ ROSS distingue, entre tres posibles acepciones de la palabra *validez* en el Derecho, la siguiente: “el término es usado en las corrientes exposiciones doctrinarias del derecho vigente para indicar si un acto jurídico, por ejemplo un contrato, un testamento o una orden administrativa, tienen o no los efectos jurídicos deseados. Se dice que el acto es inválido o nulo, si no los tiene. Esta función es interna, en el sentido de que afirmar que un acto es válido al afirmar algo según un sistema de normas dado. El enunciado es un juicio jurídico que aplica reglas jurídicas a determinados hechos”, con lo que identifica la noción de validez a la razón práctica. ROSS; *El concepto...* p. 23. En este sentido, ALEXY señala que la validez jurídica comprende elementos sociológicos y morales: “El hecho de que un concepto plenamente desarrollado de la validez jurídica en tanto concepto positivista incluya elementos de la validez social y en tanto concepto no positivista elementos de la validez social y moral, no excluye la posibilidad de construir un concepto de la validez jurídica y, de esta manera, constituya un concepto contrastante de los elementos de validez social y de validez moral. A este tipo de concepto se hace referencia cuando se dice que una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior; dicho brevemente: cuando es dictada conforme al ordenamiento. El concepto jurídico de validez plantea dos problemas: uno interno y otro externo. El problema interno resulta del hecho de que la definición de la validez jurídica presupone ya la validez jurídica, y, en este sentido, parece ser circular. Pues, ¿de qué otra manera ha de decirse lo que es un ‘órgano competente’ o que una norma ‘ha sido dictada de acuerdo con el procedimiento previsto’? Este problema conduce al problema de la norma fundamental. El problema externo

Es ese el sentido que le da IHERING, en los siguientes términos:

“El Derecho es una idea práctica, es decir, indica un fin, y como toda idea de tendencia, es esencialmente doble porque encierra en sí misma una antítesis, el fin y el medio. No basta investigar el fin, se debe además mostrar el camino que a él conduzca. He aquí dos cuestiones, a las que el Derecho debe siempre procurar una solución, hasta el punto que, puede decirse, que el Derecho no es en su conjunto y en cada una de sus partes más que una constante respuesta a aquella doble pregunta. No hay un solo título, sea por ejemplo el de la propiedad, ya el de obligaciones, en que la definición no sea necesariamente doble y nos diga el fin que se propone y los medios para llegar a él. Mas el medio, por muy valioso que sea, se reduce siempre a la lucha contra la injusticia. La expresión del Derecho encierra una antítesis que nace de esta idea, de la que es completamente inseparable: la lucha y la paz; la paz es el término del Derecho, la lucha es el medio para alcanzarlo”¹

La ausencia del criterio de «razonabilidad práctica» de FINNIS en la estructura del enunciado deóntico es el que justifica posiciones como las de KELSEN o ROSS, previamente reseñadas, de acuerdo con las cuales el Derecho puede tener cualquier contenido²; una construcción tal —sea, para denotarla de algún modo, la formulación «clásica», o meramente «lógico-objetiva» de los conceptos jurídicos fundamentales— adolece de la falta de un criterio de justificación interna, que sólo puede ser completado mediante la referencia al valor, *convertido en objeto deóntico a través del principio*, en los términos previamente analizados.

Ahora bien, de todas las razones axiológicas susceptibles de integrar, bajo el esquema presentado, un enunciado jurídico, una razón *a priori*

consiste en la determinación de la relación del concepto jurídico de validez con los otros dos conceptos de validez”. ALEXY; *El concepto...* p.89.

¹ VON IHERING, Rudolf; *Estudios Jurídicos*. Serie Los Grandes Maestros. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1974, p. 9.

² “El derecho puede tener no importa qué contenido, pues ninguna conducta humana es por sí misma inepta para convertirse en el objeto de una norma jurídica. La validez de dicha norma no se encuentra afectada por el hecho de que su contenido se halle en oposición con un valor moral u otro cualquiera”. KELSEN; *Teoría Pura...* p. 112.

necesaria es la de «libertad de opción» (*choice*)¹. Es con fundamento en ella que, *prima facie*, un individuo puede reclamar para sí mismo el estado de ser, al mismo tiempo, libre y responsable; de ello se sigue, entonces, que la estructura valorativa ínsita a un enunciado jurídico cualquiera parte de la idea de elección limitada, en función del «proyecto de vida» de RAWLS² y en función del «bien-en-común» perseguido a través de la referencia valorativa que fundamenta el esquema «derecho-deber». Tal como lo expone FINNIS,

“Tener esta elección entre el compromiso para concentrarse sobre un valor (digamos, la verdad especulativa) y el compromiso con los demás [valores], y entre un proyecto inteligente y razonable (digamos, comprender este libro) y otros proyectos elegibles para dar forma definitiva a la propia participación en el propio valor seleccionado, y entre una forma de llevar a cabo ese proyecto y otras formas adecuadas, es el principal acepción en la que podemos llamarnos al mismo tiempo libres y responsables.

Entre las formas básicas del bien respecto de las que no tenemos buenas razones para no tomarlas en cuenta [*to leave out of account*] es el bien de la racionalidad práctica, que es ‘realizado’ [*participated*] precisamente al dar forma a la propia participación en los demás bienes básicos, a través de la guía del propio compromiso, la propia selección de proyectos, y lo que uno hace en llevarlos a cabo.”³

Ya previamente citábamos a HART, expresándose en un sentido muy similar al aquí empleado, en tanto el profesor de Oxford ubica —como parte

¹ “Diferénciase el hombre de las criaturas irracionales en que él es dueño de sus actos. De aquí es que sólo aquellas acciones de que es dueño el hombre pueden llamarse con propiedad humanas; y es dueño el hombre de sus actos en virtud de la razón y de la voluntad, por lo cual se dice que el libre albedrío es facultad de voluntad y de razón. Son, pues, en realidad humanas las acciones que proceden de voluntad deliberada, y si otras algunas ejecuta, podrán decirse acciones del hombre, mas no acciones humanas, puesto que no obra en ellas como hombre en cuanto tal. Es evidente que toda acción procedente de alguna potencia es causada por esta en conformidad con su objeto propio. El objeto propio de la voluntad es el fin y el bien; por consiguiente, todas las acciones humanas, necesariamente, se ordenan a su fin.” AQUINO; *Suma...* p. 95.

² RAWLS; *Teoría...* pp. 370-377. En el mismo sentido FINNIS; *Natural...* pp. 103-105.

³ El texto entre corchetes es nuestro. Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “*To have this choice between commitment to concentration upon one value (say, speculative truth) and commitment to others, and between one intelligent and reasonable project (say, understanding this book) and other eligible projects for giving definite shape to one’s participation in one’s selected value, and between one way of carrying out that project and other appropriate ways, is the primary respect in which we can call ourselves both free and responsible. // For amongst the basic forms of good that we have no good reason to leave out of account is the good of practical reasonableness, which is participated in precisely by shaping one’s participation in the other basic goods, by guiding one’s commitments, one’s selection of projects, and what one does in carrying them out.*” FINNIS; *Natural...* p. 100.

del que llama «contenido mínimo del Derecho Natural»— a la *Libertad*, a la que identifica como fundamento elemental de los «derechos morales»:

“...si de alguna forma existen derechos morales, entonces existe al menos un derecho natural: el derecho de todos los hombres por igual a ser libres. Cuando digo que este derecho existe, quiero decir que, en ausencia de determinadas condiciones especiales consecuentes con el hecho de que el derecho es igual para todos, todo ser humano adulto capaz de elegir: 1) tiene derecho a que los demás se abstengan de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra y, 2) tiene libertad para realizar (es decir, nada lo obliga a abstenerse de realizar) cualquier acto que no sea coercitivo, o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas.”¹

De acuerdo con HART, dos razones son fundamentales para definir a la Libertad como un derecho natural —e incluso, desde su perspectiva, como «el» derecho natural—, a saber: (i) porque la libertad, en el mismo sentido en el que FINNIS lo pone de relieve, consiste en la posibilidad de elegir de acuerdo con el «proyecto de vida», y que —como tal— es ínsito a la naturaleza del hombre, por lo que (ii) la libertad no se crea ni se confiere por acto humano. Advierte HART sin embargo, de forma consecuente con las tesis por él defendidas, que de ello no puede extraerse el carácter «absoluto» de la Libertad: esos argumentos serán, complementándolo, los aquí expuestos desde una posición que podríamos llamar, parafraseando a ALEXY, «vinculante», o «no-positivista»²

“Por consiguiente, mi razonamiento no ha de demostrar que los hombres tienen algún derecho (aparte del derecho de todos por igual de ser libres) que sea ‘absoluto’, ‘irrevocable’ o ‘imprescriptible’. Para muchos, lo dicho quizá disminuya la importancia de mi tesis, pero yo estimo que el principio de que todos los hombres tienen igual derecho a ser libres, por ínfimo que parezca, probablemente es todo cuanto hubieran necesitado argumentar los filósofos políticos de la tradición liberal para respaldar

¹HART; *¿Existen...* p. 46.

²ALEXY; *El concepto...* p. 14.

cualquier programa de acción, aun cuando hayan argumentado más. Pero mi proposición de que existe este derecho natural puede parecer insatisfactoria por otro motivo: ella no es sino la afirmación condicional de que si existe algún derecho moral, entonces debe existir este derecho natural.”¹

Ahora, una noción de Libertad, concebida en estos términos, es obviamente más definida y delimitada que la concepción amplísima que al término otorgaba HOBBS:

“LIBERTAD significa, propiamente, ausencia de oposición; por oposición quiero decir impedimentos externos del movimiento, y puede referirse tanto a las criaturas irracionales en animadas, como las racionales. [...]

De acuerdo con este propio y generalmente admitido significado de la palabra, un HOMBRE LIBRE *es aquel que, en aquellas cosas que puede hacer en virtud de su propia fuerza e ingenio, no se ve impedido en la realización de lo que tiene voluntad de llevar a cabo.*”²

Resulta necesario, entonces, precisar el contenido de la Libertad circunscribiéndolo a la noción de «libertad jurídica» en los términos en los que, previamente, lo expusieron FINNIS y HART, y que puede enunciarse, nuevamente, en los precisos términos de ALEXY, como una «alternativa de acción»:

“... se habla de la libertad jurídica sólo si el objeto de la libertad es una alternativa de acción. Cuando el objeto de la libertad es una alternativa de acción, se hablará de una libertad negativa. Una persona es libre en sentido negativo en la medida en que no le están vedadas alternativas de acción. El concepto de libertad negativa no dice nada acerca de qué debe hacer una persona libre en sentido negativo o hará bajo determinadas condiciones; tan sólo dice algo acerca de sus posibilidades para hacer algo. Por ello, el concepto de libertad más amplio, del que la

¹ HART; *¿Existen...* p. 47.

² HOBBS, Thomas; *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción del original inglés de Carlos Mellizo. Colección Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial. Madrid, 2002, p. 187.

libertad jurídica es sólo una manifestación especial, es una relación triádica cuyo tercer miembro es una alternativa de acción.”¹

Por su parte DWORKIN, en lugar de tomar como base a la Libertad, en el sentido que lo hacen FINNIS y HART —e indirectamente ALEX—, prefiere tomar como punto de partida la *igualdad*. Partiendo de similares razonamientos, el profesor de Worcester asume como «postulados mínimos de moralidad» la idea de acuerdo con la cual “*el gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar de acuerdo con ellas*”, noción que, como fácilmente puede verse, está directamente vinculada con el «plan racional de vida» que mencionaba FINNIS, con base en el libre «proyecto de vida» indicado por RAWLS; esto es,

“El gobierno no sólo debe tratar a la gente con consideración y respeto, sino con igual consideración y respeto. No debe distribuir bienes con oportunidades de manera desigual, basándose en que algunos ciudadanos tienen derecho más porque son dignos de mayor consideración. No debe restringir la libertad sobre la base de que la concepción que tiene un ciudadano de lo que es la vida de un grupo es más noble que la de otro o superior a ella. Tomados en conjunto, estos postulados enuncia lo que podríamos llamar la concepción liberal de la igualdad; no de la libertad como licencia.”²

Así las cosas, el «valor/principio» cumple una función de criterio de justificación racional del vínculo entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, con lo cual la estructura netamente lógico-formal —o de *lógica deóntica*, en las palabras de ALEX— adquiere racionalidad, de modo justificar, racional y axiológicamente, el «deber ser» que vincula al supuesto de hecho «A» con la consecuencia jurídica «B», valor que —por su contenido

¹ ALEX; *Teoría de los Derechos...* p. 214.

² DWORKIN; *Los Derechos...* pp. 388-389.

esencial— representará directamente a la Libertad, *o bien a una función de ésta, como podría serlo, por ejemplo, la Dignidad.*

No obstante, partiendo de la Libertad como el valor fundamental, o como el «contenido mínimo axiológico del Derecho» —parafraseando en ello a HART—, debe tenerse en cuenta que el empleo de la «alternativa de acción» en comentarios supone consecuencias, en la medida en la que el uso de la Libertad lo sea en contra de la justificación axiológica de la norma y determinando, así, la realización de una conducta *contraria* a la prevista normativamente. En este contexto, es importante traer a colación las reflexiones de MILAZZO, que se expresan en los siguientes términos:

“De toda acción libre se derivan consecuencias, efectos, lo que hace que la libertad para actuar éste estrechamente conectada con la responsabilidad. Vista así pareciera que la responsabilidad surge de la acción libre. Pero también puede surgir del compromiso o de la promesa, que implican, de todos modos, una elección libre. El concepto de responsabilidad está inscrito en un determinado concepto de libertad. Está basado en la noción de elección, la cual es esencial al concepto de libertad limitada. En el lenguaje común, ‘*ser responsable*’ significa que el agente en cuestión incluye los motivos de su actuación la previsión de las posibles consecuencias de tal actuación. En este sentido, la responsabilidad puede definirse como la capacidad de prever las consecuencias de las propias acciones y, con base en esa previsión, tomar la decisión de actuar.”¹

Ello justifica el examen racional-axiológico de la que KELSEN denomina, en función de la importancia que ella tiene en su concepción del Derecho, la «norma primaria»; el enunciado jurídico del que dimana el carácter coactivo del imperativo y, en consecuencia, el predicado de «jurídico».

De lo expuesto se siguen, naturalmente, *dos cosas*:

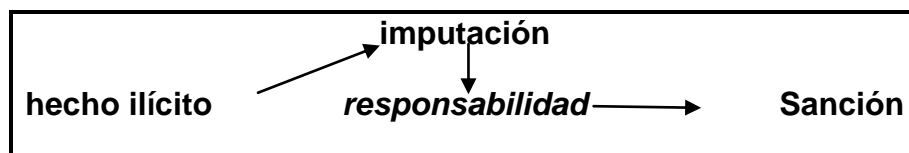
¹ MILAZZO, Rosario; *Acción, intención y responsabilidad*. Ediciones de la Biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2011, p. 217.

- (i) La necesaria integración en la norma «primaria» de algún valor como «concepto jurídico fundamental» que justifique axiológicamente, al igual que en el enunciado jurídico de la norma «secundaria», la imposición de la sanción que caracteriza como «jurídica», según KELSEN, al binomio correlativo «derecho-deber»; y
- (ii) Que ese valor que integrará racionalmente la norma «primaria» debe constituir una función correlativa, un *reflejo* del valor que sirve de justificación axiológica a través de la norma «secundaria», en función del «bien-en-común» perseguido a través de la referencia valorativa que fundamenta el esquema «derecho-deber», para decirlo en términos próximos a los de FINNIS.

Es allí donde deberemos encontrar, para comprobar nuestra hipótesis, a la **culpabilidad**, como «concepto jurídico fundamental», propio de la estructura lógico-axiológica de las normas que consagran sanciones o normas «primarias», manteniendo el esquema conceptual de KELSEN que hemos venido empleando. Pasemos a ello sin demora.

(ii) Un nuevo esquema de «conceptos jurídicos fundamentales».
El valor como justificación racional en la «norma primaria» de KELSEN.

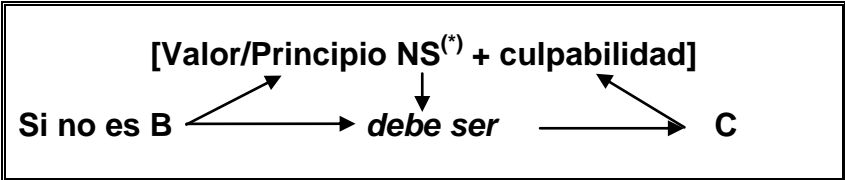
La «norma primaria» se estructura, en la concepción de KELSEN, como la unión de varios conceptos jurídicos fundamentales: (i) hecho ilícito; (ii) imputación; (iii) responsabilidad; y, finalmente, (iv) sanción. Todo ello puede representarse del siguiente modo:



O puesto en los términos clásicos de Kelsen, en el caso que la norma secundaria, deóntica o de mandato, haya visto su consecuencia jurídica *frustrada*, entonces:

Si no es B *debe ser* C

En la medida en que la norma «primaria» y la norma «secundaria» tienen una misma estructura lógica, y comparten, —deóntica y axiológicamente— el mismo «objeto», esto es, el fin racional perseguido por la norma, expresado en el «valor» que le sirve como justificativo axiológico, al punto que —incluso— pudiera decirse que *la una es el reflejo de la otra*, entonces es totalmente lógico (e incluso necesario) proclamar, respecto de la estructura de la norma «primaria», un modelo cuando menos similar al analizado en el acápite previo, respecto de la norma «secundaria». Así las cosas, el «modelo» sería el siguiente:



(*) NS: Norma secundaria

Lo primero que salta a la vista, de una simple comparación entre este último esquema y el expuesto al inicio de este acápite, es que la fórmula **[Valor/Principio NS + culpabilidad]** está ocupando el lugar que Kelsen reserva a la «imputación», esto es, a la relación existente entre el sujeto *responsable* —el que realiza el «acto antijurídico», el «No-B» de la fórmula kelseniana— y la sanción que por tal circunstancia debe imponérsele, o en otras palabras, al «puente» que une al acto antijurídico y a la sanción.

No podría ser de otro modo.

De un lado, la referencia al «valor/principio» ya presente en la norma secundaria es evidente, en la medida en que la norma «primaria» es, de acuerdo con KELSEN, un *complemento lógico* de la norma secundaria, un reflejo de ésta; así, es evidente que la norma primaria existe, desde la perspectiva del juicio de racionalidad del que hemos venido hablando, en la medida en la que garantiza la protección del *status* jurídico de «Libertad» de la persona que es víctima del acto antijurídico.

De allí que, como es obvio, el parámetro axiológico que debe integrar —como «concepto jurídico fundamental»— el enunciado deóntico de la norma «primaria» sea el mismo de la norma «secundaria», ya que la norma, en un sentido «negativo», regula el *segundo* de los supuestos que HART señalaba como postulados de la Libertad como «derecho moral mínimo»: el derecho “*a que los demás se abstengan de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra*”¹, justificado axiológicamente del mismo modo que en la norma «secundaria».

Sin embargo, la formulación axiológica de la regla «primaria» no puede limitarse únicamente al valor recogido en la norma «secundaria»; desde ese punto de vista, una de ellas sería *superflua*. La norma «primaria» tiene su propia estructura, su propia finalidad, de manera que tiene que tener un valor propio, una gama de justificaciones propias, que sirva de justificación al enunciado particular «*si no es B debe ser C*».

Esa estructura responde a un tipo particular de relación; el que KELSEN denomina «imputación», y que no es otra cosa que la capacidad de atribuir el acto antijurídico a su autor, dentro de un esquema de racionalidad teleológica. Si esa «atribuibilidad» consiste, así, en un vínculo *justificativo*, en una noción «inclusiva» o «vinculante» de los conceptos jurídicos fundamentales, como la que aquí estamos manejando, entonces la función de la que KELSEN llama «imputación» se extiende mucho más allá de la

¹ HART; *¿Existen...* p. 46.

limitada tarea de «cópula jurídica» o de «conexión lógica» que el profesor austríaco le atribuye.

En este orden de ideas, no es aceptable, por incompleta, la idea de KELSEN de acuerdo con la cual el nexo entre el «acto antijurídico» y la «sanción», expresado en la «imputación» tiene en cuenta únicamente la conexión causal entre uno y otro, a través de un acto unilateral de voluntad del Estado. Deben rescatarse, aquí, las palabras de DWORKIN: un límite natural del Estado es aquél de acuerdo con el cual éste debe tratar a sus ciudadanos con “*igual consideración y respeto*”, con base —según FINNIS, ALEXY y RAWLS— en el respeto a la libertad de elección, dentro de las «alternativas de acción» que brinda la norma «secundaria» como posibilidades concretas de realización del «bien-en-común» axiológico al que nos referíamos previamente.

Una solución tal, insistimos, no es aceptable, en tanto desconoce la posibilidad del individuo respecto del cual se predica la noción de «imputación», en los términos de KELSEN, de determinar la posibilidad de poseer «alternativas de acción»: en otras palabras, niega la Libertad que, como ser humano dotado de dignidad, en los términos de HART, requiere para el sujeto «infractor» un respeto mínimo de una posición de «Libertad» en cualquier relación jurídica en la que se encuentre inmerso, en tanto y en cuanto obvia la «capacidad de elegir» que, como tal, debe tener ese sujeto.

Esta última afirmación debe precisarse, para evitar equívocos. Tradicionalmente se entiende por «Libertad», en el marco de la norma secundaria, las posiciones (i) del Estado, que ejerció su capacidad de elección asociando una «sanción» al «acto antijurídico»; y (ii) a la posición axiológicamente justificada de un sujeto «A», ubicado en la posición que HOFELD denota como de posesión de un «derecho», para exigir de otro sujeto «B» “*abstenerse de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra*”; esto es, de limitar indebidamente su Libertad, de permitirle ejercer su

«capacidad de elegir», tal como lo explicaba HART.¹ Sin embargo, lo que una posición como la que defiende KELSEN —e incluso, el propio HART— obvia es que, como consecuencia de ese «derecho moral mínimo» a la Libertad, según lo califica HART, (iii) la posición jurídica de «B» a que la norma tome en cuenta, como sustrato mínimo, su «libertad» como «derecho moral mínimo»: todo ser humano tiene derecho a que se considere su *status* jurídico en función del ejercicio de su «proyecto de vida», de su «capacidad de elegir» y con referencia al «bien-en-común» que justifica axiológicamente a las regulaciones jurídicas, tal como lo expone FINNIS, conceptos que —lejos de ser contradictorios— son *complementarios*, ya que la realización del bien común depende directamente del respeto del bienestar individual de cada uno de los integrantes de la comunidad.

Así las cosas, cuando se entiende que la «imputación», como nexo entre el «acto antijurídico» y la «sanción» y como fundamento de la «responsabilidad», empleados todos esos términos en el sentido que les otorga KELSEN, puede tener únicamente una base *causal* —es decir, la vinculación existente entre el sujeto «B» y la consecuencia antijurídica a través de una mera «relación de causalidad», independientemente de la participación o no de su «capacidad de elegir» en la realización o evitación del hecho antijurídico—, coloca al sujeto «B» en una situación de negación de su Libertad, en la medida en la que puede atribuírsele un cambio de su situación jurídica en función de un hecho en el cual no haya tenido participación alguna su «capacidad de elegir», su «Libertad»; una situación que, en los términos previamente expuestos, es simplemente *inadmisibile*.

Por ello, *no es cierto*, como sostiene KELSEN, que a la «responsabilidad», como concepto correlativo de la «imputación», pueda atribuírsele —para vincular al «acto antijurídico» con la «sanción»— un contenido *meramente causal*, bajo la fórmula de la llamada «responsabilidad

¹ HART; *¿Existen...* p. 46.

objetiva» ***en tanto una solución de ese tipo niega la libertad***¹. Si tomamos cuenta de las posiciones de FINNIS, RAWLS, ALEXY y DWORKIN, previamente enunciadas, y muy especialmente la consideración de la «Libertad» como un «derecho moral mínimo» en HART, entonces el *status* jurídico de acuerdo con el cual cualquier ser humano de quien pueda predicarse «capacidad de elegir» —imputabilidad, en los términos que son familiares al Derecho Penal— requiere de los demás, incluido el Estado, la abstención de ejercer coerción o aplicar restricciones en su contra respecto de aquellos actos dañosos que no puedan ser atribuidos a esa misma «capacidad de elegir», referida ésta, por supuesto, únicamente al *acto* y no al *autor*.

E. La culpabilidad como concepto jurídico fundamental. Imposibilidad axiológica de la responsabilidad «objetiva».

Es el expuesto previamente, y no otro, el fundamento de la *reprochabilidad* en la que, de acuerdo con FRANK, consiste la esencia del concepto de «culpabilidad»:

“En la búsqueda de una expresión breve que contenga todos los mencionados componentes del concepto de culpabilidad, no encuentro otra que la reprochabilidad. Culpabilidad es reprochabilidad. Esta expresión no es linda, pero no conozco otra mejor. [...]”

El que comparte el punto de vista de M. E. MAYER respecto de que no hay que definir la culpabilidad sino la acción culposa, puede decir, entonces, que la realización culpable es realización reprochable; en otras palabras, se puede realizar un reproche al ejecutor. Tampoco habrá que lidiar con dificultades cuando, conforme lo hacen KOHLER y RADBRUCH, se excluyen las omisiones del ámbito de las acciones. En ese caso, sólo

¹ “La opinión negativa contraria que postula incluso la aniquilación de la culpabilidad como elemento del delito, podría acarrear la desaparición de un derecho penal respetuoso de la dignidad y de la libertad de la persona humana. A través de tal postura el derecho penal pudiera ser substituído por un «derecho penal de medidas» consistente en una regulación normativa de la criminalidad de carácter francamente transpersonalista (capaz de servir de sustento punitivo al más franco totalitarismo) sobre la base de una exacerbación de las ideas de una defensa social sin trabas, o de un peligrosismo naturalista capaz de conducir a una especie de profilaxis social contra el delito en la cual para nada cuenta la persona humana.” FRIAS CABALLERO, Jorge; *Problemas de Culpabilidad en el Código Penal Venezolano*. Livrosca. Caracas, 1996, p. 4.

es necesario referirse al comportamiento, en lugar de a la acción: comportamiento culpable es comportamiento reprochable. [...]

Con ello se habría concluido lo siguiente: un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien cuando se le puede hacer el reproche por haberlo aceptado.”¹

En efecto, la culpabilidad es el «reproche» dirigido a quien ha realizado la acción descrita en la norma penal de manera consciente y libre, lesionando el bien jurídico que esa norma tutela, a pesar de la advertencia que la regla «secundaria» suponía para que éste actuara conforme a Derecho², en contravención, además de a la norma secundaria, al valor general de la Libertad y de la Dignidad de la persona que sufre el acto antijurídico. Por ello, puede decirse que el autor de un hecho con estas características es responsable por él³.

El concepto, así entendido, supone una referencia normativa: la comparación de la acción del sujeto, previamente calificada como típica y antijurídica frente a la norma que le impone el deber de evitar dañar el bien jurídico; siendo que si el sujeto pudo actuar en el sentido que le indica la norma «secundaria», haciendo uso de su Libertad —de su «capacidad de elegir», en los términos de HART— en la forma de la abstención de lesionar la libertad o la dignidad de un tercero dentro de los parámetros del «proyecto

¹ FRANK, Reinhardt; *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción del original alemán por Gustavo Eduardo ABOSO y Tea LÖW. Colección Maestros del Derecho Penal N° 1. Editorial B de F. Buenos Aires, 2000, pp. 39-40. En el mismo sentido GOLDSCHMIDT, James; *La concepción normativa de la culpabilidad*. Traducción del original alemán por Margarethe de GOLDSCHMIDT y Ricardo C. NÚÑEZ. 2ª Edición. Colección Maestros del Derecho Penal N° 7. Editorial B de F. Buenos Aires, 2002, pp. 87-90.

² La culpabilidad es, según ARTEAGA, “*el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por haber violado con un determinado comportamiento psicológico los deberes que le impone el ordenamiento jurídico penal tendiente a la regulación de la vida social, o, en otras palabras, el juicio de reproche personal que se dirige al sujeto por haberse comportado en forma diversa a la exigida por el ordenamiento jurídico-penal*”. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992, p. 83. El vocablo «culpabilidad» tiene, vulgarmente, un sentido equívoco. En la usanza común, la culpabilidad denota la «cualidad de culpable» de alguien, mientras que «culpable» es la persona a quien se le imputa una acción u omisión ilícitas por haberlas cometido de forma deliberada o con negligencia de sus deberes. Por su parte, culpa es sinónimo de causa, responsabilidad. Así, la culpabilidad se nos presenta como la cualidad de ser causante o, aún más, responsable de una conducta determinada. REYES ECHANDÍA, Alfonso; *Culpabilidad*. 3ª Edición. Editorial Temis, Bogotá, p. 3.

³ WELZEL; *Derecho Penal...* p. 197. En el mismo sentido, HART, Herbert L. A.; *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. 2ª edición. Oxford University Press. Oxford, 2011, p. 222, y GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando; *Culpabilidad e Inculpabilidad. Derecho Penal y Derechos Humanos*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996, pp. 115-120.

racional de vida» del que habla RAWLS, conforme a derecho y, sin embargo, *prefirió, eligió* lesionar el bien jurídico, entonces podrá decirse que ese sujeto es *culpable*, y luego responsable por el delito y acreedor de la pena que la ley establezca. Es esta la concepción de la culpabilidad como «regla de valoración» del hecho para la aplicación de la pena al sujeto agente.

Sobre estas premisas, hoy se entiende a la culpabilidad —como se ha dicho— como «reprochabilidad», aceptándose sin reservas a la culpabilidad como elemento esencial e insoslayable del hecho punible con total independencia de la concepción del ilícito que se tenga¹, por lo que puede decirse que no es la voluntad del hecho ilícito la reprochable, sino la voluntad ilícita.

Este juicio de reproche personal al actor por el comportamiento ilícito tiene su base en tres elementos fundamentales. El primero de ellos es la «imputabilidad», que es definible como conciencia y voluntad del acto antijurídico, o bien como la medida de la «capacidad de elegir» a la que nos hemos referido previamente.² En segundo lugar, debe determinarse la vinculación subjetiva —nexo psicológico— entre el autor y su hecho, noción que comprende al «dolo» y a la «culpa» *stricto sensu* como elementos de la «voluntad defectuosa»³ que caracteriza al obrar ilícito. Finalmente, aún y cuando el autor sea imputable, y además haya obrado intencional o imprudentemente, es necesario que el agente haya tenido la posibilidad racional de dirigir su conducta en el sentido querido por la norma, esto es, por la preservación del bien jurídico; lo que significa que el proceso volitivo

¹ El concepto normativo finalista de la culpabilidad, según la tesis de WELZEL, excluye al nexo psicológico entre el autor y su hecho —dolo y culpa— del juicio de reproche culpabilista, ubicándolo en la estructura del tipo. Sin embargo, aún en el caso del finalismo es necesaria una vinculación psicológica —aunque de fuente normativa— resumida en la posibilidad jurídica de conocimiento de la norma de prohibición cuya transgresión constituye el tipo, mejor conocido en la terminología penal como la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho. WELZEL; *Derecho Penal...* p. 221, y MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal (Parte General)*. 7ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona (España), 2004, p. 527.

² La imputabilidad es, según BETTIOL, “el conjunto de condiciones psíquicas requeridas para que un hecho específico pueda ser referido a un hombre como a su autor consciente y libre”, de lo que se evidencia la identidad que hay entre este concepto y la «capacidad de elegir» de la que hablan, con distintos términos, tanto FINNIS como RAWLS como HART. BETTIOL, Giuseppe; *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Traducción del original italiano por Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI. Bosch, Barcelona (España), 1977, p.132.

³ MIR PUIG; *Derecho Penal...* cit., p. 525.

del sujeto debe haber estado libre de cualquier coacción física o psíquica que limite su voluntad y haga, en consecuencia, anormales las circunstancias en que éste despliega su accionar.

En efecto, es sólo posible formular un «reproche» al sujeto que ejerció indebidamente su «capacidad de elegir», en un sentido *inverso* al de la *segunda* de las posiciones jurídicas básicas derivadas de la Libertad a las que se refiere HART: esto es, la “*libertad para realizar [...] cualquier acto que no sea coercitivo, o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas*”, o dicho en términos directos, por orientar su «libertad», su «proyecto de vida», en las palabras de RAWLS, en un sentido distinto al de la Libertad limitada en función del «bien-en-común» preconizado en la norma «secundaria» y, bajo las premisas analizadas previamente, justificada axiológicamente en alguna medida de «valor». Es por ello que FERRAJOLI afirma, en expresión tajante que compartimos plenamente, lo siguiente:

“Por otra parte, la punibilidad de sólo los actos intencionales es, con seguridad, un insufrible elemento del sentimiento común de justicia, al punto de que refutamos bárbara e injusta cualquier forma de responsabilidad objetiva o sin culpa. Y puede ser útil recordar que la tesis de la no perseguibilidad de pensamientos e intenciones y, más en general, el mismo principio de exterioridad o de materialidad de la acción criminal ha venido encontrando fundamento menudo en el requisito de la culpabilidad. Thomasius, por ejemplo, mantiene la impunidad de la herejía precisamente porque en ella faltan el dolo o la culpa. Y aún antes, con los mismos argumentos, Hobbes había defendido la libertad de pensamiento y rechazado la punibilidad de las opiniones, en cuanto que éstas o son verdaderas, y por tanto no punibles, o son fruto del «error», que «no es, por naturaleza un pecado. No es posible, de hecho, que un hombre hiere de propósito, que tenga la intención de dar; y no hay pecado sin la intención de pecar».”¹

¹ FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 5ª edición. Traducción del original italiano por Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARENO BANDRES. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, p. 489.

Así las cosas, la necesaria inclusión de referentes valorativos —como criterios de optimización del ordenamiento— dentro del concepto de Derecho echa por tierra, con la tesis de la «separación», tal como la llama ALEXY, el argumento de acuerdo con el cual la «imputación» tendría únicamente fundamento normativo y no *axiológico*; por el contrario, desde esta perspectiva todos los hechos *prohibidos* —en tanto asociados con una sanción— deben, para justificarse respecto de los valores fundamentales que componen al Derecho, ser «*mala in se*», y no solamente «*mala prohibita*», cuestión que incluso el propio HART, aunque desde una perspectiva netamente utilitarista, reconoce:

“Un tema central de estos ensayos es que no es solamente en el marco de una teoría retributiva de la pena que la insistencia en la importancia de estas limitaciones [las derivadas de la «sancionabilidad» a través de la culpabilidad] tienen sentido; hay razones importantes, tanto morales como prudenciales, para adherirse a estas restricciones que son perfectamente consistentes con una concepción general utilitaria de los fines de la pena.”¹

Lo contrario, entender a la «imputación» como mera ligazón de naturaleza causal, como vínculo «objetivo», implicaría la *irracionalidad axiológica* del enunciado jurídico de la norma «primaria» desde el punto de vista de la *libertad* y de la *dignidad*, entendidos ambos como contenidos axiológicos mínimos del Derecho, desde la posición de «vinculación» que hemos asumido aquí como propio. Implicaría, como ya se ha insinuado previamente, desconocer el status del sujeto a quien el hecho le es causalmente atribuible, ***sin considerar si éste le es reprochable o no, obviando que esa reprochabilidad es exigencia mínima axiológica derivada de su Libertad, de su cualidad de ser humano.***

¹ El texto entre corchetes es nuestro. Traducción libre nuestra. El texto original en inglés dice lo siguiente: “A central theme of these essays is that it is not only within the framework of a retributive theory of punishment that insistence on the importance of these restrictions makes sense; there are important reasons, both moral and prudential, for adhering to these restrictions which are perfectly consistent with a general utilitarian conception of the aim of punishment.” HART; *Punishment*... p. 210.

En efecto, la llamada responsabilidad «objetiva» niega la libertad, definida en los términos precedentes, del sujeto que es actor principal de la norma «primaria», aquél al que le es «imputable» el acto antijurídico. Ciertamente, la norma «primaria» presenta a un sujeto que está realizando un daño antijurídico a otro; está negando su «libertad» o su «dignidad», un daño contrario al imperativo de dicha norma, y que —en consecuencia, como imperativo racional de la libertad y de la dignidad de quien sufre el daño antijurídico— debe estar sujeto a la sanción. Pero el sujeto «imputable» lo es porque es un «hombre libre» y con «capacidad de elegir», como lo dice textualmente HART, de modo que es axiológicamente imperativo considerar racionalmente su status de libertad.

Así las cosas, el acto sólo le sería «imputable» en la medida en la que le sea «reprochable», esto es, en la medida en la que el acto sea **culpable**. Lo contrario, la responsabilidad «objetiva» implicaría el reconocimiento *parcial* de los valores en juego en la relación jurídica trabada con ocasión de la verificación, en el plano de la realidad, de la norma «primaria», se tomaría en cuenta sólo la libertad y la dignidad del sujeto que sufre la acción antijurídica, mas no la libertad y la dignidad del sujeto que causa dicha acción. Y la Libertad y la Dignidad son valores que conciernen a ambas partes, en tanto seres humanos, como «hombres libres» con «capacidad de elegir».

Es por estas razones que, incluso, desde el punto de vista «externo» —esto es, político— la culpabilidad debe desplazar, necesariamente, a la denominada responsabilidad objetiva. FERRAJOLI identifica, para ello, cuatro razones¹:

- (i) *Reprobabilidad de la acción*, que configura una condición necesaria —como emanación de la Libertad, en los términos antes expuestos— para la atribución de sanción. Una acción no

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 491-492.

culpable no es punible ni susceptible de prohibición porque no admite reprobación, referida, como es obvio, no directamente al hecho objetivo sino a su autor, *“o más exactamente, al «sentido subjetivo» o «intencional» que éste da a su actuar social y que, precisamente, se integra en la culpabilidad”*.

- (ii) *Función de prevención general*, en la medida en que sólo los comportamientos culpables son susceptibles de justificar, en tanto voluntarios, la coerción que se pretende ejercer a través de la norma «secundaria». Los contrarios, los hechos no culpables, no son susceptibles de esta conminación, en tanto no dependen de *“la acción directa de quienes llamado a responder por ellos, no pueden prevenirse penalmente: son exigibles y, respecto a ellos, la pena es superflua.”*
- (iii) *Plan racional de vida*, en la medida en la que el principio de culpabilidad, según la cita que hace FERRAJOLI de HART, *“garantiza la posibilidad «de prever y de planificar el rumbo futuro de nuestra vida partiendo de la estructura coactiva del derecho», asegurándonos de que «incluso cuando las cosas van mal, como ocurre cuando se cometen errores o se producen accidentes, una persona que haya puesto lo mejor de su parte para respetar el derecho, no será castigada»*. Ciertamente, dice Hart, que un sistema penal que incluye esta forma de responsabilidad *«asume un riesgo» que no corren los sistemas antiliberales, en los que se describen los delitos de aquel condicionamiento psicológico a la obediencia o bien se somete a los reos a penas o tratamientos con independencia de la voluntariedad de sus transgresiones. Este riesgo es «el precio que debemos pagar por el reconocimiento general de que el*

*destino del hombre debe depender de sus decisiones, lo que favorecerá la virtud social del autocontrol.»*¹

- (iv) *Posibilidad lógica, por su estructura, “las acciones culpables son las únicas que pueden ser no sólo objeto de reprobación, de previsión y de prevención; son también las únicas que pueden ser lógicamente y sensatamente prohibidas”, pues “las prohibiciones penales son normas «regulativas», en el sentido de que necesariamente presupone la posibilidad de ser observadas o violadas por parte de sus destinatarios, a cuyo conocimiento y voluntad se dirigen, con la función pragmática de orientarlos y condicionarlos; y serían insensatas, además de inútiles, si tal posibilidad no existiese.”*²

En definitiva, para decirlo con las palabras de KANT, “*la clave de toda imputación en relación con las consecuencias es la libertad*”³, de lo que se sigue, como consecuencia necesaria, la integración del componente axiológico de la norma «primaria» con dos componentes: (i) el valor, deónticamente expresado en un principio y que será, en términos generales, una función de la Libertad, la Igualdad y la Dignidad, según las tesis de FINNIS, ALEXY y DWORKIN, previamente expuestas, que sirve de fundamento axiológico a la formulación del binomio correlativo «derecho-deber» de la norma «secundaria», cuya juridificación depende —según KELSEN— de la creación de la norma «primaria»; y (ii) *la culpabilidad*, como nexo de índole axiológica entre el acto antijurídico y la sanción, y como fundamento último de la *responsabilidad*.

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* p. 491.

² FERRAJOLI; *Derecho...* p. 491.

³ KANT; *Lecciones...* p. 99. Es por esa razón que para KANT la imputación (*imputatio*) es un juicio de índole *moral*, que consiste en “el *juicio* por medio del cual alguien es considerado como autor (*causa libera*) de una acción, que entonces se llama *acto* (*factum*) y está sometida a leyes”. KANT; *Metafísica...* p. 35.

a) El «valor» culpabilidad.

Así las cosas, es posible caracterizar la primera de las funciones —o de los modos de expresión— de la culpabilidad como enunciado jurídico fundamental. La culpabilidad, concebida como *reprochabilidad*, no es otra cosa que una función instrumental de la Libertad, la Dignidad y la Igualdad, como contenidos mínimos esenciales de toda formulación jurídica. De este modo, es perfectamente posible atribuir a la culpabilidad un *primer* significado¹, el del «valor» *culpabilidad*².

Debe insistirse en que la Libertad —siguiendo en ello a HIERRO— es el derecho subjetivo de índole moral a la *autodeterminación* de la conducta humana; es decir, al *dominium* sobre sí mismo o sobre las restantes posiciones jurídicas que constituyen los llamados *derechos subjetivos*, de modo que —así— sirve de condición necesaria y de fundamento último al ordenamiento jurídico. Así, parece *obvia* la existencia de un derecho a la Libertad, limitado por la esfera de libertad ajena que permite, a *todos*, el mayor y mejor desarrollo de su personalidad³, entendida como la «capacidad de elegir» según el plan racional de acción, bajo los parámetros previamente especificados.

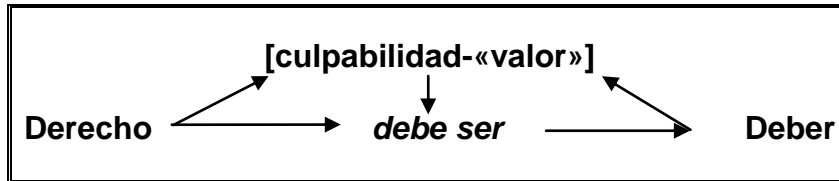
A esta acepción de la Libertad se asocia, entonces, la culpabilidad como término *correlativo*, que justifica axiológicamente la asociación de una sanción a la elección del individuo que ha (i) excedido la esfera racional de

¹ En otro contexto, referido a la responsabilidad, HART identifica cuatro acepciones: (i) la responsabilidad como *rol*, expresando el papel que cumple el responsable en posición de garante de la situación jurídica ajena; (ii) la responsabilidad como *causa*, entendida únicamente como la mera imputación causal de la acción antijurídica; (iii) la responsabilidad como *capacidad*, como ejercicio de la «capacidad de elegir» que hemos venido mencionando; y (iv) la responsabilidad-ligazón [*liability*], como *reprochabilidad* del acto antijurídico. HART; *Punishment...* pp. 212-218. Un comentario crítico sobre esta clasificación se halla en NINO; *Introducción...* pp. 184-187.

² “[A] hablar de valores nos referimos a la no indiferencia del hombre frente al mundo, lo que más tarde PERRY llamaría, en otro sentido, la cualidad conmovedora de los objetos; las cosas, antes o después, de ser explicadas por las ciencias —dice CARRANZA SILES— son para el hombre buenas o malas, bellas o feas, santas o profanas; se hallan revestidas de algo que el hombre juzga digno de mayor o menor estimación y que rechaza, busca o crea.” ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Introducción a la Teoría General de los Valores y a la Axiología Jurídica*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999, p. 35.

³ HIERRO, Liborio; «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho», en *El núcleo duro de los derechos humanos*. Compilación por Antonio MARZAL. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llull - ESADE. J.M. Bosch Editor. Mutilva Baja (Navarra), 2001, pp. 22-27.

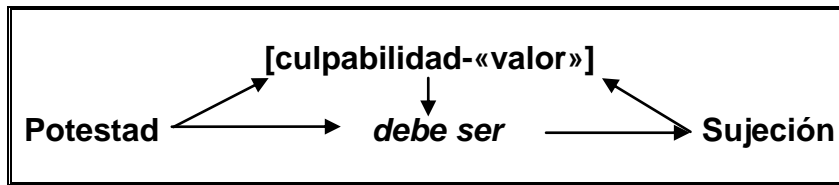
Libertad propia; (ii) y vulnerando, así, la Libertad y la Dignidad de otro u otros, en contravención —debe insistirse nuevamente— de lo que HART califica como las dimensiones de la Libertad como «derecho moral mínimo»: (i) el derecho de la víctima a la abstención de coerciones o restricciones indebidas en su contra; y (ii) el deber del autor del acto antijurídico de abstenerse a realizar cualquier acto que sea indebidamente coercitivo o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otros¹. Así, como fácilmente puede verse, el valor culpabilidad tiene una función justificativa del binomio correlativo «derecho-deber», que gráficamente puede representarse de este modo:



Por otra parte, pero en el mismo sentido, la culpabilidad —como referencia *axiológica*— implica una limitación racional-ontológica al poder de castigar del Estado (*ius puniendi*²), derivada de la necesaria racionalidad de la intervención punitiva; o en las palabras de HOHFELD, constituye la justificación axiológica del binomio correlativo «potestad-sujeción» entre el Estado y el particular instaurado por obra de la regla secundaria:

¹ "Por ello, el Tribunal Constitucional Federal alemán deriva el principio de culpabilidad no sólo de los principios generales del Estado de Derecho material, sino además específicamente de la obligación de respetar la dignidad humana. Dicho brevemente: la prohibición de vulnerar la dignidad debe limitar la optimización de la utilidad de la pena." JAKOBS, Günther; *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción del original alemán por Manuel CANCIO MELIÁ y Enrique PEÑARANDA RAMOS. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996, p. 16.

² Desarrollando en este punto las ideas de MONTESQUIEU, el Marqués de BECCARÍA concibe al *ius puniendi* como aquella porción del poder del Estado que cede cada uno de los integrantes del grupo social —en el sentido contractualista de ROUSSEAU— con el propósito de que aquél protegiese a cada uno de los individuos de la transgresión de la paz del grupo por parte de alguno de sus individuos, o incluso de agentes extraños. De esta idea, BECCARÍA extrae el llamado principio de mínima intervención como característico del Derecho Penal, con fundamento en que la actuación del poder punitivo del Estado, como poder delegado y contingente, debe utilizarse sólo en caso de extrema necesidad, pues todo lo demás es abuso y no justicia; es hecho, no ya derecho. TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; «Introducción», en BECCARÍA, Cesare; *De los delitos y de las penas*. Traducción del original italiano por Francisco TOMÁS Y VALIENTE. Ediciones Aguilar, Madrid, 1982, p. 16. Puede definirse así, entonces, al *ius puniendi* como como el poder jurídico de actuación del Estado, derivado de su imperium que le permite definir, perseguir y castigar las conductas que atentan contra un ordenamiento jurídico determinado, con el fin de asegurar el ordenado funcionamiento de la sociedad dentro de los parámetros del Estado Social de Derecho y de Justicia.



De tal modo debe decirse, con JAKOBS, que la culpabilidad —así entendida— “es un presupuesto necesario de la legitimidad de la pena estatal”, en la medida en la que el Estado, colocado en una situación de aquellas a la que HOHFELD llama «potestad», forma especial de modificación de posiciones jurídicas derivadas de la ejecución de un poder jurídico institucionalizado, esto es, atribuido a su destinatario únicamente como producto del Derecho, que le dan la posibilidad —variando así, por adición, su *status* jurídico— de alterar posiciones jurídicas propias o ajenas a través de determinados actos jurídicos bajo ciertas formalidades y condiciones¹, que encuentra una natural limitación en la formulación de la *Libertad*, la *Dignidad* y la *Igualdad*, en los términos ya largamente expuestos, de forma que circunscribe la situación subjetiva del Estado a las fronteras de estos conceptos, en las dos acepciones que de estos «derechos morales mínimos» han sido reiteradamente mencionadas, de forma de evitar “la instrumentalización de la persona al imponer la pena”².

b) El «principio» culpabilidad.

Todas las funciones de la culpabilidad —entendida como «valor»— requieren de una expresión deóntica que permita su integración a las modalidades básicas de estos enunciados. Así, la culpabilidad tiene, como carácter ínsito a su naturaleza y como derivación de la necesaria «juridificación» de su contenido, un significado de corte deóntico: el «principio» de culpabilidad.

¹ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 231-235, ATIENZA y RUIZ MANERO; *Las piezas...* pp. 45-90, y HART; *El Concepto...* pp. 35-40.

² JAKOBS; *Fundamentos...* p. 15.

La culpabilidad configura, en su expresión deóntica, uno de los que FERRAJOLI califica de «axiomas del garantismo penal», condición necesaria de un «sistema garantista»¹. Este último es definido por el profesor italiano como el resultado “*de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales*”, entre los cuales se encuentra —como número seis— aquel de acuerdo con el cual «no hay acción sin culpa» (*Nulla actio sine culpa*), y que mantiene una correlación necesaria con los demás, a saber:

- (i) *Nulla poena sine crimine*, o “*principio de retributividad o de la sucesividad de la pena respecto del delito*”.
- (ii) *Nullum crimen sine lege*, o “*principio de legalidad, en sentido lato o en sentido estricto*”.
- (iii) *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*, o “*principio de necesidad o de economía del derecho penal*”.
- (iv) *Nulla necessitas sine iniuria*, o “*principio de lesividad o de la ofensividad del acto*”.
- (v) *Nulla iniuria sine actione*, o “*principio de materialidad o de la exterioridad de la acción*”.
- (vi) *Nulla culpa sine iudicio*, o “*principio de jurisdiccionalidad, también en sentido lato o en sentido estricto*”.
- (vii) *Nullum iudicium sine accusatione*, o “*principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación*”.
- (viii) *Nulla accusatio sine probatione*, o “*principio de la carga de la prueba o de verificación*”.
- (ix) *Nulla probatio sine defensione*, o “*principio del contradictorio, o de la defensa, o de la refutación*”.

Estos diez principios —y en especial para nosotros, el de culpabilidad— definen, según FERRAJOLI, el modelo «garantista» del derecho sancionatorio, “*esto es, las reglas de juego fundamentales*” que deben

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* p. 93.

tenerse en cuenta, de forma *necesaria*, cuando —al menos— el lugar de la «sanción» lo ocupa una de las categorías jurídicas que denominamos «pena». El principio de culpabilidad es, de acuerdo con el profesor italiano, una “*condición sustancial requerida por el modelo penal garantista como justificación del «cuándo» y del «qué» prohibir*”, en tanto “*ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer.*”¹

El principio de culpabilidad adopta, así, la forma de tres condiciones subjetivas de responsabilidad necesarias para un modelo sancionador de corte garantista:

- (i) Personalidad de la acción, “*que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito.*”.
- (ii) Imputabilidad, “*que designa una condición psicofísica del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer.*”
- (iii) Intencionalidad, o culpabilidad en sentido estricto, “*que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y el resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible.*”²

Las dos primeras condiciones pueden reconducirse a complementos lógicos del tercero, de manera que es posible reducir a este último la noción estricta de culpabilidad, tal como se ha esbozado en los acápites

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* p. 487.

² FERRAJOLI; *Derecho...* p. 490.

precedentes. De ello se sigue, necesariamente, toda una serie de imperativos lógicos, «modalidades deónticas» de forzosa inclusión en el modelo deóntico de las normas sancionatorias, resumido en los diez aforismos que citábamos al comienzo, y que tienen su origen histórico en la obra de FEUERBACH¹. Por consiguiente, tal como apunta FERRAJOLI, un sistema garantista —que reconoce la Libertad, la Dignidad y la Igualdad como valores fundamentales del Derecho— se distingue de los demás

“...porque vetan la responsabilidad personal, objetiva o no culpable, configurando las hipótesis de falta de alguno de los tres elementos de la culpabilidad como otras tantas «causas subjetivas de exclusión del delito». Precisamente, el delito y la consiguiente responsabilidad quedan en ellos excluidos: a) por las causas de exclusión de la personalidad o de la *suidad* de la acción, como ocurre en los hechos ajenos o en el caso fortuito; b) por las causas de exclusión de la imputabilidad del autor, como la enfermedad mental o la minoría de edad; c) por las causas de exclusión de la culpabilidad en sentido estricto, como la inconsciencia involuntaria, la fuerza mayor, el constreñimiento físico o los distintos tipos de error.”²

De tal modo, el «principio» de culpabilidad sirve de expresión al «valor» culpabilidad como «mandato de optimización» del Derecho sancionatorio; esto es, como criterio de corrección de la adecuada atribuibilidad de la sanción al autor del acto antijurídico. Según su enunciado más general, de acuerdo con lo previamente expuesto, es necesario estimar axiológicamente la orientación volitiva del actor frente al bien jurídico fundamental protegido de acuerdo con las circunstancias en las que se verificó el «acto antijurídico», para fundamentar así, axiológicamente, la

¹ Cfr. QUINTERO PRIETO, Jesús Ramón; «Los delitos tributarios y el principio de legalidad», en *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca. Caracas, 2002, pp. 418-421.

² FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 490-491.

vinculación entre dicho acto y su autor a título de «responsable», acreedor a la sanción¹.

c) La «regla» culpabilidad.

Por último, la culpabilidad puede —perfectamente— ser incluida en un esquema normativo, en una de las reglas de las que HART denominaría de «adjudicación», en tanto supone, junto con una atribución de competencia para «imputar», en el sentido que al término da KELSEN, la limitación del *ius puniendi* ínsita a la culpabilidad e incorpora, desde el punto de vista estrictamente *regulativo* o *de mandato*, el esquema positivo con arreglo al cual el «valor» y el «principio» culpabilidad encuentran imperatividad en el orden jurídico. Veamos cuáles son algunas de sus manifestaciones y, en algunos casos, sus patologías.

(i) La presunción de inocencia.

Como se ha visto previamente, varias son las funciones axiológicas fundamentales que derivan de la culpabilidad, en tanto encuentran en esta su esencia o, en el peor de los casos, su fundamento. De ellas, una que ha recibido especial atención en el derecho positivo es la «presunción de inocencia», fórmula que atiende a una regla de distribución de la carga de la prueba que es —simplemente— resultante de comprender a la culpabilidad como *fundamento valorativo de la imputación*, en los términos largamente reseñados.

En efecto, la presunción de inocencia es una manifestación de la culpabilidad a través del principio de «jurisdiccionalidad», antes indicado, de acuerdo con el cual la actividad de juicio y de prueba conducente a la determinación de la culpabilidad —y consecuentemente de la responsabilidad— están, también, limitados por el *status libertatis* del

¹ "Sobre esta base, podemos concebir la culpabilidad, tal como ocurre, por otra parte, con la acción y con el resultado lesivo, como un elemento normativo no del autor sino del delito, del que designa, más que una connotación psicológica, una modalidad deóntica y, más aún, alética: el deber de abstenerse de realizar en base a la posibilidad material de su omisión o de su comisión." FERRAJOLI; *Derecho...* p. 499.

individuo, de modo que resulta irracional, desde el punto de vista de la racionalidad «teleológica» —relación medios-fines— la imputación que no tenga su base en los mismos postulados de Libertad, Dignidad e Igualdad objeto de nuestras reflexiones. Tal como lo indica ALFONSO RODRÍGUEZ,

“[L]a inocencia es un *status*, una condición, un derecho connatural con el hombre mismo, existente antes de toda forma de autoridad y de Estado, que puede ser cuestionada cuando la sociedad ha llegado a un nivel de organización tal que cuenta con sistemas de enjuiciamiento y de sanciones, con mecanismos jurídico-legales capaces legítimamente de declarar a un ciudadano responsable penalmente, imponiéndole como consecuencia, un reproche, manifestación de la intervención estatal en su órbita individual; todo en defensa de intereses generales. Esa condición natural y derecho político fundamental de carácter inalienable e irrenunciable, que es la inocencia, el desarrollo de un proceso jurídico, está amparada por una presunción, que es un mecanismo, por la que todo hombre procesado legalmente, debe ser tratado como inocente, durante la investigación, juzgamiento, hasta el fallo condenatorio con tránsito a cosa juzgada.”¹

En el mismo sentido se expresa el profesor REYES ECHANDÍA:

“Echar la carga de la prueba de su inocencia sobre los hombros del sindicado es retroceder a oscuras épocas en que el hombre, inerme ante el Estado omnímodo, debía aventurarse a presentar prueba diabólica de su inocencia para desvirtuar la presunción de responsabilidad que sobre él pesaba, por el solo hecho de haber ejecutado comportamiento previsto en la ley como infracción penal. Y afirmar que la presunción no implica que el sindicado aporte la prueba de su inocencia sino que el Estado la busque pero sin que sea necesario que la encuentre, como lo sostienen Cabal Sanclemente y Arenas, es hacer del proceso una burla a la justicia porque fácil le queda al Estado afirmar que buscó y no halló prueba de dolo, para así poder echar mano de la presunción”.²

¹ ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando; *La presunción de inocencia. Principios universales*. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2001, p. 147.

² REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad*... p. 71.

Como regla, la presunción de inocencia tiene amplia consagración, tanto en la Constitución como en los principales instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela para la promoción y protección de los derechos fundamentales.

En efecto, el artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que “[t]oda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”; mientras que, por su parte, el artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹ dispone que “[t]oda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”, y el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos² establece, en un sentido plenamente concordante, que “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.” De estas reglas debe rescatarse, de forma especialísima que, en tanto constituyen garantías de la Libertad y de la Dignidad humana, “*tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*”, y son “*de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”, tal como lo prevé el artículo 23 de la Constitución.³

De otro lado, la Constitución proclama, dentro de su «carta de derechos» expresamente a la presunción de inocencia, como una de las garantías inherentes al principio de jurisdiccionalidad y, por esa vía, del propio principio de culpabilidad. Según la norma, “[e]l debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia: [...] 2.- Toda persona se presume inocente mientras no se

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.146 Extraordinario, del 28 de enero de 1978.

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 31.256, del 14 de junio de 1977.

³ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.

pruebe lo contrario". Y a nivel legislativo, el Código Orgánico Procesal Penal¹ recoge la presunción en comentarios en su artículo 8: "[c]ualquiera a quien se le impute la comisión de un hecho punible tiene derecho a que se le presuma inocente y a que se le trate como tal, mientras no se establezca su culpabilidad mediante sentencia firme."

Como puede verse, la regla en comentarios consagra una *presunción*², esto es, una regla de distribución de la carga de la prueba que, estructuralmente, supone un proceso *deductivo* mediante el cual se infiere un hecho desconocido —la inocencia del acusado— que normalmente acompaña a un hecho conocido, su carácter de persona humana y, por consiguiente, su Dignidad y la «capacidad de elegir» ínsita a su naturaleza. Hacen presencia de ese modo en la presunción de inocencia los requisitos mínimos para que pueda hablarse, en sentido técnico, de una «presunción jurídica»: (i) *los hechos*, uno o varios conocidos; esto es, el carácter de persona humana «libre» y «digna» del acusado —hecho conocido— y la inocencia de éste, hecho que —hasta tanto se demuestre la culpabilidad— se desconoce; y (ii) el *juicio o factor lógico de probabilidad o normalidad*, que en nuestro caso vendrá dado por la relación lógica directa que se da entre las condiciones de libertad y de dignidad de una persona y su inocencia, en condiciones normales.³

¹ Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 Extraordinario, del 15 de junio de 2012.

² "[L]a presunción es el mecanismo —con estructura silogística— por el que se suponen hechos o actos de la vida, basado en lo ordinario, lo común y de interés en concretas circunstancias de tiempo y espacio. Es producto de la actividad mental del hombre que, valido de una metodología lógico-racional, lanza juicios, conceptos genéricos que la experiencia indica, la mayoría de las veces, como acertados." ALFONSO RODRÍGUEZ; *La presunción...* p. 28. Sin embargo, PAOLINI DE PALM prefiere referirse a la regla en comentarios como de un «principio»: "Nosotros preferimos denominarla 'principio' y la definimos como uno de los principios rectores del proceso penal conforme al cual a la persona enjuiciada, en virtud de serle atribuida la comisión de un hecho punible, no puede considerársele culpable sino hasta tanto se le haya dictado condena por sentencia definitivamente firme y ejecutoriada. Ello involucra que no se le presuma culpable y que se le trate como inocente. Que no se duda de su inocencia, ni se pone en entredicho su reputación penal. Igualmente, creemos que su enjuiciamiento o sometimiento a juicio penal deriva únicamente de que se presume su autoría en el hecho que se le imputa como condición necesaria. De tal manera que si no existe presunción de autoría no podrá enjuiciársele. Y si existe tal presunción se le considerará inocente hasta que llegue a pronunciarse sentencia condenatoria." PAOLINI DE PALM, María R.; *La Presunción de Inocencia*. Ediciones Orley. Caracas, 1993, p. 34.

³ ABACHE CARVAJAL, Serviliano; *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*. Colección Estudios Jurídicos N° 93. Editorial Jurídica Venezolana – Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012, p. 38.

Ella constituye, así, expresión del principio de culpabilidad en su aspecto *adjetivo*, en la medida en la que permite que la reprochabilidad característica de la culpa se vincule al sujeto —se le «impute», de acuerdo con lo antes indicado— sólo a través de la constatación *plena* de que éste ha dirigido su voluntad fáctica contra la dimensión de la Libertad dispuesta en la norma «secundaria», vulnerando el derecho de la víctima a que no se ejerza coerción o daño en su contra, según los postulados mínimos de HART¹.

No obstante lo expuesto, la presunción de inocencia puede verse afectada, en determinados casos, por la que ALFONSO RODRÍGUEZ denomina la «presunción de culpabilidad». Esta consiste, en términos generales, en una defectuosa aplicación de la presunción de inocencia; se tiene por probada la culpabilidad a partir de la comprobación de meras circunstancias de hecho que, por sí solas, no implican la prueba de la conexión colectiva entre el autor y el acto antijurídico —nexo psicológico entre el autor y su hecho—, o bien omiten considerar las circunstancias concomitantes que puedan afectar (i) la conciencia y la libertad, sean del acto antijurídico realizado —imputabilidad— o de su ilicitud —conciencia de la ilicitud del acto antijurídico—, o bien (ii) la «capacidad de elegir» entre actuar según el derecho de actuar en contra de él, esto es, la normalidad «volitiva».

“La presunción de culpabilidad —que ha contado con una variada gama de defensores y sobre todo practicantes— significa, que independientemente a que el dolo aparezca en sentencia judicial (*dolus in re ipsa*), el funcionario considera que el procesado es responsable con la sola aparición de una imputación, quedando entonces obligado a probar que no es culpable, ateniéndose a los resultados en una responsabilidad penal objetiva. En otras palabras, se tiene al imputado como culpable y por ende acreedor a un reproche, con la sola presencia

¹ HART; *¿Existen...* p. 46.

de elementos externos, dejando de lado la estructura y demostración, elemento subjetivo del delito.”¹

Fundamentalmente, las razones con las que se pretende justificar este «principio» atienden a consideraciones de política represiva, sobre la base de una mal entendida «eficiencia» en la implementación y aplicación del sistema de infracciones y sanciones, del que pretendidamente— se aspira deducir una mayor «efectividad» en la realización de los fines de prevención general de un sistema sancionador cualquiera. De formulaciones de este tipo es que vienen, por ejemplo, esquemas como el que SILVA SÁNCHEZ denomina «de segunda velocidad» del sistema punitivo², constituido por aquellas infracciones, castigadas únicamente con penas pecuniarias, respecto de las cuales cabría *flexibilizar*, dada la interdicción de las penas restrictivas de libertad, la aplicación de los principios propios del *garantismo*, de forma de perseguir *oportuna* —o por *oportunismo*— posibles peligros para lo que él llama el «modelo sectorial de gestión»:

“Precisamente por ser ésta su perspectiva propia, el Derecho administrativo sancionador no precisa, para sancionar, que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello *tampoco es necesario un análisis de lesividad* en el caso concreto. Del mismo modo, tampoco parece haber reparos para aceptar que el Derecho administrativo sancionador no se rijan por criterios de legalidad en la persecución de los ilícitos, sino por *puros criterios de oportunidad*. Lo que es necesario, más bien, es que el género de conductas represente, en términos estadísticos, un peligro para el modelo sectorial de gestión o, si se quiere, en términos menos tecnocráticos, para el buen orden del sector de actividad determinado.”³

No es difícil concluir que una formulación de este tipo, si bien pudiera ser racional desde el punto de vista teleológico —de la mera relación

¹ ALFONSO RODRÍGUEZ; *La presunción...* pp. 97-98.

² SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001, pp. 91, 159-162.

³ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* p. 126.

«medios-fines»¹— es absolutamente irracional al *excluir la consideración de los valores*, en una dimensión *axiológica* de la racionalidad². El poder punitivo estatal es más que un simple «indicador de gestión»; es una garantía de «doble vía», que exige del ordenamiento constituirse en un *modelo normativo de derecho garantista*, cuyo diseño atienda a grados particularmente *altos* de garantía de los principios y derechos constitucionales, y respondiendo así a la filosofía política *de la democracia*³.

(ii) La culpabilidad como fundamento necesario de la imputación del «acto antijurídico».

En tanto la culpabilidad resulta en la reprochabilidad del acto libre contrario a la exigencia del binomio «derecho-deber» que caracteriza a la regla «secundaria», de manera de fundamentar las conexiones lógico-axiológicas que caracterizan, según lo previamente expuesto, a la regla «primaria», es únicamente la persona de la que emana ese juicio la que puede ser —lógicamente— objeto del juicio de reproche característico de la culpabilidad.

Esa es la regla de «responsabilidad personal», de acuerdo con el cual se impide el castigo de una persona distinta de aquella que orientó libremente su voluntad hacia la acción antijurídica; esto es, aquella de quien

¹ «La racionalidad de los fines está basada en el razonamiento medio-fin (método). El comportamiento es racional si el medio elegido tiene sentido desde el punto de vista del fin propuesto. La palabra clave de la racionalidad de los fines, es la eficiencia. La única pauta para la acción es cuán eficientes son los medios utilizados para la promoción de los fines propuestos. En este tipo de situación, los medios comienzan a determinar los fines: sólo aquellos fines a cuyo servicio están los medios seleccionados son buenos y dignos de ser promovidos. [...] Este tipo de análisis es característico de la vida económica y del conocimiento técnico especializado, donde las acciones son enteramente calculables, liberadas de toda irrupción de constricciones o limitaciones de tipo emotivo o valorativo o de las expectativas. El actual racional formal-instrumental orientado a la acción y el cálculo, supone previsibilidad, coherencia lógica y ofrece seguridad.» ROMERO-MUCI, Humberto; *La Racionalidad del Sistema de Corrección Monetaria Fiscal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005, pp. 41-42.

² «Por el contrario, en la racionalidad ético-sustantiva, valorativa o axiológica, las acciones están orientadas por postulados de valor y no sólo se aplican los medios técnicamente más adecuados, sino que se plantean exigencias éticas, políticas y se miden las consecuencias de acuerdo a valores o fines sustantivos. Por lo tanto, la racionalidad sustantiva remite a valores que orientan y otorgan significado a la acción. Prescinde del resultado y de las consecuencias. Para la racionalidad de acuerdo a los fines, la racionalidad de acuerdo a los valores es siempre irracional en tanto se prescinde de medios, costos y consecuencias. Inversamente, desde la perspectiva de la racionalidad con arreglo a valores, la otra es la irracional en tanto subordina los fines a la factibilidad de los medios y, por lo tanto, los relativiza. No es el fin contrapuesto al valor lo que distingue ambos tipos de acción, sino nuevamente la ponderación medios-fines-consecuencias, es decir, el énfasis en la instrumentalidad en un caso, dimensión 'expresiva' en la otra.» ROMERO-MUCI; *La Racionalidad*... pp. 43-44.

³ FERRAJOLI; *Derecho*... pp. 851-852.

puede predicarse que es *culpable*, lo que corresponde a uno de los axiomas necesarios del «sistema garantista» al que se refiere FERRAJOLI como fundamento del «cuándo» y del «qué prohibir».¹ Así, la regla de responsabilidad personal por el hecho funge como criterio de «identificación subjetiva» del responsable por la comisión de un ilícito cualquiera, del que deriva —incluso— el carácter de la culpabilidad como elemento esencial del «acto antijurídico».²

Como regla, la responsabilidad personal está consagrada, del mismo modo que la presunción de inocencia, en algunos de los principales instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Venezuela para la promoción y protección de los derechos fundamentales, así como en la Constitución.

En efecto, el artículo 5.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[l]a *pena no puede trascender de la persona del delincuente*”, con lo que puede predicarse de esta regla, al igual que de la presunción de inocencia, que “*tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno*”, y son “*de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público*”, tal como lo prevé el artículo 23 de la Constitución, en razón de su *status* de garantías de la Libertad y de la Dignidad humanas.

Por su parte, la Constitución también incluye a la regla en comentarios dentro de su «carta de derechos», enunciando así uno de los aspectos sustantivos más importantes de la culpabilidad. Según la norma, contenida en el artículo 44.3 de la Ley Fundamental, “*la pena no puede trascender de la persona condenada*”, cuestión que ratifica el encabezamiento del artículo 61 del Código Penal, cuando dispone lo siguiente:

¹ “Por exigirle dicha condición, que corresponde al llamado «elemento subjetivo» o «psicológico» del delito, ningún hecho o comportamiento humano es valorado como acción si no es fruto de una decisión; consiguientemente, no puede ser castigado, y ni siquiera prohibido, si no es intencional, esto es, realizado con consciencia y voluntad por una persona capaz de comprender y de querer.” FERRAJOLI; *Derecho...* p. 487.

² FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 706-707.

“Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.

El que incurra en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.

La acción u omisión penada por la Ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario.”

Sobre esta base puede decirse que nuestra legislación consagra expresamente la necesaria existencia de un nexo, relación de causalidad entre el autor y el hecho, para poder atribuir a aquel responsabilidad penal —e imponerle la pena, en consecuencia— por el acaecimiento de éste; en otras palabras, formula con carácter general a la culpabilidad como elemento esencial de toda regla «primaria», en el sentido anotado en los acápites previos. Así lo hace el primer párrafo del artículo en comentarios, cuando indica que es únicamente la acción voluntaria —la acción libre, a todo evento— la que es susceptible de castigo, siempre que ella se encuentra expresada en un tipo descrito en la Ley. Dicho en las palabras de ARTEAGA SÁNCHEZ, con la fórmula contenida en el encabezamiento de la regla en comentarios se da sustantividad positiva a la idea de acuerdo con la cual

“...no hay delito sin culpa, no hay delito sin voluntad culpable, no hay delito por el sólo hecho producido causalmente; se hace necesario remontarse derecho a la actitud psíquica del autor, al elemento moral que ha acompañado al hecho exterior, sin quedarse anclado en este último. [...]

Esto es, para que exista el hecho punible no basta que un sujeto cause un hecho previsto como tal la ley penal, sino que hace falta referirse a la voluntad del sujeto en orden a determinar si puede hablarse de una voluntad culpable, si por el hecho realizado puede formularse del sujeto un juicio de reproche.”¹

¹ ARTEAGA SÁNCHEZ; *La culpabilidad...* pp. 13-14.

Debe llamarse la atención, sin embargo, sobre el hecho de que la regla general contenida en el encabezamiento del artículo 61 del Código Penal tiene *tres* posibles excepciones, previstas en la misma regla: (i) los delitos «calificados por el resultado», en los cuales la pena a imponer se aumentará por la verificación ulterior de un resultado, que la ley carga al sujeto agente en línea meramente objetiva, independientemente de su actitud psicológica ante el resultado de su hecho; (ii) los delitos «preterintencionales», cuando de la acción u omisión voluntariamente dirigida hacia un resultado antijurídico —configurativo, en principio de *dolo*— se deriva un resultado u efecto superior que excede la voluntad del agente, y que se encuentra en una línea lógica de progresión del daño posible a infligir; y (iii) las «faltas», caso en el cual el sujeto “*responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.*”¹

En los primeros, los delitos «calificados por el resultado», la pena a imponer por el acto antijurídico se aumenta por la verificación ulterior de un resultado, que la ley carga al sujeto agente en línea meramente objetiva, independientemente de su actitud psicológica ante el resultado de su hecho. Estos delitos se configuran en todos aquellos supuestos en los cuales un

¹ Comentando idénticas formulaciones del Código Penal Italiano, FERRAJOLI dice lo siguiente: “[s]on, en cambio, contrarias a los otros dos principios relativos a la responsabilidad personal —el de personalidad y/o el de culpabilidad— todas las formas de atribución del delito a título de «responsabilidad objetiva», esto es, prescindiendo de la conciencia y voluntariedad de la acción. Estas formas de responsabilidad, expresión de primitivismo penal, aunque entran en contradicción con el art. 27, 1° de la Constitución, son admitidas por el art. 42 c. p., que, después de haber definido las tres modalidades de responsabilidad —dolosa, preterintencional y culposa—, afirma abiertamente en su párrafo 3.° que «la ley determina los casos en los cuales el resultado se imputa a título distinto al agente como consecuencia de su acción u omisión». [...] Responsabilidad objetiva por «caso fortuito», con la consecuencia ausencia de culpabilidad, es la propia de los denominados delitos agravados por el resultado, es decir, los castigados más gravemente cuando sigue a su perpetración un resultado lesivo que se atribuya a la gente independientemente de su voluntad o previsión [...], y la de los delitos preterintencionales, en los que el agente responde del resultado lesivo más grave de lo que él quería. Y son también casos de responsabilidad objetiva sin culpa los previstos en el art. 59 c. p. (aplicación de las circunstancias agravantes «no conocidas» o «estimadas inexistentes por error» del agente); en los arts. 116 y 117 c. p. (responsabilidad del partícipe por el delito cometido, aunque sea distinto del que él había querido); el art. 539 c. p. (no excusabilidad por error sobre la edad de la víctima menor de 14 años en los delitos de violencia sexual presunta); en el art. 82 (aberratio ictus que determina la lesión de una persona distinta a la prevista, en cuya virtud la pena es la establecida para el delito más grave incrementada hasta en su mitad). Hay que recordar, por fin, la transformación en un supuesto de responsabilidad sin imputación objetiva, o al menos inculpabilidad, de la participación, tal como viene siendo entendida por la reciente jurisprudencia de emergencia, en la que se puede detectar con frecuencia la atribución a los acusados por delitos asociativos de los delitos cometidos por otros, por el solo hecho de pertenecer a la misma asociación.” FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 712-713.

delito ve aumentada su penalidad por la verificación ulterior de un resultado dañoso o peligroso que es diverso del requerido para su existencia, imputándose tal resultado por el solo hecho de que se ha derivado del comportamiento del agente y, por tanto, independientemente del dolo o de la culpa, *por vía objetiva*. Ejemplos de tales delitos son los delitos contra las buenas costumbres, seguidos de lesiones o de muerte¹, o el aborto seguido de muerte², o el del abandono del niño o incapaz seguido de grave daño para la persona o salud del abandonado, o perturbación de sus facultades mentales, o de la muerte³.

Es necesario realizar la más enfática crítica respecto de tales tipologías. Los delitos calificados por el resultado son sólo explicables acudiendo al expediente de la «responsabilidad objetiva», por atribución del resultado dañoso al sujeto como consecuencia de su mero hacer u omitir, sin considerar en modo alguno su intencionalidad.

De ello deriva una incompatibilidad esencial de lo previsto —a este respecto— en el artículo 61 del Código Penal con el «valor-culpabilidad», en los términos previamente expuestos; ello determina, como puede concluirse, la «irracionalidad axiológica» de la solución prevista positivamente, en el caso de esta tipología de delitos, y —consecuencialmente— la inaplicabilidad de una solución tal, en tanto incompatible, debe insistirse, con el contenido axiológico de «Libertad-Dignidad» propio del concepto de culpabilidad.

Por su parte, la preterintención se configura cuando de la acción u omisión voluntariamente dirigida hacia un resultado antijurídico —dolo, en

¹ Artículo 392, Código Penal.- *“Cuando alguno de los hechos previstos en los artículos 374, 375, 376, 383 y 384, haya ocasionado la muerte de la persona ofendida, se aplicarán las penas correspondientes al homicidio aumentadas en la mitad. Si producen lesión, se aplicará la pena establecida en los artículos citados aumentada de un tercio a la mitad, sin que en ningún caso pueda ser menor de dieciocho meses de prisión”*.

² Previsto en los artículos 431, 432 y 433 del Código Penal.

³ Artículo 435, Código Penal.- *“El que haya abandonado un niño menor de doce años o a otra persona incapaz de proveer a su propia salud, por enfermedad intelectual o corporal que padezca, si el abandonado estuviese bajo la guarda o al cuidado del autor del delito, será castigado con prisión de cuarenta y cinco días a quince meses. Si del hecho del abandono resulta algún grave daño para la persona o salud del abandonado o una perturbación de sus facultades mentales, la pena será por tiempo de quince a treinta meses; y la pena será de tres a cinco años de presidio si el delito acarrea la muerte”*.

principio— se deriva un resultado o efecto «superior», que excede la voluntad del agente, y que se encuentra en una línea lógica de progresión del daño posible a infligir. En tal sentido, en la preterintención, el sujeto agente *tiene la intención de cometer un hecho punible*, y como consecuencia de su acción u omisión se produce un *resultado mayor* que el querido por él¹. Así, en la preterintención siempre existe la voluntariedad de la acción u omisión, mas no existe voluntariedad respecto del resultado no querido; a lo cual cabe añadir que, con base en el artículo 61 del Código Penal, la responsabilidad penal por el delito preterintencional es netamente excepcional.

En efecto, según ARTEAGA SÁNCHEZ cabe hablar de delito preterintencional en los casos en que la intención del agente se ha dirigido a un determinado hecho, pero se realiza uno más grave que el querido por el sujeto; así, la preterintención requiere para su configuración la voluntariedad de la acción u omisión del sujeto, así como la intencionalidad de la acción hacia un resultado dañoso determinado, el cual es antijurídico. Sin embargo, el delito preterintencional se diferencia del delito doloso simple en que el resultado que definitivamente se produce como consecuencia de la acción u omisión, más grave que el originalmente perseguido por el agente, no es querido. Ese «*plus*», ese resultado no querido, es el que caracteriza la preterintención, caracterizándose igualmente porque ambos resultados, tanto el querido como el no querido, deben tratarse del mismo género de intereses lesionados. Así, el resultado producido no querido será una modalidad más grave dentro de la misma progresión dañosa del resultado realmente perseguido por el agente².

Así, puede distinguirse en la preterintención *dos* resultados típicos y antijurídicos: (i) el originalmente perseguido por la acción voluntaria,

¹ Según la etimología del término, la voz *preterintención* proviene de los términos latinos *præter* e *intentio*, que va más allá de lo querido, lo que sobrepasa la intención.

² ARTEAGA SÁNCHEZ; *La Culpabilidad...* p. 163.

consciente y libre, que por su naturaleza debe atribuírsele al autor —según la «regla-culpabilidad» en comentarios— a título de *dolo*; y (ii) el resultado ulterior no querido o no previsto por el autor, aunque —como consecuencia de la progresión lógica del hecho— era perfectamente previsible como consecuencia de la acción voluntaria realizada, respecto del cual es que podría —si es el caso— predicarse la atribución «objetiva» de punibilidad.

En concordancia con la parte del artículo 61 del Código Penal en la que se atribuye la responsabilidad, excepcionalmente, en los casos en que “*la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión*”, el artículo 74.2 del Código Penal establece a la preterintención como circunstancia atenuante genérica en los siguientes términos: “*no haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo*”¹, tipificando dos delitos sancionables bajo esta categoría; (i) el homicidio culposo, previsto en el encabezamiento del artículo 410²; y (ii) las lesiones personales preterintencionales, consagradas en el artículo 419 del mismo Código³.

La naturaleza jurídica de la preterintención es una de los temas más discutidos en el Derecho Penal, y específicamente en el ámbito de la teoría general de la culpabilidad. De hecho, según la enumeración hecha por REYES ECHANDÍA, las principales teorías que pretenden explicar dicha naturaleza suman ocho:

- (i) Caso fortuito, que sostiene que la preterintención es una mezcla de dolo, respecto del resultado querido por el agente, y caso fortuito, respecto del resultado no querido. Con respecto

¹ Artículo 74, Código Penal.- “*Se considerarán circunstancias atenuantes que, salvo disposiciones especiales de la ley, no dan lugar a rebaja especial de pena, sino a que se las tome en cuenta para aplicar ésta en menos del término medio, pero sin bajar del límite inferior de la que al respectivo hecho punible asigne la ley, las siguientes: (...) 2º No haber tenido el culpable la intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo*”.

² Artículo 410, Código Penal.- “*El que con actos dirigidos a ocasionar una lesión personal, causare la muerte de alguno, será castigado con presidio de seis a ocho años, en el caso del artículo 405; de ocho a doce años, en el caso del artículo 406; y de siete a diez años, en el caso del artículo 407.*”

³ Artículo 419, Código Penal.- “*Cuando en los casos previstos en los artículos que preceden excede el hecho en sus consecuencias al fin que se propuso el culpable, la pena en ellos establecida se disminuirá de una tercera parte a la mitad*”.

al evento querido, el agente ha actuado con dolo; respecto del resultado finalmente ocasionado hay caso fortuito que, de todos modos, genera responsabilidad, puesto que quien es causa de la causa es causa de lo causado.¹

- (ii) Responsabilidad objetiva, que entiende que el segundo evento antijurídico (constituido por el resultado jurídico no querido) se le imputa al agente a título de responsabilidad objetiva; esto es, sin que sea necesario establecer un nexo subjetivo entre la conducta y su resultado final, sino que basta simplemente la relación de causalidad entre la acción del agente y el resultado antes mencionado.

Entre nosotros, ARTEAGA SÁNCHEZ defiende este enfoque. Para el maestro, el delito preterintencional está compuesto de una mixtura de «dolo» —representada por la acción y el resultado hasta el punto realmente querido por el agente— y «responsabilidad objetiva», que hace imputable el hecho al agente por la línea causal que puede trazarse entre la acción y el resultado definitivamente producido².

A esta posición se le critica —observación a la que nos adherimos— que ella significa la admisión, aún excepcionalmente, de la responsabilidad objetiva, lo cual implicará la exclusión de todo elemento subjetivo, culpabilista, en la consideración de la atribuibilidad del resultado antijurídico al sujeto para que éste sea sujeto de la sanción, algo que negaría el carácter esencial del valor-culpabilidad como concepto jurídico vinculante, axiológicamente hablando, del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción», en los términos previamente señalados.

¹ REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad...* p. 116.

² «Por las críticas señaladas creemos, finalmente, que la teoría más acertada es la que reconoce que, en el delito preterintencional, el resultado más grave, esto es, el resultado preterintencional, se imputa a título de responsabilidad objetiva, presuponiendo el dolo o la intención del resultado menos grave. Se trataría, en síntesis, de una combinación de dolo y de responsabilidad objetiva. El resultado más grave, como dice Antolisei, se pone a cargo del agente, prescindiendo de todo ligamen psicológico y, por tanto, aun cuando haya sido causado sin imprudencia o negligencia. Y así, el único límite que puede encontrar la responsabilidad por la consecuencia no querida está en la relación de causalidad». ARTEAGA; *La Culpabilidad...* p. 168.

- (iii) «Umbrales» de la voluntad; conforme a esta tesis, se ha entendido la preterintención como la voluntariedad del resultado menos grave, sin que la previsión, así sea lejana, del resultado más grave lo detenga en su actuar. El evento más grave no es ciertamente querido, pero tampoco no querido; es algo que está al lado opuesto del caso fortuito, fuera de la culpa, pero en los umbrales de la voluntad, la cual no constituye el núcleo de tal resultado, ni lo penetra, sino que apenas lo roza¹.

Resulta criticable de esta postura la supuesta diferencia entre lo querido y lo «no no-querido», ya que tal sólo tiene sentido en la medida en que exista representación y previsión. Una voluntad que apenas «toca» el resultado es inaferrable y representa simplemente una figura retórica; en el homicidio preterintencional, la voluntad del evento definitivamente ocurrido, la muerte, no aparece por ningún lado, ya que de existir estaríamos hablando de «dolo eventual» y no de «preterintención».

- (iv) Culpabilidad preterintencional, conforme a este enfoque, la preterintención configuraría una tercera forma, *sui generis*, de nexos psicológicos entre el autor y su hecho, no subsumible en ninguna de las formas clásicas conocidas de esta ligazón psíquica, dolo o culpa. Una tesis evidentemente contradictoria, en tanto asume la existencia de «dolo no intencional» o, por otra parte, de «culpa intencional» como esencia de la preterintención, en una patente *contradictio in terminis*.
- (v) Dolo indirecto, la preterintención constituye una forma de *dolo indirecto*, en tanto el autor habría aceptado los efectos ligados necesariamente al fin por él perseguido, hipótesis que resulta refutada en su propia formulación cuando se tiene presente que el dolo indirecto requiere, por su propia naturaleza y de forma

¹ REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad...* p. 119.

concurrente, «previsión» y «voluntariedad», bajo la forma de aceptación, del resultado ulterior, cuestión que —como se ha visto— no ocurre en modo alguno en la preterintención.¹

- (vi) Dolo eventual, al igual que en la tesis previa —de la que esta constituye un matiz— la preterintención consistiría en una forma de dolo eventual, toda vez que el autor «asume el riesgo» de causar el daño antijurídico con tal de obtener el efecto que quiere ante todo², con lo cual incurre en el mismo defecto de la explicación previa: el dolo eventual requiere, por su propia naturaleza y de forma concurrente, «previsión» y «voluntariedad», bajo la forma de aceptación, del resultado ulterior, cuestión que —como se ha visto— no ocurre en modo alguno en la preterintención.³
- (vii) Culpa, la preterintención constituye, una forma especial de culpa, cuya naturaleza jurídica estaría constituida por la culpa originada en el dolo, derivada de la violación o inobservancia de leyes, y cuya existencia debe presumirse.⁴

Harto sencilla es la crítica a esta postura, que puede resumirse en dos grandes puntos: (i) al igual que en las dos tesis anteriores, se presume la existencia de preterintención a partir de uno de los elementos típicos del nexo psicológico entre el autor y su hecho, la culpa, de modo que —en sustancia— no se distingue a la una de la otra, siendo que la preterintención es un fenómeno diferente; y (ii) la posición de acuerdo con la cual la culpa debe presumirse en la preterintención es una contradicción directa al planteamiento que hemos hecho, según el cual el «valor-culpabilidad» exige la comprobación empírica —en cada caso— del nexo psicológico entre el

¹ REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad...* p. 121.

² JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. La Culpabilidad. 3ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1976, p. 585.

³ REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad...* pp. 121-122.

⁴ REYES ECHANDÍA; *Culpabilidad...* pp. 122-123.

autor consciente y libre respecto del acto antijurídico realizado en condiciones normales «más allá de toda duda razonable», para servir así de justificación racional -axiológica al binomio «acto antijurídico-sanción».

- (viii) Mixtura dolo-culpa, conforme a esta tesis, la preterintención configuraría una mezcla de dos hechos: (i) el acto antijurídico querido por el autor, productor de un *primer* resultado que es el perseguido por la acción voluntaria; y (ii) el *resultado no querido*, producto de la contrariedad al deber general de proporcionalidad en la realización del acto, y que puede ser referido al autor normativamente.

De tal manera, el acto antijurídico preterintencional constituye una mezcla de dolo y culpa; dolo respecto de la lesión y culpa respecto de la muerte, en el caso del homicidio preterintencional. En el mismo sentido se pronuncia BETTIOL, que considera que “*quien solo tiene la intención de herir debe estar atento a que el resultado de su actividad no sea más grave del querido, el, encontrándose siempre en el mismo ‘derrotero’, fue en muchos casos previsto, y fuera de toda duda, previsible. Tratándose, sin embargo, de una culpa derivada de violación de ley penal, la previsibilidad se presume siempre en forma absoluta. Podemos, pues, concluir afirmando que la preterintención anidar no es ya una forma en si del nexa psicológico, sino un supuesto de dolo mezclado con culpa.*”¹ Es ésta la teoría que consideramos más acertada para definir la naturaleza jurídica de la preterintención. Resultan criticables las teorías que, de una forma u otra, consideran que la preterintención es *esencialmente* dolosa o *esencialmente* culposa, siendo que la intencionalidad en el acto antijurídico existe o no existe; no puede hablarse en este sentido de términos medios.

¹ BETTIOL, Giuseppe; *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá, 1965, p. 409. En contra, sobre la base de que en la preterintención no hay doble resultado, ni la ley señala que el resultado sea producto de una conducta culposa, BELLO RENGIFO, Carlos Simón; *Derecho Penal General. Casos*. 2ª edición. McGraw-Hill. Caracas, 1997, p. 155.

Por otra parte, debe insistirse en las críticas a la tesis de acuerdo con la cual la preterintención consistiría en una mixtura entre dolo y responsabilidad objetiva. La responsabilidad objetiva no responde a la verdadera esencia del Derecho, tal como aquí lo hemos señalado, en el cual toda imputación penal debe responder al hecho causado, o bien con intención, o bien con imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de reglamentos, órdenes o disciplinas. La «reprochabilidad» en la que se basa el juicio de culpabilidad, debe insistirse, no puede basarse en el mero acaecimiento del hecho, en tanto ello supone grave irracionalidad axiológica en desmedro inaceptable de la Libertad y de la Dignidad del ser humano, en los términos ya largamente expuestos con anterioridad.

De lo expuesto se sigue que, en puridad de concepto, la preterintención no constituye una excepción a la regla general de voluntariedad de la acción —culpabilidad como regla, en sentido general— prevista en el citado artículo 61 del Código Penal.

El tercero de los casos, por el contrario, sí constituye una excepción clara a la regla de culpabilidad consagrada en el encabezamiento del artículo 61 del Código Penal. Hablamos aquí de las «faltas» o, como se las ha llamado en otros ordenamientos, «contravenciones». Es a este supuesto al que se refiere el primer aparte del artículo en comentarios, de acuerdo con el cual “[e]l que incurra en faltas, responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.”

Se presenta así una cuestión que, de acuerdo con BETTIOL, “*siempre ha motivado vivas discusiones*”¹, como lo es la de la apreciación de la culpabilidad en las «faltas», como formas de ilicitud diferenciables, de algún modo —básicamente, en razón de grados de lesión a los bienes jurídicos— de los delitos. Fundamentalmente, hay dos tesis que explican el problema:

¹ BETTIOL; *Derecho...* p. 409.

- (i) Responsabilidad objetiva, según la cual el vínculo entre el autor y su hecho en las «faltas» o «contravenciones» es meramente causal, estableciéndose así la responsabilidad por la mera causación del daño antijurídico sin tomar en consideración, en modo alguno, la consciencia o la voluntariedad del acto antijurídico; en otros términos, los expuestos en los acápites previos, tendríamos justificada la aplicación de la «sanción» del binomio correlativo propio de la norma «primaria» de KELSEN sólo a través de la comprobación de la «imputación», en el sentido que al término da el profesor nacido en Praga.

Una posición tal no puede sino rechazarse, radicalmente. Como se ha expuesto con abundancia precedentemente, la racionalidad axiológica del binomio «acto antijurídico-sanción» tiene su justificación en la culpabilidad, como concepto jurídico fundamental, en el lugar que KELSEN atribuye a la «imputación», esto es, en la relación existente entre el acto antijurídico, su autor y la sanción que por tal circunstancia le es aplicable.

Así las cosas, en el supuesto que —como se pretende con los supuestos de la «responsabilidad objetiva»— se pretenda justificar una solución tal con base en criterios de «prevención general» o de «segunda velocidad» de la represión punitiva, como consecuencia de la protección del «modelo sectorial de gestión»¹, debe responderse, al igual que lo hicimos previamente, por la negativa rotunda. Un modelo tal sólo responde a una racionalidad *teleológica*, y no toma en cuenta el componente axiológico que, necesariamente, debe integrar —desde la perspectiva de la «tesis de la vinculación», que aquí defendemos— la racionalidad del enunciado deóntico regulado a través de la «norma primaria»².

¹ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* p. 126.

² Puesto en las palabras de BETTIOL, “Y, en realidad, si para determinar la pertenencia espiritual de un hecho a un sujeto agente es necesario que entre ambos exista un lazo psicológico —dolo o culpa—, aceptando la tesis de que en las contravenciones basta el simple conocimiento o voluntariedad de la acción o de la omisión, tendríamos que

- (ii) *Responsabilidad por culpa*, según esta tesis, la responsabilidad en materia de faltas debe asignarse siempre que exista un vínculo de índole psicológica entre el autor y el hecho constitutivo a la contravención. Sin embargo, en el punto se admiten dos posibilidades: (i) que, tal como lo prevé el encabezamiento de la norma que ahora analizamos, la responsabilidad por faltas se atribuya sólo en caso de dolo —en caso de consciencia y voluntariedad del acto antijurídico—, como expresión de la regla general de la culpabilidad, ya que la ampliación que propone la segunda hipótesis infringe el principio de contingencia —*ultima ratio*— del Derecho Penal, pues las faltas sólo deben pensarse en caso de su comisión dolosa; o (ii) *ampliando* esa regla, se admita como regla para las «contravenciones» la sancionabilidad del hecho a título *culposo*; así, queda excluida la responsabilidad objetiva —por una parte— y además, la distinción entre dolo y culpa pasa a ser relevante únicamente en la medida en la que la ley diferencie el grado de responsabilidad en función de esa clasificación.

Bajo este enfoque, que naturalmente compartimos, el «valor-culpabilidad» es estimado como integrante esencial, axiológicamente hablando, del binomio «acto antijurídico-sanción», si bien debemos coincidir

admitir una hipótesis de responsabilidad objetiva cuando el evento de la infracción contravencional no haya sido querido ni previsto, ni fuese previsible. Pero esto no puede ser, que la responsabilidad objetiva tiene carácter completamente excepcional, ya sea respecto de los delitos como de las contravenciones. Dado el gran número de estas, abriríamos peligrosamente con este razonamiento las puertas a una forma completamente anómala de responsabilidad como es la objetiva. Estaríamos en oposición al espíritu del Código. Por otro lado, en las contravenciones que se realizan con una simple acción u omisión, independientemente de la verificación de un evento, tenemos que llegar a la conclusión de que no podrían ser objeto de realización culposa, por cuanto esta forma es contraria a aquella consciencia y voluntariedad de la acción, que según la tesis criticada debiera constituir la forma indefectible que asume el elemento objetivo en las contravenciones. [...] Indudablemente la responsabilidad objetiva es una forma del todo anómala de la responsabilidad penal, ya que el juicio de culpabilidad debe basarse también sobre la 'suyedad' del evento, es decir, sobre el nexu psicológico que vincula determinado evento con un individuo.» BETTIOL; Derecho... pp. 410-412.

aquí con MODOLELL GONZÁLEZ¹ en que el «valor-culpabilidad» encuentra su única aplicación correcta —como concepto jurídico fundamental de la norma «primaria», estructura básica de toda «modalidad deóntica» sancionadora— a través de la apreciación general de la conciencia y la voluntariedad (dolo) como criterio de sancionabilidad de cualquier clase de ilícitos.

Es esta, en términos generales, la posición que defiende el profesor italiano Giuseppe BETTIOL. En su opinión, *“mientras en lo que se refiere a los delitos se responde comúnmente a título de dolo y sólo por excepción a título de culpa, es decir, siempre que la ley consienta esta forma psicológica de realización, en lo que concierne a las contravenciones éstas pueden realizarse indiferentemente a título de dolo o de culpa. Esto significa que aún respecto de las contravenciones el error de hecho puede excusar y particularmente la buena fe derivada del convencimiento razonable de ejercer un derecho.”*²

Otro tanto hizo, en nuestro medio, el proyecto de reforma del Código Penal conocido como «Proyecto SOSA-TAMAYO», de 1974. En esa ocasión, los profesores Jorge SOSA CHACÍN y José Miguel TAMAYO propusieron una modificación al que hoy en día sigue siendo el primer aparte del artículo 61 del Código Penal³, en el sentido de exigir, respecto de las faltas, la necesaria presencia del elemento culpabilista; la responsabilidad objetiva, en su opinión, *“debe ser excluida de todo código penal moderno”*.⁴

¹ “El artículo 55 contempla la posibilidad de que una falta pueda ser realizada culposamente, lo cual no considero conveniente en virtud del principio de ultima ratio del Derecho penal. Las faltas sólo deben penarse cuando sean dolosas.” MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; «Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto Código Penal —Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 460.

² BETTIOL; *Derecho...* p. 411.

³ El artículo 26 del «Proyecto SOSA-TAMAYO» dispone, a la letra, lo siguiente: *“La distinción entre hecho doloso y culposo establecida en este Código para los delitos, se aplica a las faltas, siempre que la ley haga depender de tal distinción algún efecto jurídico.”* SOSA CHACÍN, Jorge y TAMAYO, José Miguel; *Proposiciones para reformar el Código Penal Venezolano. Informes presentados al Congreso de la República*. Tomo I. Ediciones Centauro. Caracas, 1977, p. 140.

⁴ SOSA CHACÍN y TAMAYO; *Proposiciones...* p. 145.

La norma del «Proyecto SOSA-TAMAYO» es recogida, en idénticos términos, en el artículo 55 del Anteproyecto de Código Penal¹ que, en 2004, presentó el Tribunal Supremo de Justicia a la Asamblea Nacional, redactado por una Comisión en la que tuvo destacada participación el profesor José Luis TAMAYO² —hijo del profesor José Miguel TAMAYO, corredactor del «Proyecto SOSA-TAMAYO»— y que estuvo presidida por el entonces Magistrado de la Sala de Casación Penal de ese Tribunal, Alejandro ANGULO FONTIVEROS.

Este Anteproyecto es, incluso, más radical en lo relativo a la culpabilidad que el «Proyecto SOSA-TAMAYO»: proclamó rotundamente la regla de culpabilidad como base del sistema, cuando en su artículo 4 dispuso que “[n]o hay delito ni pena sin culpabilidad” de modo que “[n]adie podrá ser castigado por un hecho tipificado en la ley como delito si no es imputable y culpable” como uno de los «Principios Generales» de dicho Anteproyecto³, cuestión que ratifica⁴ las reglas que sobre la culpabilidad y sus formas contienen los artículos 50 y 51: según el primero, “[s]ólo se podrán imponer penas por conductas punibles realizadas con culpabilidad”⁵, y de acuerdo con el segundo “[n]adie puede ser penado por una acción u omisión que la ley tipifica como delito si no es dolosa, preterintencional o culposa. La culpa y

¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN SALA PLENA; *Proyecto Código Penal*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 125.

² Así lo reseña ARTEAGA SÁNCHEZ, en los comentarios críticos que hizo al Anteproyecto. También participaron en esa Comisión Mónica FERNÁNDEZ, Miguel VILLARROEL y Gladys HERNÁNDEZ. La Comisión también estuvo integrada —añade ANGULO FONTIVEROS— por Ana Isabel ARROYO DE RECAREDO, Yraima BRITO MONDRAGÓN, Anabella CARBALLO CAPELLA, Skeyla CUEVAS CARRASQUEL, Gabriela GRATEROL LAFFÉE, Mily LUZARDO ARENAS, Carmen PÉREZ JIMÉNEZ, Olga TSALIKIS, María GARCÍA DE VALVERDE y Katia YASSIN ISSA. ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; «El Anteproyecto Angulo Fontiveros. Observaciones críticas», en *Anteproyecto Código Penal —Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 118, y ANGULO FONTIVEROS, Alejandro; «Anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto Código Penal —Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, pp. 49-50.

³ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA; *Proyecto...* pp. 103-104.

⁴ O redundante, en todo caso, en tanto el artículo reproduce lo que, con carácter general, ya está regulado en el artículo 4 del mismo Anteproyecto. MODOLELL GONZÁLEZ; *Observaciones...* p. 457.

⁵ Norma que, en su redacción, merece la justificada crítica: “es falso que la culpabilidad se aplique a ‘conductas punibles’, por el contrario, las conductas serán punibles porque existe la culpabilidad.” MODOLELL GONZÁLEZ; *Observaciones...* p. 457.

*la preterintención sólo son punibles en los casos expresamente señalados por la ley.*¹

La discusión previa recoge consideraciones de naturaleza similar a las que presiden la discusión doctrinal respecto de la naturaleza de las llamadas «infracciones administrativas», u «*Ordnungswidrigkeiten*». A partir de su pertenencia o no al Derecho Penal, la doctrina discute la aplicabilidad o no del «valor-culpabilidad» a las estructuras deónticas que contienen las normas «primarias» típicas de estas contravenciones; fundamentalmente, el argumento moral tiene en esa discusión —al igual que en el caso de las faltas, si bien por razones diferentes— una especial consideración, pues es la hipotética ausencia de tal referente el que justificaría un trato diferenciado, como consecuencia necesaria de una diferente naturaleza.

El tratamiento de ese problema, con fundamento en las premisas establecidas previamente, será el objeto central de nuestras reflexiones en el capítulo siguiente, en tanto es en la calificación de los llamados «ilícitos tributarios formales» en sentido lato² que se hallan las principales controversias respecto de la aplicabilidad y vigencia de la culpabilidad, y con el objeto de evitar, así, repeticiones que —como tales— son innecesarias.

(iii) La «presunción» de voluntariedad de la acción u omisión constitutiva del acto antijurídico.

Finalmente, el último aparte del artículo 61 del Código Penal prevé, en el sentido técnico previamente indicado, una presunción de «voluntariedad de la acción» constitutiva, causalmente, del «acto antijurídico». De acuerdo con la disposición en comentarios, “[I]a acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria a no ser que conste lo contrario”. Múltiples dudas ha

¹ TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA; *Proyecto...* p. 123. Sin embargo, MODOLELL GONZÁLEZ critica, con acierto en nuestra opinión, que el artículo hace una distinción —hoy superada— entre culpabilidad e imputabilidad, o en todo caso utiliza los términos ambiguamente. MODOLELL GONZÁLEZ; *Observaciones...* p. 440.

² Categoría que comprende a (i) los ilícitos «formales» en sentido estricto; (ii) a los ilícitos «relativos a las especies fiscales y gravadas»; y (iii) a una determinada categoría de ilícitos «materiales», aquellos que de acuerdo con la tipificación legal no están castigados con privación de la libertad, de acuerdo con el artículo 80 del Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

suscitado la interpretación de la norma, al punto que de ella se ha deducido que existe una «presunción de dolo»; esto es, que todo hecho subsumible en la norma penal se presume doloso, salvo prueba en contrario¹. De esta manera, según JIMÉNEZ DE ASÚA², una presunción tal supondría que el juez debe considerar, salvo prueba en contrario, que el hecho fue cometido dolosamente.

Es imposible, de acuerdo con los postulados expresados previamente, interpretar el aparte *in fine* del artículo 61 del Código Penal como una «presunción de dolo». A ello se opone la regla general de culpabilidad prevista en el encabezamiento del mismo artículo, del que se sigue que es imposible presumir, sea *iuris et de iure* o sea *iuris tantum*, el dolo del sujeto al cometer el hecho punible. Ello equivaldría, de aceptarse, a solicitar del imputado la prueba de su inintencionalidad en la realización del hecho constitutivo del delito, o lo que es lo mismo, de su inocencia, *sin que se exija del órgano acusador la comprobación de su culpabilidad*, lo que contradiría la expresión, tanto sustantiva —la regla general ex artículo 61 del Código Penal, en su encabezamiento— como adjetiva, contenida en la «presunción de inocencia».

En tal sentido, y siguiendo el criterio de ARTEAGA SÁNCHEZ, consideramos que la norma citada consagra una «presunción de voluntariedad del acto antijurídico». No puede deducirse de la norma citada, en modo alguno, que el Código Penal presume el dolo del autor. Debe insistirse: la formulación expresa del sistema penal venezolano, en el cual se exige la intencionalidad del hecho para la exigibilidad de la responsabilidad

¹ Cfr., con crítica enérgica —que compartimos— ARTEAGA SÁNCHEZ; *La culpabilidad...* pp. 138-143.

² Para JIMÉNEZ DE ASÚA, la expresión «voluntarias» del artículo 61 del Código Penal debe entenderse como «dolosas», mas limitadamente: *“Para nosotros la existencia del dolo puede presumirse; pero en los casos dudosos el dolo no se presume sin más. Es preciso para la presunción que hayan circunstancias prácticas para suponerla: medios de comisión del delito, antecedentes, etc., etc. [...] Otro punto claro —aunque muchas sentencias del Tribunal Supremo, y no todas antiguas, no lo hayan visto— es que la incumbencia de la prueba no ha de ser exclusiva del acusado. El texto del Código español es, a este respecto, bastante expresivo. Dice simplemente: a no ser que conste lo contrario, y para que conste puede procurar la prueba el sujeto activo del hecho que se le imputa, pero también el Ministerio Público y el Juez, cuyo deber es el descubrimiento de la verdad, como lo ha dicho exactamente Sebastián Soler”.* JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado...* Tomo V, p. 658.

penal al sujeto, lejos de ser desvirtuada, resulta resaltada por la disposición comentada.

En efecto, en todo hecho punible, sea a título doloso o culposo, debe darse la voluntariedad de la acción u omisión que la constituye, que será — desde el punto de vista adjetivo— objeto de prueba del órgano a cargo de la acusación, como obvia consecuencia de la presunción de inocencia. En consecuencia, *“en forma alguna puede hablarse en nuestro derecho positivo de una presunción de dolo; presunción de voluntariedad, sí, presunción de voluntariedad de la causa; pero no presunción de dolo o presunción de la voluntariedad del resultado. El dolo, la intención, no se presume en nuestro Código Penal y así en cada caso, como claramente se ha sostenido en una sentencia de Casación de 1954, tiene que ser comprobado en el proceso”*¹.

¹ El profesor ARTEAGA SÁNCHEZ recoge, a este respecto, el comentario de Zanardelli respecto del problema que ahora nos ocupa: *“Resulta superfluo demostrar que la voluntariedad de la acción o de la omisión debe estar presente en todo hecho punible, doloso o culposo, delito o falta. Involuntario será el efecto lesivo en el delito culposo; por ejemplo, la muerte de un hombre; pero voluntaria debe ser la acción u omisión de la cual derivó el evento letal. Y así, en la falta, el hecho que constituye el elemento material de la infracción puede ser cometido sin un malvado propósito, pero debe exigirse siempre que el culpable haya actuado con ciencia y consciencia del hecho propio: el cochero al que se le van de la mano los caballos, el viajero que sin saberlo lleva en su equipaje un arma u otro objeto prohibido, y así sucesivamente, no podrán jamás ser incriminados”*. ARTEAGA SÁNCHEZ; *La Culpabilidad...* cit., p. 141.

CAPÍTULO II

LA CULPABILIDAD EN EL DERECHO PENAL TRIBUTARIO

A. Introducción.

En el capítulo anterior concluimos que la culpabilidad constituye un «concepto jurídico fundamental», que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción; esto es, la culpabilidad constituye un componente indispensable para la justificación valorativa del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción», en los términos de HOHFELD, y la llamada norma «primaria» en la concepción de Kelsen.

En efecto, la culpabilidad cumple una función de criterio de justificación racional valorativa del vínculo entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica; esto es, de fundamento axiológico de la «imputación» propia de la estructura de toda norma que contemple, como consecuencia jurídica, una «sanción», en el sentido más amplio del término. Con ello, la estructura netamente «lógico-formal» —o de «lógica deóntica»— adquiere racionalidad y justifica, axiológicamente, el «deber ser» que vincula al incumplimiento con la sanción en la norma «primaria», valor que —por su contenido esencial— representará directamente a la Libertad, *o bien a una función de ésta, como la Dignidad.*¹

¹ «En el Derecho, lo real está esencialmente vinculado con lo normativo. Porque crea un orden que verdaderamente conserva la existencia, obliga. Protego, ergo obligo. El Derecho es a la vez poder protector y valor obligante. Sin embargo, ambos aspectos pueden distinguirse conceptualmente. Como poder coacciona, como valor obliga. El concepto de un deber coactivo, es decir de un deber que surja de la coacción es una contradicción in adjecto. La coacción coacciona pero no obliga. Solo un valor puede obligarnos y en este caso, nos obliga éticamente. Hay también deberes jurídicos, pero sólo como deberes éticos. Porque la vida, como decía Aristóteles, es un bien, un orden que nos asegura la vida, nos obliga éticamente. Pero su fuerza obligatoria termina allí donde ordena y contra un bien que éticamente no puede ser afectado bajo ninguna circunstancia. Y este bien es la autonomía ética del prójimo. Como la persona, gracias a su autonomía ética, posee un valor propio independiente de toda otra persecución de fines, tiene que ser respetada en su propio valor por todos los demás. Este es el sentido de la proposición kantiana que afirma que el hombre no puede ser utilizado jamás como una cosa, es decir, como simple medio para un fin cualquiera, sino que debe ser tratado como fin en sí. Así pues, allí donde el mandato estatal degrada a la persona a simple cosa raya y aquí reside lo que en las modernas constituciones se designa como atentado contra la dignidad humana — puede quizás coaccionar en la medida en que su poder sea fuerte y que el mal ordenado en caso de incumplimiento sea lo suficientemente grave, pero no puede obligar. Es solamente fuerza

En este sentido, lo dicho supone *reprochabilidad subjetiva del acto antijurídico* para fundamentar, desde una *racionalidad de los valores* y como condición necesaria, la «imputación» de «responsabilidad», noción aquella —la de «imputación»— que tendrá entonces, además de su necesaria referencia objetiva en la llamada «relación de causalidad», un indispensable carácter subjetivo y personal.¹ El acto sólo le sería «imputable» al autor en la medida en la que le sea «reprochable», esto es, en la medida en la que el acto sea **culpable**.

Lo contrario, la responsabilidad «objetiva», implicaría el reconocimiento *parcial* de los valores en juego en la relación jurídica trabada con ocasión de la realización de la norma «primaria»; se tomaría en cuenta sólo la libertad y la dignidad del sujeto que sufre la acción antijurídica, mas no la libertad y la dignidad del sujeto que causa dicha acción. Y la Libertad y la Dignidad son valores que conciernen a ambas partes, en tanto seres humanos, como «hombres libres» con «capacidad de elegir»². Dicho en las palabras de Giuseppe BETTIOL,

“Indudablemente la responsabilidad objetiva es una forma del todo anómala de la responsabilidad penal, ya que el juicio de culpabilidad debe basarse también sobre la ‘suyedad’ del evento, es decir, sobre el nexo psicológico que vincula determinado evento con un individuo. Pero no siempre ha sido así. En épocas históricas remotas, especialmente por influencia de concepciones jurídicas alemanas, el hecho se imputaba a la

o terror pero en ningún caso derecho obligatorio, válido. Por aquí corre el segundo límite inmanente del Derecho; y éste no es ya un límite relativo sino absoluto. Los escolásticos enseñaban que Dios por su propia esencia sólo puede ser bueno. Aplicada esta frase al Derecho, debemos transformarla: el Derecho, por su propia esencia, sólo puede ser recto: ¡también el derecho positivo! WELZEL, Hans; «Derecho Natural y Positivismo Jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Traducción del original alemán por Ernesto GARZÓN VALDÉS. Colección Maestros del Derecho Penal N° 15. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004, pp. 198-199.

¹ Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo; *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2008, pp. 163-165.

² “Todos los principios derivados de la idea general de culpabilidad se fundan en buena parte en la dignidad humana, tal como debe entenderse en un Estado democrático respetuoso del individuo. Este Estado tiene que admitir que la dignidad humana exige y ofrece al individuo la posibilidad de evitar la pena comportándose según el Derecho. Ello guarda también relación con una cierta seguridad jurídica: el ciudadano ha de poder confiar en que dirigiendo su actuación en el sentido de las normas jurídicas no va a ser castigado. Se opondría a estas ideas poder castigar a alguien inocente, por un hecho de otro o por un hecho no querido ni imprudente. La exigencia de igualdad real de todos los ciudadanos, que también afecta a lo anterior, sirve de base a la prohibición de castigar a un sujeto que no alcanza el nivel de motivabilidad normal previsto por la ley.” MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*. 7ª edición. Editorial Reppertor. Barcelona (España), 2004, pp. 133-134.

gente independientemente de toda prueba acerca de la existencia de cualquier nexos psicológico: aún el que caía de un árbol y mataba a una persona que estaba debajo debía ser castigado por homicidio. Lo que contaba el acontecimiento externo, independientemente de toda investigación sobre la voluntariedad o no del evento lesivo. El daño predominaba sobre la intencionalidad de éste.”¹

Sin embargo, como ya se adelantó al final del capítulo precedente y se evidencia de la cita previa, las afirmaciones anteriores no han tenido —ni con mucho— carácter pacífico². En el Derecho Penal, el problema de la objetivación de la responsabilidad, a través de la atribución de una naturaleza meramente causal a la imputación, se ha visto reflejada en tres grandes instituciones: (i) delitos «calificados por el resultado»; (ii) delitos «preterintencionales», respecto del resultado ulterior no querido³; y (iii) las faltas, a las que JIMÉNEZ DE ASÚA gráficamente llama «delitos en pequeño»⁴, y en las cuales la discusión radica, fundamentalmente, en la disímil naturaleza que se les atribuye a éstas frente al delito *stricto sensu*, de modo de justificar diferencias de regulación jurídica, especialmente en lo que se refiere a la existencia y a la prueba de la culpabilidad como elemento esencial de la ilicitud «contravencional».

Un enfoque semejante, el de la distinción entre varias «clases» de ilicitud, es el que ha presidido la discusión respecto de la culpabilidad en el Derecho Penal Tributario⁵. En efecto, las formulaciones clásicas en la

¹ BETTIOL; *Derecho...* p. 414.

² De hecho, la controversia sobre la validez de la llamada «responsabilidad objetiva» en materia de contravenciones fiscales —e incluso su proclamación jurisprudencial reiterada, como veremos posteriormente— justifica con creces el emprender estas reflexiones.

³ Si bien, en puridad de concepto, no existe tal problema respecto de la preterintención, partiendo de la tesis de acuerdo con la cual su naturaleza jurídica se resuelve en una «mixtura» de dolo y culpa. Véase Capítulo I, punto E.c) (ii) del presente trabajo.

⁴ “A menudo la contravención no es más que un delito en pequeño, del que reproduce sus elementos y características”. JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. El Delito. 4ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1977, p. 152.

⁵ Debe aclararse aquí que, terminológicamente, entendemos por Derecho Penal Tributario —en su sentido objetivo— como el conjunto de preceptos jurídicos que regulan (i) los hechos cuya realización implica una lesión a la sociedad, por vía del incumplimiento de las obligaciones tributarias materiales o formales, esto es, los ilícitos tributarios; (ii) las consecuencias jurídicas de la realización de los ilícitos tributarios, es decir, la sanción o pena aplicable; y (iii) la concesión al Estado del poder-deber de perseguir y castigar los ilícitos tributarios, o en otras palabras, el *ius puniendi*. Como puede verse, la definición engloba a todo tipo de conductas antijurídicas castigadas

materia distinguen dos grandes formas de ilicitud tributaria, distinguidos en función de varios criterios: los «delitos» tributarios y las «contravenciones» fiscales¹, y en razón de esta clasificación —y de la idéntica u opuesta naturaleza jurídica de unas y otras, según las posiciones doctrinales en disputa— se *reconoce* o se *niega*, según el caso, aplicabilidad al principio de culpabilidad; se niega, en otras palabras, la validez universal del carácter de «concepto jurídico fundamental» de la culpa, en los términos largamente expuestos en el capítulo anterior, sobre la base de que esa formulación es únicamente aplicable a los enunciados jurídicos objeto del Derecho Penal en sentido estricto.

Por ello, y a pesar de que en oportunidades previas nos hemos pronunciado sobre el punto², resulta necesario reflexionar —una vez más, desde el enfoque que hemos desarrollado en estas líneas— respecto de cuál es la esencia ontológica de la ilicitud fiscal, de manera de determinar si es posible predicar, como una de las notas del ilícito tributario diferenciadora de éste frente a la ilicitud «penal», la posibilidad de «imputación» del acto antijurídico fiscal a su autor a título «objetivo», sin referencia a la conciencia o a la voluntariedad del acto antijurídico, en ejercicio de la que SILVA SÁNCHEZ denomina, como ya se refirió previamente, «segunda velocidad»³ del sistema sancionador.

con una sanción relativas al tributo, sin distinguirse —así— entre categorías de ilícitos, sean éstos «administrativos» o «penales», con absoluta prescindencia del criterio que se siga respecto de su naturaleza jurídica.

¹ Dice VILLEGAS: “Como puede inferirse de lo ya visto, la solución al problema de la caracterización jurídica de la infracción tributaria, deberá partir de diferenciar correctamente lo que es delito de derecho penal común de lo que es contravención, para posteriormente decidir si la infracción tributaria reviste uno u otro carácter. [...] Puede decirse que éste es un problema universal ya que su naturaleza permite el trasplante internacional sin que padezca su sustancia, y se presenta siempre que exista un gobierno y gobernados, pues ‘trata en esencia de resolver lo que dentro de un marco de justicia puede hacerse para que la pena criminal resulte un resguardo de los gobernantes’”. El profesor argentino ratifica lo dicho al hablar, expresamente, del que denomina «elemento subjetivo»: “La existencia de elementos subjetivos en la infracción tributaria ha originado múltiples problemas doctrinarios derivados de que como hemos señalado en su oportunidad, el aspecto objetivo tiene marcada prevalencia sobre el subjetivo, principio éste ya anotado desde antiguo por los administrativistas, y de plena aplicación en nuestra materia.” VILLEGAS, Héctor B.; *Derecho Penal Tributario*. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1965, p. 59. En idénticos términos, VILLEGAS, Héctor B., *Régimen Penal Tributario Argentino*. 2ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998, pp. 51, 115.

² WEFER H., Carlos E.; *El ilícito tributario: naturaleza jurídica*. Paredes Editores. Caracas, 2004, pp. 126, 133-136, y WEFER H., Carlos E.; *Garantismo y Derecho Penal Tributario en Venezuela*. Editorial Globe. Caracas, 2010, pp. 42 (en pie de página), 147, 151-153.

³ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* pp. 91, 159-162.

B. La [discutida] naturaleza jurídica del ilícito tributario.

Como ya se anunció, el problema de la naturaleza del ilícito tributario forma parte de una discusión más amplia: la que suscita, en un plano «ontológico», las distinciones entre el «delito» —como concepto central de estudio del Derecho Penal, por una parte— y las nociones de «falta», «contravención» e «infracción administrativa», por la otra, que constituirían manifestaciones «auxiliares» o «secundarias» del poder general del Estado de perseguir y castigar los actos antijurídicos susceptibles de lesionar efectivamente, o de poner en peligro efectivo, condiciones mínimas de convivencia social que son consideradas «valiosas» por la sociedad; esto es, el *ius puniendi*, o bien resultan una manifestación del poder general de policía que, en el Estado Social y Democrático de Derecho, se confía a la Administración Pública, como emanación de las potestades administrativas y competencias de gestión de un sector específico, en este caso, el de los ingresos públicos de carácter tributario.

En función de esta distinción, y desde un punto de vista «dogmático», el ilícito tributario es materia de disputa para tres ramas del Derecho, (i) Tributario; (ii) Administrativo; y (iii) Penal. Cada una de ellas reclama, en función de la respuesta que se dé a la cuestión previa, al ilícito tributario como parte del objeto diferenciado de estudio¹ que le permite reclamar, para sí, autonomía científica.

¹ “[L]a definición de una disciplina jurídica ha de hacerse por su objeto, es decir, por las relaciones que regula. Viniendo a depender la autonomía científica de esa disciplina o materia de enseñanza de las especiales características que acompañan a las relaciones jurídicas objeto de su estudio.” PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio; *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I y II. 6ª edición. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Madrid, 1991, p. 4. Los criterios para considerar como «autónoma» a una rama del derecho son, además del objeto, la existencia de principios e instituciones jurídicas propias, actuantes en interdependencia sistémica con las restantes disciplinas jurídicas, requisitos que son predicables, en nuestra opinión, sólo respecto del Derecho Tributario sustantivo o material. PÉREZ DE AYALA y GONZÁLEZ GARCÍA; *Curso...* pp. 5-6, VALDÉS COSTA, Ramón; *Instituciones de Derecho Tributario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1992, pp. 41, 58; y GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo I, p. 35.

Así las cosas, el problema de la naturaleza del ilícito tributario puede plantearse desde una *doble* faceta. En primer lugar, desde el punto de vista «ontológico», al ilícito tributario puede atribuírsele naturaleza:

- (i) «Delictual» en sentido lato, en tanto se niegue diferencia ontológica entre delitos y contravenciones.
- (ii) «Contravencional», en tanto se reconozca diferencia sustancial entre una categoría u otra, sea cuantitativa, cualitativa, axiológica o formal.
- (iii) «Mixta», en tanto —partiendo de aceptar la distinción entre «delitos» y «contravenciones»— el legislador decida utilizar ambas técnicas como modos de protección (i) del orden económico; y (ii) de la actividad administrativa de gestión de la *competencia tributaria*, entendida ésta como los poderes-deberes de la Administración Tributaria en materia de administración, control, determinación y recaudación de los tributos, respectivamente.

A partir de esta perspectiva, el reconocimiento de la diferenciación entre ambos conceptos, y —consecuencialmente— la atribución de naturaleza «contravencional» a los ilícitos tributarios, total o parcialmente, podrían suponer la inaplicabilidad de la culpabilidad, en los términos aquí expuestos, a las «contravenciones» tributarias, en la medida en la que se reconozca como característico de éstas, desde el punto de vista cualitativo, su indiferencia frente a la voluntariedad del agente consciente y libre que, en circunstancias normales, realizó un acto antijurídico; esto es, se imputaría el resultado antijurídico a título de responsabilidad «objetiva».

En segundo lugar, como consecuencia de la posición que se fije respecto de esta primera dimensión —ontológica— del problema, el ilícito tributario puede ser tenido, en su aspecto «dogmático»:

- (i) Como ilícito «penal», en razón de la unidad ontológica del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción» en los casos en los que la «sanción» es una *pena*, por tal circunstancia objeto de estudio y de regulación por las instituciones generales y principios que informan la dogmática penal, entre los cuales se encuentra —como esencial— el de culpabilidad, en los términos previamente expuestos¹;
- (ii) Como ilícito «administrativo» de carácter «contravencional», como parte del poder general de policía encomendado a la Administración y sometido, en consecuencia, a los principios y reglas generales que regulan el ejercicio de las potestades «administrativas»²;
- (iii) Como ilícito «tributario» en sentido estricto, de carácter «contravencional»³, como emanación represiva del poder tributario, instrumento coactivo para la recaudación de los tributos y que, como integrante de la unidad del fenómeno financiero⁴, se encontraría regulado por las reglas y principios generales que caracterizan dogmáticamente al Derecho Tributario.

¹ Cuestión que, de ser el caso, plantearía entonces la posibilidad de una discusión idéntica en términos a la antes reseñada respecto de la responsabilidad objetiva en las faltas, en los casos de ilícitos tributarios que pudieran equipararse, en la clasificación del delito *lato sensu*, a esa especie.

² Con lo que, en una versión «fuerte» de la teoría, se negaría autonomía dogmática al Derecho Tributario, mientras que en una versión «suave» de la tesis se reconocería la autonomía del Derecho Tributario, y simplemente se excluiría de su «objeto propio» la regulación de las contravenciones fiscales, en razón de su naturaleza «policial» (*Ordnungswidrigkeiten*).

³ Tomando la expresión en un sentido lato, según la defensa que de esta tesis hace GIULIANI FONROUGE: “[N]o es exacto que las infracciones tributarias constituyan una desobediencia a las órdenes de la administración y que el elemento material del delito consista en el quebrantamiento de un fin administrativo. En su caso, como el del derecho criminal general, la ilicitud radica en una subversión del orden jurídico o en un quebrantamiento de los bienes jurídicos individuales; por lo demás, el derecho fiscal no pertenece al derecho administrativo y no puede hablarse a su respecto de transgresiones administrativas, sino de infracciones a normas que reconocen su fundamento en el poder de imperio o en la soberanía del estado, en un concepto de soberanía financiera distinta de la soberanía política.” GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; *Derecho Financiero*. 5ª edición. Tomo II. Actualización a cargo de Susana Camila NAVARRINE y Rubén Oscar ASOREY. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993, p. 631.

⁴ “[N]o obstante su vinculación con el impuesto, es erróneo pretender que constituyen un accesorio de éste: responden a finalidades y esquemas jurídicos distintos y se rigen por normas separadas.” GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

- (iv) Como una *mixtura*, en función de la consagración legislativa de «delitos» y «contravenciones» tributarias, y la atribución legal diferenciada de la función individualizadora de la sanción —a los Tribunales con competencia en lo Penal y a la Administración Tributaria, respectivamente¹—, sea
- i. Entre ilícito «penal» e ilícito «administrativo», o
 - ii. Entre ilícito «penal» e ilícito «tributario».²

Según este punto de vista, íntimamente conectado con el aspecto «ontológico» del problema, la atribución de naturaleza «administrativa» o «tributaria» al ilícito tributario supondría, también, la inaplicabilidad a tales infracciones de la culpabilidad como elemento esencial para su configuración, en tanto privarían, en este caso, las necesidades de *eficiencia recaudatoria* que justifican, teleológicamente, el ejercicio de la competencia tributaria como «modelo sectorial de gestión»³ frente (i) a la protección, como «bienes jurídicos», del orden económico o de la función de determinación, inspección y recaudación tributaria; y (ii) la prueba de la voluntariedad, especialmente difícil en casos en los que, se arguye, la pena a imponer y la

¹ En un sentido amplio, el proceso penal tributario es la serie de actos que tienden a la concreción de la pretensión punitiva del Estado, con el objeto de individualizar la pena prevista en la norma en el sujeto que, por su accionar transgresor de la norma tributaria, se ha hecho acreedor a ella, o bien el cauce procedimental del amén establecido que permite determinar la comisión de un ilícito tributario y la responsabilidad —pena— que por tal causa deba recaer en el sujeto pasivo del tributo violador del Derecho Tributario sustantivo o formal, según sea el caso. WEFER; *Garantismo...* p. 462.

² Este último supuesto es una mera posibilidad lógica derivada de la postura previa. GIULIANI FONROUGE considera que JARACH “efectúa un planteo diferente del tradicional de penalistas y administrativistas, pero al final llega a la disociación del ilícito tributario en ilícito tributario propiamente dicho (infracciones sustanciales) e ilícito administrativo (infracciones formales); división que coincide, por lo demás, con la idea de Jarach de que sólo el derecho tributario sustancial tiene autonomía dogmática y que la parte destinada a regular obligaciones formales o conexas establecidas en interés de la imposición, pertenecen al derecho administrativo” GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* p. 629. Disentimos de la opinión del profesor argentino. JARACH es categórico al asignar naturaleza penal —aunque inseparable del Derecho Tributario— al Derecho Penal Tributario, distinguiendo entre la *tipicidad* del hecho ilícito fiscal —lo cual será campo del Derecho Tributario— y la consecuencia jurídica del hecho ilícito tipificado: la «pena», que aún siendo propia o connatural al Derecho Penal no forma parte exclusiva de éste, como lo comprueba para JARACH el hecho de su asociación con un hecho de naturaleza netamente tributario. La distinción es entre «tipo» y «pena» para el profesor italo-argentino, no entre violaciones al Derecho Tributario formal o transgresiones al Derecho Tributario material, como erróneamente interpreta GIULIANI FONROUGE. Jarach; *Curso...* p. 267. Una combinación más es lógicamente posible: aquella de acuerdo con la cual el ilícito tributario sería una *mixtura* entre ilícito «administrativo» e ilícito «tributario». Sin embargo, los postulados de cada uno de sus componentes por separado —autonomía o no del Derecho Tributario— las hacen contradictorias entre sí, por lo que una hipótesis tal se desecha, dentro de los planteamientos eclécticos, por *reductio ad absurdum*.

³ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* p. 126.

entidad del ilícito cometido anulan cualquier interés en el problema de la culpabilidad.¹

a) Dimensión ontológica. La distinción entre «delitos» y «contravenciones».

Desde un punto de vista ontológico la distinción entre «delitos» y «contravenciones» sirve, en lo fundamental, a los efectos de diferenciar el régimen jurídico aplicable a cada una de estas figuras desde la perspectiva dogmática, como se verá en el sub-acápito siguiente².

En lo que a nuestro problema de estudio respecta, el distingo permitiría justificar —en caso de admitirse— la «matización», o incluso la inaplicación, de la culpabilidad, sobre la base de afirmar dos premisas básicas:

- (i) Que la función de la culpabilidad como concepto jurídico fundamental —esto es, de conexión axiológica entre el «acto antijurídico» y la «sanción», o como fundamento de la «imputación»— *no tiene validez universal*, sino es sólo aplicable a un determinado tipo de los enunciados jurídicos expresados en el binomio «acto antijurídico-sanción»; esto es, a los «delitos».
- (ii) Que el ilícito tributario, ontológicamente hablando, *no pertenece* a la categoría de enunciados deónticos en los que la culpabilidad sirve como justificación racional-axiológica de la relación correlativa entre el «acto antijurídico» y la «sanción» —«delitos»—, sino a otro, las

¹ «Respecto al elemento subjetivo, la doctrina no busca en las contravenciones nada que les sea peculiar. Las diferencias que se alegan refiérense más al orden probatorio, 'a la profundidad de la investigación judicial en el elemento psicológico —como Antón dice—, pues dada la escasa importancia de la pena impuesta al delincuente contravencional tiene muchísimo menos interés el problema de la culpabilidad». JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado...* Tomo III, p. 152.

² Capítulo II, punto B.b)

«contravenciones» en el que el principio no tiene validez necesaria.

Este razonamiento se fundamenta en tres tipos de razones. Examinemos cada uno de ellos

(i) Criterio «axiológico».

La diferencia fundamental entre delitos y contravenciones vendría dada, desde un punto de vista axiológico, por la diferente valoración moral de las conductas encuadrables en una u otra categoría. Ontológicamente hablando, desde la perspectiva de los defensores de esta tesis, vendría dada por el hecho de que los delitos constituyen acciones moralmente reprochables, ofensivas al sentimiento común de justicia o bondad, mientras que las contravenciones estarían caracterizadas por ser «moralmente transparentes», de constituir meras «infracciones al orden» (*Ordnungswidrigkeiten*) que no contienen reproche moral alguno, sino que sirven —únicamente— como mecanismos de policía; mantenimiento del orden público, de la actividad administrativa, etc.¹ Su formulación típica es la de MATTES:

“La teoría de las infracciones del orden sostiene que hay que distinguir dos clases esencialmente distintas en el injusto combinado con sanciones estatales. Al genuino derecho penal, llamado también derecho criminal o derecho penal judicial, que sólo se ocupa del injusto criminal o éticamente reprochable, se contrapone un derecho que trata de las meras infracciones administrativas o del orden, cuyo contenido de injusto se agota en la transgresión de puros intereses administrativos o preceptos de orden, careciendo en todo caso de importancia ética; no afecta, como el injusto criminal, a los fundamentos del orden jurídico (a los bienes jurídicos o intereses vitales esenciales para la convivencia ética) sino

¹ “Las contravenciones administrativas pueden revestir los especiales caracteres de las faltas de policía, de los delitos por omisión, de las faltas disciplinarias, o los de otras clases de hechos; pero todas ellas tienen como característica común el que ellas no son objeto, sino en limitada medida, de una reprobación moral, por lo que no afectan el honor del culpable o lo afectan muy poco. Al castigarlas se hace frecuente uso de presunciones de culpabilidad.” MERKEL, Adolf; *Derecho Penal. Parte General*. Traducción del original alemán por Pedro DORADO MONTERO. Colección Maestros del Derecho Penal N° 13. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004, p. 47.

sólo al interés del Estado en la ejecución correcta de sus tareas administrativas y con ello a una pretensión de obediencia por parte del Estado en cuanto administrador éticamente indiferente.”¹

Desde esa perspectiva, la contravención no es otra cosa que un instrumento de garantía coactiva de la efectividad de la actividad administrativa, cuyo interés individual y egoísta —el de la Administración, resumido en la «obediencia»— sería el único objeto de protección por parte de la tipificación de conductas como contravenciones, cuestión que en sí misma, en tanto la Administración es un ente «éticamente incoloro», transmitiría estas mismas características a la ilicitud «administrativa»:

“La infracción del orden no va más allá de la relación del ciudadano con las autoridades administrativas basada en aquella pretensión a la obediencia; representa una falta de atención o una desidia frente a las disposiciones administrativas, sin dirigirse contra valores esenciales comunitarios o individuales. La conducta que infringe normas puramente administrativas es «en sí» incolora desde el punto de vista ético cultural, y «por su naturaleza» no guarda ninguna relación con los valores éticos fundamentales sobre los que descansa el orden jurídico. A diferencia del derecho penal judicial, cuyo fundamento determinante es el valor del Derecho (la Justicia), las normas relativas a las infracciones administrativas se dirigen al valor del bienestar (bienestar general, cuyas exigencias dependen de las condiciones de tiempo y lugar, sin poseer ningún significado supra legal para el Derecho natural). El autor de una acción del orden actual, en consecuencia, de modo genuinamente injusto, sino torpe o desagradable, no es antisocial, sino groseramente descuidado. Esta índole diversa de ambas esferas jurídicas está fundada en la naturaleza de las cosas; antecede a todo derecho positivo y por ello está sustraída al arbitrio del legislador; a éste no le queda sino reconocerla.”²

¹ MATTES, Heinz y MATTES, Herta; *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho Comparado*. Traducción del original alemán por José María RODRÍGUEZ DEVESA. Serie Monografías. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Madrid, 1979, p. 1.

² MATTES; *Problemas...* pp. 1-2.

Y en consecuencia, la pena pierde su función netamente preventiva o represiva; pasa a ser una llamada al orden, una mera reprimenda con fines de coacción administrativa, para llamar la atención obediente del ciudadano que ha incurrido en «negligencia social»:

“La pena, que contiene una desaprobación ética y sirve a la expiación del injusto cometido, no puede venir en consideración, sino en el caso de actos criminales, mientras que para las infracciones administrativas, como descuido de la obediencia que administrativamente debe prestarse, procedería una llamada al orden o advertencia recordando los deberes administrativos incumplidos, que como castigo del desobediente tiene más bien el carácter de una coacción administrativa. Con ello no se desaprueba en nadie una actitud jurídicamente indiferente, sino que se trata de invitar a la superación de su negligencia social (indolencia política; indiferencia, no frente al derecho, sino frente al bienestar general, a los intereses meramente administrativos del Estado).”¹

Consecuencialmente, la naturaleza coactiva de la «infracción administrativa» —caracterizada policialmente, como pena de orden e instrumento de eficacia de la actividad administrativa— justifica, en razón del principio de autotutela administrativa, que sea la propia Administración la que imponga y ejecute estos «llamados al orden»:

“Pero con ello la censura de las infracciones del orden no pertenece al ámbito de la Administración de Justicia. Como medida que sólo sirve a la persecución de intereses administrativos, es más bien una tarea de la Administración misma cuya ejecución no requiere conocimientos jurídicos; tratando únicamente de impedir el perjuicio de meros intereses administrativos y recordar al ciudadano los deberes administrativos que le incumben. Es asunto administrativo en el que conforme al principio de la división de poderes son competentes las autoridades administrativas, no los tribunales. Cuando se cumple esta exigencia, se le da a la Administración lo que se le debe.”²

¹ MATTES; *Problemas...* p. 2.

² MATTES; *Problemas...* p. 2.

A esta razón se suma otra de tipo similar, que hemos denominado aquí como criterio de orden «cualitativo». En ciertos aspectos, se trata del mismo argumento: la protección del interés «meramente» administrativo como tutelar del interés público, a través del adelantamiento de la sanción «administrativa» a los estadios previos a la lesión del bien jurídico, daño que, una vez realizado, pasa a ser objeto «moral» de protección del Derecho Penal.

(ii) Criterio «cualitativo».

Por su parte, se pretende distinguir a los delitos de las contravenciones en función de un criterio «cualitativo». De acuerdo con esta visión, los delitos constituyen conductas que lesionan efectivamente, o que ponen en un peligro concreto, los bienes jurídicos que previamente MATTES calificaba como “*los fundamentos del orden jurídico*”¹, mientras que las «contravenciones» constituyen adelantos de la punición a estadios previos a esa lesión: el castigo de situaciones de peligro abstracto.² La formulación más clara de la tesis es la de NIETO:

“Para el Derecho tradicional (Penal) la prevención se logra mediante la amenaza del castigo, que se supone ha de disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir. Para el emergente Derecho Administrativo Sancionador, en cambio, la prevención no se dirige directamente contra el resultado, sino contra la utilización de medios adecuados a la producción de tal resultado. Por decirlo de una manera muy simple: delito será el incendio de un inmueble; infracción administrativa, la edificación con materiales inflamables que pueden provocar fácilmente un incendio. La amenaza de la sanción administrativa es también disuasoria (y de aquí a un lado, deliberadamente, el componente retributivo que tienen todos los castigos), pero lo que se trata de evitar directamente no es el resultado lesivo concreto para el bien jurídico

¹ MATTES; *Problemas...* p. 1.

² Cfr. ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción del original alemán por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL. Editorial Civitas. Madrid, 1999, p. 54.

protegido, sino la utilización de medios idóneos para producir. No se trata, en definitiva, de evitar la lesión, sino más bien de prevenir la posibilidad de que se produzca.”¹

En ese mismo sentido, VON LISZT apunta que en las contravenciones no es esencial la lesión efectiva o la puesta en peligro concreto del bien jurídico, por lo que —en definitiva— “*su separación del concepto de la infracción, y, consiguientemente, del delito, es uno de los más importantes deberes legislativos.*”²

El adelantamiento de la punibilidad —y en definitiva, la diferencia ontológica entre delitos y «contravenciones»— se justificaría, entonces, por la función de garante del interés público confiada a la Administración, para la protección «anticipada» de bienes jurídicos a través de ideas de «seguridad pública» y de garantía del «modelo sectorial de gestión»³, directamente vinculadas con la función instrumental de la Administración Pública⁴, cuestión que en nuestro caso adquiere mayor importancia, dado el carácter esencialmente *instrumental* de la actividad financiera del Estado⁵ para la

¹ NIETO; *Derecho...* p. 182.

² VON LISZT, Franz; *Tratado de Derecho Penal*. 2ª edición. Tomo II. Traducción del original alemán por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Editorial Reus. Madrid, 1927, p. 255.

³ “*En primer lugar, es innegable el aumento que se verifica en las legislaciones penales positivas de la inclusión de los llamados ‘delitos de peligro’, que, por oposición a los denominados ‘delitos de resultado’, se configuran en razón de un riesgo genérico o concreto, donde el bien jurídico protegido aparece rotulado bajo el nombre genérico de ‘seguridad pública’, entre otros; y donde los delitos cometidos ‘contra’ la misma afectarían potencialmente el ‘plan de vida’ que pretenden realizar los ciudadanos.*” CORTÁZAR, María Graciela; *Los delitos veniales*. Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, 2002, p. 11.

⁴ “*Obsoleta es la argumentación basada en una posición especial de la Administración: Su funcionamiento no se puede definir como bien jurídico como ocurre con cualquier otra unidad funcional; se trata únicamente de la cuestión de cuándo y en qué medida la Administración es digna de protección. Todos los demás criterios se pueden interpretar como puntos-límite-de-diferencias cuantitativas: Desde el injusto de lesión respaldado ético-socialmente, cuya realización culpable merece un reproche por la actitud, hasta la mera desobediencia a una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta, se halla una escala no graduada de magnitudes intermedias. Debería considerarse absolutamente descaminado pretender la diferencia sólo desde el punto de vista de la infracción de la norma, pues la posibilidad de solucionar un conflicto mediante una multa en lugar de mediante una pena depende también de factores no necesariamente vinculados con el injusto o la culpabilidad.*” JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edición. Traducción del original alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 1997, pp. 67-68.

⁵ Así lo dice SÁINZ DE BUJANDA: “*En efecto, tanto los ingresos como los gastos son hechos instrumentales con relación a los fines del Estado, pero se diferencian en que los primeros satisfacen de un modo inmediato las necesidades públicas, en tanto los segundos constituyen tan solo un medio instrumental de segundo grado, ya que es forzoso obtener primero los ingresos y transformarlos después en servicios públicos, que son los que en definitiva dan cumplimiento a los fines del Estado.*” SÁINZ DE BUJANDA, Fernando; *Hacienda y Derecho. Introducción al Derecho Financiero de nuestro tiempo*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962, p. 27, en pie de página. En el mismo sentido se expresa GARCÍA BELSUNCE: “*La instrumentalidad de la actividad financiera resulta de que ella no es un fin del Estado, sino un medio del que se sirve para el cumplimiento de sus objetivos.*”. GARCÍA BELSUNCE, Horacio; «Introducción. La ciencia de las finanzas públicas y la actividad financiera del Estado», en

obtención de los recursos económicos que le permitan alcanzar el bienestar colectivo. Como dice CUELLO CALÓN, “los delitos [...] contienen una lesión efectiva o potencial de las normas jurídicas y de los intereses protegidos, contravienen las normas de moralidad y son hechos inspirados en intención malévola, mientras que las contravenciones son hechos inocentes indiferentes en sí mismos, realizados sin mala intención, que solamente constituyen un peligro para el orden jurídico y que por ello se sancionan a título preventivo.”¹

(iii) Criterio «cuantitativo».

Otro sector de la doctrina sostiene que la separación entre delito y contravención es una de «grados» de lesión, en función de su valoración por el legislador; esto es, una diferencia netamente cuantitativa². Como dice CEREZO MIR, las sanciones del «Derecho Penal Administrativo» “encontrarán su justificación únicamente en su proporción a la gravedad de la infracción y en su necesidad, como la pena del Derecho penal criminal. La imposición de la sanción administrativa será también con frecuencia expresión de un juicio desvalorativo ético-social. Entre las penas y las sanciones administrativas existen únicamente diferencias cuantitativas.”³

Como puede verse, es esta una versión particularmente «suave» de la tesis de la distinción entre delitos y contravenciones, cuando se la presenta

*Tratado de Tributación. Tomo I. Derecho Tributario. Volumen I. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003, p. 16. Otro tanto afirma GARCÍA NOVOA: “Constituye una nota definidora tradicional de la actividad financiera, frente a la administrativa en general, el decir que la misma es una ‘actividad instrumental’. Así, se afirma que la actividad financiera solo se explica a partir de la existencia de actividades administrativas finales de los entes públicos. Estas serían aquellas orientadas a la inmediata satisfacción de necesidades colectivas de un modo genérico e indiferenciado. Pero, en tanto estas actividades finales precisan la disponibilidad por los entes públicos de masas dinerarias, la actividad financiera puede definirse, en palabras de Wacke, como ‘la creación de medios mensurables en dinero, sin los cuales no se puede dar el mínimo paso de la vida estatal.’” GARCÍA NOVOA, César; *El concepto de tributo*. Tax Editor. Lima, 2009, p. 53.*

¹ CUELLO CALÓN, Eugenio; *Derecho Penal*. Tomo I (Parte General). 10ª edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona (España), 1951, p. 278.

² “Ahora damos razón a esos juristas del pasado tiempo y proclamamos que entre el delito y la falta no hay diferencia de calidad, sino a lo sumo de cantidad únicamente. [...] En suma, los delitos y las faltas no se diferencian cualitativa, sino a lo sumo cuantitativamente, y ello es mucho más palmario en el Código penal español donde muchas faltas no son otra cosa que ‘delitos veniales.’” JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado...* Tomo III, pp. 150, 152; y CARNELUTTI, Francesco; *El Delito*. Traducción del original italiano por Santiago SENTÍS MELENDO. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Leyer. Bogotá, 2005, p. 67.

³ CEREZO MIR, José; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tomo I. Introducción. 5ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2001, p. 48.

como el único criterio de separación entre ambos conceptos. Por ello, normalmente se la presenta como un parámetro *complementario* de división, que acompaña al criterio «cualitativo» o, más comúnmente, al criterio «formal», como justificación del abandono, aun excepcional, del principio de separación de funciones del Poder Público —y su corolario, la judicialización de la aplicación de las penas— a favor de la consagración de una potestad sancionatoria para la Administración.¹

(iv) Criterio «formal».

En este último caso, la distinción entre delitos y contravenciones se basa, meramente, en una cuestión de distribución competencial del *ius puniendi*. Así, se diferenciarán una categoría y otra solamente en función del órgano del poder público encargado de ejercer las funciones de determinación, con efectos jurídicos, de (i) la comisión del ilícito; (ii) la persona del autor; y (iii) la medida del reproche —la pena— que debe imponérsele como resultado de su conducta, en aplicación concreta del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción» y concretando, así, el mandato al «juez» en dicho enunciado, de acuerdo con la interpretación que de la «pretensión», en sentido lato, hace HOHFELD². En este sentido es que MIR PUIG señala que

“*De lege lata*, lo único seguro es que las sanciones administrativas se distinguen de las penas por razón del órgano llamado a imponerlas: si la sanción ha de decidirla un órgano de la Administración Pública —como un Alcalde, Subdelegado del Gobierno o Ministro—, se tratará de una

¹ El proceso de constitución —y de constitucionalización— del Estado democrático moderno trajo como consecuencia la judicialización del sistema de represión estatal; la aplicación de las penas por los hechos ilícitos cometidos por los ciudadanos del Estado quedaba reservada a los Tribunales de Justicia, al menos en principio, y en contradicción con la situación previa a 1789, donde la difusa separación de las funciones estatales significaba la acumulación del poder represivo en manos del Monarca, y donde éste era a la vez juez, acusador, jurado y verdugo. Como consecuencia del proceso en comentarios, el papel del Ejecutivo quedó limitado —en principio— a servir de auxiliar de policía para la administración de justicia. No obstante, la lentitud del sistema de justicia promovió la dotación a la Administración de una creciente potestad sancionatoria, tendencia que aún vivimos hoy en día. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ; Curso... pp. 159-160.

² HOHFELD; *Conceptos...* p. 50, y Capítulo I, C. i).

sanción administrativa (art. 34, 2 CP), mientras que será una pena la que imponga un Juez o Tribunal Judicial en una condena penal.”¹

Ello no implica, necesariamente, que el criterio formal sea el *único* criterio de distinción entre delitos y contravenciones, aunque de hecho es este un dato que se tiene por «seguro». En las variantes más «suaves» de la distinción entre delitos y contravenciones, se admite la identidad entre ambas formas de ilicitud en lo axiológico, cualitativo —e incluso, en casos excepcionales, en lo cuantitativo—. Su utilidad se limita, entonces, a distinguir por ese conducto la posibilidad legislativa de atribuir a la Administración una cierta medida del *ius puniendi*: la potestad sancionatoria de la Administración.²

b) Dimensión dogmática. La naturaleza «penal», «administrativa», «tributaria» o «mixta» del ilícito tributario.

La discusión doctrinal respecto de la naturaleza «dogmática» del ilícito tributario es ardua, y se encuentra lejos de una solución definitiva³. A la perdurabilidad de la polémica han contribuido algunas dificultades de tipo semántico, que —sin embargo— ocultan un acuerdo fundamental en varios aspectos esenciales de la ilicitud fiscal. Como dice VILLEGAS, quienes se han ocupado de tratar el punto se han encontrado —en su mayoría— ocupados en destruir la posición contraria, sin parar mientes en que muchas de sus discrepancias sólo son el resultado de una observación efectuada desde

¹ MIR PUIG; *Derecho...* pp. 50-51.

² “Se puede afirmar, pues, que las sanciones tributarias, en la medida en que no pueden considerarse sanciones de autoprotección, presentan una identidad sustancial con la sanción penal, mediando entre ambas diferencias casi exclusivamente formales, ligadas generalmente al órgano o autoridad que procede a la imposición de la sanción.” LÓPEZ DÍAZ, Antonio; «La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008, p. 64-65.

³ Sin embargo, ZORNOZA PÉREZ cree que la polémica está básicamente resuelta, aun cuando de ello “no siempre se extraen debidamente las oportunas consecuencias, sea desde el punto de vista de la política legislativa, sea desde la perspectiva de la interpretación de las normas”. ZORNOZA PÉREZ, Juan J.; *El Sistema de Infracciones y Sanciones Tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Colección Estudios de Derecho Financiero y Tributario. Editorial Civitas. Madrid, 1992, p. 29.

distinto punto de vista y que sus conclusiones no siempre son totalmente incompatibles entre sí, como a primera impresión pudiera pensarse.¹

De ello se extraen consecuencias fundamentales para determinar la adscripción dogmática del ilícito tributario a una u otra rama del Derecho, como objeto particular de estudio y —por vía de consecuencia— para la apreciación de la culpabilidad como elemento esencial o no de la ilicitud fiscal, cumpliendo la función copulativa de tipo axiológico entre el binomio «incumplimiento de la obligación tributaria-sanción» que le asignáramos en el capítulo precedente.

(i) Teoría «tributaria».

Esta tesis parte de una apreciación «maximalista» del objeto específico de estudio del Derecho Tributario, que fundamenta su autonomía dogmática: de acuerdo con su apreciación, cualquier hecho jurídico que tenga por objeto —directa o indirectamente— regular las consecuencias jurídicas derivadas de las situaciones subjetivas que son posibles frente al tributo como institución jurídica, tiene atribuida una necesaria sustancia *tributaria*, y resulta comprendida, con carácter exclusivo y excluyente, en el objeto de estudio particularizado del Derecho Tributario.

Así, en la medida en la que la ilicitud tributaria constituye el cariz «coercitivo» de la relación jurídico-tributaria, su regulación está comprendida dentro del marco del régimen jurídico del tributo y, concretamente, del ejercicio del poder tributario, entendido como la posibilidad estatal de modificar unilateralmente el *status* jurídico particular en función de la capacidad contributiva de éste, sometiéndolo a una situación de «sujeción» respecto de tal ejercicio², si bien la ilicitud fiscal responde —de acuerdo con

¹ VILLEGAS; *Derecho...* p. 42.

² Como puede verse, la noción de «poder tributario» *stricto sensu* coincide sustancialmente con la de «competencia», en el binomio correlativo «competencia-sujeción», en los términos de KELSEN, HOHFELD, ROSS y HART, según lo expuesto en los puntos g), h), i), j) y k) del punto C. del capítulo anterior.

GIULIANI FONROUGE— a “finalidades y esquemas jurídicos distintos y se rigen por normas separadas”¹.

Como consecuencia de su origen —el «poder tributario», en sentido estricto— el ilícito fiscal es objeto de estudio del Derecho Tributario, cuyos principios e instituciones se aplicarán a su regulación como regla general. En este sentido, como ocurre en las relaciones de especialidad entre distintas ramas del Derecho, las reglas y principios de otras ramas jurídicas aplicarán sólo ante la remisión directa que, a tales reglas y principios, hagan las normas encargadas de la regulación especial², y en la medida en la que aquéllos se adapten a la especial naturaleza y fines del Derecho Tributario. Dicho con las palabras de GIULIANI FONROUGE,

“[L]as sanciones fiscales no pertenecen al derecho penal común, ni al derecho administrativo o al derecho económico, tampoco al llamado derecho penal administrativo (o derecho administrativo penal, si se prefiere); ni creemos que pueden constituir una disciplina autónoma, como sería el derecho penal tributario. Consideramos que, simplemente, constituyen un capítulo del derecho tributario, disciplina que integra el derecho financiero y, como tal, es independiente; pero concibiendo al derecho fiscal como un todo orgánico, con aspectos diversos pero interconectados y no separados, las infracciones y sanciones pertenecen a una misma categoría jurídica —ilícito fiscal— y que no puede hablarse de sanciones fiscales de tipo penal, que corresponderían al caso de dolo o fraude, y de sanciones administrativas en el supuesto de infracciones formales, sin que el concepto unitario importe desconocer las diferentes características de unas y otras”.³

¹ De ello deriva que los ilícitos tributarios, a pesar de su pertenencia al fenómeno financiero considerado como un todo, no puedan ser considerados «accesorios» del tributo. GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

² “Si se acepta que la ilicitud no es patrimonio del derecho penal y se reconoce que en el campo del derecho privado el hecho ilícito tenga su propia categorización y su particular régimen sancionatorio, fácil es concluir que si una norma del derecho tributario sustancial es violada, y tal conducta antijurídica incriminada, tales hechos (ilícitos) y sus consecuencias (sanciones) deberán ser analizados a la luz de reglas que le son propias. // Por ello, al término ‘ilícito’ se le adiciona el de ‘tributario’, con el fin de limitar el objeto de estudio sólo a las transgresiones que pueden consumarse frente a normas legales insertas en esta rama del derecho.” GURFINKEL DE WENDY, Lilian y RUSSO, Eduardo Ángel; *Ilícitos Tributarios en las Leyes 11.683 y 23.771*. 3° Edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993, p. 4.

³ GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 633.

De una caracterización tal se deducen varias consecuencias, en lo que se refiere a las «particularidades» del ilícito tributario frente a las restantes formas de ilicitud en el Derecho. En lo relativo al «bien jurídico», éste se identificará con los fines coactivos de prevención general, de garantía de la eficiencia recaudatoria como instrumento del interés público, esto es, con “*tutelar los intereses del Estado*”.¹ Por su parte, en lo relativo a la «sanción», ésta se caracterizaría como de «tipo» *penal*, en tanto se entienda esta expresión “*en un sentido genérico*”², aplicable con fundamento en garantías constitucionales comunes al Derecho —legalidad, tipicidad, debido proceso, etc.—³ en razón de una finalidad «preventivo-represiva», en conexión con el «bien jurídico» previamente indicado.⁴

Sin embargo, como lo evidencia la opinión de GIULIANI FONROUGE y a pesar de la unidad esencial del concepto de «ilícito tributario»⁵, la tesis en comentarios reconoce dentro de ésta varios tipos, en función de sus “*diferentes características*”. Estos «tipos» de ilícito se clasificarían, en un evidente paralelismo con la división «ontológica» de la ilicitud, en ilícitos tributarios «graves» y «leves». La distinción es relevante para nosotros, en tanto justifican un tratamiento diferenciado con respecto a la culpabilidad.

En efecto, en lo que se refiere a los ilícitos tributarios «leves», la tesis en comentario considera como único fundamento de la «imputación» un nexo de naturaleza meramente *causal*, «objetiva». La razón es de tipo «formal», derivada de (i) la dificultad de la prueba de la voluntariedad; (ii) la magnitud de la sanción, inferior respecto del esfuerzo que debería hacerse para la

¹ GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* p. 10.

² GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

³ GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* p. 15.

⁴ De esto último deriva que GIULIANI FONROUGE señale que, en su esencia, los ilícitos tributarios “*son de naturaleza penal, a condición de entender esta expresión en un sentido genérico y no circunscrita a la ilicitud contemplada por el Código Penal*”. GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

⁵ GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* pp. 10-11. Según César HERNÁNDEZ, “*las infracciones tributarias tienen principios generales y órganos jurisdiccionales propios y eso lleva a que se les agrupe y se les considere como constituyendo un Derecho Penal Tributario distinto del Derecho Penal común*.” HERNÁNDEZ B., César; «Infracciones y Sanciones (Parte General)». en *Comentarios al Código Orgánico Tributario*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 1983, p. 89.

demostración de la culpa en un caso concreto; y (iii) la preeminencia de la *eficiencia* de la prevención general derivada del «modelo sectorial de gestión» que comprende la inspección y recaudación de los tributos.¹

(ii) Teoría «administrativa».

De otro lado, la tesis «administrativa» parte de un enfoque similar al de la teoría «tributaria»: una concepción «maximalista» de su objeto, en este caso el Derecho Administrativo.

No obstante la esencial identidad en sus consecuencias, la tesis presenta *dos* esquemas diferentes de fundamentación². En primer lugar, en su versión «fuerte», los fundamentos de la teoría son fácilmente identificables con los de la tesis «tributaria», simplemente trasvasados al Derecho Administrativo: partiendo de la unidad esencial de regulación de las «potestades administrativas» por el Derecho Administrativo, entonces será objeto de ordenación exclusiva y excluyente por esa rama del Derecho cualquier relación de «competencia-sujeción» que involucre a la Administración como agente del interés general en una relación jurídico-administrativa concreta —como lo sería, bajo esta tesis, la relación

¹ GIULIANI FONROUGE apoya la tesis de acuerdo con la cual no resulta indispensable la noción de culpabilidad dentro del ámbito del ilícito fiscal, e incluso, en los casos en los que se la admite, puede relajársela a través del establecimiento de presunciones de culpabilidad. En sus palabras, “*Concebido el ilícito fiscal, según expusimos, como un todo orgánico e indivisible, el concepto de infracción adquiere un carácter genérico e incluye verdaderos delitos fiscales (defraudación, omisión ocultación deliberadas, etc.) Y reales contravenciones o infracciones formales, que impide generalizar la doctrina de la subjetividad; aparte de que ciertos delitos fiscales, de real gravedad, suponen la presunción de responsabilidad que debe destruir el imputado: tales, por ejemplo, el contrabando y la defraudación fiscal en que incurren los agentes de retención que mantienen en su poder los importes atenuados a los contribuyentes, luego de vencidos los plazos para su ingreso [...] la dificultad para determinar el elemento subjetivo en el acto delictual financiero, haría ilusorias muchas normas represivas, de modo que es preciso sancionar —como principio general— que basta la objetividad de la transgresión, para que exista infracción punible. [...] Aún en aquellos casos en que corresponda apreciar el grado de imputabilidad del infractor, no es menester ajustarse estrictamente a las enseñanzas de la doctrina penalista, pudiendo existir un concepto fiscal de dolo con caracteres propios y que no siempre exige la prueba de la intención de defraudar. Tal fue el criterio que sirvió de base para la parte pertinente del proyecto de Código Tributario nacional, elaborado en virtud de la honrosa misión ad honorem que nos confió el gobierno constitucional en el año 1963 (decreto 1232/63) y que debió prepararse con la actuación de una comisión asesora.” GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, pp. 647-648. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA; *Tratado...* Tomo III, p. 152, y SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* p. 126.*

² Cfr. RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; «La Potestad Sancionatoria en el Derecho Venezolano (Diagnóstico actual del sistema sancionatorio venezolano, a la luz de las premisas aportadas por la ponencia de Luciano Parejo Alfonso y la jurisprudencia nacional más reciente)», en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph Brewer-Carías'* — *Las Formas de la Actividad Administrativa*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 1996, pp. 210-211.

tributaria¹—, en tanto las infracciones administrativas tendrán su fundamento ontológico en la competencia material de gestión de que se trate —la «competencia tributaria» en este caso—, y bajo los principios e instituciones propios de esta rama, con total independencia de las instituciones y principios del Derecho Penal².

Por su parte, una versión «suave» de la teoría reconoce la existencia de una «potestad sancionatoria de la Administración» distinta y diferenciable de la competencia material de gestión del sector de interés público específico —con lo cual se marca, ya, una diferencia esencial con la versión «fuerte» de esta misma tesis— que tiene su origen en el poder general del Estado para perseguir y castigar las transgresiones al ordenamiento; esto es, el *ius puniendi*.³ Sin embargo, a pesar de compartir origen y fundamento con el Derecho Penal en sentido «estricto», esta concepción distingue dos «niveles» de punición, que se identificarían ontológicamente con la distinción entre «delitos» y «contravenciones»:

- (i) *Derecho Penal stricto sensu*, que persigue las ofensas graves de contenido moral a los bienes jurídicos considerados

¹ Evidentemente, la versión «fuerte» de la teoría «administrativa» parte del postulado de la negación de autonomía dogmática al Derecho Tributario, en función del coincidente objeto de estudio y de la inexistencia, según esta óptica, de principios e instituciones radicalmente diferenciados entre una y otra.

² «En definitiva, contra viento y marea hay que afirmar que el Derecho Administrativo Sancionador es, como su mismo nombre indica, Derecho Administrativo engarzado directamente en el Derecho público estatal y no un Derecho Penal vergonzante; de la misma manera que la potestad administrativa sancionadora es una potestad aneja a toda potestad atribuida a la Administración para la gestión de los intereses públicos. No es un azar, desde luego, que hasta el nombre del viejo Derecho Penal Administrativo haya sido sustituido desde hace muchos años por el más propio de Derecho Administrativo Sancionador.» NIETO, Alejandro; *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2005, p. 27.

³ «Debido a la necesidad del quebrantamiento de un principio tan importante, como la separación de poderes, para la legitimación de la potestad sancionatoria de la Administración, es necesario hacer notar que sobre la validez de esta potestad se ha generado desde hace mucho tiempo una importantísima discusión doctrinaria, que en términos generales puede afirmarse que actualmente se encuentra superada, por existir prácticamente un consenso, basado en el predicamento de un poder punitivo o *ius puniendi* único del Estado, que se desagrega en dos manifestaciones o expresiones, a saber: la potestad punitiva penal, lógicamente ejercida por los tribunales penales, y la potestad punitiva administrativa, ejercida por la Administración Pública, de tal manera que el fundamento de ésta, al igual que el de la primera, estaría estrictamente vinculada al referido poder punitivo general y necesario de todo Estado, pues se insiste en que se trata de dos manifestaciones del mismo poder [...] debe admitirse entonces, desde el punto de vista teórico, que la potestad sancionatoria de la Administración no está concebida básicamente en función del carácter servicial de esta, a que alude el artículo 141 de la constitución, sin que pueda negarse su vinculación con dicho carácter, pero sin llegar a configurarse una relación causa efecto; y por ende, para el logro de objetivos o fines que se le atribuyen, razón por la cual su ejercicio debe estar revestido de las mismas garantías, con las correspondientes matizaciones, que el de la potestad penal.» PEÑA SOLÍS, José; *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Colección de Estudios Jurídicos N° 10. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005, pp. 50-51.

esenciales por la sociedad y, en consecuencia, moralmente reprochables, y

- (ii) *Derecho Administrativo Sancionador*, que tiene por objeto la protección de la actividad administrativa tendiente a la satisfacción del interés público, de carácter meramente instrumental y objetivo, y que —por ello— sanciona conductas sin referente moral, esto es, transparentes a la moralidad¹.

Así las cosas, como consecuencia de su origen común el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador, como partes de una rama más amplia —denominada «Derecho Sancionador»— comparten los que son principios e instituciones esenciales al ejercicio del *ius puniendi*, fácilmente identificables con las «garantías constitucionales» a las que se refieren GURFINKEL DE WENDY y RUSSO², si bien en este último la aplicación de tales principios e instituciones admite ciertos «matices»³.

Ambas versiones de la teoría comparten, en lo fundamental, la separación dogmática de los ilícitos «administrativos» de los ilícitos «penales», en función de la diferenciación ontológica entre «delito» y

¹ La conducta lesiva de la actividad administrativa —principal objeto de tutela del Derecho Administrativo Sancionador— no se dirige, según esta tesis, contra una «declaración» volitiva, sino contra una «actuación» de la voluntad. Dicho en otras palabras; el Derecho Penal tiende a la represión del incumplimiento de deberes catalogados como «morales», mientras que el Derecho Administrativo Sancionador tiende a la eliminación de las trabas a la gestión administrativa del interés público. En estos términos, la «pena» del Derecho Penal o la «sanción» del Derecho Administrativo, serían las reacciones de tales «órdenes» contra el particular que en cada caso, o (i) viola el deber moral protegido por el Derecho; o (ii) no colabora adecuadamente con la salvaguarda del interés público, lo cual justificaría que el poder punitivo, en el caso «contravencional», provenga del propio *imperium* de la Administración.

² GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* pp. 14-15.

³ «Ha de señalarse, en primer lugar, que el precepto no consagra, como ya se ha dicho, una responsabilidad objetiva, sino que la responsabilidad solidaria allí prevista se mueve en el marco establecido con carácter general para los ilícitos tributarios por el art. 77.1 que gira en torno al principio de culpabilidad. una interpretación sistemática de ambos preceptos permite concluir que también en los casos de responsabilidad solidaria se requiere la concurrencia de dolo o culpa aunque sea leve. en segundo lugar, debemos declarar que no es trasladable al ámbito de las infracciones administrativas la interdicción constitucional de la responsabilidad solidaria en el ámbito del Derecho Penal, puesto que no es lo mismo responder solidariamente cuando lo que está en juego es la libertad personal -en la medida en que la pena consista en la privación de dicha libertad que hacerlo a través del pago de una cierta suma de dinero en la que se concreta la sanción tributaria, siempre prorrateable a posteriori entre los distintos responsables individuales. de ahí la necesidad de tener en cuenta en esta ocasión, como en otras semejantes, que la recepción de los principios constitucionales del orden penal por el Derecho administrativo sancionador no puede hacerse mecánicamente y sin matices, esto es, sin ponderar los aspectos que diferencian a uno y otro sector del ordenamiento jurídico.» Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español N° 76/1990, de 26 de abril. Fundamento Jurídico 4°, en GARBERI LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe; *El procedimiento administrativo sancionador*. Volumen I. 4ª edición. Tirant Lo Blanch. Valencia (España), 2001, p. 456.

«contravención» respectivamente¹, tanto axiológica como cualitativa, cuantitativa y formalmente, en los términos examinados en el acápite anterior. De ello se siguen las diferencias regulativas que, de acuerdo con la teoría, existen entre estas dos clases de ilícitos, que pueden resumirse en: (i) la atribución de competencia a la Administración Pública para imponer sanciones² por la comisión de ilícitos «administrativos», bajo la forma de la llamada «potestad sancionatoria de la Administración», en un régimen de excepción a la regla de judicialización del *ius puniendi* derivada de la adopción del principio de separación de las funciones estatales³; y (ii) el control judicial posterior de legalidad de los actos administrativos sancionatorios, como consecuencia de lo anterior y como emanación de la autotutela administrativa⁴.

Igualmente, existen diferencias apreciables en la regulación: (i) del «bien jurídico», identificado con los fines coactivos de prevención general,

¹ En contra de la equiparación de estos términos, y abogando por la separación dogmática entre falta «penal» y contravención «administrativa» —o sea, una fórmula particularmente *intensa* de la versión «fuerte» de la teoría administrativa— se expresa MONTORO PUERTO, en los siguientes términos: “*En efecto, si la contravención es infracción penal habrá que pasar, necesariamente, por las reglas propias del Derecho penal e inconcebible resultaría admitir una infracción penal en la que se estableciera una pena frente a una ausencia total de culpabilidad. Pero si la contravención es infracción propia del orden administrativo, no habrá ya por qué hacer aplicación necesaria de aquellas reglas. Estudiaremos oportunamente la forma en que se ha producido la identificación entre los conceptos contravención y falta penal, cometiendo con ello, a nuestro juicio, un profundo error. Si dejamos sentada la no identidad de aquellos dos conceptos, y reducimos cada uno de ellos al ámbito que le es propio —la falta penal al Derecho Penal, y la contravención al Derecho Administrativo— las normas a una y otra aplicables pueden resultar totalmente diversas.*” MONTORO PUERTO, Miguel; *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*. Ediciones Nauta. Barcelona (España), 1965, pp. 157-158.

² En la versión «fuerte» de la teoría, esta posibilidad es una mera consecuencia de la titularidad, por la Administración, de una competencia de gestión sobre el sector específico de interés público, en nuestro caso el tributo. En la versión «suave», aquella se identifica con el *ius puniendi*, que en el caso concreto se atribuirá a la Administración en su tipo «judicial». En este sentido, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA distingue tres formas distintas de manifestación del *ius puniendi*: (i) *Legislativa*, circunscrita a la posibilidad de tipificación de ilícitos y de sus penas, bajo la fórmula de dos de los «axiomas del garantismo penal» de los que habla FERRAJOLI, los de *nulla poena sine crimine* y *nullum crimen sine lege*; (ii) *Judicial*, relativa a la determinación de la comisión de un hecho ilícito, de su autor y de la medida de la responsabilidad, concretada en una sanción, que debe aplicársele como consecuencia en virtud de la tipificación legal, función que —por su naturaleza, y en razón del principio democrático y de separación de las funciones estatales— corresponde *en principio* a los Tribunales, pero que es atribuible a la Administración respecto de los ilícitos «administrativos»; y (iii) *Ejecutiva*, que se concreta en la actividad tendiente a la ejecución práctica de la sanción impuesta a través del ejercicio de la vertiente «judicial» antes reseñada. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan; *Derecho Penal Fundamental*. Tomo I. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1998, p. 13.

³ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª edición. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1998, p. 160.

⁴ “*No obstante, debe quedar claro que a pesar de que la potestad sancionatoria de la Administración Pública es una manifestación de la potestad punitiva única del Estado, los actos derivados del ejercicio de la misma son administrativos, en aplicación también de normas administrativas, los cuales deben actuar regidos por un procedimiento indudablemente significativo, y en su actuación están sujetos al control de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa.*” PEÑA SOLÍS; *La Potestad...* p. 53.

para hurtar al interés público del «peligro abstracto» en el que el incumplimiento del deber de sujeción administrativa lo coloca¹, en nuestro caso, para la garantía de la eficiencia recaudatoria como instrumento del interés público; y (ii) de la «sanción», caracterizada como de «tipo» administrativo y cuyo máximo exponente sería la sanción patrimonial —la multa, como principal pena pecuniaria— en razón de la interdicción de la privación administrativa de la libertad, derivada del principio democrático y de la separación funcional del poder público.

Así las cosas, el problema de la culpabilidad se presenta aquí bajo un doble cariz, con consecuencias diferentes en cada caso. Para la versión «fuerte» de la teoría, la absoluta independencia de la competencia administrativa de gestión frente al Derecho Penal determinará la *irrelevancia* de la culpabilidad como elemento de imputación, en tanto ella condiciona, negativamente, la eficiencia del «modelo sectorial de gestión» comprendido en la administración, fiscalización y recaudación de tributos²:

“Si hemos aceptado un concepto objetivo de ilícito, y llegado a la conclusión de que tanto si se plantea el aspecto subjetivo como el objetivo de la ilicitud, en todo caso nos encontramos con un acto en contraste con el ordenamiento jurídico, cabrá concluir que desde el momento en el que el actor quiso el acto, habrá de sufrir las consecuencias derivadas de la infracción que con su acto motivó sin necesidad para ello de que el acto haya sido realizado con dolo o culpa. Sólo planteando así la cuestión será posible comprender los numerosos supuestos que dentro del Derecho Administrativo se nos ofrecen, y ello sin olvidar que, cual se verá oportunamente, el ilícito administrativo es

¹ “En la mayor parte de los casos —y tal como ya se ha explicado con el debido énfasis en otros lugares de este libro— la infracción no consiste en la producción de un daño (supuesto ordinario en el Derecho Penal) ni en la producción de un riesgo concreto (también admisible en este Derecho) sino en la de un peligro abstracto. Así es como se explica entonces que las infracciones administrativas sean consecuencia de una inobservancia: el simple incumplimiento de un mandato o de una prohibición de crear riesgos, habida cuenta de que tal inobservancia basta para producir el peligro abstracto.” NIETO; Derecho... p. 377.

² “Lo que de todas formas parece claro es que a lo largo de este proceso el elemento subjetivo de la culpabilidad pierde la esencialidad característica del delito porque a efectos de la prevención de peligros abstractos lo que al Estado importa no es la culpabilidad sino el mero incumplimiento. El Estado no busca culpables ni siquiera —como veremos en su momento— autores sino responsables, hasta tal punto que a la mera inobservancia se corresponde la mera responsabilidad.” NIETO; Derecho... p. 378.

susceptible de diversidad de manifestaciones, e incluso de gradación entre ellas, lo que permitirá a su vez hacer distinciones en orden a este particular elemento subjetivo del sujeto activo de la infracción.”¹

La versión «suave» de la teoría parte desde un punto de mira distinto. En la medida en la que los principios e instituciones del Derecho Penal son de recepción «matizada» para la regulación de los ilícitos «administrativos», entonces es necesario, en primer lugar, receptar a la culpabilidad como elemento esencial, aunque «matizado» de la ilicitud administrativa.

Imperativo es determinar, entonces, cuál es la «gradación» que la culpabilidad debe admitir para ajustarse a las «particularidades» del Derecho Administrativo Sancionador. En el caso concreto ello supone, por una parte, la calificación del ilícito «culposo» o «imprudente» como la regla general de atribución de responsabilidad por culpa, en lugar de la acción dolosa. Esto es, se amplía el espectro de la responsabilidad, de manera que la tipificación de cualquier infracción «administrativa» supone, en principio, la sancionabilidad de su realización, sea dolosa o culposamente, en lugar de la regla penal de acuerdo con la cual el ilícito culposo será castigado sólo mediante tipificación expresa de la ley penal.²

Por otra parte, la «matización» de la culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador permitiría, aun en casos excepcionales derivados, fundamentalmente, de la atribución de responsabilidad por ilícitos «administrativos» a las personas jurídicas, la posibilidad de creación de tipos de responsabilidad «objetiva», de modo que —en conclusión— la culpabilidad se aplicaría a los ilícitos «administrativos», según la fórmula «suave» de la tesis «administrativa», bajo los siguientes criterios:

¹ MONTORO PUERTO; *La infracción...* p. 159.

² Recuérdese que, de acuerdo con el artículo 61 del Código Penal, “[n]adie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.”

- (i) La responsabilidad por culpa, negligencia o imprudencia constituyen la «regla general» de responsabilidad personal.
- (ii) El dolo y la culpa grave como elementos del tipo, excluyendo al tipo «imprudente» o «culposo», sólo son exigibles cuando así se establece expresamente en la norma, como casos especiales respecto de la regla general expuesta previamente.
- (iii) La mera inobservancia —responsabilidad «objetiva»— opera en los casos en los que la norma previene conductas de prevención de peligro abstracto, e inequívocamente cuando ésta prevé el uso de la técnica autorizatoria previa para el ejercicio de actividades calificables como «peligrosas».¹

Así, según esta versión de la teoría, la culpabilidad aplicaría —en general— a las infracciones «administrativas», con un alcance amplísimo de la responsabilidad, en comparación con la regla aplicable en Derecho Penal², y con ciertas excepciones permisivas de supuestos de responsabilidad «objetiva» en razón de la protección administrativa contra conductas constitutivas de peligro abstracto.

“...en el Derecho Administrativo Sancionador opera el principio de culpabilidad en todas sus variantes, pero también hay supuestos de infracciones formales (o por simple inobservancia) de responsabilidad objetiva. Cuando la ley es explícita al respecto, no hay dificultades, pues a su regulación habrá que atenerse. [...]

La integración de la simple inobservancia en la teoría de la culpabilidad (como «culpabilidad cero») podría disipar quizás los escrúpulos de quienes consideran que —por motivos constitucionales o de las circunstancias genéricas del *ius puniendi* del Estado— es imprescindible atenerse siempre al elemento subjetivo de la infracción en cualquier grado que sea. [...]

¹ NIETO; *Derecho...* p. 398.

² Al extremo que permite incriminar la «mera inobservancia», en una magnitud que la asimila a la «presunción de culpabilidad», que criticáramos en el punto E.c) (i) del presente trabajo.

Ahora bien, en rigor de lo que se trata es de una especie de «presunción de culpabilidad» que permite la prueba de su exclusión, cuya carga corresponde naturalmente al infractor. Y en este se distingue cabalmente de las formas propias de culpabilidad.»¹

Como sin esfuerzo puede verse, las teorías descritas hasta ahora tienen, como punto esencial a su formulación, su separación dogmática respecto del Derecho Penal. Veamos qué tiene que alegar la tesis «penalista» en su defensa.

(iii) Teoría «penalista».

Las teorías «tributarista» y «administrativista» no tienen problema en reconocer que el ilícito tributario constituye una forma de transgresión del ordenamiento castigada con un *mal*, la sanción, proporcional a la entidad del «daño» —o del peligro abstracto— concretado en cada caso, y con propósitos de prevención, tanto general como especial².

Precisamente esa circunstancia —la de la unidad ontológica de la ilicitud³— es la que le sirve de base a la tesis «penalista», en tanto entiende que la definición previa coincide plenamente con la de su objeto de estudio.⁴

¹ NIETO; *Derecho...* pp. 398-399. Una versión aún más «suave» postula, siguiendo en ello la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, la plena recepción de la culpabilidad en materia de los ilícitos tributarios, sin posibilidades de receptación de la responsabilidad «objetiva», en razón de disposición expresa de la Ley General Tributaria. MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio; «Los principios constitucionales de la potestad sancionadora a la luz de la jurisprudencia constitucional», en *Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*. Tomo I. Colección Institucional. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010, pp. 117-118.

² La denominada «prevención general» se resume en la idea de la función de «advertencia» de la función que la pena que la imposición de una sanción tiene, en un caso concreto, respecto de la colectividad: es, en cierto modo, la juridificación del proverbio popular de acuerdo con el cual debe ponerse las propias bardas en remojo, en caso de ver las del vecino arder. La «prevención especial», por su parte, consiste en la misma función de «advertencia», pero limitada a la persona que —en un caso concreto— ha cometido un ilícito, para que se abstenga de reincidir en la conducta sancionada.

³ Así lo concluye, si bien de ello extrae consecuencias radicalmente diferentes, MONTORO PUERTO. Para el profesor español, «es ilícito todo aquello que se opone o infringe el ordenamiento jurídico, y aceptada con carácter general las distinciones entre actos lícitos e ilícitos, diremos que los segundos son aquellos que se realizan con infracción del ordenamiento jurídico. Con esto habremos hecho referencia a las dos vertientes objetiva y subjetiva de la ilicitud que precisamente por su carácter de vertientes no operan de manera aislada sino en perfecta conjunción.» MONTORO PUERTO; *La infracción...* p. 87.

⁴ Cfr. MORENO DE RIVAS, Aurora; «La Infracción Tributaria», en *XXI Jornadas 'J. M. Domínguez Escovar' — El Sistema Tributario Venezolano*. 2ª edición. Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 1996, p. 158, MORENO DE RIVAS, Aurora; «El ilícito tributario en la legislación venezolana», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006, pp. 492-495, BORGES VEGAS, Carmen Luisa; *Principios Penales en el Código Orgánico Tributario*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.

En efecto, la teoría «penalista» sostiene como axioma que toda manifestación volitiva individual violadora del ordenamiento jurídico constituye objeto de estudio del Derecho Penal, con independencia de la filiación de la regulación del bien jurídico tutelado con una u otra rama del Derecho¹. Debe distinguirse entonces, en los términos en los que lo haría KELSEN, entre el objeto de la norma «secundaria» —la relación «jurídico-administrativa» o «jurídico-tributaria», según la respuesta que se dé al problema de la autonomía dogmática del Derecho Tributario—, que sería en sentido estricto el objeto del Derecho Administrativo o del Derecho Tributario, y el de la norma «primaria»: el incumplimiento del «deber» a través del «acto antijurídico», y la «sanción» normativamente asociada a ese hecho, materia de estudio y regulación del Derecho Penal.

Así las cosas, el incumplimiento del deber tributario material o formal constituirá, para esta tesis, una acción «típica», «antijurídica» y «culpable»; un delito *lato sensu*, cuya consagración legal tiene por objeto la protección de dos clases distintas de *bienes jurídicos*: (i) el «orden económico», en lo que se refiere al incumplimiento de la obligación tributaria material; o bien (ii) la «función de determinación» o «competencia tributaria», entendida como la posibilidad fáctica, para la Administración Tributaria, de conocimiento *sobre base cierta* de la existencia del hecho generador de la obligación tributaria y de su cuantía², en lo relativo al Derecho Tributario formal. La tesis rechaza,

Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999, p. 23, ANZOLA PÉREZ, Oswaldo; «Naturaleza Jurídica del Ilícito Tributario», en *Revista de Derecho Tributario* N° 72. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 1996, pp. 21-22, y ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; *Derecho Penal Venezolano*. 10ª edición. Serie Jurídica. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 2006, p. 9.

¹ SPISSO, Rodolfo R.; *Derecho Constitucional Tributario*. 2ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993, p. 594, GARCÍA BELSUNCE, Horacio; *Derecho Tributario Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985, pp. 57-59, y JARACH, Dino; *Curso Superior de Derecho Tributario*. 3ª edición. Liceo Profesional Cima. Buenos Aires, 1980, p. 267.

² La determinación tributaria es el conjunto de actos jurídicos que permiten declarar, con efectos jurídicos, la existencia o no de una obligación tributaria y su cuantía, a los fines de la concreción fáctica de la modalidad deóntica de mandato en la que consiste la obligación tributaria. Esa determinación, por imperio del artículo 131.1 del Código Orgánico Tributario, debe hacerse siempre sobre base cierta, “*con apoyo en todos los elementos que permitan conocer en forma directa los hechos imponibles*” para darle sustantividad al mandato de estructuración del sistema tributario con base en la capacidad contributiva del ciudadano y lograr, así, “*eleva el nivel de vida de la población*”, sustentándose así en “*un sistema eficiente para la recaudación de los tributos*”, según el artículo 317 de la Constitución. Así, las normas penales tributarias catalogadas como ilícitos «formales» procuran, fundamentalmente, proteger la posibilidad de la Administración Tributaria de ejercer sus facultades de

en consecuencia, el argumento de las otras posturas respecto de la diferente cualidad del «bien jurídico tutelado», sea en función (i) de la presencia o no de un referente moral en la conducta punible; o (ii) del carácter directo o indirecto de su afectación, según el tipo de ilícito de que se trate.¹

En este sentido, las normas que regulan la «parte general» de los ilícitos tributarios no hacen otra cosa que consagrar reglas *especiales*, siendo aplicables supletoriamente —como regla general— los principios e instituciones legislados en el Código Penal, ante el silencio o ambigüedad de la ley penal tributaria.²

Por su parte, tal como se desarrollara en la parte final del capítulo anterior³, la tesis proclama la aplicación irrestricta de la culpabilidad en sus *tres acepciones*⁴, limitándose la discusión —en todo caso— a la posibilidad de ampliación de la responsabilidad por culpa a los ilícitos «imprudentes» como regla general, sólo en el caso de admitirse la distinción entre «delitos» y «contravenciones» y sin que ello suponga en modo alguno, como puede fácilmente deducirse, abandonar el modelo «culpabilista» de responsabilidad personal por la comisión de ilícitos tributarios.

(iv) Teoría «mixta».

La tesis «mixta» asume como premisa una naturaleza dual del ilícito tributario, que tiene su piedra basal en la distinción ontológica entre «delito» y «contravención».

En efecto, la separación entre estos dos conceptos permite concluir, *prima facie*, que aquellos ilícitos tributarios que lesionan el «orden económico» como bien jurídico y que, además, tienen asociada a su

determinación tributaria de oficio mediante el conocimiento del hecho imponible y de su cuantía sobre base cierta; esto es, protegiendo la «función de determinación» o, en otros términos, la «competencia tributaria».

¹ ZORNOZA PÉREZ; *El Sistema...* pp. 60-62.

² Este es un criterio esencial, de acuerdo con AFTALIÓN, para dar naturaleza penal al ilícito tributario. AFTALIÓN, Enrique R.; *Derecho Penal Económico*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959, pp. 27-31.

³ Capítulo I, acápite E. c).

⁴ Como valor, principio y regla. Capítulo I, acápite E.

realización la privación de libertad —la pena por excelencia— son «delitos», y tienen, en consecuencia, naturaleza «penal». Por su parte, los restantes ilícitos tributarios, en tanto protegen el interés público comprometido en la actividad administrativa de inspección, fiscalización y recaudación de los tributos, y su realización implica la aplicación preferente de la multa como típica «sanción administrativa»¹, deben ser calificados como ilícitos «administrativos», receptándose aquí —en lo fundamental— la versión «suave» de esta última tesis.²

Por su parte, una variante de esta teoría sostiene que el ilícito tributario es una categoría “*básicamente penal*”, pero “*la presencia de elementos tributarios, civiles y administrativos la hacen una institución mixta, en donde no se puede inclinar la balanza definitiva e inexorablemente hacia uno solo de sus componentes*”. Estos «componentes» son, resumidamente, las diversas consecuencias derivadas del hecho ilícito: (i) la obligación de satisfacer la obligación eventualmente insoluta, cuestión de «tipo» tributario; (ii) las indemnizaciones por mora, de tipo «civil»; y (iii) el ejercicio de potestades «administrativas», referidas a la determinación tributaria oficiosa.³

Así las cosas, la culpabilidad tendrá un tratamiento «dual», en función del «tipo» de ilícito de que se trate. En materia de «delitos» tributarios regirá sin excepciones el valor-principio-regla de culpabilidad, en los términos antes mencionados y sin «excepciones» de las que dar cuenta, dada la categoría delictual stricto sensu de este tipo de ilicitud fiscal, considerada «grave». De otro lado, en materia de «contravenciones» tributarias la culpabilidad recibirá una aplicación «matizada», teniendo como reglas generales la de atribución

¹ A pesar de que el artículo 30 del Código Penal la caracteriza, sin lugar a dudas, como una pena, que comparte sus principios de aplicación con las demás —incluso con la privación de libertad— y que puede ser aplicada, además, conjuntamente con ellas. Vid. BORGES VEGAS, Carmen Luisa; «La multa», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006, pp. 45-49.

² PÉREZ ROYO, Fernando; *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 6ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996, p. 277, PÉREZ DE AYALA y GONZÁLEZ; *Curso...* p. 318,

³ Como consecuencia de lo expuesto, se sugiere denominar a la disciplina «Derecho Tributario Sancionador». LUZARDO BAPTISTA, Rodolfo; *Las infracciones y sanciones en el Derecho Tributario Venezolano*. Editorial Maracaibo. Maracaibo, 1997, pp. 61-63.

de responsabilidad hasta por la mera inobservancia, así como la relajación de la regla de personalidad de la responsabilidad, en la medida en la que se impute la sanción a personas jurídicas.

c) Nuestra opinión, una vez más.

Desde un punto de vista ontológico, nada hay que justifique la distinción entre «delitos» y «contravenciones», y consecuentemente no hay razón que fundamente la adscripción del ilícito tributario, como objeto particularizado de estudio, a una rama del Derecho distinta del Derecho Penal.¹

En efecto, no hay razones «axiológicas» que permitan diferenciar sustancialmente entre unos y otros. En los dos ámbitos, tanto el de los delitos como en el de las contravenciones, se toma como fundamento del castigo conductas que son *reprochables* —y nótese el adjetivo—, que lesionan o ponen en peligro condiciones necesarias de convivencia colectiva, sea a través del ataque directo a los bienes jurídicos fundamentales o de la agresión a los instrumentos de los que se sirve la sociedad para mejor lograr esos fines.² No se olvide, a estos efectos, que la Administración no es otra cosa que un *instrumento* al servicio de la consecución de los fines colectivos³, y —por ello— no es ella la que recibe protección *en sí y para sí*,

¹ Como lo dice CORTÁZAR, en palabras que hacemos nuestras, “[l]as diferentes clasificaciones que se fueron sucediendo en el derecho comparado entre crímenes, delitos y faltas o contravenciones, muestran la inexistencia de fundamentos sólidos que suministren distinciones ontológicas entre acciones que poseen análoga naturaleza y que atacan, en general, similares bienes jurídicos que los que lesionan los delitos y que el derecho penal intenta tutelar. La meta de las clasificaciones aludidas, tuvieron solo una finalidad utilitaria: determinar la competencia del tribunal interviniente e individualizar la pena aplicable.” CORTÁZAR; *Los delitos...* pp. 21-22. En el mismo sentido se expresa BETTIOL: “Pero aunque existan bajo el aspecto político tendencias que quisieran confinar las contravenciones en el campo de los ilícitos administrativos y separarlas del Código Penal, ontológicamente no subsiste diferencia alguna entre las dos formas de ilícito penal; sólo hay un tratamiento penal menos severo en las contravenciones, dada su mínima carga de lesividad.” BETTIOL; *Instituciones...* p. 27.

² “La afirmación de que lo ilícito administrativo sea ético-social o culturalmente indiferente no me parece convincente. El legislador no establece sus mandatos y prohibiciones, como dice Welzel, para ejercitar la obediencia de los ciudadanos, sino para crear un estado o situación valiosos o impedir la producción de un daño. Desde el núcleo central del Derecho penal hasta las últimas faltas penales o infracciones administrativas discurre una línea continua de un ilícito material que se va atenuando, pero que no llega a desaparecer nunca del todo. [...] Una regulación jurídica arbitraria, sin fundamento material alguno sería puramente despótica y debería ser extirpada de nuestro Derecho.” CERZO MIR; *Curso...* p. 47.

³ Así lo señalan GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: “La Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales.” GARCÍA DE

sino el bienestar común al que ella sirve de gestora. La situación descrita, que es la aplicable a las contravenciones, moralmente hablando es idéntica a la de los delitos: el acto antijurídico, en uno y otro caso, es *reprochable* por dañar, con mayor o menor intensidad y fuerza, al *bien común*.

Similares afirmaciones deben sostenerse al evaluar la pertinencia de la distinción en comentarios, desde un criterio «cualitativo». Es necesario insistir: tanto los «delitos» como las «contravenciones» encuentran su esencia y justificación axiológica en la *protección de bienes jurídicos*, conductas que resultan, de una forma u otra, lesivas a la convivencia organizada en sociedad, en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

En este orden de ideas, sostener que la contravención es distinta al delito simplemente por el hecho de que la pena procura castigar la puesta en peligro del bien jurídico, antes que se produzca su daño efectivo¹, sólo busca encubrir un hecho muy sencillo: el adelantamiento de la sancionabilidad a situaciones previas a la lesión del bien jurídico, por consideraciones de política criminal, de eficiencia del «modelo sectorial de gestión» y —como tales— de una mera racionalidad «teleológica», que olvida por ello la consideración de los *valores* de Libertad y Dignidad individual que informan

ENTERRÍA y FERNÁNDEZ: Curso... Tomo I, p. 30. Y ello se justifica, según LARES MARTÍNEZ, en el hecho de que “[l]a Administración no viene a ser representante de la comunidad sino que es una organización puesta a su servicio y es en este sentido que ella se caracteriza como instrumental”, al punto que “los conceptos de administración y derecho administrativo se califican por su finalidad”, teniendo la Administración como propósitos “la satisfacción de los intereses públicos y la conservación del Derecho”. LARES MARTÍNEZ, Eloy; *Manual de Derecho Administrativo*. 13ª edición. Actualización por Rodrigo LARES BASSA. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008, pp. 32, 34. En definitiva, como enseña JÉZE, “[e]n todos los países civilizados, la administración pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general”. JÉZE, Gaston; *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. Colección Grandes Maestros del Derecho Administrativo. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México, D. F., 2007, p. 140.

¹ “En primer lugar, es innegable el aumento que se verifica en las legislaciones penales positivas de la inclusión de los llamados ‘delitos de peligro’, que, por oposición a los denominados ‘delitos de resultado’, se configuran en razón de un riesgo genérico o concreto, donde el bien jurídico protegido aparece rotulado bajo el nombre genérico de ‘seguridad pública’, entre otros; y donde los delitos cometidos ‘contra’ la misma afectarían potencialmente el ‘plan de vida’ que pretenden realizar los ciudadanos. Esto significa que las faltas tipificadas como contravenciones – en su gran mayoría sancionadas con fines preventivos especiales –, bien podrían entrar a formar parte del extenso catálogo de delitos tipificados en la ley penal, pues en la medida que los requerimientos de seguridad pública exijan mayor prevención en la comisión de delitos, obligarán al legislador a incriminar como delictuales, conductas que fueron tradicionalmente consideradas típicas contravenciones.” CORTÁZAR; *Los delitos...* pp. 11-12.

transversalmente al Derecho en todas sus manifestaciones¹, y de los que la culpabilidad es su expresión, en los términos antes desarrollados, en materia de ilícitos y sus sanciones.²

Menos sostenible aun es el criterio «cuantitativo» de distinción entre delitos y contravenciones; más bien por el contrario, el razonamiento abunda a favor de la posición contraria. La valoración del daño —real o potencial— que una determinada conducta puede hacer a un bien jurídico es un asunto que se va a presentar —como proceso, como técnica— de idéntico modo en todo hecho objeto de expresión jurídica mediante el enunciado deóntico «acto antijurídico-sanción»; se confunde aquí el acto de valoración con su resultado³, en un caso claro de *petitio principii*.⁴

Tan es cierto lo expuesto que CUELLO CALÓN, partícipe de esta tesis pues —en su opinión— ésta “*responde a la verdad y sobre todo marca el*

¹ Al respecto, argumenta JAKOBS: “*Hay además argumentos preventivo-policiales en favor de esas anticipaciones. Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo; pues con la anticipación de la punibilidad en favor de esas anticipaciones. Se anticipa la consumación para conceder a la policía la posibilidad de intervenir en el momento propicio para hacerlo; pues con la anticipación de la punibilidad se amplían los límites de lo permitido para la represión*”. Y ello produce la «despersonalización» del sujeto infractor, en clara contradicción con su Libertad y con su Dignidad, en los términos ya expresados. Bajo el adelantamiento de la punición a estados previos a la lesión del bien jurídico, “[e]l autor viene definido tan sólo por el hecho de que puede constituir un peligro para el bien jurídico, con el añadido de que cabe anticipar, potencialmente sin límite alguno, el comienzo de tal peligro. El autor no tiene ninguna esfera privada, ningún ámbito para una conducta todavía no socialmente relevante, sino que es sólo fuente de peligro o, con otras palabras, enemigo del bien jurídico”, cuando de su *status* de persona —por el contrario— derivan ámbitos de Libertad y Dignidad que le son inherentes, y que son, en consecuencia, claramente contrapuestos a una visión de este tipo, pues “[c]uanto más intensamente se optimicen la protección de bienes jurídicos, tanto más se define al autor como enemigo, sin un ámbito interno”, el cual debe orientarse “*en un régimen de libertades, al status del autor en cuanto ciudadano*”. Como dice JAKOBS: “*A la definición del autor como enemigo del bien jurídico, según la cual se podrían combatir ya los más tempranos signos de peligro, si bien esto podría no ser oportuno en el caso concreto, se ha de contraponer aquí una definición del autor como ciudadano. El autor no sólo ha de ser considerado en cuanto potencialmente peligroso para los bienes de la víctima, sino que debe ser definido también, de antemano, por su derecho a una esfera exenta de control; y se va a mostrar que del status de ciudadanos se pueden derivar límites, hasta cierto punto firmes, para las anticipaciones de la punibilidad*.” JAKOBS; *Fundamentos...* pp. 184-185, 239.

² CUELLO CALÓN; *Derecho...* Tomo I, p. 279.

³ Ello sin tomar en cuenta que, como con acierto lo señala CORTÁZAR, en reiteradas ocasiones la sanción cuantitativa aplicable a las contravenciones resulta superior, con creces, a la de algunos delitos. CORTÁZAR; *Los delitos...* p. 12. Como pone de manifiesto MIR PUIG, “*la multa es una sanción que puede ser penal o administrativa, y ocurre que ciertas multas administrativas son mucho más elevadas que otras multas penales*.” MIR PUIG; *Derecho...* p. 51.

⁴ “*El mejor ejemplo de falacia por falta de razones es la petición de principio, que consiste en efectuar una pretensión y argumentar en su favor avanzando razones cuyo significado es sencillamente equivalente al de la pretensión original*.” ATIENZA, Manuel; *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Serie Doctrina Jurídica N° 134. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 2007, p. 94. En el mismo sentido se expresa MARTÍNEZ ZORRILLA: “*El argumento circular o petición de principio consiste en un razonamiento que presupone aquello que quiere probar*.” MARTÍNEZ ZORRILLA, David; *Metodología jurídica y argumentación*. Marcial Pons. Madrid, 2010, p. 216. En el sentido del texto, AFTALIÓN, Enrique R.; *Derecho Penal Económico*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959, p. 95.

criterio que debería servir en las legislaciones como base de diferenciación entre delitos y contravenciones”, reconoce que “aún son muy numerosos los códigos que incluyen entre las contravenciones hechos lesivos de intereses jurídicos, cuya inmoralidad y perversidad, es igual o superior a la de muchos delitos”, por lo que se impone una “labor de afinada elaboración legislativa que, previa una minuciosa selección, reserve para el libro de las contravenciones los hechos desprovistos de lesividad de los intereses individuales y colectivos, de maldad e inmoralidad colectiva”. Pero para ello hay que caer —nuevamente— en la «petición de principio» que se denuncia: según el profesor español, “la dificultad estriba en marcar la frontera entre ambas clases de infracciones.”

Más radical en su crítica es QUINTANO RIPOLLÉS: “[l]a clasificación cuantitativa de infracciones en base a la gravedad de la sanción prevista es de escaso valor lógico, puesto que en el fondo se desenvuelve en una continua tautología, definiéndose la entidad de la infracción por la de la pena, y la de ésta por la de aquélla.”¹

Quizá un ejemplo, razonando *ad absurdum*, demuestre el razonamiento con mayor eficacia: dos billetes, uno de Bs. 100 y otro de Bs. 2 bolívares tienen distinto valor —una diferencia considerable, de hecho— pero eso no cambia el hecho de que *los dos, en esencia, son billetes*, y ambos cumplen, si bien con distinta intensidad, idéntica función. Otro ejemplo, esta vez de nuestra materia, lo pone mucho más claro todavía: el caso de la defraudación tributaria.

Bajo la redacción del primer Código Orgánico Tributario (1982)², estructura que se mantuvo inalterada en la versión de 1992¹, la defraudación

¹ QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio; *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963, p. 401.

² Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.992 Extraordinario, de 3 de agosto de 1982. Según su artículo 94, “[c]omete defraudación el que mediante simulación, ocultación, maniobra o cualquier otra forma de engaño, obtenga para sí o para un tercero, un provecho indebido a expensas del derecho del sujeto activo a la percepción del tributo. Es agravante la circunstancia de que la defraudación se cometa con la participación del funcionario que, por razón de su cargo, intervenga en los hechos constitutivos de la infracción.”

—a pesar de su identidad esencial con la estafa agravada en perjuicio de una administración pública a la que se refiere el hoy artículo 462.1 del Código Penal²— estaba calificada desde un punto de vista cuantitativo (i) como «infracción», castigable con multa de 2 a 5 veces el monto del tributo defraudado³; y (ii) como «delito», en el caso del tipo agravado de defraudación cometido a través del ejercicio clandestino de la industria y comercio de alcohol y demás especies alcohólicas.⁴ Más grave se volvió la situación a partir de la reforma del Código Orgánico Tributario de 1994⁵, en la que el tipo genérico de defraudación pasó a estar, al mismo tiempo, subsumido en el tipo de «infracción» previsto en su artículo 93⁶ y en el tipo delictual de estafa agravada en perjuicio de una administración pública, bajo la regla que es hoy el artículo 462.1 del Código Penal⁷. Finalmente, el artículo 116 del Código Orgánico Tributario hoy vigente criminaliza, definitivamente, a la defraudación tributaria, asignándole una pena de prisión de 6 meses a 7 años.

Como puede fácilmente constatarse, es difícil asumir que una misma conducta pueda ser, al mismo tiempo, delito y contravención, o primero contravención, luego delito, luego *las dos*, simplemente por una razón cuantitativa: de seguirse este argumento, entonces sería admisible atribuir al

¹ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.466 Extraordinario, del 11 de septiembre de 1992.

² Artículo 462.1, Código Penal.- *“El que, con artificios o medios capaces de engañar o sorprender la buena fe de otro, induciéndole en error, procure para sí o para otro un provecho injusto con perjuicio ajeno, será penado con prisión de uno a cinco años. La pena será de dos a seis años si el delito se ha cometido: 1. En perjuicio de una administración pública, de una entidad autónoma en que tenga interés el Estado o de un instituto de asistencia social.”*

³ Artículo 96, Código Orgánico Tributario (1982).- *“La defraudación será penada con multa de dos a cinco veces el monto del tributo omitido. Podrán aplicarse además, conjunta o separadamente: a) Comiso de las mercancías u objetos, y de los vehículos y demás elementos utilizados para la comisión de la infracción. b) Clausura del establecimiento donde se hubiere cometido la infracción, por un máximo de seis (6) meses, cuando dicho establecimiento sea elemento esencial para la comisión de la infracción.”*

⁴ Artículo 97, Código Orgánico Tributario (1982).- *“Cuando la defraudación consista en el ejercicio clandestino de la industria o comercio del alcohol o de las especies alcohólicas, será penada con prisión de tres (3) meses a dos (2) años.”*

⁵ Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.727 Extraordinario, del 27 de mayo de 1994.

⁶ De texto idéntico al del artículo 94 del Código Orgánico Tributario de 1982.

⁷ Y así lo declararon los Tribunales. Al respecto, la Sentencia del Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia N° 19/2007, de 19 de septiembre, caso *República v. Jorge Luis NEGRÓN SERGE*, en <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/566-19-2M-054-05-013-07.html>, 7 de julio de 2007, y la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, N° 313/2009, de 2 de julio, caso *República v. Jorge Luis NEGRÓN SERGE*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/313-2709-2009-c08-288.html>, 7 de junio de 2013.

legislador la posibilidad de que, por simple criterio de política represiva y por obra de un «golpe de pluma», cambie a su antojo la naturaleza jurídica de un ilícito. Cambiar a un hombre en mujer, o viceversa.

Y finalmente —desde esta perspectiva ontológica—, un criterio «formal» es aún menos sostenible que todos los demás. Se confunde aquí la *distribución de funciones* entre los distintas ramas del Poder Público, en la que la atribución de *ius puniendi* «judicial»¹ a la Administración atiende a criterios de eficiencia en la represión de ciertas conductas, ponderándose con los principios (i) democrático y (ii) de separación de las funciones estatales, con la *esencia del objeto material* de estas competencias, los ilícitos tributarios. Es esa razón, la influencia del principio democrático en la distribución orgánica del Poder Público, y no una pretendida naturaleza especial de las «contravenciones», el fundamento de la interdicción de la imposición administrativa de penas privativas de libertad; de ello no puede sacarse, como es obvio, diferencia alguna entre «un» tipo de ilícitos y «otro». Así lo opina BORGES VEGAS:

“Si bien lo deseable es que este Derecho entre como el último instrumento de control social aplicado por el Estado, el que le cambiemos el nombre a las disposiciones o el que administrativicemos los procedimientos, no resta el carácter punitivo, ni represivo, ni es suficiente para considerarlas fuera del Derecho Penal, cuando tales normas limitan al ciudadano en sus derechos fundamentales.”²

Como consecuencia de lo expuesto, es imperativo negar una naturaleza particular al ilícito tributario, desde una perspectiva dogmática. En efecto, rechazada como ha sido la separación ontológica entre «delitos» y

¹ Esto es, competencia —aptitud para el ejercicio de funciones públicas, como forma de distribución orgánica del *imperium* estatal— para determinar la comisión o no de un hecho ilícito, de su autor y de la medida de la responsabilidad, o en otras palabras, las de la tesis «administrativista», la llamada «potestad sancionatoria de la Administración». FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Derecho...* Tomo I, p. 13, y RIVERO, Jean; *Derecho Administrativo*. 9ª edición. Traducción del original francés por Patricia DÁVILA DE BRICEÑO, Isabel BOSCÁN DE RUESTA, Cecilia SOSA GÓMEZ y Allan R. BREWER-CARIÁS. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, p. 11.

² BORGES VEGAS; *Principios...* p. 94.

«contravenciones», y reconocido —así— el fundamento de los ilícitos en el *ius puniendi* del Estado y no en el poder tributario, la tesis tributaria se cae por su propio peso. Sus propios defensores lo reconocen, cuando GIULIANI FONROUGE dice que los ilícitos tributarios y sus sanciones son de «tipo» penal¹, entendida esa expresión en su sentido más amplio: la verdad, en el *único* sentido que ésta tiene. De igual modo es descartable la versión «fuerte» de la tesis «administrativista», toda vez que el fundamento de los ilícitos tributarios no se encuentra, como esta versión sostiene, en las competencias materiales de gestión de la Administración Pública, de las que el poder de policía no sería otra cosa que un componente coactivo, instrumento de la racionalidad teleológica del «modelo sectorial de gestión», del «servicio público», si así quiere llamársele.²

Por su parte, el único fundamento de la versión «suave» de la tesis administrativista radica en la distinción entre «delito» y «contravención». Descartada ésta, el razonamiento pierde buena parte de su sentido; incluso, en lo que constituye el tema central de nuestras reflexiones, la versión «suave» de la tesis «administrativista» llega a confundirse —en su fundamentación— con la discusión, propia del Derecho Penal, respecto de la posibilidad de establecer excepciones a la aplicación del principio de culpabilidad, cuestión que —como vimos— debe descartarse de plano.

Ello se pone más de bulto cuando se repara en la cuestión terminológica. La versión «suave» de la teoría administrativista presupone, como fundamento de su tesis, que la tradicional *summa divisio* de las ramas jurídicas entre el Derecho Civil y el Derecho Penal debe replantearse, de

¹ Según el profesor argentino, los ilícitos tributarios —a pesar de ofrecer “*acentuado particularismo que justifica su consideración independiente*”, en tanto “*derivan del propio poder tributario estatal*”, son “*en su esencia de naturaleza penal, a condición de entender esta expresión en un sentido genérico y no circunscrita a la ilicitud contemplada por el Código Penal*”. GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

² Reproduciendo así una concepción ya superada de «servicio público», la de JÈZE: “*Decir que, en determinada hipótesis, existe servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos del derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que sea oponible a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico.*” JÈZE; *Técnica...* pp. 140-141.

modo de sustituir a este último por una rama que tenga, como objeto de estudio, la ilicitud en todas sus manifestaciones: el Derecho «Sancionador», del que el Derecho Penal y el Derecho Administrativo Sancionador serían partes, distinguibles en razón de los criterios de distinción entre «delitos» y «contravenciones». El argumento encubre una suerte de «aguijón semántico»¹: desde siempre se ha identificado a la ilicitud, en todas sus formas, como el objeto de estudio del Derecho Penal, en sentido «objetivo», «subjetivo» o «dogmático».² Así, el cambio de nombre no busca sino encubrir que, al final de todo, estaremos hablando siempre de Derecho Penal.

Finalmente, luego de la exposición precedente, poco —o nada— hay que agregar respecto de la validez de la tesis «mixta». En todas sus versiones, la tesis parte de la división ontológica de los ilícitos en «delitos» y «contravenciones», o —si se prefiere— entre ilícitos «penales» y «administrativos». Negada esta premisa, la teoría es difícilmente sostenible, como es fácilmente constatable.

En conclusión, **el ilícito tributario es ilícito penal, como parte que es del fenómeno unitario de la ilicitud en el Derecho**, y es —en consecuencia— objeto dogmático de estudio del Derecho Penal, cuyos principios e instituciones, y muy especialmente la culpabilidad, regirán con

¹ «Denominaré el argumento que acabo de describir, que ha causado tanto daño en filosofía del derecho, el aguijón semántico. Las personas que tienen una cierta imagen de cómo es el desacuerdo y cuando es posible, son su presa. Crean que pueden discutir con sensatez unos con otros si, y sólo si, todos aceptamos y seguimos los mismos criterios para decidir cuándo nuestros reclamos tienen fundamento, incluso si no podemos formular con exactitud, tal como esperaría hacerlo un filósofo sobre qué son estos criterios. Usted y yo podemos discutir sobre cuántos libros tengo, por ejemplo, en mi biblioteca, sólo si ambos estamos de acuerdo, al menos a grandes rasgos sobre qué es un libro. Podemos disentir de los casos dudosos: para mí un libro delgado puede ser lo que para usted es un panfleto. Pero no podemos disentir sobre lo que denominó casos cruciales. Si no consideran a mi copia de *Moby Dick* como un libro porque a su parecer las novelas no son libros, cualquier desacuerdo no tendrá sentido. Si este pequeño ejemplo acerca de cuándo es posible un desacuerdo verdadero, agota todas las posibilidades, debe aplicarse a conceptos jurídicos, incluyendo el concepto de derecho. Luego, se plantea el siguiente dilema. A pesar de las primeras apariencias, en realidad, todos los abogados aceptan a grandes rasgos los mismos criterios para decidir cuándo un postulado sobre la ley es verdadero o no puede haber un acuerdo o desacuerdo genuino sobre el derecho, sino sólo la estupidez de la gente que cree que disiente porque otorga significados diferentes al mismo sonido. La segunda parte de este dilema parece absurdo. De modo que los filósofos tratan de concentrarse en la primera y de identificar algunas reglas ocultas que deben estar allí incrustadas a pesar de que no se las reconozca, en la práctica legal. Producen y debaten teorías semánticas de derecho.» DWORKIN; *El Imperio...* p. 44.

² Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Derecho...* Tomo I, pp. 13-15.

carácter esencial y necesario toda manifestación de modalidades deónticas del tipo «acto antijurídico-sanción» que tengan por objeto de protección el cumplimiento de una obligación tributaria.

C. Nuestra tesis. La culpabilidad como «concepto jurídico fundamental» del Derecho Penal Tributario.

Por ello debe afirmarse en definitiva, como **nuestra tesis**, que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o formal.¹

En otras palabras, **la culpabilidad constituye un componente indispensable para la justificación valorativa del binomio correlativo «incumplimiento de la obligación tributaria-sanción»**, en resguardo de la Libertad y de la Dignidad del contribuyente o responsable infractor, sin que en modo alguno sea justificable su abandono bajo la excusa de privilegiar, desde una racionalidad meramente teleológica, la efectividad del «modelo sectorial de gestión» de la actividad administrativa tributaria.

En definitiva: la aceptación de la culpabilidad sin reservas como elemento esencial de la ilicitud tributaria en todas sus formas es la

¹ Debe reseñarse en este punto, la opinión contraria de NIETO —de la que obviamente disentimos— de acuerdo con la cual el método conceptual, empleado como base de nuestra argumentación, es inhábil para desentrañar la auténtica función de la culpa respecto de las que él califica, como vimos previamente, de «infracciones administrativas»: *“El mayor riesgo del método conceptual estriba en que al «descender» a los fenómenos individuales reales se desnaturaliza el «mínimo jurídico» de lo abstracto y se aplica a fenómenos que por su singularidad son incompatibles con el régimen general atribuido al concepto abstracto. [...] Cuando se construye por elevación el concepto abstracto de ilícito y se le atribuye la nota de la culpa, luego, al intentar, por descenso, aplicarlo a los ilícitos administrativos resulta que la culpa ha de ser manejada en términos muy distintos. En los casos difíciles el descenso lógico no nos vale o nos conduce a resultados inadmisibles.”* Además de las razones expuestas a lo largo del trabajo, que hacen obvio nuestro desacuerdo con el profesor español, debe agregarse una inconsistencia, digamos, lógica. Aunque sólo unos párrafos antes NIETO reconoce el valor del método conceptual como forma de lograr el conocimiento jurídico —con validez universal, claro está— *desconoce sus efectos*, en la medida en la que esa metodología no se adapta a la solución que él considera correcta (la culpa como elemento esencial de toda forma de imputación de responsabilidad por ilícitos), sin asumir en su integridad las consecuencias de la tesis que presentó como correcta (el método conceptual como forma de conocimiento del Derecho). NIETO; *Las limitaciones...* pp. 24-25.

consecuencia necesaria de aceptar, como lo hace —por ejemplo— la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario, que el ejercicio del *ius puniendi* estatal en lo tributario está “*dirigido a la protección de bienes jurídicos*” y no es, en modo alguno, un mero instrumento coactivo destinado a garantizar la «eficiencia» recaudatoria¹, pues es sólo a través del reconocimiento de los valores, principios e instituciones que inspiran al Derecho Penal que el ejercicio del *ius puniendi* fiscal “*encuentra límites en un Estado democrático de Derecho*”.²

D. La culpabilidad como fundamento axiológico de la imputación penal tributaria. Implicaciones.

Una primera implicación de la culpabilidad, entendida como valor fundamental del Derecho Penal Tributario, es la de su integración como elemento *esencial* de la ilicitud fiscal, en los términos ya expuestos.³ En este orden de ideas, como se ha visto⁴, nadie discute el carácter esencial de la culpabilidad para determinar la imputación de responsabilidad en el caso de delitos *stricto sensu*, esto es —desde la perspectiva de la pena aplicable— los ilícitos castigados con privación de la libertad.

Ello implica, desde ya, que en el Derecho Penal Tributario venezolano se acepte sin reservas, a partir del mandato criminalizador de la evasión

¹ Cfr., en sentido contrario, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 948/2008, de 13 de agosto, caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00948-13808-2008-2007-0593.html>, 7 de junio de 2013. En la misma línea, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 314/2007, de 22 de febrero, caso *Banco Federal, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00314-22207-2007-2005-0691.html>, 7 de junio de 2013, y también Dictamen de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria N° DCR-5-30358-1511, del 18 de abril de 2007. Copia fotostática del original, p. 8.

² “Sin embargo, al margen de cualquier postura, es claro que la escasa construcción de principios rectores sobre la materia por parte de la rama administrativa y tributaria, obligan a acudir en muchos casos a los principios del derecho penal, llenando los espacios y nutriendo de esta forma el desarrollo paulatino y la correcta aplicación de las normas que tipifican las conductas antijurídicas tributarias. Desde esta óptica, además, y frente al reconocimiento indiscutible de dichos principios, es que el ejercicio del ‘ius puniendi’ estatal dirigido a la protección de bienes jurídicos, encuentra límites en un Estado democrático de Derecho.” ASAMBLEA NACIONAL; Sesión del 5 de abril de 2001. *Primera discusión del Código Orgánico Tributario*. Dirección de Información Legislativa. Copia fotostática del original. Caracas, 2001. pp. 15-16.

³ Capítulo I, E.

⁴ Capítulo I, E. c) y Capítulo II, B.

fiscal contenido en la Constitución¹ y concretado en la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001², que los ilícitos tributarios a los que se dedica la Sección Cuarta del Capítulo II del Título III del Código, a saber: (i) la defraudación tributaria; (ii) la apropiación indebida de tributos; y (iii) la divulgación de secreto fiscal, deberán —para ser considerados como punibles— constituirse en acciones típicas, antijurídicas y «culpables». Ello sube de punto cuando se toma en cuenta que, por su estructura típica y como emanación necesaria del principio de culpabilidad, la responsabilidad por la comisión de estos delitos puede únicamente atribuirse a título de dolo.³

Por ello, respecto de los «delitos tributarios», los eventuales peligros a la efectiva integración de la culpabilidad en el Derecho Penal Tributario radicarán, en todo caso, en la tasación probatoria de determinados hechos como «indicios», de acuerdo con el Código Orgánico Tributario⁴, y el riesgo

¹ De acuerdo con el artículo 317 de la Constitución, “[l]a evasión fiscal, sin perjuicio de otras sanciones establecidas por la ley, podrá ser castigada penalmente. // En el caso de los funcionarios públicos o funcionarias públicas se establecerá el doble de la pena.” Concordantemente, la Disposición Transitoria Quinta de la misma Constitución ordenó incrementar el rigor de la normativa penal tributaria contenida en el Código Orgánico Tributario, de modo de contribuir, como lo dice la Exposición de Motivos de la Constitución, “a modernizar la administración tributaria, ampliando las facultades de regulación, control y penalización del fraude fiscal”. RONDÓN DE SANSÓ lamenta la inclusión de una norma tal en la Constitución: “No puede menos que objetarse la inclusión del artículo 317 con respecto al establecimiento de sanciones penales en caso de evasión fiscal. Si bien la evasión fiscal debe ser perseguida, no debe ser razón para incluir una previsión que hace resaltar el espíritu represivo en materia fiscal, tendencia que encuentra su apogeo en la Disposición Transitoria Quinta, en la cual se fijan una serie de orientaciones para la reforma del Código Orgánico Tributario, algunas de las cuales están en contradicción con los derechos y garantías que la propia Constitución consagra.” RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*. Editorial Ex Libris. Caracas, 2000, p. 251.

² “Finalmente, encontramos los ilícitos sancionados con pena privativa de libertad, los cuales se justifican en razón de la gravedad del perjuicio causado. En los ilícitos sancionados con pena privativa de libertad, es el elemento subjetivo el que determina la punibilidad del responsable aún cuando también se analizan los elementos objetivos. En los delitos sancionados con penas pecuniarias se da primacía a la condición objetiva de la ocurrencia del incumplimiento para caracterizar la comisión y punibilidad del ilícito.” ASAMBLEA NACIONAL; Sesión... p. 17.

³ “Por el principio de culpabilidad resulta que no basta para exigir responsabilidad con que se pueda atribuir subjetivamente a una persona el hecho por ella materialmente producido. Es preciso además atender al proceso de motivación que le ha llevado a tomar la decisión de realizar ese comportamiento. La sociedad está dispuesta a renunciar a hacer responsable a una persona de comportamientos que le son imputables si, en alguna medida socialmente asumible, se puede afirmar que no pudo evitar tomar tal decisión o le resultó especialmente difícil evitarla. Este principio tiene como presupuesto la arraigada convicción ética de que el ser humano en condiciones normales dispone de un importante margen de libertad a la hora de tomar decisiones. En lo que se refiere al tema en análisis, compartimos el pensamiento de MOCCIA y LO MONTE en el sentido de que los delitos tributarios sólo deben ser imputados a título doloso.” CERVINI, Raúl; «Principios del Derecho Penal Tributario en el Estado Constitucional de Derecho», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008, p. 60.

⁴ Artículo 117, Código Orgánico Tributario.- “Se considerarán indicios de defraudación, entre otros: 1.- Declarar cifras o datos falsos u omitir deliberadamente circunstancias que influyan en la determinación de la obligación tributaria. 2.- No emitir facturas u otros documentos obligatorios. 3.- Emitir o aceptar facturas o documentos cuyo monto no coincida con el correspondiente a la operación real. 4.- Ocultar mercancías o efectos gravados o productores de rentas. 5.- Utilizar dos o más números de inscripción o presentar certificado de inscripción o identificación del contribuyente falsos o adulterados en cualquier actuación que se realice ante la Administración

de su posible interpretación como «presunciones de culpabilidad», como veremos posteriormente.

Caso distinto es el de las restantes categorías de ilícitos tributarios a las que se refiere el artículo 80 del Código Orgánico Tributario; esto es, (i) los ilícitos formales, (ii) los ilícitos relativos a las especies fiscales y gravadas, y (iii) los ilícitos materiales. Estos tipos procuran, en su mayoría,¹ proteger como bien jurídico la función de determinación, la competencia tributaria de la Administración Tributaria: se busca garantizar, con su aplicación, la posibilidad de la Administración Tributaria de conocer sobre base cierta la existencia o no del hecho generador de la obligación tributaria, y su dimensión económica².

Estos tipos, los cuales están sancionados con penas distintas de la privación de libertad —multas, fundamentalmente—, han sido calificados como ilícitos «administrativos», de tipo «contravencional» y, por ello, se hallan caracterizados como esencialmente *distintos* de los delitos tributarios,

Tributaria o en los casos en que se exija hacerlo. 6.- Llevar dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos. 7.- Contradicción evidente entre las constancias de los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias. 8.- No llevar o exhibir libros, documentos o antecedentes contables, en los casos en que los exija la Ley. 9.- Aportar informaciones falsas sobre las actividades o negocios. 10.- Omitir dolosamente la declaración de hechos previstos en la ley como imponibles o no se proporcione la documentación correspondiente. 11.- Producir, falsificar, expender, utilizar o poseer especies gravadas cuando no se hubiere cumplido con los registros o inscripción que las leyes especiales establecen. 12.- Ejercer clandestinamente la industria del alcohol o de las especies alcohólicas. 13.- Emplear mercancías, productos o bienes objeto de beneficios fiscales, para fines distintos de los que correspondan. 14.- Elaborar o comercializar clandestinamente con especies gravadas, considerándose comprendidas en esta norma la evasión o burla de los controles fiscales, la utilización indebida de sellos, timbres, precintos y demás medios de control, o su destrucción o adulteración; la alteración de las características de las especies, su ocultación, cambio de destino o falsa indicación de procedencia. 15.- Omitir la presentación de la declaración informativa de las inversiones realizadas o mantenidas en jurisdicciones de baja imposición fiscal.”

¹ Los ilícitos materiales protegen el orden económico, del mismo modo que lo hacen los delitos tributarios. La diferencia, en el punto, es simplemente de grado: el tipo característico de estos ilícitos es el de contravención, a la que en otras jurisdicciones se le llama «evasión impositiva simple». Consiste en el incumplimiento voluntario de la obligación tributaria, pura y simplemente, sin que medie maniobra susceptible de engaño: en ese último caso, estaremos en presencia de la defraudación, castigada con privación de la libertad.

² La determinación tributaria es el conjunto de actos jurídicos que permiten declarar, con efectos jurídicos, la existencia o no de una obligación tributaria y su cuantía, a los fines de la concreción fáctica de la modalidad deóntica de mandato en la que consiste la obligación tributaria. Esa determinación, por imperio del artículo 131.1 del Código Orgánico Tributario, debe hacerse siempre sobre base cierta, “*con apoyo en todos los elementos que permitan conocer en forma directa los hechos imponibles*” para darle sustantividad al mandato de estructuración del sistema tributario con base en la capacidad contributiva del ciudadano y lograr, así, “*eleva el nivel de vida de la población*”, sustentándose así en “*un sistema eficiente para la recaudación de los tributos*”, según el artículo 317 de la Constitución. Así, las normas penales tributarias catalogadas como ilícitos «formales» procuran, fundamentalmente, proteger la posibilidad de la Administración Tributaria de ejercer sus facultades de determinación tributaria de oficio mediante el conocimiento del hecho imponible y de su cuantía sobre base cierta; esto es, protegiendo la «función de determinación» o, en otros términos, la «competencia tributaria».

especialmente en lo que se refiere a la necesidad de imputación subjetiva con base en el reproche culpabilista.

El rechazo del valor de la culpabilidad como elemento esencial de la ilicitud fiscal, especialmente en las «contravenciones» tributarias, representa buena parte de las patologías que afectan, de gravedad, al Derecho Penal Tributario venezolano; de hecho, al punto de incidir *decisivamente* en el alejamiento del sistema represivo fiscal venezolano del modelo de sistema penal «garantista» que preconiza FERRAJOLI¹, y lo acerca *peligrosamente* a uno de los modelos que el profesor italiano llama de derecho penal «autoritario».²

**a) El problema de las fuentes del Derecho Penal Tributario.
El principio de culpabilidad vs. la «especial naturaleza y fines» del Derecho Tributario.**

El artículo 79 del Código Orgánico Tributario inicia la regulación general del Derecho Penal Tributario en Venezuela. Lo hace siguiendo la guía de los dos principales modelos de codificación del Derecho Tributario en Latinoamérica: el *Modelo de Código Tributario para América Latina* («MCTAL»)³, preparado por un equipo del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario («ILADT») para el Programa Conjunto de Tributación de

¹ «Llamo garantista, cognitivo o de estricta legalidad al sistema penal SG, que incluye todos los términos de nuestra serie. Se trata de un modelo límite, sólo tendencial y nunca perfectamente satisficible. Su axiomatización resulta de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales no derivables entre sí, que expresaré, siguiendo una tradición escolástica, con otras tantas máximas latinas: [...] A6 Nulla actio sine culpa.» FERRAJOLI; *Derecho...* p. 93.

² «Llamo objetivista al sistema «sin culpabilidad» S3, que carece del elemento de la intencionalidad del delito expresado por el axioma A6. El esquema es arcaico y refleja ordenamientos penales primitivos informados por la responsabilidad objetiva —colectiva, por hecho ajeno o impersonal—, ligada, en vez de al conocimiento y voluntad de la acción y/o del hecho delictivo, al criterio elemental del talión. Existen en realidad, todavía hoy, como se verá en el apartado 35, doctrinas y ordenamientos que privilegian estructuralmente la exclusiva función penal de la defensa social y que, por ello, descuidan, en todo o en parte, el elemento subjetivista de la culpabilidad, reputándolo irrelevante en el plano práctico e inconsistente en el plano teórico. Y existen, por otra parte, en casi todas las legislaciones, incluida la italiana, algunas figuras de responsabilidad objetiva, presunta o sin culpa. Ahí resultan debilitados, en estos casos, también la carga de la verificación empírica de los nexos de causalidad y de imputación que enlazan reo y delito, junto con las demás garantías procesales en materia de prueba y defensa.» FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 99-100.

³ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO: *Modelo de Código Tributario*. 2ª edición. Preparado para el Programa Conjunto de Tributación OEA-BID. Unión Panamericana. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos. Washington, D. C., 1968.

la Organización de Estados Americanos y del Banco Interamericano de Desarrollo¹, y el *Modelo de Código Tributario* del Centro Interamericano de Administraciones Tributarias («MCIAT»)², preparado por un equipo de dicho Centro. En ambos casos, se recomienda la consagración supletoria de los principios e instituciones generales del Derecho Penal, siempre y cuando éstos sean “*compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario*”. En la dicción del artículo 79 del Código Orgánico Tributario:

“Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas.

A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas de Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario.

Parágrafo Único: Los ilícitos tipificados en el Capítulo II de este Título, serán sancionados conforme a sus disposiciones.

Esta «subordinación» de la aplicación de los principios e instituciones del Derecho Penal a su adecuación con la naturaleza y fines del Derecho Tributario tiene su origen, como fácilmente puede suponerse, en la atribución de naturaleza «tributaria» al ilícito fiscal. Así lo declararon, tajantemente, las Recomendaciones del Tema 3, «Principios jurídicos aplicables a la represión y prevención de las infracciones tributarias», de las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, escenificadas en São Paulo en 1962³, solución que acoge expresamente el MCTAL en su artículo 70⁴ y el MCIAT en su artículo 143¹.

¹ Razón por la que se conoce al MCTAL como «Modelo OEA-BID».

² CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT); *Modelo de Código Tributario*. Panamá, 1997.

³ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Resoluciones*. III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tema 3, «Principios jurídicos aplicables a la represión y prevención de las infracciones tributarias», en <http://bit.ly/fC1q5P>, 8 de junio de 2013.

⁴ Según la Exposición de Motivos del MCTAL, “[e]l Proyecto toma en esta materia una orientación doctrinaria definida, coincidente con las ideas dominantes en América Latina manifestadas en forma orgánica en las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario celebradas en San Pablo. // Como surge ya de la estructura del Proyecto, se considera que la tipificación de las infracciones y su sanción constituye un conjunto de normas

Sin embargo, la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario de 2001 reconoce la *insuficiencia* de las normas especiales tributarias para regular las principales instituciones del Derecho Penal Tributario², razón por la cual señala lo siguiente:

“Sin embargo, al margen de cualquier postura, es claro que la escasa construcción de principios rectores sobre la materia por parte de la rama administrativa y tributaria, obligan a acudir en muchos casos a los principios del derecho penal, llenando los espacios y nutriendo de esa forma el desarrollo paulatino y la correcta aplicación de las normas que tipifican las conductas antijurídicas tributarias. Desde esta óptica, además, y frente al reconocimiento indiscutible de dichos principios, es que el ejercicio del *ius puniendi* estatal dirigido a la protección de bienes jurídicos, encuentra límites en un Estado democrático de Derecho.”³

Y en ese mismo sentido, la Resolución N° 7 de las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario declaró que, para la aplicación e interpretación de las normas penales tributarias, “*deberá estarse a los*

vinculadas al derecho tributario y no al derecho penal común legislado en el Código Penal. El concepto de violación del derecho y el de su sanción correlativa es un concepto inherente al de norma jurídica y por lo tanto aplicable a todas sus ramas en particular. // El derecho tributario, por sus características propias, ha dado lugar a un gran desarrollo de las disposiciones punitivas, las que a juicio de los autores del Proyecto deben permanecer en el ámbito de aquél, sin perjuicio de que, en virtud de su naturaleza punitiva, recoja las soluciones clásicas del derecho penal, que derivan de un conjunto de principios jurídicos comunes a todos los actos ilícitos y a todas las penas, estén legisladas en el Código Penal, en otros cuerpos de leyes o en leyes especiales”. La regla quedó consagrada en los siguientes términos: “Las disposiciones de este Código se aplican a todas las infracciones tributarias, salvo disposición legal expresa en contrario. // A falta de normas tributarias expresas se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho en materia punitiva. // Las infracciones previstas en el Capítulo II de este Título, salvo las establecidas en las Secciones Primera y Segunda, no se considerarán a los efectos de la determinación de la responsabilidad de derecho penal común.” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; Modelo... pp. 52, 57.

¹ Artículo 142, MCIAT.- “Principios y normas aplicables. Las disposiciones de este Título se aplican a todos los ilícitos tributarios, salvo disposición legal expresa en contrario. // A falta de normas tributarias expresas se aplicarán supletoriamente los principios generales del derecho en materia punitiva.” La Exposición de Motivos del MCTAL justifica su adopción del siguiente modo: “El párrafo 2° dispone la aplicación supletoria de los principios generales del derecho en materia punitiva, norma que debe entenderse en el sentido de que el intérprete deberá apreciar la adaptación de esa solución a la naturaleza y fines de derecho tributario. En consecuencia, frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria penal no es simplemente aplicable el Código Penal, sino solamente cuando éste ofrezca una solución compatible con las características del derecho tributario, especialmente en cuanto a sus fines.”

² Esa insuficiencia es la que lleva a ANZOLA a descartar la naturaleza «tributaria» del ilícito fiscal: “Para aquellos que consideran que el ilícito tributario es parte del Derecho Tributario, no les queda otra alternativa, de una u otra manera, que recurrir a los principios fundamentales del Derecho Penal y consagrarlos expresamente, lo cual reafirma la tesis de que el ilícito tributario es ilícito penal.” ANZOLA; *Naturaleza...* p. 24.

³ ASAMBLEA NACIONAL; *Sesión...* pp. 15-16.

*institutos, principios y conceptos propios de derecho tributario y en su defecto, a los principios generales del derecho en materia punitiva*¹.

En lo concerniente a la culpabilidad, el MCTAL acoge expresamente una regla de imputación subjetiva del tipo de la del artículo 61 del Código Penal, con base en las resoluciones de las III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. En esas Jornadas el ILADT se pronunció por un sistema *dual* de responsabilidad personal:

- (i) *Para los delitos tributarios, se requiere necesariamente la existencia de dolo o culpa, “pudiendo la ley establecer presunciones al respecto. Las penas correspondientes se fijarán atendiendo primordialmente a los elementos subjetivos que determinaron la conducta del infractor”.*
- (ii) *Para las infracciones —«contravenciones»— tributarias, se atribuirá responsabilidad “atendiendo primordialmente a los elementos objetivos que exteriorizan la conducta del sujeto”.*

No obstante, a pesar de que la Resolución en comentarios excluye la culpabilidad como criterio de imputación en el caso de «contravenciones» tributarias, el MCTAL considera al que llama «elemento subjetivo» como *“esencial desde el punto de vista de la configuración de las infracciones”*, razón por la que su artículo 73 *“establece que las infracciones tributarias requieren dolo o culpa”*; por ello, ese Modelo dispone que *“en todos los casos deberá existir dolo o culpa”*, si bien ampliando la regla general de atribución de responsabilidad personal a los casos «imprudentes», *“o sea la negligencia, la impericia, la imprudencia, y también la simple violación de las leyes o reglamentos.”*, e, incluso, permite algunas presunciones de culpabilidad en determinados casos.²

¹ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Resoluciones...* en <http://bit.ly/fC1g5P>, 8 de junio de 2013.

² El artículo 73 del MCTAL dispone lo siguiente: *“Las infracciones tributarias requieren la existencia de dolo o culpa. Las presunciones establecidas al respecto en este Código o en leyes especiales admiten prueba en contrario y*

Desde el punto de vista estrictamente normativo, el MCIAT guarda silencio. Es su Exposición de Motivos la que se pronuncia al respecto: al caracterizar a las que llama «contravenciones» y a las «infracciones administrativas» tributarias, ese Modelo “*se inclina por la responsabilidad objetiva en las contravenciones y las infracciones administrativas tributarias basado en una cuestión de orden práctico y en economía procesal, para obtener una rápida resolución de la infracción y de si procede o no la sanción.*”¹

En nuestro caso, el Código Orgánico Tributario siguió, tanto en su formulación original² como en sus reformas de 1992³ y 1994⁴, el esquema de imputación subjetiva y responsabilidad personal del MCTAL, incluso con la criticable «presunción de dolo» de ese Modelo. Así lo declaraba la Exposición de Motivos del primer Código, el de 1982:

“En la Sección Segunda (artículos 77 a 82), se define la infracción y se establece de manera categórica la exigencia de que exista dolo o culpa para que se configure la conducta ilícita. [...]

La seguridad de los administrados requiere esta modificación, sin que por ello se deje al Fisco indefenso ante los transgresores de la Ley, pues el Código contiene un conjunto de disposiciones, y especialmente un sistema de presunciones de culpabilidad, que adecuadamente aplicadas, serán suficientes para defender el imperio de la Ley. La doctrina moderna del Derecho Tributario, de universal aceptación, exige para el castigo de la conducta ilícita la existencia de algún margen de culpa, por lo que la infracción más simple, como la mora en el pago del tributo o el incumplimiento de un deber formal, pueden ser justificados, y eximido

presuponen el conocimiento por parte del imputado de los hechos que le sirven de base.” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* pp. 52, 58-59.

¹ CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* p. 100.

² Artículo 73, Código Orgánico Tributario (1982).- “*Las infracciones tributarias pueden ser dolosas o culposas. // Las presunciones sobre intención o culpa establecidas en este Código admiten prueba en contrario. Ellas se refieren al conocimiento por parte del infractor de los fines y resultados de su acción u omisión.*”

³ En su artículo 72.

⁴ En su artículo 73.

por tanto de sanción el contribuyente, cuando demuestre que no pudo cumplir con la obligación.”¹

No obstante, la redacción del único aparte de ese artículo permitía atenuar el rigor de la «presunción de dolo» en comentarios, en la medida en la que se le interpretase, más bien, como una forma de voluntariedad del acto antijurídico, la cual —de idéntico modo al previsto en el artículo 61 del Código Penal, según lo expuesto previamente²— configuraría la acción punible. Así lo estima BORGES VEGAS, en opinión con la que concordamos:

“Para los delitos tributarios se presume iuris tantum la voluntariedad (considerada un requisito mínimo indispensable para la existencia de la acción); y el dolo o la culpa, como elementos de la culpabilidad, son asuntos que tienen que ser demostrados por el instructor.

En cuanto a las infracciones: si se produce movimiento corporal u omisión, se presume iure et de iure que ha sido voluntaria, es decir: se ha dado por sentada la voluntariedad, en consecuencia se presume la configuración de la acción. En cuanto al único aparte del artículo cuando se refiere al dolo y a la culpa (que son posteriores en el análisis normativo), se pone en evidencia en forma elocuente el repudio a la responsabilidad objetiva.”

Ese «repudio» a la responsabilidad objetiva dejaría de ser tal, a partir de la promulgación del Código Orgánico Tributario de 2001. Éste, siguiendo en todo al MCIAT en este punto³, guarda *silencio* respecto del criterio

¹ En opinión del principal de sus propulsores a la hora de su incorporación al Código, el profesor José Andrés OCTAVIO, “[e]n esta norma el Código adopta de manera indudable el carácter subjetivo de la infracción tributaria, al exigir el dolo y la culpa, así sea la de carácter leve, para que se configure la infracción. Esta posición tiene, además, la consecuencia de que la prueba del incumplimiento corresponde al fisco. Sin embargo, el Código establece presunciones en el caso de defraudación, pero de acuerdo con la norma que aquí comentamos, y con la que autoriza tales presunciones, éstas admiten prueba en contrario. Además, este artículo dispone que las presunciones se refieren al conocimiento, por parte del infractor, de las consecuencias de su acción u omisión, lo que implica la exigencia de que él deba conocer el hecho que da fundamento a la presunción. // Es admisible el establecimiento de presunciones, cuando la sanción es de carácter pecuniario, como en el caso de la multa que establece el Código para penar la defraudación, pero si se llegase a adoptar para esa infracción la pena privativa de la libertad, que actualmente solo existe para el ejercicio clandestino de la industria o comercio del alcohol o de las especies alcohólicas, en el artículo 96, no deberían preverse presunciones, ni aún de carácter simple.” OCTAVIO B., José Andrés; *Comentarios Analíticos al Código Orgánico Tributario*. Colección Textos Legislativos N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998, pp. 198, 376.

² Capítulo I, E. c) (iii).

³ “La opción del Modelo CIAT no ofrece dudas. Se explicita rotundamente en sus ‘consideraciones generales’ de las que, como resumen entresaco los siguientes párrafos. // Una primera y contundente afirmación condiciona en ellas el resto de su contenido. El Modelo CIAT considera que el esfuerzo codificador resulta esencial para la efectiva

culpabilista de responsabilidad personal, lo que permite cuestionarse si, a través de la remisión general del artículo 79 a los principios e instituciones del Derecho Penal, “*compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario*”, en concordancia con la regla general del artículo 7 del Código Penal¹, es posible receptar la regla general de imputación subjetiva del artículo 61 del Código Penal.

La Exposición de Motivos del Código niega tajantemente esta posibilidad, al señalar como regla de imputación la simple responsabilidad «objetiva» y aunar, a esta declaración, la eliminación del artículo 73 del Código Orgánico Tributario de 1994:

“En los ilícitos sancionados con pena privativa de libertad, es el elemento subjetivo el que determina la punibilidad del responsable aún cuando también se analizan los elementos objetivos. En los delitos sancionados con penas pecuniarias se da primacía a la condición objetiva de la ocurrencia del incumplimiento para caracterizar la comisión y punibilidad del ilícito.”²

Otro tanto ha afirmado la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa. Con base en la atribución de naturaleza «administrativa» al ilícito tributario —y en función de la aplicación del criterio «cualitativo» de distinción entre delitos e infracciones—, los Tribunales han sostenido que la imputación en materia de ilícitos tributarios se da en línea meramente objetiva. Es el caso, por ejemplo, de la decisión

*aplicación de dos principios constitucionales: el de igualdad y el de seguridad. // Ninguna alusión —ninguna— se hace en estas consideraciones generales a la libertad. Cuando la libertad de los individuos, de los ciudadanos, es la base de nuestras democracias y sólo al servicio de ella pueden invocarse los principios de igualdad y seguridad. [...] El resto se da por añadidura. Y ya con el ‘cheque en blanco’ así extendido se escribe y se defiende la ‘flexibilización del principio de legalidad’ en beneficio, naturalmente, de unos mayores poderes normativos de la Administración Tributaria. Se defienden ‘con un criterio más pragmático y menos teorizante’ infracciones y sanciones ‘objetivas’, en beneficio, naturalmente, de un poder sancionador de la Administración Tributaria contrario a las más elementales reglas de un orden penal democrático”. FERREIRO LAPATZA, José Juan; «La Codificación en América Latina — Análisis comparativo de los modelos OEA/BID (1967) y CIAT (1997)», en *Anais das XX Jornadas do ILADT. Tema 2: La Codificación en América Latina*. Tomo II. Associação Brasileira de Direito Financiero. Salvador de Bahía, 2000, pp. 1.185-1.186.*

¹ Artículo 7, Código Penal.- “*Las disposiciones del presente Código en su Libro Primero se aplicarán también a las materias regidas por otras leyes, en cuanto dicten penas y siempre que en ellas no se establezca nada en contrario.*”

² ASAMBLEA NACIONAL; Sesión... p. 17.

recaída en el litigio de la *Sucesión Rosa Elena Irigoyen de Rodríguez v. República*¹, en la que la Sala Político Administrativa calificó a la evasión impositiva simple —o «contravención», como la denomina el hoy artículo 111 del Código Orgánico Tributario²— como “*de naturaleza objetiva y no subjetiva, es decir, la sola materialización fáctica de las conductas contrarias a la obligación impuesta por ley hace que la infracción se configure, sin necesidad de verificar la intención dolosa o no del autor*”. En los términos de la Sentencia,

“En cuanto a la circunstancia atenuante prevista en el ordinal 2º, del artículo 85 del Código Orgánico Tributario de 1982, referente a “*No haber tenido la intención de causar el hecho imputado de tanta gravedad*”, advierte la Sala que contrariamente a lo decidido por el juzgador de instancia, la misma no es procedente, porque tal y como lo advierte la representación de la apelante, en el caso de autos la infracción que se imputa a la sucesión es de naturaleza objetiva y no subjetiva, es decir, la sola materialización fáctica de las conductas contrarias a la obligación impuesta por ley hace que la infracción se configure, sin necesidad de verificar la intención dolosa o no del autor (contribuyente).

De este modo, en el presente caso estamos en presencia del supuesto fáctico tipificado en el artículo 98 del Código Orgánico Tributario, que prevé la comisión de una conducta que lleva implícita una acción u omisión que afecta o disminuye ilegítimamente los ingresos fiscales.

En este sentido, del contenido del artículo 98 *eiusdem* se advierte lo siguiente:

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 307/2004, de 13 de abril, caso *Sucesión de Rosa Elena Irigoyen de Rodríguez v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00307-130404-2002-1088.htm>, 8 de junio de 2013.

² Artículo 111, Código Orgánico Tributario.- “*Quien mediante acción u omisión, y sin perjuicio de la sanción establecida en el artículo 116, cause una disminución ilegítima de los ingresos tributarios, inclusive mediante el disfrute indebido de exenciones, exoneraciones u otros beneficios fiscales, será sancionado con multa de un veinticinco por ciento (25 %) hasta el doscientos por ciento (200 %) del tributo omitido. // Parágrafo Primero: Cuando la Ley exija la estimación del valor de determinados bienes, y el avalúo administrativo no aumente el valor en más de una cuarta parte, no se impondrá sanción por este respecto. Las leyes especiales podrán eximir de sanción las diferencias de tributo provenientes de la estimación de otras características relativas a los bienes. // Parágrafo Segundo: En los casos previstos en el artículo 186 de este Código, se aplicará la multa en un diez por ciento (10%) del tributo omitido.*”

'El que mediante acción u omisión que no constituya ninguna de las otras infracciones tipificadas en este Código, cause una disminución ilegítima de ingresos tributarios, inclusive mediante la obtención indebida de exoneraciones u otros beneficios fiscales, será penado con multa desde un décimo hasta dos veces el monto del tributo omitido.' (Destacado de esta Sala).

De la norma anteriormente transcrita, se infiere que la sanción tipificada en la referida disposición es aquella que deriva de una conducta objetiva, más no subjetiva por parte del sujeto infractor.

Por tanto, en el caso de autos, cuando la contribuyente declaró en el activo hereditario un inmueble con un valor inferior al que correspondía, se redujo ilegítimamente el impuesto a pagar y por tal razón fue que el Organismo Contralor formuló el reparo correspondiente, tal acción, a juicio de la Sala, acarrea una responsabilidad objetiva del sujeto infractor que debe subsumirse en la disposición contemplada en el artículo 98 del Código Orgánico Tributario de 1982.

Adicionalmente, para esta Sala la falta de intención dolosa no es una circunstancia atenuante que deba estimarse a los fines de imponer o graduar la respectiva sanción, porque tal hecho es un elemento sustancial de la infracción tipificada como contravención, objeto de esta impugnación.”

Como puede verse, la Sala Político Administrativa afirma aquí dos cosas. Por una parte, señala el carácter «objetivo» de la imputación en el caso de la comisión de la contravención; y de otro lado, afirma la existencia de la «presunción de dolo», en los términos antes señalados, y cuyo efecto fundamental es el de invertir la carga de la prueba contra el contribuyente, al señalar que *“la falta de intención dolosa no es una circunstancia atenuante que deba estimarse a los fines de imponer o graduar la respectiva sanción, porque tal hecho es un elemento sustancial de la infracción tipificada como contravención”*.

Así, la Sala Político Administrativa excluye la posibilidad de que la falta de voluntariedad de la acción llevada a cabo por el sujeto excluya la

configuración del tipo; y de otro lado, por vía de consecuencia, que es al sujeto a quien corresponderá probar que, al contrario de lo que se presume por la simple constatación del incumplimiento del deber tributario en que consiste el núcleo esencial de la acción injusta en la contravención, que éste no ha incumplido deber tributario alguno; esto es, que es *inocente*.¹

Otro tanto afirma la misma Sala en la decisión del caso *Industrias Alimenticias Corralito, C. A. v. República*², al calificar la comisión de las contravenciones aduaneras, que “*contemplan supuestos de responsabilidad objetiva, que se configuran con la simple verificación de la trasgresiones en ellas tipificadas en cuanto a la declaración de las mercancías*”, así como en el caso *Marcano & Pecorari, S. C. v. República*³, en la que se excluye la posibilidad de la aplicación de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal tributaria, con base en las siguientes razones:

“[L]as ‘normas que regulan las formas o procedimientos a que deben ajustarse los contribuyentes para la realización o efectividad de la obligación tributaria material, así como las atinentes a la fiscalización, investigación y control que realiza la Administración con el propósito de constatar el debido cumplimiento de las mismas, tienen un carácter instrumental o adjetivo y su incumplimiento constituye por ende una infracción de tipo objetivo cuya configuración no exige la investigación del elemento intencional. Esto quiere decir que el incumplimiento de estos deberes constituye en esencia una contravención por omisión de disposiciones administrativas tributarias, cuya materialización no admite ningún elemento de valorización subjetiva

¹ Debe notarse, sin embargo, el voto salvado del Magistrado Dr. Hadel MOSTAFÁ PAOLINI en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 557/2008, de 7 de mayo, caso *Pfizer Venezuela, S. A. v. Municipio Valencia del Estado Carabobo*, en www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00557-7508-2008-2007-0114.html, 8 de junio de 2013. En su voto salvado, MOSTAFÁ PAOLINI reconoce a la culpabilidad como elemento esencial de todo tipo de ilícitos tributarios, a través de la institución del error. En este sentido, se afirma que “*quien obra movido por una falsa apreciación sobre el contenido y alcance de una norma jurídica (error de derecho), no debería ser sujeto de sanciones en virtud de que dicha circunstancia excluye la culpabilidad del autor, por lo que se rompe el nexo entre el sujeto y su hecho, como consecuencia de la falta del elemento culpa.*”

² Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 699/2004 de 29 de junio, caso *Industrias Alimenticias Corralito, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00699-290604-2003-0641.htm>, 8 de junio de 2013.

³ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 43/2006 de 11 de enero, caso *Marcano & Pecorari, S. C. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00043-110106-2000-0688-1.htm>, 8 de junio de 2013.

cuando éstos se configuran y son constatados por la Administración, surgiendo por efecto del acto omisivo, la inmediata consecuencia desfavorable para el contribuyente representada por una sanción de carácter patrimonial.' (Destacado del escrito). [...]

De las normas anteriormente transcritas, se infiere que la sanción tipificada en la referida disposición es aquella que deriva de una conducta objetiva por parte del sujeto infractor.

Por tanto, en el caso de autos, cuando la contribuyente declaró en forma extemporánea el impuesto al consumo suntuario y a las ventas al mayor, tal acción, a juicio de la Sala, acarrea una responsabilidad objetiva del sujeto infractor que debe subsumirse en la disposiciones contempladas en los artículos en mención.”

La Sala Político Administrativa ratifica ese razonamiento en la Sentencia del caso *Agencias Generales Conaven, S. A. v. República*¹, en función, nuevamente, de la «especial» naturaleza del ilícito tributario, de lo que se deriva una «excepción» a la aplicación de la regla de imputación personal propia de la culpabilidad, debida a la pertenencia dogmática del ilícito tributario al “*derecho administrativo y tributario sancionador*”²:

“De esta forma, es criterio de esta Sala que una vez advertido el tipo sancionatorio descrito en la norma, se verifica el nacimiento de la sanción administrativa; en este sentido, y aun cuando pudiera pensarse en principio que con este proceder se afecta el derecho a la defensa y al debido proceso de los administrados dentro del procedimiento formativo del acto sancionatorio, configurándose un tipo de responsabilidad objetiva, ello no ocurre, a juicio de este Máximo Tribunal, en el caso de la imposición de multas, como la de autos, pues tal supuesto constituye una excepción del derecho administrativo y tributario sancionador.

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.766/2011, de 15 de diciembre, caso *Agencias Generales Conaven, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01766-151211-2011-2010-0640.html>, 8 de junio de 2013.

² Son numerosas las sentencias en las que la Sala Político Administrativa ha mantenido el criterio aquí comentado. A título referencial, citamos la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.169/2008, de 10 de octubre, caso *Espartana Shipping, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01169-21008-2008-2001-0873.html>, 8 de junio de 2013.

Lo anterior, debido como se dijo *supra* a la naturaleza misma del tipo infraccional (multa), la cual es concebida como una medida de policía administrativa tendente a lograr la eficacia de la Administración en su gestión y que supone un tratamiento sumario e inmediato; lo que no significa, a juicio de este Supremo Tribunal, que la imposición de dichas sanciones constituya un supuesto de responsabilidad objetiva, como aduce la apoderada fiscal, pues es sabido que tales infracciones en el común de los casos, vienen fijadas dentro de unos límites o márgenes mínimos y máximos dentro de los cuales debe la Administración adecuar la sanción en atención a las circunstancias subjetivas que rodean al caso en particular, vale decir, en apego a las circunstancias atenuantes, eximentes de responsabilidad penal y/o agravantes que pudieran plantearse respecto del administrado en particular; desvinculándose así, el elemento objetivo y acercándose más al tipo subjetivo.”

Es curioso, sin embargo, que la Sala Político Administrativa haya mantenido su criterio en el caso de *Agencias Generales Conaven, S. A. v. República* previamente citado; casi seis años antes, la Sala Constitucional del mismo Tribunal, en decisión que —de acuerdo con el artículo 335 de la Constitución— es precedente constitucional vinculante para las restantes Salas del Tribunal Supremo de Justicia, así como para los demás tribunales de la República¹, interpretó la Constitución en el sentido de exigir la presencia de la culpabilidad como criterio de imputación de responsabilidad en todo tipo de ilícitos, inclusive en los ilícitos «administrativos», en un proceso llevado a cabo, precisamente, por *Agencias Generales Conaven, S.A.*²:

“Con relación al alegato de violación del principio de culpabilidad, es preciso señalar, que de acuerdo a lo expuesto por Domínguez (Ob. Cit.

¹ Artículo 335, Constitución.- “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.”

² Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 144/2007, de 6 de febrero, caso *Agencias Generales Conaven, S. A.*, en acción de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 121.C, 121.E y 133 de la Ley Orgánica de Aduanas, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/144-060207-02-2773.htm>, 8 de junio de 2013.

Pág. 160), el mismo es un elemento esencial de las sanciones administrativas, según el cual, el ejercicio de dicha potestad no sólo supone la concurrencia de circunstancias objetivas para la imposición de los efectos de un ilícito administrativo, sino que la conducta susceptible de infringir las normas, sea consecuencia de una acción u omisión voluntaria.

Así, el principio de culpabilidad es un requisito inherente a la responsabilidad administrativa y por tanto, aun ante la inobservancia del referente legislativo, el órgano encargado de imponer una determinada sanción debe verificarlo, toda vez que la reprochabilidad de la conducta de aquel que con arreglo al ordenamiento jurídico pudo haber procedido de otra manera, evitando así desplegar una actividad típicamente antijurídica, depende precisamente de su voluntariedad.

Ahora bien, en materia de derecho administrativo sancionador, dicho elemento, presenta una singularidad propia del principio de buena fe, que se refiere a la diligencia exigible (Nieto A. *Derecho Administrativo Sancionador*. 2002. Editorial Tecnos. Pág 348).

Dicha exigencia, deviene del hecho que el repertorio de ilícitos administrativos es tan amplio, que si se concibe la culpabilidad como la conciencia y voluntad de alcanzar un resultado ilícito y se ignora —de hecho— que es ilícito, el sistema se volvería inoperante, razón por la cual, el derecho administrativo sancionador no se atiene a la culpabilidad en el sentido penal, sino que se basa en la noción de conocimientos exigibles sobre determinada actividad, lo cual supone una diligencia debida, que es ponderable entre otros aspectos de relevancia, conforme al medio donde se verifica la trasgresión, la familiaridad del infractor con la actividad que constituye el ilícito y la profesión.

Con ello, el silencio absoluto en materia de exigencia del principio de culpabilidad, en modo alguno presenta menoscabo a su vigencia implícita, pues la imposición de las sanciones establecidas en las normas atacadas, supondrá de manera indefectible, un juicio de reproche que si bien no está referido a las nociones de dolo o culpa, si responde a la noción administrativa de diligencia exigible en el desarrollo de la

actividad altamente regulada que constituye la materia aduanera y así se decide.”

Como la lectura del fallo evidencia, si bien la Sala Constitucional proclama la efectiva vigencia del principio de culpabilidad en toda forma que revista el ejercicio del *ius puniendi* estatal, distingue —siguiendo en ello a NIETO¹— una cierta «administrativización» de la culpabilidad, en función de la «diligencia» que, en la lectura que la Sala hace de la obra del profesor español, sería un criterio *adicional y separado* de los de «dolo» y «culpa» para la imputación de responsabilidad por la comisión de ilícitos «administrativos», aun a título de simple inobservancia.

Pero con ello, sin embargo —y a pesar de cierta tergiversación de las ideas de NIETO respecto de la que llama responsabilidad por «mera inobservancia»— no se niega la idea de la culpabilidad. Nada en lo expuesto es diferente de la que en el Derecho Penal común se conoce como la *omisión del deber de cuidado*, de la que ya dimos cumplida referencia previamente²; se trata aquí de una actitud psicológica *descuidada* del sujeto frente al deber objetivo de garantizar el cuidado de las situaciones jurídicas ajenas, componente esencial del que en la dogmática penal se denomina ilícito «culposo» o «imprudente», el elemento psicológico esencial que permite justificar la punibilidad de este tipo de ilícitos, cuestión que integra, como negligencia, el concepto de culpabilidad. No forma, como pretende aquí la Sala Constitucional, una «nueva» categoría de imputación, a caballo entre la responsabilidad por culpa y la responsabilidad objetiva.

Así las cosas, partiendo de la base de que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga

¹ NIETO; *Derecho...* pp. 397-403.

² Al criticar el concepto jurídico fundamental de «responsabilidad» según KELSEN. Capítulo I, C. g).

como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o formal, es necesario rechazar toda interpretación que, como la del MCIAT, la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario de 2001 o de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pretendan negar, incluso incidentalmente, efectividad a la culpabilidad como necesario criterio de imputación subjetiva de cualquier responsabilidad por la comisión de ilícitos tributarios.

En este sentido, ante el silencio regulativo que sobre la materia ostenta el Código Orgánico Tributario, gracias a la derogatoria de su antiguo artículo 73 —que consagraba expresamente la exigencia de dolo o culpa como esencial a la imputación de responsabilidad por ilícitos tributarios— es necesario acudir a la interpretación concatenada de los artículos 79 del Código Orgánico Tributario y 7 del Código Penal, y —por esa vía— invocar la aplicación al Derecho Penal Tributario de la regla general de responsabilidad por culpa, contenida en el artículo 61 del Código Penal, de acuerdo con la cual, “[n]adie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.”

Ahora bien, cabe notar la posibilidad de que se arguya, en contrario, dos posibilidades de «permitir» la responsabilidad «objetiva» respecto de los ilícitos tributarios.

La primera deriva del texto del propio artículo 79 del Código Orgánico Tributario, de acuerdo con el cual la recepción de los principios e instituciones del Derecho Penal queda condicionada a que éstos sean “*compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario*”. Esa es la línea que sigue, si bien incidentalmente, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en el caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v.*

*República*¹, al rechazar la aplicabilidad al Derecho Penal Tributario de la institución penal del delito continuado:

“Sobre este particular, la Sala estima que la aplicación de los principios y garantías del derecho penal común, como es el establecido en el aludido artículo 99 del Código Penal, al ámbito del derecho tributario sancionador, únicamente tendría su justificación frente a un vacío u oscuridad de la ley tributaria, siempre y cuando ofrezca una solución compatible con las características propias del derecho tributario como ley especial.

Ello es así, en atención a que el Código Orgánico Tributario prevé una serie de situaciones específicas aplicables a la materia fiscal, contemplando dentro de su marco regulatorio todo lo referente a las infracciones e ilícitos tributarios, siendo que en su artículo 79 expresamente señala que *‘Las disposiciones de este Código se aplicarán a todos los ilícitos tributarios, con excepción a los previstos en la normativa aduanera, los cuales se tipificarán y aplicarán de conformidad con las leyes respectivas’*. Adicionalmente, establece que ***‘A falta de disposiciones especiales de este Título, se aplicarán supletoriamente los principios y normas del Derecho Penal, compatibles con la naturaleza y fines del Derecho Tributario’***. (Resaltado de la presente decisión).

[...]

En definitiva, se estima importante señalar que la transferencia de normas del Código Penal al ámbito de los ilícitos tributarios, debe hacerse con carácter supletorio y respetando la compatibilidad que ha de existir con el ámbito especial del derecho tributario. En tal sentido y con base a las consideraciones antes expuestas, no resulta apropiado aplicar en forma directa, en los términos del artículo 79 del Código Orgánico Tributario vigente, la noción del delito continuado a la imposición de sanciones por la comisión de ilícitos formales derivados del impuesto de tipo valor agregado, ya que el hecho punible y la forma de imponer la

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 948/2008, de 13 de agosto, caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00948-13808-2008-2007-0593.html>, 8 de junio de 2013.

sanción han sido adecuadas a los términos previstos en el artículo 101 *eiusdem*, con apego a los elementos en que ocurre el hecho imponible en el mencionado tributo, es decir, por cada período mensual o ejercicio fiscal.”

Como puede verse, la decisión se basa —aunque indirectamente— en la eficiencia recaudatoria como base para la exclusión de elementos extraños a las regulaciones expresas del Código Orgánico Tributario en materia de ilícitos tributarios, insistiendo en el modelo previamente criticado, de acuerdo con el cual debe privilegiarse la eficiencia del «modelo sectorial de gestión», la actividad de la Administración Tributaria, no ya como instrumento del bienestar colectivo, sino protegida en sí y para sí¹, cuestión que, debe insistirse, no puede privilegiarse, bajo ningún criterio de ponderación, por sobre la Libertad y la Dignidad humanas, de las que la culpabilidad es expresión en el binomio correlativo «incumplimiento-sanción».

La segunda, como la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario lo pone de relieve, es la consagración expresa que éste hace de la responsabilidad «objetiva» como el criterio de imputación aplicable a los ilícitos tributarios distintos de aquellos castigados con privación de libertad. Una solución tal, en los términos que han sido largamente expuestos precedentemente, es simplemente inadmisibles. La culpabilidad, debe insistirse, es el criterio racional axiológico de vinculación del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción», función que cumple en todos los ámbitos del Derecho. Sólo así puede justificarse racionalmente la atribución de responsabilidad a un sujeto, en razón de su Libertad y de su Dignidad: lo

¹ A este respecto señala MORILLO MÉNDEZ, comentando el caso español; “*La ley tributaria antepone a una escrupulosidad en la conexión de los principios de culpabilidad y responsabilidad el buen fin de la deuda y su efectivo ingreso en el Tesoro; opta por mantener una declaración de principios de diseño estructural y aun conceptual impecable (artículo 77,1) propio de un Derecho sancionador de actos, para subordinar a continuación al cobro de la sanción esa formulación tan actual como adecuada. Con ello, da a entender que el interés público de valor máximo que aparece desde el principio en la mente del legislador es la cobertura del presupuesto público.*” MORILLO MÉNDEZ, Antonio; *Las sanciones tributarias*. Colección Financiero N° 4. Tirant Lo Blanch. Valencia (España), 1996, p. 125.

contrario, la responsabilidad «objetiva», desconoce a estos valores, que son ineludibles en el Estado social y democrático de Derecho.

Un razonamiento tal implica, como fácilmente puede deducirse, que a los fines de la imputación penal tributaria son únicamente relevantes los valores que justifican la conexión del binomio correlativo «derecho-deber» — los de la norma «secundaria», en el léxico de KELSEN— o, en el mejor de los casos, al ser objeto de ponderación frente a la Libertad y a la Dignidad del sujeto imputado, aquellos resultan preferidos. Ello, como sin dificultad puede concluirse, es simplemente inaceptable.

b) El carácter personal de la responsabilidad.

A pesar de las declaraciones previas del Código Orgánico Tributario y de la jurisprudencia, en lo relativo al carácter «objetivo» de la imputación, el Código Orgánico Tributario consagra, como regla general, el carácter *personal* de la responsabilidad por ilícitos tributarios. Lo hace en su artículo 84, de acuerdo con el cual “[l]a responsabilidad por ilícitos tributarios es *personal*”, con algunas “*excepciones*”.

La norma tiene su origen, también, en el MCTAL: el artículo 79 de ese Modelo reproduce idéntico contenido¹, y otro tanto hace el MCIAT, en su artículo 151². El MCTAL justifica las «excepciones» en “*las características del derecho tributario y aún del llamado derecho económico, como es el supuesto de la transmisibilidad de las multas firmes (art. 76, número 1º, parte final); la responsabilidad directa de las personas jurídicas (art. 84); la responsabilidad indirecta por actos de los subordinados (art. 86) y otras*

¹ Artículo 79, MCTAL.- “*La responsabilidad por infracciones es personal, salvo las excepciones establecidas en este Código.*” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 63.

² Artículo 151, MCIAT.- “*La responsabilidad por infracciones es personal, salvo las excepciones establecidas en este Código y en otras leyes.*” CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* p. 101.

*situaciones de esta índole*¹, texto que reproduce, con apenas diferencias de estilo, el MCIAT.²

En este sentido, la Exposición de Motivos del primer Código Orgánico Tributario (1982) simplemente se limita a reproducir el contenido de la norma, sin dar mayores explicaciones sobre su justificación³; es uno de sus principales redactores —quien, además, fue colaborador muy principal en la redacción del MCTAL—, el profesor José Andrés OCTAVIO, quien explica a título personal, aun brevemente, la razón de ser de la norma. Se limita, sin embargo, a comentar la primera de las «excepciones» a la regla de responsabilidad personal, en los siguientes términos:

“El Código se aparta en esta norma de la disposición contenida en el artículo 103 del Código Penal, pues en éste la muerte del reo extingue la pena pecuniaria, en tanto que el Código Orgánico Tributario dispone que ella subsiste si la multa hubiese quedado firme en vida del causante. En este caso la multa se convierte en una obligación civil de los herederos, que se regirá por las disposiciones del Código Civil sobre las sucesiones, entre las cuales cabe mencionar, por el interés que puede tener en estos casos, el beneficio de inventario, previsto en sus artículos 1.023 y siguientes.”⁴

A este respecto, la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario hoy vigente (2001) guarda, simplemente, silencio.

Jurisprudencialmente hablando, es absolutamente pacífico el reconocimiento del principio en el Derecho Penal Tributario venezolano. A

¹ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 62.

² “Esta disposición establece como principio general que la responsabilidad por infracciones tributarias es personal. No obstante esto, hay excepciones que se justifican por las características del derecho tributario y de llamado ‘derecho económico’, como el supuesto de la transmisibilidad de las multas firmes; la responsabilidad directa de las personas; la responsabilidad indirecta por actos de los subordinados y otras situaciones de esta índole.” CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* p. 101.

³ La parte relevante de la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario de 1982 dice lo siguiente: “La Sección Tercera (art. 83 a 88) contiene las normas sobre responsabilidad, la cual es de carácter personal salvo las excepciones establecidas en el propio Código; las que configuran las eximentes de responsabilidad, las que extienden esa responsabilidad a los coautores, cómplices y encubridores; las que definen la responsabilidad de las entidades o colectividades por sanciones pecuniarias, tengan ellas o no personalidad jurídica, así como la de los mandatarios, representantes, administradores, encargados o dependientes.” OCTAVIO; *Comentarios...* p. 377.

⁴ OCTAVIO; *Comentarios...* p. 202.

guisa de ejemplo, baste citar el caso de la Sentencia del caso *Rafael Antonio Penso Genovés v. República*¹, en el que al recurrente no se le entregó un vehículo de su propiedad al momento de la nacionalización, en la Aduana Marítima de La Guaira, por cuanto el anterior propietario había violado las normas relativas a la importación de vehículos bajo el régimen especial de importación “*de los efectos de uso o consumo personal que traigan al país con motivo de su regreso, por traslado o por cese de actividades, quienes hayan desempeñado funciones permanentes oficiales en el extranjero*”. A este respecto, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, dictaminó —como era evidente— que mal podía hacerse recaer sobre el recurrente las consecuencias sancionadoras derivadas de la acción del tercero, en los siguientes términos:

“Dicha norma debe ser impuesta únicamente al presunto sujeto infractor, que no es otro que el importador del vehículo que, al haber cedido la propiedad del mismo antes del plazo previsto en [...], presuntamente habría violado las prescripciones aplicables al caso. De la misma forma, es a dicho ciudadano a quien debe apercibirse de que, como consecuencia de la enajenación extemporánea del vehículo importado por él, adeuda al Fisco Nacional una suma equivalente a los derechos derivados de la realización de dicha operación aduanera, menos la deducción del demérito establecido en la norma antes transcrita”

Como puede verse, bajo la regla general el Derecho Penal Tributario venezolano consagra, de modo similar a como lo hace el artículo 61 del Código Penal, la reprochabilidad personal del acto libre, contrario a la exigencia del binomio «derecho-deber» que caracteriza a la regla «secundaria», de manera de fundamentar las conexiones lógico-axiológicas que caracterizan, según lo previamente expuesto, a la regla «primaria»; esto es, sólo la persona que orientó libremente su voluntad hacia la acción

¹ Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1.302/2002, de 17 de junio, caso *Rafael Antonio Penso Genovés v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1302-170602-01-1205%20.htm>, 9 de junio de 2013.

antijurídica es aquella de quien puede predicarse que es «culpable» y, en consecuencia, «responsable», si bien con los «matices» que derivan del propósito «objetivador» de la responsabilidad en el caso de las «infracciones» tributarias, según lo analizado en el punto inmediato anterior. Resume así el texto citado los regímenes de responsabilidad previstos en el Código Orgánico Tributario:

- (i) *Ordinario*, según el cual será la persona que realice personalmente el ilícito la que responda por su comisión.
- (ii) *Indirecto*, en la terminología del MCTAL y del MCIAT, por los hechos que *directamente* han sido cometidos por terceros, pero que son imputables al sancionado en razón de la representación que de ésta ejercía el infractor, como es el caso de la responsabilidad penal tributaria de las personas jurídicas.
- (iii) La transmisibilidad de las penas pecuniarias que hubieren quedado firmes en vida del causante a sus herederos.

Como puede verse, los dos últimos supuestos constituyen «excepciones» a la regla general. Una formulación tal choca, de entrada, con el enunciado de *personalidad*, en los términos consagrados en el artículo 44.3 de la Constitución, de acuerdo con el cual “[l]a *pena no puede trascender de la persona condenada*”, que está —como fácilmente puede verse— enunciada en términos *absolutos*, y que determina, como analizáramos anteriormente¹, la inconstitucionalidad de las «excepciones» que, a la misma regla, prevé el artículo 61 del Código Penal.² Analicemos caso por caso.

¹ Capítulo I, E. c) (ii).

² Las faltas y los delitos calificados por el resultado, pues los delitos preterintencionales quedan, al constituirse en una mixtura de dolo y culpa, amparados por la regla general de personalidad de la responsabilidad.

(i) Responsabilidad penal tributaria «vicaria», por el hecho de terceros.

El artículo 91 del Código Orgánico Tributario prevé el supuesto general de responsabilidad por hecho de terceros, en los siguientes términos:

“Cuando un mandatario, representante, administrador, síndico, encargado o dependiente incurriere en ilícito tributario, en el ejercicio de sus funciones, los representados serán responsables por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de su acción de reembolso contra aquellos”

El origen de esta disposición se halla en los artículos 85¹ y 86² del MCTAL, los que se fundamentan en su Exposición de Motivos, sin mayores razones, como “*soluciones corrientes para prever la responsabilidad por acto de los representantes y de los dependientes*”. Otro tanto hacen los artículos 157³ y 158⁴ del MCIAT, cuya Exposición de Motivos califica a estos supuestos, curiosamente, como casos de responsabilidad «personal», con independencia de cuál sea la causa o quién el causante del incumplimiento.⁵

El problema queda, así, planteado en los términos a los que hace referencia LÓPEZ DÍAZ, siguiendo en ello a PÉREZ ROYO: en función de la naturaleza que se asigne a las sanciones tributarias —penales o no—, dependerá la admisibilidad de la traslación de responsabilidad en

¹ Artículo 85, MCTAL.- “Cuando un mandatario, representante, administrador o encargado incurriere en infracción, los representados serán responsables por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de su acción de reembolso contra aquéllos.” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 65.

² Artículo 86, MCTAL.- “Las entidades o colectividades y los patronos en general son responsables por las sanciones pecuniarias aplicadas a sus dependientes por su actuación como tales.” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 65.

³ Artículo 157, MCIAT.- “Responsabilidad por acto de los representantes. Cuando un mandatario, representante, administrador o encargado incurriere en ilícito tributario, los representados serán responsables por las sanciones pecuniarias, sin perjuicio de su acción de reembolso contra aquéllos.” CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* p. 103.

⁴ Artículo 158, MCIAT.- “Responsabilidad por acto de los dependientes. Las entidades o colectividades y los patronos en general son responsables por las sanciones pecuniarias aplicables a los ilícitos tributarios cometidos por sus dependientes en su actuación como tales.” CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* pp. 103-104.

⁵ Al comentar el artículo 157, el MCIAT dice lo siguiente: “Se establece en este artículo, como regla general, que la responsabilidad por ilícitos tributarios es personal, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o pecuniarias, quedando siempre vigente la acción de reembolso de los representados en contra de sus representantes.” Por su parte, el Comentario al artículo 158 señala que “[l]as sanciones pecuniarias por incurrir en ilícitos tributarios se imponen a los sujetos pasivos que deben cumplir las obligaciones tributarias, cualquiera sea la causa o el causante del incumplimiento.” CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* pp. 103-104.

comentarios por el hecho de un tercero. LÓPEZ DÍAZ lo plantea en términos de la naturaleza indemnizatoria —civil— o represiva —penal— de las sanciones, caso en el cual deberá admitirse o rechazarse la traslación, respectivamente.¹

La doctrina se divide sobre el punto. Las soluciones van desde la atribución de responsabilidad «objetiva» al principal por el hecho del tercero² hasta la calificación como «subjetiva» de la responsabilidad, con base en la omisión del deber de cuidado que debió tener el principal respecto de la elección, o de las ejecutorias, del dependiente.³

El profesor Héctor B. VILLEGAS, por ejemplo, acepta la «vicariedad» de la responsabilidad del principal en el caso del hecho de terceros dependientes, pues ésta “*es generalmente aceptada por doctrina, legislación y jurisprudencia, y es correcto que así sea, por cuanto ello deriva tanto del carácter también compensatorio de la multa fiscal contravencional, como de su falta de personalidad*”⁴. Sin embargo, al analizar los supuestos de responsabilidad «vicaria» del principal por el hecho *doloso* del dependiente, VILLEGAS indica como fundamento de la responsabilidad del principal la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, en la omisión del deber de cuidado en la supervisión del trabajo del dependiente, con lo que —al final— termina otorgándole, si bien implícitamente, carácter «subjetivo» a la responsabilidad.⁵ Con esta solución concuerda LO MONTE en el caso italiano,

¹ LÓPEZ DÍAZ; *La concreta...* pp. 78-79.

² “*Así como en ese aspecto el derecho tributario se separa del derecho común, también en ocasiones califica como sujetos infractores a quienes no asumirían tal calidad desde el punto de vista del derecho penal [...] ratificando la autonomía del derecho tributario y su distanciamiento tanto del derecho civil como del derecho penal, en la ley 11.683 se consagra específicamente la responsabilidad de los sujetos pasivos por los hechos u omisiones de sus factores, agentes o dependientes, siempre que las conductas de estos últimos devengan en ilícitos tributarios.*” GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* p. 77.

³ Curiosamente, GURFINKEL DE WENDY y RUSSO atribuyen este fundamento a la responsabilidad penal tributaria por hecho de terceros, a la que —correctamente— consideran como “*extensión a este campo de la doctrina civil, referida a la culpa in eligendo o culpa in vigilando.*” GURFINKEL DE WENDY y RUSSO; *Ilícitos...* pp. 110-111.

⁴ Razonamiento que, amén de ratificar el carácter «objetivo» que el profesor argentino atribuye a las «contravenciones» tributarias, deja entrever la atribución de una cierta naturaleza «indemnizatoria», de tipo civil, a la sanción tributaria, cuestión con la que —de antemano— manifestamos un profundo desacuerdo. VILLEGAS; *Régimen...* p. 218. En términos similares, GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, pp. 659-660.

⁵ “*Pensamos que una culpa que consiste sólo en la omisión de los resguardos debidos en la elección o vigilancia del representante o dependiente (culpa in eligendo o in vigilando), no puede llevar hasta el extremo de que si este*

si bien con ciertas matizaciones derivadas de la complejidad de organización de la que requiere el contribuyente para el cumplimiento de las obligaciones tributarias, “*para poder manejarse en la jungla de una normativa a menudo oscura y contradictoria.*”¹

Por su parte, para JARACH una solución de este tipo, de acuerdo con la cual la responsabilidad por hecho de terceros tiene su fundamento en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* del principal sobre los hechos del dependiente, inclusive en los casos en los que éste haya realizado un tipo que exija el dolo para su configuración, constituye “*no solo una evidente contradicción con los principios de culpabilidad, sino también una anomalía que debe ser remediada por una norma legal*”².

En el mismo orden de ideas, GARCÍA BELSUNCE afirma con rotundidad que en el supuesto en estudio nos hallamos frente a una responsabilidad de tipo «objetivo», “*faltando, en consecuencia, a los presupuestos básicos de imputabilidad, culpabilidad y responsabilidad*”, considerando entonces a este tipo de responsabilidad como inconstitucional. Sin embargo, el profesor argentino matiza su tesis en términos en los que, contradictoriamente, *afirma* la validez de la responsabilidad «objetiva» por el hecho de terceros en su *negación*:

“No se me escapa que sostener esta teoría es dejar la puerta abierta a un amplio campo de evasión tributaria. ¡Qué fácil sería a los sujetos pasivos de la obligación tributaria delegar el cumplimiento de ella en

tercero cometió una infracción dolosa, el sujeto pasivo tributario deba responder por la multa con que las infracciones contravencionales dolosas pueden estar reprimidas, si el tercero actuó sin el consentimiento o la connivencia de dicho sujeto pasivo. // En este caso, es más equitativo aplicar al patrón o representado, no la pena por la infracción dolosa, pero sí la sanción correspondiente a la omisión tributaria culposa. Ello porque como la infracción omisiva reprime principalmente la negligencia que es un tipo de culpa, se puede sostener válidamente que en el caso de infracción cometida por el tercero, existió por parte del contribuyente una negligencia en la elección o en la vigilancia de su subordinado o mandatario. Es razonablemente adecuado, entonces, que si existió tal situación culposa, el contribuyente deba responder por la sanción correspondiente a la omisión del tributo. // Por las mismas razones, si el tercero representante o dependiente cometió infracciones culposas omisivas de la obligación tributaria sustancial o de los deberes de tipo formal, el contribuyente representado o patrón debe responder por las sanciones correspondientes, por cuanto está en plena vigencia la culpa in eligendo o in vigilando.”

VILLEGAS; Régimen... pp. 220-221.

¹ LO MONTE, Elio; *Principios de Derecho Penal Tributario*. Editorial B de F. Buenos Aires, p. 170.

² JARACH; *Curso...* p. 280.

subordinados bajo su dependencia y dejarlos que caigan en cualquier incumplimiento, con la seguridad de que ellos están amparados por el principio de la responsabilidad subjetiva! Es claro que no será fácil encontrar esos dependientes que sepan que serán personalmente responsables por las infracciones que cometan en el ejercicio de la representación del contribuyente, pero la necesidad y otros factores que configuran la dependencia pueden hacer que este sistema conlleve a la impunidad de los verdaderos responsables ocultos bajo la apariencia de sus subordinados.

Sin renegar del principio de subjetividad y, consecuentemente, de rechazar la responsabilidad objetiva a la cual he calificado, y lo reitero, de inconstitucional, la realidad a la que el derecho debe ajustar sus normas impone ciertas concesiones, y éste es un caso ineludible de hacerlas.”¹

Hay determinadas premisas, que se identifican con nuestra exposición previa², que deben tenerse en cuenta para el análisis del problema. GARCÍA BELSUNCE las sistematiza del siguiente modo: (i) por ser el ilícito tributario y sus sanciones de naturaleza penal, nadie puede ser penado por el hecho de un tercero; (ii) el delito tributario es una acción típica, antijurídica y culpable; esto es, la culpabilidad es el fundamento de la responsabilidad; y (iii) como consecuencia de lo anterior, “*ningún delito tributario puede ser atribuido sino sobre la base de la actuación personal del agente (contribuyente o responsable), que ejecutada con culpabilidad (dolosa o culposa), conduzca a determinar una responsabilidad tributaria penal subjetiva*”.³

De estas premisas surgen *consecuencias necesarias*, que deben asumirse como postulados fundamentales en la resolución del conflicto. En primer lugar, la naturaleza *penal* del ilícito tributario supone, evidentemente, la consecuencia de la que habla LÓPEZ DÍAZ: es imposible trasladar a las sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil**

¹ GARCÍA BELSUNCE; *Derecho...* pp. 317, 319-320.

² Capítulo I, E. Son estas razones las que nos llevaron a criticar el concepto de responsabilidad «vicaria» de KELSEN. Capítulo I, C. g), como se desarrollará —aplicado al caso concreto— enseguida.

³ GARCÍA BELSUNCE; *Derecho...* p. 317.

extracontractual, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro¹.

Ello, por una parte, quita entidad a las formulaciones de VILLEGAS y de GURFINKEL DE WENDY-RUSSO, en lo relativo a la posibilidad de traslación de la pena en función de la naturaleza «indemnizatoria» de las sanciones tributarias, cuestión que —insistimos— es simplemente inadmisibles. Por la otra, sin embargo, abre dudas respecto de la posibilidad de atribuir la consecuencia punitiva del hecho al principal con base en la culpa *in eligendo* o *in vigilando* de éste, respecto de los ilícitos tributarios cometidos por el tercero a su cargo, en los términos en los que los expone GARCÍA BELSUNCE.

El análisis parte, en nuestra opinión, de dos series de equívocos distintos. En primer lugar, la atribución de responsabilidad por la culpa *in eligendo* o la culpa *in vigilando* no es característica del Derecho Civil exclusivamente. El Derecho Penal conoce de este tipo de fórmulas, en los denominados «tipos de infracción de deber»², en los que el sujeto responsable se halla en una situación de garantía respecto de la integridad del bien jurídico; esto es, realiza una función de «garante», respecto de la cual es perfectamente posible atribuir responsabilidad penal a título personal.

¹ LÓPEZ DÍAZ; *La concreta...* p. 79.

² Para JAKOBS, los delitos de infracción de deber —a los que llama «delitos con deber que elude la accesoriadad»— son aquellos “en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo”. En estos casos, “la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesoria, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer”, de modo que *en cualquier caso el garante* de la protección del bien jurídico, por obra de un mandato o cualidad normativa extrapenal, es autor. “[p]ara los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión”. De tal modo, JAKOBS extiende —en nuestra opinión— el concepto de autor en los delitos de infracción de deber, sobre la base de una referencia meramente normativa, *ad infinitum*, en clara colisión con la reserva legal punitiva, como señalamos más adelante. JAKOBS; *Derecho...* p. 791. De la crítica hecha toma nota GONZÁLEZ GUERRA, Carlos; *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 70-71. Por su parte ROXIN, al hablar de la coautoría en los tipos de infracción de deber, desecha la aplicación de la teoría del *dominio del hecho*, dominante para la determinación de la autoría en el Derecho penal moderno. Al respecto, ROXIN señala lo siguiente: “Lo correcto de la solución propuesta [la de desechar la teoría del dominio del hecho] se deriva forzosamente de una consideración práctica: si se quisiera requerir para la autoría, junto a la infracción del deber, además el dominio del hecho, los partícipes se dividirían en dos grupos completamente heterogéneos: en señor del hecho con deber de lealtad y en obligados a lealtad sin dominio del hecho. Lo cual no sólo eliminaría el concepto unitario de participación en los delitos de infracción de deber, sino que también forzaría a la consecuencia intolerable de que no habría autor si el ejecutor obró sin incumbirle deber de lealtad y el obligado permaneció en un segundo plano”. ROXIN, Claus; *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 1998, p. 387.

En este caso, la función de «garante» se cumple, precisamente, respecto de los deberes de (i) adecuada *selección* del personal de apoyo al que se refiere LO MONTE¹; y (ii) *vigilancia* respecto del normal cumplimiento de sus obligaciones, dentro de un marco de diligencia razonable, bajo un *standard* similar al del «buen padre de familia» que sirve, a estos efectos, en el Derecho Civil, pero sin que tenga que identificársele con éste.

En segundo lugar, el análisis parte de concebir a la responsabilidad como consecuencia directa y «exclusiva» del hecho de un *tercero*, el dependiente; exactamente el mismo equívoco en el que fundamenta KELSEN su tesis de la responsabilidad «vicaria». Como señaláramos previamente², la responsabilidad siempre parte de un *acto propio del responsable*, de modo que la relación entre “*el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito*” y la sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico. La diferencia radica, estimamos, en el hecho que se toma como condición de la sanción, para utilizar la terminología del propio KELSEN.

En el caso concreto, como ya se dijo, el hecho que se debe tomar como condición de la sanción no es el del dependiente, sino el del principal. Es éste quien omite el deber de cuidado en la selección y la supervisión del personal a su cargo, bajo —insistimos— ciertos límites que impone la mínima racionalidad de las cosas, y la naturaleza compleja y técnica de las funciones asociadas al cumplimiento de la obligación tributaria, como ya con acierto lo indicaba LO MONTE.

Así, como ya lo indicamos con anterioridad, si el acto antijurídico es la condición de la sanción, expresado bajo la fórmula de observancia o no de un determinado deber jurídico, debería entonces tenerse como tal acto antijurídico la omisión del especial deber de cuidado, de guarda; la obligación jurídica de prevenir los daños susceptibles de ser causados por personas o

¹ LO MONTE; *Principios...* p. 170.

² Capítulo I, C. g).

bienes al cuidado del infractor, y *no el hecho —o acto— mediante el cual las personas o bienes al cuidado del infractor generan causalmente el daño*¹, razón por la cual nos inclinamos, junto con JARACH, a sostener que en el caso no hay traslación indebida de violatoria de la regla de responsabilidad personal.

El problema que se suscita, en nuestra opinión, es de otro tipo. El hecho por el que válidamente podría imputarse responsabilidad al principal —la omisión del deber de cuidado en la selección o en la supervisión del personal encargado del cumplimiento de las obligaciones tributarias— no se halla, en sí, tipificado como ilícito tributario independiente: puesto en estos términos, el «axioma del sistema garantista», según FERRAJOLI², que resultaría violado no sería aquel de acuerdo con el cual *nulla poena sine culpa*, sino el de *nullum crimen sine lege*.

Así, es el efecto de esa falta de tipicidad la que supone la punibilidad del principal en función del hecho del tercero, lo que debe condenarse, claro está, en los términos radicales que para ello emplean JARACH y GARCÍA BELSUNCE. En las palabras del último de ellos, “[s]i es admisible que el contribuyente sea responsable por el incumplimiento de estos subordinados en la relación jurídica tributaria sustantiva y formal, al pasar a la relación jurídica tributaria penal, en que juegan los principios de la culpabilidad y de la responsabilidad subjetiva, en que estamos en el orden de la aplicación de sanciones penales por el hecho de un tercero, no es admisible, en principio, que un contribuyente (persona física o jurídica), tenga que sufrir la pena [...]”

¹ Así lo reconoce KELSEN expresamente, cuando desarrolla el concepto de «imputación» como la relación entre el acto antijurídico y la sanción: “*Ciertamente, a medida que se desarrolla el sentimiento jurídico, la regla es que se señale como hecho condicionante la conducta de aquel hombre contra el cual se dirige el acto coactivo constitutivo de la consecuencia. Si además de esta conducta del hombre contra el cual se dirige la coacción puede distinguirse dentro del hecho condicionante un cierto suceso, entre éste y aquélla existe la siguiente relación: la conducta humana ha causado el suceso; o bien: la conducta humana no ha impedido que el suceso acaeciese.*” Como puede verse, KELSEN se refiere aquí expresamente a la omisión *lato sensu*, pero nada obsta, sin embargo, a que idéntica formulación se aplique para el caso de —precisamente— la omisión del deber de cuidado respecto de los sucesos acaecidos como consecuencia de personas o cosas sometidas a la guarda o cuidado del responsable. KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 63-64

² FERRAJOLI; *Derecho...* p. 93.

por el acto antijurídico configurativo de la infracción tributaria cometida por ese tercero subordinado.”¹

(ii) La «traslación» de la responsabilidad por ilícitos tributarios a los herederos del infractor.

Similares razonamientos a los previamente expuestos deben emplearse para el análisis de la primera de las «excepciones» a la que se refiere el artículo 84 del Código Orgánico Tributario, consagratoria de una responsabilidad «vicaria». Ésta es la contenida en el artículo 83.1, de acuerdo con el cual, a pesar del efecto extintivo que la muerte tiene sobre la acción penal y la ejecución de la pena, *“subsistirá la responsabilidad por las multas aplicadas que hubieren quedado firmes en vida del causante”*.

En su adopción, tanto el MCTAL como el MCIAT admiten, al unísono, que la cuestión es *“un punto controvertido en la doctrina y que ha sido objeto de soluciones diferentes en el derecho comparado”²*. Entre nosotros, OCTAVIO reconoce expresamente que en este caso la regulación penal tributaria se aparta de la regulación penal general, de modo que *“la multa se convierte en una obligación civil de los herederos, que se regirá por las disposiciones del Código Civil sobre las sucesiones, entre las cuales cabe mencionar, por el interés que puede tener en estos casos, el beneficio de inventario”³*

De este modo, al igual que en el supuesto de la responsabilidad «vicaria» por el hecho de terceros, el problema se circunscribe a la determinación de la naturaleza de las sanciones tributarias: reconocido, como ha sido, que éstas son de carácter exclusivamente *penal* y, en consecuencia, la culpabilidad, en las tres acepciones que hemos tratado aquí⁴, es la regla general de imputación de responsabilidad, entonces es **imposible**, tal como lo señalaba previamente LÓPEZ DÍAZ, trasladar a las

¹ GARCÍA BELSUNCE; *Derecho...* p. 319.

² INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 60.

³ OCTAVIO; *Comentarios...* p. 202, y MORENO DE RIVAS; *El ilícito...* p. 520.

⁴ Como valor, principio y regla. Capítulo I, E.

sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil extracontractual**, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro, incluso en el caso del propio causante¹.

(iii) Otro caso: la responsabilidad «solidaria» de administradores respecto de las penas pecuniarias.

Idéntico razonamiento hay que aplicar al caso de la responsabilidad «solidaria» que, de acuerdo con el artículo 28 del Código Orgánico Tributario², pretende imponérsele a determinados responsables —padres, tutores, curadores, directores, gerentes, administradores, etc.—, que realizan funciones de administración de bienes del sujeto que realiza el hecho imponible³, por las multas “*derivados de los bienes que administren o dispongan.*” Una integración tal de las sanciones pecuniarias en una responsabilidad que es, por su esencia, de tipo estrictamente tributario responde a una equiparación de la responsabilidad penal tributaria a la responsabilidad civil extracontractual, con base en el equívoco de considerar que las sanciones tributarias constituyen, de algún modo, accesorios civiles de la obligación tributaria, cuestión absolutamente errada desde todo punto de vista.

¹ LÓPEZ DÍAZ; *La concreta...* p. 79.

² Artículo 28, Código Orgánico Tributario.- “*Son responsables solidarios por los tributos, multas y accesorios derivados de los bienes que administren, reciban o dispongan: 1.- Los padres, los tutores y los curadores de los incapaces. 2.- Los directores, gerentes o representantes de las personas jurídicas y demás entes colectivos con personalidad reconocida. 3.- Los que dirijan, administren o tengan la disponibilidad de los bienes de entes colectivos o unidades económicas que carezcan de personalidad jurídica. 4.- Los mandatarios, respecto de los bienes que administren o dispongan. 5.- Los síndicos y liquidadores de las quiebras, los liquidadores de sociedades, y los administradores judiciales o particulares de las sucesiones; los interventores de sociedades y asociaciones. 6.- Los socios o accionistas de las sociedades liquidadas. 7.- Los demás, que conforme a las leyes así sean calificados. Parágrafo Primero: La responsabilidad establecida en este artículo se limitará al valor de los bienes que se reciban, administren o dispongan. Parágrafo Segundo: Subsistirá la responsabilidad a que se refiere este artículo respecto de los actos que se hubieren ejecutado durante la vigencia de la representación, o del poder de administración o disposición, aun cuando haya cesado la representación, o se haya extinguido el poder de administración o disposición.*”

³ MORENO DE RIVAS, Aurora; «Responsabilidad personal de los representantes, gerentes, administradores y asesores tributarios de empresas», en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, p. 277.

(iv) Responsabilidad personal y personas jurídicas.

Por su parte, el artículo 90 del Código Orgánico Tributario atribuye «imputabilidad», esto es, capacidad de cometer ilícitos y ser tenido como responsable por ellos, a las personas jurídicas:

“Las personas jurídicas responden por los ilícitos tributarios. Por la comisión de los ilícitos sancionados con penas restrictivas de la libertad, serán responsables sus directores, gerentes, administradores, representantes o síndicos que hayan personalmente participado en la ejecución del ilícito.”

El MCTAL, base —nuevamente— de la norma¹, la consagra con base en su general aceptación en el Derecho económico contemporáneo, en los siguientes términos, que —por su parte— parafrasea el MCIAT²:

“El art. 84 establece la responsabilidad de las personas jurídicas como tales, sin necesidad de imputar la infracción a una persona física determinada. Es un principio generalizado en el derecho tributario contemporáneo y además sostenido por prestigiosos autores, aun para delitos del derecho penal común. El segundo párrafo se refiere a la responsabilidad en que, independientemente, pueden incurrir las personas naturales por su actuación personal en dichos casos.”³

OCTAVIO reduce el alcance del problema al comentar la norma, si bien —debe reseñarse— su inclusión no es motivo de discusión en el foro tributario venezolano. El profesor venezolano señala que, en puridad de concepto, la responsabilidad de las personas jurídicas por ilícitos tributarios se circunscribe a la imposición de sanciones pecuniarias, fundamentalmente

¹ Artículo 84, MCTAL.- “Las entidades o colectividades, tengan o no personalidad jurídica, podrán ser sancionadas por infracciones sin necesidad de establecer el dolo o la culpa de una persona física. // Sin perjuicio de la responsabilidad pecuniaria de la entidad, sus representantes, directores, gerentes, administradores o mandatarios podrán ser sancionados por su actuación personal en la infracción.” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 65.

² “Este artículo establece la responsabilidad pecuniaria de las personas jurídicas y entidades asimilables, sin necesidad de imputar la infracción a una persona física determinada, lo cual es un principio generalizado en el derecho tributario contemporáneo. El segundo párrafo se refiere a la responsabilidad en que, independientemente, pueden incurrir las personas naturales por su actuación personal en dichos ilícitos.” Centro Interamericano de Administraciones Tributarias; *Modelo...* p. 103.

³ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 64.

en razón del vínculo que existe entre el provecho económico producto del ilícito de que se trate y la persona jurídica concreta.

“La disposición establece la responsabilidad de las personas jurídicas, por infracciones y delitos tributarios, lo cual sólo puede traducirse en penas pecuniarias, pues la pena privativa de la libertad, cuando procede, recaerá sobre los directores, gerentes, administradores o representantes, pero sólo cuando hayan participado personalmente en la ejecución del hecho constitutivo del delito, pues la responsabilidad es de carácter personal conforme al ya comentado artículo 78 del Código; y como en las situaciones anteriormente descritas, son aplicables a ellos las circunstancias eximentes, agravantes y atenuantes previstas en el mismo Código.”

El problema es, aquí, uno de imputabilidad. A la persona natural, en su carácter de tal, se le reconoce una *voluntad* que, en tanto libre, puede orientarse o no hacia el acto antijurídico. Como señaláramos anteriormente¹, es precisamente esa Libertad —junto con la Dignidad inherente a todo ser humano— la que fundamenta, axiológicamente, la vigencia del *nulla poena sine culpa*. Sin embargo, a la persona jurídica no le es fácilmente atribuible una «voluntad» propia, con lo que la atribución de responsabilidad penal a estos «centros funcionales de imputación normativa» que, en mayor o menor medida, constituyen una realidad social que el ordenamiento —de una u otra forma— debe reconocer, resulta cuando menos discutible². TIEDEMANN presenta el problema con total claridad, en los siguientes términos:

“No obstante haber sufrido muchas modificaciones y excepciones a lo largo de su historia, el adagio *Societas delinquere non potest* ha sido aceptado por gran parte, posiblemente la mayoría, de los estados. [...] Se reconoce, ampliamente, que a la agrupación y, sobre todo, a la *persona jurídica* no les falta la capacidad de actuar: actúan y reaccionan a través de sus órganos, cuyas acciones y omisiones son consideradas

¹ Capítulo I, D. y E.

² Cfr. MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo; *Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*. 5ª edición. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002, pp. 796-800, y OCHOA GÓMEZ, Oscar; *Personas. Derecho Civil I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006, pp. 720-727.

como las del grupo. Lo que no existe en la persona jurídica, según el criterio tradicional en la Europa continental, es la culpabilidad en el sentido de reprobación moral. Y como el Derecho Penal contemporáneo, por justas razones, no admite responsabilidades por un hecho totalmente ajeno, una ficción penal pura contradiría principios rectores del mismo Derecho Penal moderno: los de culpabilidad e individualidad, entendido este último, en el Derecho Penal francés, más como determinante de la sanción que de la responsabilidad.

Ahora bien, como la persona jurídica no constituye una ficción, sino una realidad social, no hay muchas dificultades para atribuirle no sólo las acciones y omisiones, sino también las faltas de sus órganos (como a cualquier agrupación reconocida por la ley). El obstáculo principal, empero, radica en el concepto que se tenga de la falta: ¿es, o no, penalmente punible?”¹

Varias soluciones son, desde luego, posibles. Una, que asoma MORILLO MÉNDEZ, parte de la calificación del ilícito tributario como uno esencialmente «civil», donde la justificación racional para la atribución de responsabilidad penal tributaria a las personas jurídicas parte, más que de un problema de «voluntad» —y en consecuencia de culpabilidad— a uno de aseguramiento de la recaudación del tributo, de tipo esencialmente civil y asimilable, como ya se ha asomado en los puntos anteriores, al de la responsabilidad extracontractual por hecho ilícito; por supuesto, partiendo del hecho cierto de que la privación de libertad no es susceptible de imposición a la sociedad, por su propia realidad².

¹ TIEDEMANN, Klaus; *Poder Económico y Delito*. Traducción del original alemán por Amelia MANTILLA VILLEGAS. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1985, p. 155

² “En resumen, entiendo que, en la mente de la LGT, no es tanto que haya de descubrirse la conducta concreta y su culpabilidad, con la claridad y distinción con que sería necesario, cuando que hay ámbitos de producción de acciones u omisiones sancionables que deben responder de las mismas de modo que se consiga la efectividad del cobro de la deuda en que la sanción se traduce. // El principio de que no puede imputarse responsabilidad penal a las sociedades, aceptado plenamente por el Derecho Penal desde hace muchos años, resulta desconocido por nuestra LGT, que se mantiene en el reconocimiento de la misma desde su prístina redacción hasta hoy. // A pesar de una construcción teórica basada en la necesaria culpabilidad, la LGT conforma, al menos en parte, al definir los sujetos infractores, una estructura basada en el principio de responsabilidad objetiva, puesto que exige responsabilidad por comisión de infracciones tributarias a los entes societarios, incluso —lo que resulta todavía más extraño— a los entes que carecen de personalidad.” MORILLO MÉNDEZ; *Las sanciones...* pp. 126-127. En un sentido similar, BIELSA, Rafael; *Estudios de Derecho Público*. Tomo II. Derecho Fiscal. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1951, p. 457.

Una segunda posibilidad, también afirmativa, parte de un fundamento similar, aunque distinto: si bien es cierto que las sociedades no tienen «voluntad», según el aforismo *societas delinquere non potest*, el reconocimiento jurídico-penal de sus efectos se presenta como «conveniente»¹ por razones de política criminal, a pesar de que —en sentido estricto— no puede hablarse en un caso tal de imputación con base en la culpabilidad², sino en la existencia de un patrimonio separado que, económicamente, es susceptible de ser incidido por la sanción pecuniaria, dejando el reproche culpabilista únicamente referido a las personas que, como órganos de la sociedad, han cometido la infracción³:

¹ AFTALIÓN; *Derecho...* pp. 91-92.

² Una posición sustancialmente idéntica a la expuesta es la que defiende la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Como fundamento de su decisión, la Sala arguye lo siguiente: “Así entonces, la teoría de la adecuación típica se resuelve a través de la teoría de la imputación y no a través de la teoría de la relación causal; ubicándola en el plano valorativo y atendiendo a un concepto moderno y social de la acción, llamado también teoría objetivo-final de la acción. Según esta concepción los hechos o acciones deben concebirse como fenómenos naturales de la vida social y la responsabilidad penal debe ser entendida -en su función social- como atribución de pena de acuerdo a los parámetros constitucionales de protección preventiva de bienes jurídicos. Ello significa que la discusión dogmática cede ante los problemas sociales, siendo el resultado de un cambio de paradigma cuya legitimidad viene dada por la capacidad de resolver los problemas que se plantean espacio-tiempo. // Tal postura, de cara a una concepción laxa de la responsabilidad penal, permite reorientar el concepto de imputación en la teoría del delito fracturando las estructuras ontológicas del Derecho Penal para concluir que las personas jurídicas ostentan la capacidad de culpabilidad penal -imputabilidad-, puesto que la culpabilidad ya no se concibe como un juicio de reproche eminentemente personal sino como un juicio que -en tanto función social- protege preventivamente los bienes jurídicos, siendo que la tutela penal abarca a todas las personas, ya sean estas naturales o jurídicas; aceptar lo contrario y aferrarse al principio tradicional *societas delinquere non potest* implicaría -frente a novedosas formas de criminalidad- dotar de impunidad a los entes colectivos y convertirlos así en gérmenes para la sociedad. // En cuanto al principio de intrascendencia de las penas debe precisarse que el mismo dispone que la pena no se transfiere, no comprende a terceros; de esta manera las penas son personales e intransferibles; excluyendo así la responsabilidad penal por acciones u omisiones de otros y hechos cometidos sin los presupuestos subjetivos de la responsabilidad penal; de allí que la Sala observa que la disposición normativa impugnada no consagra en su texto ni tampoco puede inferirse la imposición de penas a terceros ajenos a la actividad o servicio propio de las telecomunicaciones, pues la sanción está destinada al prestador del servicio de telecomunicaciones una vez que se ha comprobado la infracción administrativa o penal según sea el caso.” Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 834/2009, de 18 de junio, caso *Corpomedios GV Inversiones, C. A. (Globovisión) y RCTV, C. A. v. República*, en acción de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 171 cardinal 6; 183, parágrafo único; 208 cardinales 1 y 8, y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y del Reglamento de Radiocomunicaciones y del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión en su totalidad, en <http://www.tsi.gov.ve/decisiones/scon/junio/834-18609-2009-03-0296.html>, 9 de junio de 2013.

³ “Frente a este principio, absolutamente consolidado en el ámbito penal, el hecho de que las sanciones administrativas consistan normalmente en una multa pecuniaria, y que la sociedad tenga un patrimonio separado con cargo al cual dicha sanción puede hacerse efectiva, hace que sea posible imponer dichas sanciones directamente a las personas jurídicas. Se trata, en suma, de admitir en el ámbito estrictamente administrativo, la capacidad de acción y culpa de la persona jurídica, en lo que supone una auténtica modulación de los principios del Derecho Penal, amparada en la posibilidad de ‘matizaciones’ en la aplicación de las reglas penales al ámbito administrativo, de las que hablaba la STC 18/1981. [...] Conviene sin embargo tener en cuenta que las exigencias de culpabilidad habrán de referirse, en este caso, a las personas físicas que actúan como órganos o representantes. Y éstos podrán, además, ser considerados responsables del pago de la sanción cuando la persona jurídica no la satisfaga. Lo que, como veremos, no puede suponer que cuando ello ocurra tengan que responder sin que se les deba apreciar dolo o culpa, pues el hecho de que su culpabilidad se valore a la hora de exigir la responsabilidad de la sociedad, no debe significar que no se la tenga en cuenta cuando responden personalmente.”

“Según las concepciones jurídicas actuales, el hombre es el único que puede realizar *una manifestación de voluntad que trascienda al derecho*; es decir, cuyas consecuencias puedan ser imputadas al agente.

Según el Derecho imperial vigente, no sólo tienen capacidad jurídica los individuos, sino que también la poseen las personas sociales, las ASOCIACIONES; es decir, que también pueden realizar manifestaciones de voluntad, capaces de producir trascendencia jurídica. Sin embargo, abstracción hecha de ciertas disposiciones esenciales, su capacidad jurídica no se extiende al terreno de los actos punibles. SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST. Únicamente puede exigirse responsabilidad a los individuos que funcionan como representantes, pero nunca al cuerpo colectivo a quien representan. La responsabilidad subsidiaria, impuesta frecuentemente a las sociedades, por las leyes penales accesorias del Imperio, por las multas que recaen en primer término sobre el culpable, no se considera como pena, aunque aquélla sea absolutamente semejante a ésta, en cuanto a sus efectos. Sin embargo, se debe afirmar que el reconocimiento de la responsabilidad penal de las sociedades, hasta donde llegue su capacidad civil, y la punición de tales entidades, en cuanto son sujetos independientes de bienes jurídicos, se presentan, no sólo como posible, sino, asimismo, como conveniente.”¹

Es en este sentido que BORGES VEGAS afirma que

“El valor que priva en este Derecho es *garantizar la eficacia de la recaudación* y que responda por el daño no quien efectivamente lo ocasiona, sino quien se beneficia con su resultado. Los fines de política criminal y de política económica se contraponen y dan una condición característica al Derecho Penal Tributario —que nos lleva a verlo como un Derecho especial— porque las estructuras de la culpabilidad como las concebimos tradicionalmente se ven castigadas en beneficio de la justicia económica y de la búsqueda de un resultado eficaz.”²

Una variante adicional de la tesis afirmativa es una en la que, por el contrario, se reconoce «voluntad societaria», expresada a través de sus

GARCÍA NOVOA, César; «El Principio de Personalidad en el Ordenamiento Sancionador Tributario», en *Temas de Derecho Penal Tributario*. Marcial Pons. Madrid, 2000, pp. 40-41.

¹ VON LISZT; *Tratado...* Tomo II, pp. 286-287.

² BORGES VEGAS; *Principios...* p. 105.

órganos de gestión y control y que es, en lo esencial, distinta de la voluntad de éstos como personas naturales; así, si se tiene «voluntad» para realizar negocios jurídicos y tener, en el sentido más amplio de la noción, capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones, bien puede la sociedad dirigir esa «voluntad» hacia el fin antijurídico. Así lo plantea SÁINZ DE BUJANDA:

“La tesis afirmativa podría encontrar, a mi juicio, un punto lógico de apoyo en el concepto de la *voluntad social*, que es la propia del ente colectivo, y que éste expresa cuando actúa a través de sus órganos. Si la voluntad social es idónea para realizar negocios jurídicos y para incumplirlos, no me parece impensable que sea también capaz de realizar acciones ilícitas. Personalmente me inclino por esta segunda solución. Entiendo que la técnica jurídica no ha brindado hasta ahora explicaciones afinadas y satisfactorias en torno a la propuesta que acabo de formular, pero creo que ello obedece a que el problema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y a la dilatación de su ámbito no había alcanzado hasta el momento presente perfiles tan acusados. Vemos a diario que las personas jurídicas actúan en el tráfico y son protagonistas de la vida económica nacional. Vemos también que a través del mecanismo de la persona jurídica se cometen continuas y graves transgresiones del orden jurídico. No hay que decir que en el ámbito del Derecho tributario son las personas jurídicas el núcleo más importante y extenso de sujetos pasivos de la imposición. Ningún ordenamiento tributario vacila en otorgar a la persona jurídica capacidad jurídica tributaria, es decir, capacidad para ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias. Vistas así las cosas, creo que no será posible mantener a ultranza la tesis de que esta clase de entes colectivos carecen de capacidad para cometer infracciones y, consiguientemente, para ser penados. Por eso repito que será necesario afinar las técnicas de análisis y mostrar que la voluntad social puede discurrir por los cauces de una actuación ilícita, en el orden tributario, como en otros muchos.”¹

¹ SÁINZ DE BUJANDA, Fernando; *Hacienda y Derecho*. Tomo V. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967, pp. 605-606. En el mismo sentido, con algunas precisiones adicionales, GARCÍA BELSUNCE; *Derecho...* p. 165.

Por otro lado, LÓPEZ DÍAZ entiende —con base en la jurisprudencia de instancia española— que el requisito de culpabilidad quedaría cumplido, respecto de la persona jurídica, en atención a la omisión del deber de cuidado que ésta debió poner en la elección o vigilancia del adecuado cumplimiento de sus funciones por los órganos societarios:

“Como se desprende de los pronunciamientos jurisprudenciales seleccionados, las teorías de la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, sirven para imputar a las personas jurídicas la culpabilidad demostrada por las personas físicas de las que se ha valido para realizar los actos que resultan constitutivos de infracción tributaria a través de las que ha actuado la persona jurídica. A través de este mecanismo de la imputación, se da cumplimiento a los requerimientos de la culpabilidad. Así, además de resultar imputable, concurre en la persona jurídica la realización culposa o dolosa de una acción tipificada como infracción, y la exigibilidad de una conducta diferente acorde a derecho.”¹

Los fundamentos de la tesis negativa se hallan, ya, implícitos en la formulación de la tesis adversa.² El aforismo latino *societas delinquere non potest* la resume: la sociedad echa en falta, como con sobrada claridad lo dice SÁINZ DE BUJANDA al plantear el problema, “*los presupuestos bio-psíquicos que son consustanciales al concepto de culpabilidad y que sólo se dan en el hombre*”, de manera que “*las personas jurídicas no podrían ser lógicamente penadas, no cabría imponerles sanciones de carácter punitivo, aun cuando cometan infracciones tributarias, ya que éstas se supondrían realizadas por las personas físicas que desempeñan las funciones de dirección o de administración de los entes colectivos*”. Así, consecuentemente, “[*]as penas habrían de imponerse a tales personas físicas y jamás a las personas jurídicas.*”³

¹ LÓPEZ DÍAZ; *La concreta...* p. 76.

² La tesis negativa es tenida por VILLEGAS como mayoritaria. VILLEGAS; *Régimen...* p. 222. Respecto del Derecho Penal general, la defiende en nuestro medio RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro; *Derecho Penal Económico. Una aproximación*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011, p. 123.

³ SÁINZ DE BUJANDA; *Hacienda...* Tomo V, p. 605.

De lo ya largamente expuesto, es evidente que rechazamos las tesis de acuerdo con las cuales puede asimilarse la responsabilidad penal tributaria a la responsabilidad civil extracontractual. Aquí nos hallamos en un supuesto de obligaciones de naturaleza enteramente distinta: **penal**, por lo que mal puede argüirse, válidamente, que la naturaleza de las sanciones se trasmuta, en una suerte de proceso «alquímico» y sólo en función de su destinatario, de una auténtica pena a una obligación de tipo indemnizatorio, propio —se insiste— de la responsabilidad civil extracontractual.

Tampoco puede justificarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la expansión del Derecho Penal, sobre la base de consideraciones de mera política criminal; ello constituiría, nuevamente, una expresión de racionalidad meramente teleológica, donde las consideraciones de eficiencia del «modelo sectorial de gestión» privarían sobre los derechos fundamentales del ser humano. Coincidimos en este punto con MODOLELL GONZÁLEZ, cuando señala lo siguiente:

“El legislador puede, en mi opinión, modificar la propia realidad del objeto de regulación para limitar aún más su ámbito de aplicación, pero según los principios valorativos enunciados anteriormente, no debe realizar el hecho contrario, es decir, modificar la realidad para aumentar su ámbito de aplicación, ya que entonces contradiría el principio de ultima ratio. [...]

En conclusión: considero que la irresponsabilidad de la persona jurídica por ausencia de conducta no se fundamenta en argumentos ontológicos, sino en un argumento valorativo de carácter político-criminal: el concepto de ‘conducta’ conveniente para limitar al Derecho penal (argumento político-criminal) es el de ‘conducta humana’ (voluntad psicológica-individual).”¹

Así, el problema queda circunscrito a la posibilidad de atribuir a la sociedad, como lo sostiene SÁINZ DE BUJANDA, una «voluntad» distinta de la de sus integrantes, susceptible de ser considerada como *imputable*, como

¹ MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; «Persona Jurídica y Responsabilidad Penal. (Algunos problemas dogmáticos y político-criminales)», en *Empresa y Derecho Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004, pp. 66, 68.

capaz de entender y de querer autónomamente en Derecho Penal Tributario, sea como responsable directa de la comisión del hecho, sea —en un sentido similar al expuesto en el punto previo— como culpable *in eligendo* o *in vigilando* por la omisión del deber de cuidado en la elección o supervisión de los órganos societarios que, directamente, llevaron a cabo el acto ilícito.

En ambos casos, creemos que la respuesta debe ser negativa. Sea en un sentido ontológico-psicológico (la persona jurídica no es capaz de tener «voluntad», en el sentido jurídico-penal del término), sea por razones político-criminales (la preservación del carácter contingente del Derecho Penal, como lo afirma MODOLELL GONZÁLEZ), no es posible atribuir una voluntad susceptible de entender y de querer a la persona jurídica o a la agrupación empresarial, independiente de la de las personas que integran sus órganos¹. Idéntico razonamiento permite descartar, en nuestra opinión, la sugerente construcción de LÓPEZ DÍAZ: sólo una persona física, con capacidad de entender y de querer, está en condiciones de elegir o de vigilar efectivamente a otra, y es a aquella a quien deberá referirse, y no a la persona jurídica, la reprochabilidad característica de la culpabilidad.

(v) La cuestión de la responsabilidad del asesor profesional.

Afortunadamente, la responsabilidad penal tributaria del asesor profesional no presenta, en Venezuela y en lo relativo a la consagración en su regulación del principio de culpabilidad, mayores discusiones², o al menos no las que su regulación ha suscitado en otros ordenamientos³. En primer

¹ En el mismo sentido, ARTEAGA SÁNCHEZ; *Derecho...* pp. 131-136, y RODRÍGUEZ MORALES; *Derecho...* pp. 116-123.

² BORGES VEGAS opina que el párrafo único del artículo 88 del Código Orgánico Tributario “es *inconstitucional por discriminatoria*”, en tanto viola “el principio de progresividad ante la ley y el de la progresividad del castigo, ya que el autor resulta castigado con una pena menor que la del cómplice cuando este último es un profesional o técnico que actuó en el ejercicio de su profesión”, de modo que al autor, “incluso si también es un profesional, pero no actuó en el ejercicio de su profesión, sólo se le aplica la privación de libertad; en cambio, al cómplice además de la privación de la libertad, se le inhabilita en el ejercicio de su profesión”. BORGES VEGAS, Carmen Luisa; *La defraudación tributaria*. Serie Trabajos de Grado N° 9. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2006, pp. 132-133.

³ RODRÍGUEZ ESTEVEZ reseña el problema de la atribución a los profesionales de una función de garantes, respecto del adecuado cumplimiento de las regulaciones fiscales por las empresas a las que asesoran, de acuerdo con la regulación que, al respecto, contienen las legislaciones española y argentina. RODRÍGUEZ ESTEVEZ, Juan M.;

lugar, el párrafo único del artículo 88 del Código Orgánico Tributario, por mor de claridad respecto de los supuestos de coparticipación criminal¹, señala que las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos —es decir, el ejercicio propio de la actividad de asesoría propia de las profesiones liberales vinculadas con el área tributaria— “no constituye suministro de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios”.²

Ello complementa la regla general de coparticipación del artículo 88, en la que se regula, dentro de estas figuras, el «auxilio necesario» en la defraudación tributaria³, figura en la que normalmente encuadraría el apoyo del asesor profesional, el cual será perseguible penalmente —en resguardo del principio de culpabilidad— sólo en los supuestos en los que éste haya participado directa, consciente y voluntariamente en la comisión del hecho.⁴ Así lo ratifica la tipificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión liberal de que se trate en estos casos; ésta queda reservada no a cualquier profesional que asesore a un contribuyente o responsable eventualmente sujeto a una sanción tributaria, sino lo serán únicamente aquellos sujetos que “participen, apoyen, auxilién o cooperen en la comisión del ilícito”.⁵

«Responsabilidad Penal del Asesor de Empresa», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo II. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008, pp. 913-931.

¹ Sobre el proceso legislativo que dio origen a la inclusión de la norma, MONTILLA VARELA, Armando; “Anotaciones sobre los antecedentes del nuevo Código Orgánico Tributario”, en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, pp. 62-63.

² Artículo 88, Parágrafo Único, Código Orgánico Tributario.- “No constituyen suministros de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios, las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos, en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos.”

³ Sobre el punto nos hemos expresado en una ocasión previa. WEFER H., Carlos E.; *Anotaciones sobre la defraudación tributaria en el impuesto al valor agregado*. Colección Monografías Tributarias N° 2. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2011, pp. 87-93.

⁴ MORENO DE RIVAS; *Responsabilidad...* pp. 291-292.

⁵ Artículo 89, Código Orgánico Tributario.- “Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se les aplicará la inhabilitación para el ejercicio de la profesión por un término igual a la pena impuesta, a los profesionales y técnicos que con motivo del ejercicio de su profesión o actividad participen, apoyen, auxilién o cooperen en la comisión del ilícito de defraudación tributaria.”

c) Causas de inculpabilidad y Derecho Penal Tributario.

La consagración de causas de inculpabilidad, esto es, supuestos que excluyen la conciencia o la libertad de los actos del infractor tributario, supongan ignorancia o un conocimiento viciado del hecho o de su valoración jurídica como hecho imponible, o bien se haya actuado en circunstancias donde el contribuyente o responsable no tenía otra salida que incumplir la ley tributaria, es uno de los argumentos más fuertes a favor de la consagración de la culpabilidad como concepto jurídico fundamental del Derecho Penal Tributario venezolano.

En efecto, a pesar de que la jurisprudencia, como hemos visto anteriormente¹, se afana en señalar el supuesto carácter «objetivo» de la imputación por la comisión de ilícitos tributarios, es absolutamente amplio el reconocimiento que, incluso en las mismas decisiones, se hace de las causas de inculpabilidad como eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal tributaria, incurriendo así en lo que, ciertamente, es una curiosa contradicción.²

En efecto, el reconocimiento de la culpabilidad como concepto jurídico fundamental del Derecho Penal Tributario implica, como se ha dicho hasta el cansancio, la imposibilidad de atribuir responsabilidad por ilícitos tributarios en caso de su ausencia. Como dice MORILLO MÉNDEZ,

¹ Capítulo II, D. a).

² Al respecto, cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 307/2004, de 13 de abril, caso *Sucesión de Rosa Elena Irigoyen de Rodríguez v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00307-130404-2002-1088.htm>, 8 de junio de 2013, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 699/2004 de 29 de junio, caso *Industrias Alimenticias Corralito, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00699-290604-2003-0641.htm>, 8 de junio de 2013, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 43/2006 de 11 de enero, caso *Marcano & Pecorari, S. C. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00043-110106-2000-0688-1.htm>, 8 de junio de 2013, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.766/2011, de 15 de diciembre, caso *Agencias Generales Conaven, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01766-151211-2011-0640.html>, 8 de junio de 2013, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.169/2008, de 10 de octubre, caso *Espartana Shipping, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01169-21008-2008-2001-0873.html>, 8 de junio de 2013, así como el voto salvado del Magistrado Dr. Hadel MOSTAFÁ PAOLINI en la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 557/2008, de 7 de mayo, caso *Pfizer Venezuela, S. A. v. Municipio Valencia del Estado Carabobo*, en www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00557-7508-2008-2007-0114.html, 8 de junio de 2013.

“Pero esta capacidad a veces no existe, por lo que es necesario eximir de responsabilidad al sujeto, afectado por ello de circunstancias eximentes que le son propias; y otras veces existe limitada o parcialmente, por lo que la culpabilidad queda reducida o atenuada: tal es el caso de las circunstancias atenuantes. No faltan, tampoco, casos en que existen circunstancias que agravan o elevan el nivel de responsabilidad por encima de lo normal, supuestos de agravantes, algunas de las cuales vienen siendo utilizadas desde tiempo atrás, por nuestro Derecho Penal Tributario (así, por ejemplo, la reincidencia).”¹

Así las cosas, el artículo 85 del Código Orgánico Tributario² consagra, en términos generales, las causas de inculpabilidad aplicables a los ilícitos tributarios, pues no siempre existe (i) capacidad de entender y de querer el acto ilícito o su resultado, (ii) nexo psicológico entre el autor y su hecho, o conciencia de la ilicitud de la conducta; o no siempre (iii) las circunstancias en las que ha actuado el infractor tributario le permitían adecuar su conducta al normal cumplimiento de las obligaciones tributarias. Comentémoslas brevemente.

(i) Inimputabilidad.

La inimputabilidad significa, simplemente, ausencia de la aptitud para ser sujeto de Derecho Penal, por privación de alguno de los elementos en los cuales consiste la imputabilidad. Ésta, siguiendo a BETTIOL, es el “*conjunto de determinadas condiciones síquicas que hacen posible referir un hecho a un individuo, como a su autor consciente y voluntario*”³, con lo que la inimputabilidad será, precisamente, la ausencia de la conciencia o de la libertad de los actos del sujeto que, presuntamente, ha actuado contrariamente al derecho.

¹ MORILLO MÉNDEZ; *Las sanciones...* p. 79.

² Artículo 85, Código Orgánico Tributario.- “*Son circunstancias que eximen de responsabilidad por ilícitos tributarios: 1.- El hecho de no haber cumplido dieciocho (18) años. 2.- La incapacidad mental debidamente comprobada. 3.- El caso fortuito y la fuerza mayor. 4.- El error de hecho y de derecho excusable. 5.- La obediencia legítima y debida. 6.- Cualquier otra circunstancia prevista en las leyes y aplicables a los ilícitos tributarios.*”

³ BETTIOL; *Derecho...* p. 344.

En condiciones normales, la inimputabilidad excluye totalmente la culpabilidad del sujeto, en la medida en la que ésta excluya *completamente* la conciencia o la libertad en los actos del infractor de la norma jurídico penal. Sin embargo, existen casos en los que, más que de inimputabilidad, deberemos hablar de *imputabilidad disminuida*: son éstos los casos en los que la perturbación de la conciencia o de la libertad de los actos del agente no es *suficiente* para que se excluya totalmente la imputabilidad del sujeto y, con ello, la culpabilidad, como es el caso de la *actio liberæ in causa*.

De tal manera, las principales causas de inimputabilidad y, en consecuencia, de inculpabilidad, son la *minoridad* (inimputabilidad objetiva) y la enfermedad mental (inimputabilidad subjetiva), en la medida en que ambas situaciones privan al sujeto de la conciencia o de la libertad en sus actos. Así lo consagra el Código Orgánico Tributario en los dos primeros numerales del artículo 85, refiriéndose, en primer término, a la «minoridad».

Ésta es la forma de inimputabilidad que entendemos *objetiva* en el caso de los niños y de los adolescentes¹, de acuerdo con el Código Orgánico Tributario, toda vez que en ese supuesto se presume que el «menor» se encuentra privado de la conciencia en sus actos por la ocurrencia de un dato meramente objetivo, como lo es que su edad sea inferior a dieciocho años de edad.

Por su parte, una segunda forma de exclusión de la imputabilidad penal tributaria y, en consecuencia, de su culpabilidad frente a la posible comisión de un hecho punible, está constituida por la existencia de una “*incapacidad mental debidamente comprobada*”, entendida como suficiente, claro está, para privar al sujeto de la conciencia o de la libertad en sus actos. La regla tiene su equivalente en el artículo 62 del Código Penal, de acuerdo

¹ Según el artículo 2 de la Ley Orgánica para la Protección de Niño, Niñas y Adolescentes (Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Extraordinario, de 10 de diciembre de 2007), “[s]e entiende por niño o niña toda persona con menos de doce años de edad. Se entiende por adolescente toda persona con doce años o más y menos de dieciocho años de edad. // Si existieren dudas acerca de si una persona es niño o adolescente, niña o adolescente, se le presumirá niño o niña hasta prueba en contrario. Si existieren dudas acerca de si una persona es adolescente o mayor de dieciocho años, se le presumirá adolescente, hasta prueba en contrario”.

con el cual “[n]o es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente que prive al sujeto de la conciencia o de la libertad en sus actos”, de acuerdo con la dicción del artículo 62 del Código Penal.¹

En este sentido, como apunta VILLEGAS, la imputabilidad “es el presupuesto subjetivo de la culpabilidad”, de modo tal que “una vez establecida la teoría de la imputabilidad y eliminadas las causas que la excluyen (por ejemplo, demencia o minoridad), tendremos ya un sujeto ‘capaz de culpa’, en quien se podrá examinar el contenido de su culpabilidad en las dos formas que ella asume: el dolo y la culpa.”²

De esa comprobación, en cada caso concreto, es que dan cuenta las causas de inculpabilidad referidas al error, la coacción o la imposibilidad material de realizar la conducta exigida por la norma, referidas a (i) el nexo psicológico entre el autor y su hecho, o bien —según la tesis que se siga— la conciencia de la antijuridicidad del hecho; y (ii) la normalidad volitiva. Revisemos las causas de inculpabilidad asociadas a estos elementos.

(ii) El problema del error.

Respecto del error en la dogmática del Derecho Penal, REYES ECHANDÍA³ ha dicho lo siguiente:

“Las anomalías del juicio sobre un objeto dado pueden derivar de la falta absoluta de conocimiento, de conocimiento incompleto o de conocimiento falso; los dos primeros casos constituyen problemas de carácter cuantitativo, a tiempo que el último es de índole cualitativa; en la hipótesis inicial no existe dato alguno sobre el objeto del juicio, en la segunda hay datos, pero ellos son insuficientes para una adecuada valoración; y en la última, los datos existen pero o son deficientemente

¹ Artículo 62, Código Penal.- “No es punible el que ejecuta la acción hallándose dormido o en estado de enfermedad mental suficiente para privarlo de la conciencia o de la libertad de sus actos. // Sin embargo, cuando el loco o demente hubiere ejecutado un hecho que equivalga en un cuerdo a delito grave, el tribunal decretará la reclusión en uno de los hospitales o establecimientos destinados a esta clase de enfermos, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo tribunal. Si el delito no fuere grave o si no es el establecimiento adecuado, será entregado a su familia, bajo fianza de custodia, a menos que ella no quiera recibirlo.”

² VILLEGAS; Régimen... p. 121.

³ REYES ECHANDÍA; Culpabilidad... p. 164.

percibidos o son equivocadamente interpretados y, por ende, mal valorados.”

Así, la anomalía del juicio que el sujeto agente realiza sobre un objeto dado y que, en última instancia, determinan la comisión del hecho ilícito deriva, en los casos de error cualitativo, de una errónea interpretación del contenido del objeto, que en el caso del Derecho Tributario viene dado por las normas contentivas de deberes y obligaciones dentro de la relación jurídico tributaria.

En ese orden de ideas, la multiplicidad, variedad y, en algunos casos, la contradicción ínsita a las leyes tributarias induce, en no pocos casos, al juicio fallido respecto de ellas, hecho por el contribuyente o responsable. En estos casos, estaremos hablando de un error de derecho.¹ En otros casos, es la información que respecto de la interpretación de dichas normas hace la Administración Tributaria la que induce al conocimiento erróneo del contribuyente del adecuado cumplimiento de sus obligaciones tributarias, tal como ocurre en el caso del supuesto previsto en el artículo 234 del Código Orgánico Tributario², supuesto que configurará el llamado error de hecho. Como apunta VILLEGAS³:

“Existen motivos para admitir que el error (que es una noción falsa sobre algo) puede originarse en múltiples ocasiones y por diversos motivos en materia tributaria.

¹ MODOLELL GONZÁLEZ critica la distinción entre error de «hecho» y error de «derecho» que hace el Código Orgánico Tributario, por obsoleta y porque, en su formulación, distorsiona las consecuencias —inculpabilidad, o culpabilidad atenuada— que derivan de la presencia del error en cada caso concreto. Para resolver el problema, MODOLELL GONZÁLEZ sugiere, en solución con la que concordamos, lo siguiente: “Desde un punto de vista sistemático sería mejor referirse a la distinción ‘error de tipo-error de prohibición’. No obstante como el COT utiliza la antigua distinción, pudiera dársele el siguiente giro interpretativo al citado numeral 4 del artículo 85; [...] dentro del llamado ‘error de derecho’ debe incluirse tanto el error sobre los elementos normativos del tipo penal como el desconocimiento de la prohibición, quedando restringido el error de hecho al desconocimiento de los elementos descriptivos del tipo penal.” MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; «La problemática del error en materia penal tributaria», en *VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2002, pp. 430-431.

² Artículo 234, Código Orgánico Tributario.- “No podrá imponerse sanción a los contribuyentes que en la aplicación de la legislación tributaria hubieren adoptado el criterio o la interpretación expresada por la Administración Tributaria en consulta evacuada sobre el asunto. // Tampoco podrá imponerse sanción en aquellos casos en que la Administración Tributaria no hubiere contestado la consulta que se le haya formulado en el plazo fijado, y el consultante hubiere aplicado la interpretación acorde con la opinión fundada que haya expresado al formular la consulta.”

³ VILLEGAS; *Régimen Penal*... p. 136 y 137.

Se debe tener en cuenta, en primer lugar, la multiplicidad, variabilidad e inestabilidad de las leyes tributarias que se traduce en una complejidad atentatoria del principio de certeza y que justifica en no pocos casos la confusión y el equívoco del contribuyente, lo cual se producirá inevitablemente mientras no exista 'una mayor idoneidad en las expresiones de la ley fiscal que desprovistas del agudo tecnicismo lleven a la conciencia del pueblo al estado de certeza', de tal suerte que 'exterioricen con precisión y no complejamente el modo de conducta fijado a una persona dada.'

También puede surgir el error de la escasa e inadecuada publicidad que suele acompañar a las leyes fiscales, ya que de nada sirve la claridad legal si no va seguida de una amplia difusión que despeje de la mente del contribuyente toda duda generadora de error (...)

En definitiva, se trata de una serie de circunstancias atendibles que han acompañado o precedido al hecho ilícito tributario, y que por una u otra causa han impedido la debida comprensión de que la acción u omisión contrariaban el precepto jurídico tributario, perjudicando consiguientemente al fisco.”

En la regulación positiva del Derecho Penal Tributario venezolano, el artículo 85 del Código Orgánico Tributario prevé los casos y circunstancias que excluyen el elemento subjetivo del ilícito tributario y que, en consecuencia, excluyen el carácter punible del hecho en la más pura aplicación del principio *nulla poena sine culpa*. En este orden de ideas, ARTEAGA SÁNCHEZ¹ señala lo siguiente:

“La culpabilidad, pues, constituye el aspecto subjetivo de la antijuridicidad, el cual se caracteriza por la actitud de la voluntad contraria al deber que impone la norma o, en otras palabras, por la reprochabilidad, expresión que, como asienta Musotto, no se puede referir a la acción considerada en su aspecto exterior, ya que ésta sólo podría ser calificada como dañosa, sino a la actitud de la voluntad. Reprochable, como este mismo autor lo señala, es sólo la voluntad que anima la acción.”

¹ ARTEAGA SÁNCHEZ; *La culpabilidad...* pp. 77-78.

Ahora bien, no cualquier “*voluntad que anima la acción*” es considerada como reprochable, a los efectos del Derecho Penal Tributario. La voluntad criminal, esa que según la valoración de la ley es la que genera la respuesta del ordenamiento penal tributario, restaurando el equilibrio roto por la acción antijurídica, es la que es atribuible a un sujeto como a su autor consciente y libre, esto es, la conducta que es (i) *imputable*; definible como la capacidad de entender y de querer en Derecho Penal Tributario; (ii) *atribuible psicológicamente a su autor*; definible como la orientación de la voluntad del sujeto en la dirección de la comisión del ilícito tributario, esto es, con dolo o con culpa; y (iii) *normal*; el sujeto para ser culpable debe haber podido ejercer la opción de respetar la ley o violarla, eligiendo esta última opción¹.

En este sentido, la atribución psicológica del hecho a su autor se excluye, y con ella el elemento subjetivo del ilícito, cuando la conducta no es atribuible al sujeto como a su autor *consciente*, lo cual viene dado, en determinados casos —y aplicando en forma analógica las instituciones del Derecho Civil— el vicio del consentimiento o de la voluntad criminal denominado *error*. Este error, como ya hemos afirmado, consiste en un juicio anómalo del objeto que constituye el hecho ilícito, la cual, frecuentemente, incide sobre el adecuado conocimiento de la ilicitud de la conducta, bajo la forma de la sujeción o no, o la sujeción bajo determinadas modalidades, a la obligación tributaria.

En este sentido, cuando la normativa que regula la actividad humana cuyo incumplimiento está sometido a punición —como es el caso del Derecho Penal Tributario— es sumamente complicada, de difícil comprensión y cuya cambiante realidad impone a las personas sujetas a su imperio una agobiante —y nunca completa— labor de actualización para *seguirle la pista* a los deberes impuestos por la norma fiscal, ¿hasta qué

¹ BORGES VEGAS; *Principios...* pp. 90-93.

punto puede hablarse de conocimiento de la ilicitud que fundamente el dolo necesario para el reproche penal?

Tal como señala ZORNOZA PÉREZ, el incorrecto conocimiento de los preceptos tributarios relevantes para la existencia de una concreta infracción —o error de «derecho» excusable, de acuerdo con la dicción del artículo 85.4 del Código Orgánico Tributario—, en cuanto afectaría al tipo mismo de la infracción, *debe* ser tomado en consideración para aplicarse en materia de infracciones tributarias¹.

De tal manera, la dificultad interpretativa propia del Derecho Tributario —cuyas normas integran, bajo la forma de preceptos complementarios, los tipos penales descritos en el Código Orgánico Tributario— lleva consigo una tendencia clara hacia el desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta prohibida por la norma punitiva, al punto que los mismos especialistas en la materia sostienen, comúnmente, arduas discusiones respecto de la interpretación y aplicación de las normas tributarias. A este respecto, MAIWALD señala que “[l]a cuestión del autor que yerra se plantea en muy diversos aspectos; pero desde ya merece especial atención el problema de qué consecuencias tiene el error de aquél que se halla en desconocimiento de su deber tributario. Un error de esa índole, en vista de lo inabarcable de las leyes tributarias, podría no ser infrecuente, incluso en la práctica”, razón por la cual se inclina por calificarlo como error de «prohibición», posición de la que disiente MODOLELL GONZÁLEZ, sobre la base de considerarlo error de «tipo», en tanto radica en un error “sobre la potestad de tributación concreta del Estado, que para la doctrina dominante constituye el bien jurídico protegido.”²

¹ ZORNOZA PÉREZ; *El Sistema...* p. 88.

² MAIWALD, Manfred; *Conocimiento del Ilícito y Dolo en el Derecho Penal Tributario*. Traducción del original alemán de Marcelo A. SANCINETTI, Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pp. 16, 37, y MODOLELL GONZÁLEZ; *La problemática...* p.438. Una posición más radical, que aboga por la abolición de la distinción entre error de tipo y de prohibición, con base en la caracterización de los delitos tributarios como tipos de «infracción de deber», de manera de conectar el error a un referente meramente normativo es la de VAN WEEZEL, Alex; «El error en el delito tributario», en *Derecho penal tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008, pp. 170-176.

(iii) Anormalidad volitiva

Finalmente, el último de los elementos que componen a la culpabilidad es la llamada «normalidad volitiva», de acuerdo con la cual, según el padre de la concepción normativa de la culpabilidad, FRANK, está referida a las circunstancias bajo las cuales la persona lleva a cabo la acción antijurídica:

“Cuando una persona imputable realiza algo antijurídico, consciente o pudiendo estar consciente de las consecuencias que trae aparejadas su accionar, puede ser sujeto, en general, de un reproche, según la interpretación del legislador. Pero lo que es posible en general, en un caso particular puede ser imposible: así, no cabe la reprochabilidad cuando las circunstancias concomitantes hayan sido un peligro para el autor o para una tercera persona y la acción prohibida ejecutada los podía salvar.”¹

Es a estos supuestos, en los que al contribuyente o al responsable no se le podía exigir razonablemente una conducta distinta que la del incumplimiento de la obligación tributaria material o formal, a los que se refiere el artículo 85.3 del Código Orgánico Tributario, al excusar el «caso fortuito» y la «fuerza mayor» cuando, por su obra, se ha cometido algún ilícito tributario, referida, tal como lo menciona VILLEGAS,² tanto a la coacción que “*actúa contra la voluntad, venciénola e impulsando a una determinada conducta que el coaccionado no desea*”, como a la imposibilidad material de realización de la conducta exigida por la norma fiscal “*que ha de determinar la imposibilidad de actuar de otra forma no sólo para él, sino para cualquier otro sujeto que se hubiera encontrado en las mismas circunstancias*”³, situaciones que han sido ampliamente reconocidas por la jurisprudencia como causales de extinción de la responsabilidad penal tributaria.⁴

¹ FRANK; *Sobre la estructura...* p. 41.

² VILLEGAS; *Régimen...* pp. 145-146.

³ ZORNOZA PÉREZ; *El Sistema...* p. 212.

⁴ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 96/2013, de 6 de febrero, en el caso *Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, Fertinitro C. E. C. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00096-6213-2013-2011-1114.html>, 9 de junio de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 197/2008, de 20 de febrero, caso *Servicios Iscar*,

d) Unidad de designio y delito continuado.

El ilícito se caracteriza por ser una acción típica, antijurídica y culpable, por lo que en esencia el ilícito es *acción*. Siguiendo en este punto a WELZEL¹, es posible definir a la acción como «ejercicio de actividad final», o en otras palabras, “*un obrar orientado conscientemente desde el fin*”. Ésta, la acción, puede estar compuesta de más de una *conducta*, que es “*la realización o en la omisión voluntarias de un movimiento del cuerpo*”², de modo que para hablar de *acción* es necesario añadir al proceso meramente causal la dirección final, orientada a fines. De tal manera *es posible atribuir a varias conductas humanas el significado jurídico de acción única*, en tanto constituyen *partes* de la realización *final* de la voluntad del agente.

Como fácilmente puede deducirse, la acción punible puede estar constituida por la realización repetida de la misma acción final, en condiciones que todas ellas pueden ser asociadas, precisamente, por el designio común. En consecuencia, aún cuando naturalísticamente estas acciones puedan considerarse como separadas, en tanto constituyen modificaciones aisladas o individualizadas del mundo sensorial exterior, no es posible considerarlas jurídicamente como unidades aisladas, sino como partes de un todo, en tanto forman parte de la misma acción final³.

C. A. v. República, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00197-20208-2008-2006-1761.html>, 9 de junio de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 6.172/2011, de 30 de noviembre, caso Intevp, S. A. v. República, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01672-301111-2011-2010-0381.html>, 9 de junio de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 45/2011, de 19 de enero, caso C. N. A. de Seguros La Previsora v. República, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/enero/00045-19111-2011-2010-0234.html>, 9 de junio de 2013, y la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.050/2010, de 28 de octubre, caso Diageo Venezuela, S. A. v. República, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01050-281010-2010-2009-0402.html>, 9 de junio de 2013.

¹ WELZEL; *Derecho...* pp. 53-56.

² VON LISZT; *Tratado...* Tomo II, p. 285.

³ “Una unidad de acción, en el caso de existencia de una pluralidad de acciones naturales, sólo puede admitirse por razones jurídicas. Partimos ahora de la existencia de una pluralidad de acciones naturales (actos de voluntad) en el sentido hasta aquí expuesto (parágrafo 66). No obstante ello puede aparecer como una unidad en sentido jurídico; esto se deduce del parágrafo 74 del Código, pues en él no se habla pura y simplemente de varias acciones, sino de varias acciones ‘independientes’; por tanto, varias acciones no independientes aparecen jurídicamente como una unidad” MEZGER, Edmund; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de la 2ª edición alemana por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949, p. 349.

Una de las formas en las que esa unidad jurídica de la acción puede darse es, precisamente, el «delito continuado»¹. Puede decirse con CASTIÑEIRA que el delito continuado es “una pluralidad de acciones semejantes objetiva y subjetivamente, que son objeto de una valoración jurídica unitaria”², donde dicha «valoración jurídica única» viene dada, como hemos visto, por la conexidad entre las acciones derivadas de su fin común: esto es, lograr de la mejor manera posible –determinación del fin y selección de medios- el provecho injusto³ derivado del ilícito, con lo que las varias exteriorizaciones son, finalmente, partes de la misma acción.

En este sentido, para la configuración del delito continuado se exigen las siguientes notas definidoras⁴: (i) pluralidad de hechos; o lo que es lo mismo, despliegue de varias conductas físicamente diferenciables, aún si son cometidas en fechas diferentes; (ii) que sean atribuibles, imputables a un mismo sujeto; (iii) constitutivas de violaciones a una misma disposición legal; y (iv) productoras de un único resultado antijurídico. Así lo prevé el artículo 99 del Código Penal:

“Se considerarán como un solo hecho punible las varias violaciones de la misma disposición legal, aunque haya sido cometidas en diferentes fechas, siempre que se hayan realizado con actos ejecutivos de la misma resolución; pero se aumentara la pena de una sexta parte a la mitad.”

Así las cosas, fácil es constatar cómo el reconocimiento de la culpabilidad como **concepto jurídico fundamental** del Derecho Penal Tributario tiene lógica incidencia en la recepción que, de la figura, pueda hacerse en nuestra disciplina. Ello adquiere particular relevancia, tomando

¹ “La conexión se produce a causa de la homogeneidad de las diversas acciones, dependiendo a menudo sólo de lo fortuito el que se alcance la meta propuesta mediante una o varias acciones (FRANK). Ejemplos: alguien comete repetidas veces el adulterio con la misma persona (parágrafo 173, número 3) o hurta, siempre aprovechando la misma ocasión, cosas de igual especie al mismo propietario. En tales supuestos no procede, por regla general, un castigo a causa de varios adulterios, hurtos, etc., sino sólo a causa de un adulterio, de un hurto, etc.” MEZGER; *Tratado...* Tomo II, p. 354.

² CASTIÑEIRA, María Teresa; *El delito continuado*. Bosch, Barcelona (España), 1977, p. 16.

³ Ventaja que puede ser valorable en dinero o no, como el caso de quien mata por placer mórbido.

⁴ Cfr. el capítulo IX del presente trabajo.

en consideración el *silencio* que respecto de la regulación del delito continuado como forma de determinación de la responsabilidad penal tributaria guarda el Código Orgánico Tributario, lo cual nos remite, nuevamente, al problema de la recepción de los principios e instituciones del Derecho Penal a que se refiere el artículo 79 del Código Orgánico Tributario, según lo estudiado anteriormente.¹

En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia había aceptado tradicionalmente la incorporación del delito continuado como instituto del Derecho Penal Tributario desde, por lo menos, 1946,² en 2008 entendió inaplicable la institución al Derecho Penal Tributario, sobre la base del privilegio del «modelo sectorial de gestión» que implica la recaudación tributaria, por sobre las garantías del sujeto pasivo del tributo, en términos idénticos a los discutidos previamente³, y que merecen —nuevamente— la expresión del más enérgico rechazo.

e) Dosimetría penal, culpabilidad y penas «fijas».

Si bien la culpabilidad es un concepto cardinal, como hemos dicho, para la determinación de la punibilidad del hecho, en tanto éste debe constituir una acción «típica», «antijurídica» y «culpable», su función no se agota allí. Como con acierto indica FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *“la culpabilidad también está llamada a cumplir una función de justicia, al asegurar la*

¹ Capítulo II, D. a)

² Cfr. Sentencia de la Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta N° 100/1946, de 5 de febrero, caso *F. Aumaitre v. República*, en *Jurisprudencia de Impuesto sobre la Renta 1943-1965 (con apéndice correspondiente a 1966)*. Tomo I. Caracas, 1966, pp. 82-83, Sentencia de la Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta N° 192/1947, del 9 de octubre, caso *M. Saldívar v. República*, en *Jurisprudencia...* Tomo I, pp. 223-224, Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 877/2003, de 17 de junio, caso *Acumuladores Titán, C.A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00877-170603-2001-0857.htm>, 9 de junio de 2013, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 152/2007, de 1° de febrero, caso *Corporación H.M.S. 250, C.A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00152-1207-2007-2003-0684.html>, 9 de junio de 2013, y SSPA 584/2008, de 7 de mayo, caso *Zapatería Francesco Plus, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00584-7508-2008-2007-0469.html>, 9 de junio de 2008.

³ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 948/2008, de 13 de agosto, caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/agosto/00948-13808-2008-2007-0593.html>, 9 de junio de 2013.

proporcionalidad entre el delito y la pena dentro de los límites presupuestos por el régimen de la responsabilidad subjetiva.”¹

Esa función es la que cumplen las llamadas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal tributaria, en sus formas «agravantes»² y «atenuantes»³ que, como elementos accidentales que son del ilícito alteran, en más o en menos, la responsabilidad penal del actor; responden, así, a la categoría de *standards* rectores de la individualización de la sanción penal. Así se lleva a la práctica la garantía constitucional innominada de proporcionalidad, de acuerdo con la cual “*las penas tienen que guardar una razonable proporcionalidad con el grado de culpabilidad por el hecho y no solo con la gravedad material y objetiva de la lesión al bien jurídico.*”⁴

Así las cosas, es imperativo establecer “*escalas diversas de punibilidad en atención al grado de ‘participación interna’ del agente*”, a través de la introducción de “*criterios para la concreta medición judicial de la pena*”⁵. Estos fines son, pura y simplemente, desconocidos por el Código Orgánico Tributario en la tipificación de las penas aplicables por la realización de la inmensa mayoría de los ilícitos tributarios en él tipificados, en especial de los ilícitos formales, a través del expediente «objetivador» de las penas «fijas», esto es, una magnitud aplicable a todos los supuestos por igual, sin consideración del grado de culpa del infractor en cada caso. En ellas,

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan; *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. 2ª edición. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1999, p. 317.

² Artículo 95, Código Orgánico Tributario.- “*Son circunstancias agravantes: 1.- La reincidencia. 2.- La condición de funcionario o empleado público que tengan sus coautores o partícipes, y 3.- La magnitud monetaria del perjuicio fiscal y la gravedad del ilícito.*”

³ Artículo 96, Código Orgánico Tributario.- “*Son circunstancias atenuantes: 1.- El grado de instrucción del infractor. 2.- La conducta que el autor asuma en el esclarecimiento de los hechos. 3.- La presentación de la declaración o pago de la deuda para regularizar el crédito tributario. 4.- El cumplimiento de los requisitos omitidos que puedan dar lugar a la imposición de la sanción. 5.- El cumplimiento de la normativa relativa a la determinación de los precios de transferencia entre partes vinculadas. 6.- Las demás circunstancias atenuantes que resulten de los procedimientos administrativos o judiciales, aunque no estén previstas expresamente por la Ley.*”

⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Principios...* p. 325.

⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Principios...* p. 344.

“La ley señala de un modo completamente fijo e invariable, con criterios fundamentalmente objetivos, la naturaleza y cantidad de pena que corresponde a cada tipo de delito, sin dejar espacio alguno para el arbitrio dosimétrico del juez. No hay, pues, criterios estimativos de gravedad y culpabilidad de conformidad con los cuales pueda el juez individualizar la pena en cada caso concreto, ni existen circunstancias genéricas de agravación o de atenuación; a lo sumo se prevén, con reacción punitiva igualmente fija, circunstancias agravantes o atenuantes especiales. Es el caso extremo, que somete todas las modalidades criminales de un mismo tipo al mismo tratamiento, haciendo gala de un igualitarismo inequitativo.”¹

Sobre estas penas «fijas», que deben ser objeto de la más enérgica condena como formas indirectas de negación de la culpabilidad, ha dicho con sobrado acierto el profesor colombiano FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en palabras que hacemos nuestras, que “*propician el desigualitarismo, al someter los casos más disímiles al mismo rasero y desconocer que una misma conducta puede desplegarse en las más variadas circunstancias objetivas y subjetivas, muchas de las cuales han de ser jurídicamente relevantes en la concreta fijación judicial de la sanción,*”. Son, finalmente, formas encubiertas de negación de la culpabilidad, a pesar de la declaración formal de la existencia de circunstancias modificativas de responsabilidad que, en principio, pueden hacer pensar lo contrario.²

f) Culpabilidad y proceso penal tributario.

El proceso penal tributario es, como señaláramos anteriormente³, la serie de actos que tienden a la concreción de la pretensión punitiva del Estado, con el objeto de individualizar la pena prevista en la norma en el sujeto que, por su accionar transgresor de la norma tributaria, se ha hecho acreedor a ella, o bien el cauce procedimental legalmente establecido que

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Principios...* p. 142.

² FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Principios...* p. 141.

³ Capítulo II, B.

permita determinar la comisión de un ilícito tributario y la pena que por tal causa deba recaer en el sujeto pasivo del tributo violador del Derecho Tributario Sustantivo o Formal, según sea el caso.

Ello abarca, en su acepción más amplia y desde un punto de vista funcional, tanto a los actos realizados por los tribunales —proceso, en sentido estricto— como a aquellos llevados a cabo por la Administración Tributaria en ejercicio de la llamada «potestad sancionatoria de la Administración Tributaria»¹. En estas actuaciones, la «regla-culpabilidad» contenida en la **presunción de inocencia**² adquiere particular relevancia, en tanto el proceso debe constituirse en instrumento de garantía de la culpabilidad, entendida en esa acepción, tanto (i) en el momento de determinación de la culpabilidad del sujeto; como (ii) en la ejecución de la sanción, cuestión que debe estar deferida, por regla general, al momento en el que ésta adquiere carácter *definitivamente firme*.

Sin embargo, ello es particularmente problemático en el Derecho Penal Tributario venezolano. Lo es por tres razones, fundamentalmente; ellas deberán ser objeto de nuestros comentarios finales sobre la culpabilidad en nuestra disciplina.

(i) Procedimiento constitutivo y presunción de inocencia. El caso de la verificación de deberes formales.

De acuerdo con el artículo 172 del Código Orgánico Tributario,³ la verificación es una de las formas que puede revestir el cauce formal de

¹ Artículo 93, Código Orgánico Tributario.- "Las sanciones, salvo las penas privativas de libertad, serán aplicadas por la Administración Tributaria, sin perjuicio de los recursos que contra ellas puedan ejercer los contribuyentes o responsables. Las penas restrictivas de libertad y la inhabilitación para el ejercicio de oficios y profesiones, sólo podrán ser aplicadas por los órganos judiciales competentes, de acuerdo al procedimiento establecido en la ley procesal penal. // Parágrafo Único: Los órganos judiciales podrán resolver la suspensión condicional de la pena restrictiva de libertad, cuando se trate de infractores no reincidentes y atendiendo a las circunstancias del caso y previo el pago de las cantidades adeudadas al Fisco. La suspensión de la ejecución de la pena quedará sin efecto en caso de reincidencia."

² Capítulo I, E. c) (i).

³ Artículo 172, Código Orgánico Tributario.- "La Administración Tributaria podrá verificar las declaraciones presentadas por los contribuyentes o responsables a los fines de realizar los ajustes respectivos y liquidar las diferencias a que hubiere lugar. // Asimismo, la Administración Tributaria podrá verificar el cumplimiento de los deberes formales previstos en este Código y demás disposiciones de carácter tributario, y los deberes de los

actuación de la potestad sancionatoria de la Administración Tributaria. En este sentido, la verificación *como* procedimiento penal tributario procede fundamentalmente en cuatro casos: (i) determinación de la comisión de ilícitos formales; (ii) determinación de la comisión de ilícitos relativos a las especies fiscales y gravadas; (iii) determinación de la posible violación de los deberes de los agentes de retención y percepción; y (iv) determinación de la comisión de los ilícitos materiales que implican incumplimiento omisivo de la obligación tributaria principal (retraso en el pago de tributos y contravención), con la aplicación de las penas que correspondan.

Dicho lo anterior, y luego de —incluso— la más detenida lectura de las disposiciones del Código Orgánico Tributario que regulan a dicho «cauce formal», salta a la vista del intérprete la *contradictio in terminis* que implica hablar de un «procedimiento» de verificación, como título de la Sección Quinta del Capítulo III del Título IV del Código Orgánico Tributario, sin que en modo alguno los cinco artículos que componen la referida sección mencionen algún «procedimiento», esto es, un conjunto de actos tramitados según un orden y una forma de proceder fijada en la ley con el objeto —en el caso del procedimiento administrativo— de actuar una determinada potestad administrativa.

Ello, probablemente, es resabio de la concepción tradicional de acuerdo con la cual su carácter breve implica lo innecesario de establecer un contradictorio entre el órgano de instrucción y el interesado en la fase constitutiva del procedimiento, toda vez que por el conocimiento previo que tiene el contribuyente de su situación fiscal, reflejada en la declaración impositiva, es posible sostener que una actuación de este tenor, según ha dicho la jurisprudencia, no implique violación del derecho a la defensa.

agentes de retención y percepción, e imponer las sanciones a que haya lugar. // Parágrafo Único: La verificación de los deberes formales y de los deberes de los agentes de retención y percepción, podrá efectuarse en la sede de la Administración Tributaria o en el establecimiento del contribuyente o responsable. En este último caso, deberá existir autorización expresa emanada de la Administración Tributaria respectiva. Dicha autorización podrá hacerse para un grupo de contribuyentes utilizando, entre otros, criterios de ubicación geográfica o actividad económica."

Una cuestión tal, como lo ha puesto de relieve la doctrina¹, es absolutamente violatoria de la «regla-culpabilidad», en su cariz adjetivo y en los términos señalados previamente, en la medida en la que la ausencia absoluta de un cauce formal que permita a la Administración Tributaria sustanciar la prueba de cargo que permitirá desvirtuar la presunción en comentarios, ni —mucho menos— permitir el control de la prueba de cargo por parte del contribuyente o responsable así «imputado», a través de la imposición de sanciones «de plano». Es esta una situación que, sin duda, hace nugatoria toda consideración «sustantiva» de la culpabilidad para el privilegio, una vez más, del «modelo sectorial de gestión» y de la «eficiencia recaudatoria» de la Administración Tributaria, en desmedro de la Libertad y de la Dignidad de la persona humana, valores que, como se ha visto, son los que obtienen aplicabilidad concreta a través de la culpabilidad.

(ii) Prueba tasada e indicios de defraudación tributaria.

El MCTAL, con base en la naturaleza «tributaria» que asigna al ilícito tributario, admitía la posibilidad de «presunciones legales de culpabilidad», especialmente respecto de la defraudación tributaria.² Éstas son, según la Exposición de Motivos, “*presunciones simples que admiten la prueba en contrario por parte del contribuyente*”, inversión de la carga probatoria que se justifica, según el Modelo, “*por las especiales dificultades que plantea la*

¹ Cfr. DÍAZ SIVIRA, Fátima; «El procedimiento de verificación previsto en el COT y la aplicación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 49 de la Constitución», en *VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2004, p. 300, ABACHE CARVAJAL, Serviliano; «Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001», en *Revista de Derecho Tributario* N° 111. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006, pp. 249, 270, ABACHE CARVAJAL, Serviliano; «Praxis (Administrativa y Judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual», en *Anuario de Derecho Público*. Año 3. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2011, pp. 402-406, y WEFER, Garantismo... p. 552.

² Artículo 100, MCTAL.- “*Se presume la intención de defraudar cuando: 1.- Se adopten formas o estructuras jurídicas manifiestamente inadecuadas para configurar la efectiva operación gravada y ello se traduzca en apreciable disminución del ingreso tributario; 2.- No se ingresen en los plazos establecidos los importes retenidos por tributos; 3.- Se lleven dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos; 4.- Exista contradicción evidente entre las constancias de los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias; 5.- No se lleven o exhiban libros, documentos o antecedentes contables, cuando la naturaleza o el volumen de las actividades desarrolladas no justifique tales circunstancias; 6.- Se produzcan informaciones inexactas sobre las actividades o negocios; 7.- Se omita la denuncia de hechos previstos en la ley como generadores de tributos o no se proporcione la documentación correspondiente.*” INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* pp. 73-75.

prueba del fraude en determinadas situaciones de hecho”, de manera que, probado por la Administración Tributaria *“el hecho que sirve de base a la presunción, aunque esté en sí mismo no sea fraudulento, se presume la intención de defraudar por parte del contribuyente.”*¹ Estas consideraciones, como algunas otras, son reproducidas por el MCIAT, cuya innovación sobre el punto consiste en agregar algunas presunciones *adicionales* a las previstas ya en el MCTAL.²

Por su parte, la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario de 1982 sustentó la adopción de una norma similar en la elección de penas pecuniarias como las únicas aplicables para el caso de la defraudación tributaria:

“Al decidirse por la aplicación exclusiva de la pena pecuniaria para la defraudación, la Comisión Redactora decidió incluir en esta Sección cuatro importantes casos en los cuales se presume la intención de defraudar, salvo prueba en contrario del indiciado, con lo cual aquellas situaciones de hecho que generalmente acompañan a la defraudación, como son las de llevar dos o más juegos de libros, la contradicción evidente entre los libros y las declaraciones, la negativa a llevar libros o a exhibir éstos y los documentos conexos, y el dar informaciones falsas sobre el hecho imponible, colocan al presunto infractor en la necesidad de comprobar que estas conductas no reflejaron su intención de defraudar al Fisco. De este modo, los legítimos intereses fiscales quedan suficientemente garantizados, sin necesidad de recurrir al uso de la pena privativa de la libertad, con los anotados inconvenientes que ella conlleva.”³

¹ INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO; *Modelo...* p. 72.

² Artículo 180, MCIAT.- *“Se presume la intención de defraudar, salvo prueba en contrario, cuando: 1.- Se adopten formas o estructuras jurídicas manifiestamente inadecuadas para configurar la efectiva operación gravada y ello se traduzca en apreciable disminución del ingreso tributario; 2.- No se ingresen en los plazos establecidos los importes retenidos por tributos; 3.- Se lleven dos o más juegos de libros para una misma contabilidad, con distintos asientos; 4.- Exista contradicción evidente entre las constancias de los libros o documentos y los datos consignados en las declaraciones tributarias; 5.- No se lleven o exhiban libros, documentos o antecedentes contables, en los casos en los que lo exija la ley; 6.- Se produzcan informaciones inexactas sobre las actividades o negocios; 7.- Se omita la denuncia de hechos previstos en la ley como generadores de tributos o no se proporcione la documentación correspondiente; 8.- Obtener dos o más números de inscripción para el mismo sujeto pasivo en un mismo registro.”*

CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS; *Modelo...* p. 114.

³ OCTAVIO; *Comentarios...* p. 381.

Como señala con acierto FRAGA PITTALUGA, una regulación de este tipo era, en tanto consagratoria de una presunción de culpabilidad, absolutamente contraria al principio de culpabilidad y, como tal, inconstitucional.¹ Afortunadamente, como dice el profesor venezolano, el artículo 117 del Código Orgánico Tributario modificó la calificación jurídica de dichos hechos, pasándolos de presunciones de culpabilidad a *indicios*, lo cual significa una mejora sustancial en el tratamiento de la figura:

“[E]l artículo 117 del COT de 2001, es una versión mejorada del artículo 94 del Código Orgánico Tributario de 1994. En este último instrumento se consagraban **presunciones sobre la intención de defraudar** y ello significaba, simple y llanamente, que la ocurrencia de alguno de los supuestos allí previstos hacía presumir, salvo prueba en contrario, que el sujeto imputado había incumplido la obligación tributaria con la intención dañosa de defraudar. [...]

Las razones anteriores nos impulsan a concluir que el legislador tributario quiso salvar la inconstitucionalidad denunciada, erradicando las presunciones legales de dolo. Así, con el objeto de alcanzar este loable propósito, trocó las mismas en indicios, efectuando con ello un cambio de enfoque digno de elogio que, insistimos, no es desde luego casual y no se reduce a un mero prurito semántico. Como ya tuvimos la oportunidad de expresar, entre las presunciones legales y los indicios existen diferencias abismales. Sólo baste recordar aquí la diferencia que pone de bulto el hecho de que el cambio producido tuvo por objeto central purgar el grave vicio de inconstitucionalidad que pesaba sobre el artículo 94 del COT de 1994. En este sentido, mientras las presunciones legales suponen la inversión de la carga de la prueba, los indicios no alteran en absoluto la distribución del onus probandi, el cual permanece incólume. En el caso que nos concierne, la carga de la prueba siempre recaerá sobre quien acusa y no sobre el acusado. De este modo, los indicios de defraudación regulados en el COT de 2001, pueden convivir armónicamente con la presunción de inocencia, la cual resulta ahora

¹ FRAGA PITTALUGA, Luis; «Indicios de defraudación en el Código Orgánico Tributario y derecho constitucional a la presunción de inocencia», en *Revista de Derecho Tributario* N° 101. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2003, p. 43.

plenamente reivindicada en el ámbito sancionatorio tributario. En consecuencia, quien es acusado de defraudación tributaria se presume inocente hasta que se demuestre lo contrario”.¹

Sin embargo, es absolutamente criticable, desde el punto de vista de la «prueba» de la culpabilidad la valoración previa *ex lege* implícita en la norma en comentarios, que introduce una importante distorsión en el sistema de libre valoración de las pruebas en el proceso penal, en tanto el indicio forma parte, por antonomasia, de un sistema *tarifado* de prueba. Así las cosas, es completamente ilógico que el legislador *tarife* el valor probatorio de los hechos que *indican*, supuestamente, la posible comisión de una defraudación fiscal, siendo que el sistema probatorio penal tributario venezolano está basado sobre una realidad completamente distinta.

Ello lleva a BORGES VEGAS a interpretar la regla en forma “*armónica con la presunción de inocencia*”, de lo que se sigue necesariamente, por una parte, la inoperancia de la presunción de legitimidad de las actas fiscales prevista en el artículo 184 del Código Orgánico Tributario² como mecanismo de prueba legal tasada de la posible comisión de la defraudación tributaria, en tanto ésta “*es un medio más de prueba, no goza de mayor relevancia que cualquier otra que se analice y no implica una inversión de la presunción de inocencia*”; y por la otra la aplicación de las reglas generales de valoración de la prueba previstos en el artículo 22 del Código Orgánico Procesal Penal, lo que implica “*que los indicios tendrán valor en tanto sirvan racionalmente para descubrir la verdad*”, pues “*no son más que guías para encaminar la investigación, caminos posibles que ha dado la experiencia, pero no puede el juez remitirse a ellos sin una valoración global y razonada.*”³

¹ FRAGA PITTALUGA; *Los Indicios...* p. 44.

² Artículo 184, Código Orgánico Tributario.- “*El Acta de Reparo que se levante conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se notificará al contribuyente o responsable por alguno de los medios contemplados en este Código. El Acta de Reparo hará plena fe mientras no se pruebe lo contrario.*”

³ BORGES VEGAS; *La defraudación...* pp. 164-166.

(iii) Presunción de inocencia v. «Ejecutividad» de los actos administrativos de contenido sancionatorio.

Un corolario necesario de la presunción de inocencia es, como es lógico, que ésta mantenga su vigencia hasta tanto se la desvirtúe, con fuerza de cosa juzgada formal. En efecto, en la medida en la que existan, aún, posibilidades de absolver al sujeto por la comisión de un ilícito cualquiera, éste debe tenerse por *inocente*, en razón de su Libertad y de su Dignidad, para así mantener la racionalidad axiológica de la culpabilidad como justificativo del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción», en los términos ya largamente expuestos.¹ Ello implica, como la ponderación más sencilla lo evidencia, la preeminencia de la presunción de inocencia sobre la presunción de legitimidad del acto administrativo, en tanto su aplicación simultánea es, pura y simplemente, contradictoria.² Como dice con acierto, Alberto BLANCO-URIBE QUINTERO,

“Evidentemente, mientras el acto administrativo sancionatorio pueda ser objeto de un recurso, o habiendo sido impugnado aún no haya decisión final del órgano administrativo o judicial, existe la duda razonable de si la culpabilidad quedará o no probada, pues estamos constitucionalmente obligados a presumir la inocencia.

Esto es así, sin perjuicio de que se consagre la presunción de legitimidad o veracidad del acto administrativo, pues esa presunción, de apenas rango legal, encontrándonos en un sistema constitucional racional normativo rígido, debe ceder en preferencia frente a la presunción de inocencia, de suprema jerarquía constitucional.”³

Sin embargo, el Código Orgánico Tributario no lo reconoce así. En determinados supuestos, se pretende privilegiar —y de hecho, se logra— la

¹ Capítulo I, E. c) (i).

² Cfr. SIMÓN ACOSTA, Eugenio; «Derechos Humanos y Tributación», en *Anais das XX Jornadas do ILADT. Tema 1: Derechos Humanos y Tributación*. Tomo I. Associação Brasileira de Direito Financiero. Salvador de Bahía, 2000, pp. 325-327.

³ BLANCO-URIBE Quintero, Alberto; «Alcance del Principio de Presunción de Inocencia. Reflexión», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006, p. 770. En el mismo sentido, ABACHE CARVAJAL; *La atipicidad...* p. 231.

ejecutividad de los actos administrativos de contenido sancionatorio en materia fiscal, en una manifestación más de la irracionalidad axiológica que ha sido denunciada insistentemente en estas líneas, a través del privilegio del interés recaudatorio de la Administración Tributaria por sobre cualquiera garantías y derechos de los particulares, incluyendo la presunción de inocencia.

El primer ejemplo lo da el artículo 263 del Código Orgánico Tributario, cuyo encabezamiento es del tenor siguiente:

“La interposición del recurso no suspende los efectos del acto impugnado; sin embargo, a instancia de parte, el tribunal podrá suspender parcial o totalmente los efectos del acto recurrido, en el caso que su ejecución pudiera causar graves perjuicios al interesado, o si la impugnación se fundamentare en la apariencia de buen derecho. Contra la decisión que acuerde o niegue la suspensión total o parcial de los efectos del acto, procederá recurso de apelación, el cual será oído en el solo efecto devolutivo.”

Como la lectura evidencia, la presunción de inocencia se ve severamente afectada, en tanto la decisión de la Administración Tributaria que declara la responsabilidad penal tributaria será, por regla general, ejecutable contra el contribuyente o responsable, a menos que éste compruebe, de forma *concurrente*¹, la existencia de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. Así lo reconoció, en su momento, la jurisprudencia de instancia:

“El supuesto de hecho del artículo 263 objetivamente analizado es un eufemismo, es decir, impide de todas maneras el acceso libre del recurrente a la administración de justicia. En efecto, aun con la sola interposición del recurso, la Administración tributaria puede paralelamente iniciar el procedimiento de cobro compulsivo [...] y obtener allí resultados que, en definitiva, harían nugatoria la sustanciación del

¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 607/2004, de 3 de junio, caso *Deportes El Marquez, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00607-030604-2003-0354.htm>, 9 de junio de 2013.

recurso, en el cual cuando se produzca el fallo ya no habría interés procesal para ello. Máxime si el tribunal decide no suspender la ejecución del fallo [...] la posibilidad de que la Administración Tributaria ejecute el acto recurrido, sin estar definitivamente firme el mismo, aun pendiente la determinación de la legalidad o veracidad del acto, constituye [...] una prerrogativa que otorgó el legislador a favor del sujeto activo de la relación jurídico tributaria que violenta el principio de igualdad que consagra el artículo 21 de la Carta Magna [...] Los principios de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo consagrados en nuestra legislación deben interpretarse sistemáticamente con el numeral 1 del artículo 8° del Pacto [Convención Americana sobre Derechos Humanos, o Pacto de San José de Costa Rica], entendiéndose que la ejecutoriedad en materia fiscal sólo se configura luego de la pertinente discusión de la misma en un proceso con todas las garantías judiciales”¹.

En el mismo sentido de lo expuesto se ha manifestado la doctrina comparada, la que en boca de SPISSO² ha señalado lo absurdo de condicionar el derecho al acceso a la justicia, a la defensa y a la presunción de inocencia sobre la base de la pretendida, y obviamente inconstitucional, aplicación del principio de ejecutoriedad de los actos administrativos a los actos determinativos de la responsabilidad penal tributaria de los sujetos pasivos, fundamentado en que:

“...la potestad ejecutoria en el ámbito del derecho penal, en cualquiera de sus ramas, tiene su límite en la presunción de inocencia, que impide la ejecutoriedad de la resolución o sentencia condenatoria hasta tanto se hayan agotado todas las instancias. Si el propio Poder Judicial no puede ejecutar una condena penal mientras no haya pasado en autoridad de cosa juzgada la sentencia condenatoria, resulta irracional que la Administración, cuyo poder sancionador queda sujeto a control judicial pueda ejecutar sus decisiones antes de que adquieran firmeza”.

¹ Sentencia del Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario del 28 de marzo de 2003, caso *Comercializadora Agropecuaria El Cafeto, C.A. vs. República*, consultada en original.

² SPISSO, Rodolfo R.; *Tutela Judicial Efectiva en Materia Tributaria (Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal)*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1996, p. 97. En el mismo sentido, FUSTER ASENSIO, Consuelo; *El Procedimiento Sancionador Tributario*. Aranzadi Editorial. Madrid, 2001, p. 266.

Otro tanto ocurre, de manera —si se quiere— aún más escandalosa con el supuesto excepcional de insuspondibilidad de los efectos de la pena de clausura, previsto en el párrafo único del artículo 247 del Código Orgánico Tributario¹; en este caso, a pesar de que la regla general respecto de las impugnaciones en sede administrativa es la de suspensión de los efectos del acto —lo que permitiría la salvaguarda de la presunción de inocencia, a pesar de las reservas con las que SIMÓN ACOSTA ve el calificativo de «suspensión» aplicada a los efectos de los actos administrativos sancionatorios²— se prevé expresamente la imposibilidad de suspender los efectos de dichos actos en el supuesto que, a través de ellos, se imponga la pena de clausura de establecimientos, con lo cual se maximizan las inconstitucionalidades derivadas del procedimiento de verificación, que es el que se usa para imponerlas, según lo expuesto en el acápite inmediato anterior.

En este orden de ideas, cabe rescatar las palabras del Marqués de BECCARÍA, para quien *“un hombre no puede ser llamado culpable antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la protección pública sino cuando se haya decidido que violó los pactos con los que aquella protección le fue acordada. ¿Cuál es, pus, el derecho, sino el de la fuerza, que concede poder a un juez para aplicar una pena a un ciudadano mientras se decide si es culpable o inocente?”*³

Así, finalmente, debe anotarse la especial vulneración que padece la culpabilidad, aun reconocida fragmentariamente, como se ha visto, como concepto jurídico fundamental del Derecho Penal Tributario, en su aspecto adjetivo. Una regulación que, sin la menor duda, compromete seriamente la

¹ Artículo 247, Código Orgánico Tributario.- *“La interposición del recurso suspende los efectos del acto recurrido. Queda a salvo la utilización de las medidas cautelares previstas en este Código: // La suspensión prevista en este Artículo no tendrá efecto respecto de la sanciones previstas en este Código o en leyes tributarias, relativas a la clausura de establecimientos, comisos o retención de mercaderías, aparatos, recipientes, vehículos, útiles, instrumentos de producción o materias primeras, y suspensión de expendios de especies fiscales y gravados.”*

² SIMÓN ACOSTA; *Derechos...* p. 326.

³ BECCARÍA; *De los delitos...* p. 95.

efectividad del modelo garantista que, en todo Estado Social y Democrático de Derecho, debe inspirar el ejercicio del *ius puniendi*.

CONCLUSIONES

Las consideraciones previas permiten arribar a las siguientes conclusiones:

2. Entre las distintas formas de conocimiento científico, es posible aprehender los contenidos esenciales de una ciencia a través del método axiomático. Éste procura la construcción de un «sistema» a partir de inferencias hipotético-deductivas, de modo de ofrecer una teoría que permita explicar la esencia de las cosas —esto es, su verdad— a través de la exhibición de sus principales ideas de modo ordenado, mediante la determinación de sus «conceptos fundamentales» y de la relación entre ellos.
3. El conocimiento jurídico es alcanzable a través del método axiomático: así, es posible construir *axiomas*, enunciados jurídicos básicos de validez universal a través de la identificación de los «conceptos jurídicos fundamentales», y de las relaciones entre ellos. Esa imbricación de conceptos permite, según NIETO, ordenar al Derecho, “*de tal manera que tanto las relaciones sociales como sus normas reguladoras se vertebran en tipos jurídicos*”; al punto que, según el profesor español, “*siempre es un concepto el punto necesario de referencia. Así en filosofía y en ciencia como en Derecho*”¹.
4. La utilidad de los «conceptos fundamentales» para el conocimiento científico resulta evidente. De ellos puede decirse, con HEIDEGGER, que ellos permiten aprehender la esencia del ente que es objeto del estudio del investigador, y permiten —de ese modo— plantearse la cuestión de su verdad².

¹NIETO; *Las limitaciones...* p. 20.

²HEIDEGGER; *Hitos...* pp. 65-66.

5. No es sencilla, sin embargo, la tarea de identificar estos «conceptos jurídicos fundamentales». El problema reside, según AZUARA PÉREZ, en el método que se ha de emplear para descubrirlos. Éste puede ser (i) *empírico*, sobre una base *inductiva fenomenológica*, a partir de la reducción de los hechos jurídicos *lato sensu* a “*una serie de constantes de carácter general a través de un proceso consistente en eliminar lo accidental y contingente y en unificar y describir lo uniforme*”; o bien (ii) *apriorístico*, en la medida en la que estos «conceptos jurídicos fundamentales» “*constituyen conceptos a priori, es decir, nociones que tienen una validez universal y necesaria*”, a base de “*buscarlos sólo en el entendimiento como su lugar de procedencia y a base de analizar su uso puro en general*”¹.
6. Al respecto, KANT distingue dos niveles del conocimiento jurídico: (i) lo que es de Derecho —*quid sit iuris*—, es “*lo que dicen o han dicho las leyes en un determinado lugar y en un tiempo determinado*”; y (ii) lo que es justo —*quid sit ius*—, para cuyo conocimiento ha de acudir a “*la mera razón*”, si bien los objetos del primer nivel de conocimiento en comentarios pueden servir a ese objeto “*como hilo conductor para erigir los fundamentos de una posible legislación positiva*”².
7. Al *primero* de los niveles del conocimiento jurídico a los que se refiere KANT, fácilmente identificable con el positivismo jurídico, es al que, tradicionalmente, está vinculada la noción de «conceptos jurídicos fundamentales».
8. Así, la noción de «conceptos jurídicos fundamentales» está, en el positivismo jurídico, directamente vinculada a la «estructura lógico-objetiva» de las reglas, siéndole absolutamente indiferente el

¹ AZUARA PÉREZ; *Los Conceptos...* p. 363; y KANT; *Crítica de la Razón Pura...* p. 103.

² KANT; *La Metafísica...* p. 38.

contenido de la estructura y, mucho menos, referencia axiológica alguna.

9. Ello explica por qué el énfasis de la doctrina positivista, en el análisis de los «conceptos jurídicos fundamentales», se haya detenido exclusivamente en nociones como las siguientes, y en las relaciones meramente lógico-formales entre ellas:
 - a. «Orden», «deber», «derecho subjetivo», «obligación» y «sanción» (AUSTIN¹).
 - b. «Norma», en sus variedades atributiva y prescriptiva, y sus componentes lógicos —«supuesto jurídico», «disposición normativa», «concepto-sujeto», «cópula jurídica» y «predicado relacional»— y ontológicos, que correlativamente corresponderán a los de «hecho condicionante», «relación jurídica», «pretensor», «obligado», «derecho subjetivo», «deber jurídico» y «objeto» (GARCÍA MAYNEZ²).
 - c. «Sujeto del derecho», «fundamento del derecho», «soberanía jurídica» y «juridicidad» (STAMMLER³).
 - d. «Norma jurídica» o «regla de Derecho», y a través de ella, del «deber jurídico», la «sanción», «acto antijurídico», «responsabilidad», «derecho subjetivo», «competencia», «imputación» y «sujeto de derecho» (KELSEN⁴).
 - e. «Hecho jurídico», dividido en dependientes e independientes, total o parcialmente, y sus complementos: el «sujeto de deber», la «prestación», la «obligación», la «acreencia», la «deuda», el «vínculo obligatorio», la

¹ AUSTIN; *Lectures...* pp. 81-91.

² GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 50.

³ STAMMLER; *Tratado...* pp. 292 a 294.

⁴ Dado que KELSEN no trató el tema sistemáticamente —esto es, no existe como tal una teoría kelseniana de los conceptos jurídicos fundamentales— estas ideas aparecen dispersas por toda su obra. Sin embargo, la práctica totalidad de estos enunciados son tratados por el profesor austriaco en KELSEN; *Teoría Pura...* pp. 97-245.

- «pretensión jurídica», la «responsabilidad», la «sanción» y el «Estado» (SCHREIER¹).
- f. Las nociones correlativas de «derecho» y «deber», «no-derecho» y «privilegio», «incompetencia» e «inmunidad», y «potestad» y «sujeción» (HOHFELD²).
- g. Las «modalidades jurídicas», que integran las normas llamadas «de conducta» y «de competencia», y que están, a su vez, compuestas por las nociones —igualmente correlativas— de «facultad», «no-facultad», «libertad», «deber», «competencia», «incompetencia», «inmunidad» y «sujeción» (ROSS³).
- h. El sistema de «reglas», dividido en reglas «primarias» y «secundarias» y éstas, a su vez, en reglas de «reconocimiento», «cambio» y «adjudicación» (HART⁴).
10. Una caracterización tal de los «conceptos jurídicos fundamentales» es válida, siempre que se admita como premisa —como bien lo advierte GARCÍA MAYNEZ⁵— un concepto «cerrado» del Derecho, integrado únicamente, para tomar la versión de HART, por distintas clases de reglas.
11. De tal modo, se concebiría a los conceptos «jurídico-formales» del Derecho (SOMLÓ⁶) como los únicos «genuinos» (RADBRUCH⁷), de los que se compone y, por tanto, de los que puede derivarse el conocimiento del Derecho en cualquier circunstancia, en cualquier sociedad, en cualquier espacio y tiempo.

¹ SCHREIER; *Conceptos...* pp. 145-274.

² HOHFELD; *Conceptos...* p. 47.

³ ROSS; *Sobre el Derecho...* p. 200.

⁴ HART; *El Concepto...* pp. 113-154

⁵ GARCÍA MAYNEZ; *La noción...* p. 38. En contra AZUARA PÉREZ; *Los conceptos...* pp. 398-399, y SCHREIER; *Conceptos...* p. 29.

⁶ SOMLÓ; *Juristische...* p. 26.

⁷ RADBRUCH; *Introducción...* p. 49.

12. Ahora bien, si es posible concebir de otra forma al Derecho, esto es, de una manera en la que éste se halle compuesto no solamente de reglas sino también de otro tipo de enunciados jurídicos, entonces de éstos deberán surgir, como consecuencia necesaria, otros «conceptos jurídicos fundamentales» distintos a los previamente enumerados.
13. Esa aproximación es la que, fundamentalmente, hacen las teorías que ALEXY llama de la «vinculación», de acuerdo con las cuales los «valores», expresados deónticamente en «principios», tienen carácter *necesario* para integrar el Derecho, de manera que pueda hablarse de ellos —o de algunas de sus manifestaciones más señeras— como «conceptos jurídicos fundamentales» que, junto con los de índole lógico-formal, deban constituir toda proposición jurídica.
14. La cuestión se plantea, de este modo, en dos niveles diferentes. En un primer nivel, el de las «proposiciones jurídicas», debe estudiarse si el sistema jurídico tiene —utilizando aquí la expresión de HART, en un sentido distinto¹— un carácter «bifronte», esto es, si está compuesto por *reglas* y, al mismo tiempo, por *principios*, entendidos éstos como la expresión deóntica de los valores en el Derecho.
15. En segundo término, de responderse afirmativamente esta cuestión, habrá que descender a un *segundo* nivel, el de los componentes fundamentales de los enunciados jurídicos, para determinar en qué parte de la estructura de un enunciado jurídico —sea regla o sea principio— debe incorporarse la referencia

¹ «La afirmación de que un sistema jurídico existe es, por lo tanto, un enunciado bifronte, una de cuyas caras mira a la obediencia por parte de los ciudadanos ordinarios, y la otra a la aceptación de reglas secundarias como pautas o criterios comunes críticos de conducta oficial, por parte de los funcionarios. Esta dualidad no debe sorprendernos. Ella no hace más que reflejar el carácter compuesto de un sistema jurídico, comparado con una forma de estructura social más simple y descentralizada, de naturaleza prejurídica, que consiste únicamente en reglas primarias». HART; *El Concepto...* p. 145.

axiológica que, previamente, ha sido admitida como elemento fundamental de la noción de Derecho, y —en consecuencia— determinar su función específica.

16. Es posible sostener la cognoscibilidad de los valores como categorías *éticas*, en tanto la razón puede *aprehenderlos* y confrontarlos con la noción deóntica comprendida en la norma jurídica de que se trate, de manera que permite demostrar —a través de un «modelo de fundamentación», en palabras de ALEXY— la validez intrínseca de tales normas o, por argumento a *contrario*, la efectiva vigencia de un determinado valor en una sociedad determinada. Tal como, implícitamente, señala KANT, el Derecho, “*en la medida en que denota legitimidad, estriba en la conformidad de la acción con la regla de derecho, siempre y cuando la acción no se oponga a la regla del arbitrio o a la posibilidad moral de la acción*”.¹
17. Los valores son, entonces, inicio y fin del Derecho, toda vez que de ellos deriva (i) el *príus* lógico e ideal, el objetivo perseguido por el Derecho, que de tal manera condiciona la elección de medios idóneos —los enunciados jurídicos— para lograr su realización efectiva²; y (ii) desde un punto de vista racional, el parámetro de optimización —o *criterio de valoración*, en palabras de ALEXY³— que servirá como guía para determinar la idoneidad del Derecho para lograr su concreción en el plano de la realidad⁴.
18. En consecuencia, queda claro cuál es el papel —y la importancia— de los principios como enunciados jurídicos «fundamentales»⁵. Son éstos los que dotan al Derecho de contenido *axiológico*, esto

¹ KANT; *Lecciones...* p. 73.

² DWORKIN; *Los Derechos...* p. 99.

³ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* pp. 143-147.

⁴ ALEXY; *Teoría de los Derechos...* p. 157, MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* pp. 195 y 196, y BOROWSKI; *La estructura...* pp. 54-56.

⁵ DWORKIN; *Los Derechos...* p. 72.

es, como guía para determinar su idoneidad para lograr la *justicia* en el plano de la realidad¹; constituyen, así, proposiciones jurídicas de *textura abierta*, que constituyen mandatos de «optimización» del Derecho, aplicables sólo en la medida en que las circunstancias lo permitan y por medio de la ponderación del valor específico de cada uno en el caso concreto y que, en consecuencia, forman parte del sistema jurídico.

19. Actuando como fundamentos del Derecho, los valores —y su expresión deóntica, los principios— tienen una natural incidencia en la teoría de los conceptos jurídicos fundamentales.
20. Un sujeto resulta titular de un «derecho» —y correlativamente, otro lo es de un «deber»— *“cada vez que una exigencia básica de razonabilidad práctica otorga a ese sujeto la facultad de exigir de otro —u otros— sujeto(s) una actividad (acción, dación u omisión) que resulta necesaria —deónticamente necesaria— para el respeto, promoción, facilitación o realización de alguna dimensión de un bien humano básico —o de un conjunto de bienes humanos básicos— en el marco de la convivencia social”*².
21. Esos «bienes humanos básicos» están constituidos por los *valores*, cuya expresión inmutable, mínima y esencial a la naturaleza humana está representada por los llamados «derechos humanos». Representan, en opinión de FINNIS, uno de los «requerimientos de la razón práctica»; la irrazonabilidad de ejercer la libertad contra cualquier de estos valores básicos, sea contra uno mismo o contra algún otro ser humano. Valores que no constituyen, según FINNIS, meras abstracciones: constituyen derechos humanos «no excepcionables» o «absolutos» y, por tanto, presupuesto *fundamental* de toda proposición jurídica.

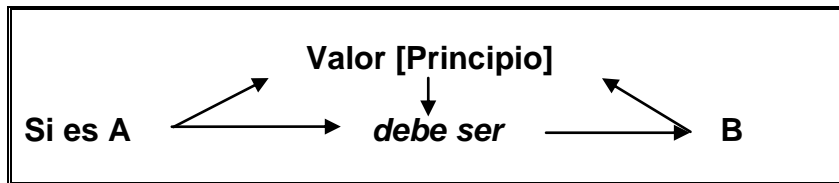
¹ MARTÍNEZ ROLDÁN y FERNÁNDEZ SUÁREZ; *Curso...* pp. 195-196.

² MASSINI CORREAS; *Teoría...*p. 28.

22. En consecuencia, los «derechos humanos» constituyen la base axiológica de un «nuevo» concepto jurídico fundamental: el «valor», como elemento fundamental e inmutable de cualquier enunciado jurídico, en tanto éste es lógicamente anterior, como su *justificativo*, a la estructura «derecho-deber», gráficamente expuesta por HOHFELD.
23. Puestas así las cosas, el análisis e identificación de los conceptos jurídicos fundamentales a través de meras «estructuras lógico-objetivas» propio del positivismo jurídico, aparece claramente, como incompleto.
24. Es necesaria —indispensable, incluso— una referencia valorativa que dé cuenta, justificativamente hablando, de la adecuación del esquema «derecho-deber», así como del esquema «incumplimiento-sanción», a las exigencias axiológicas de lo que FINNIS llama la «razonabilidad práctica» en el caso concreto.
25. Cada uno de esos requerimientos importa a lo que cada quien debe hacer, o pensar, o ser para participar en tal «razonabilidad práctica», cuya máxima expresión es la «prudencia» a la que se refería Santo Tomás DE AQUINO como “*principio formal de la virtud*” del “*bien de la razón*”, consistente “*en la misma consideración de la razón*”, de modo que vivir sin su consideración es, sencillamente, irracional.¹
26. Así las cosas, tomando como base la «doble estructura» de la norma sugerida por KELSEN —y tomando como particular referencia, también, el desarrollo de los conceptos jurídicos fundamentales de HOHFELD— es posible incluir a los valores en la configuración básica de un enunciado jurídico, componiéndolo en una estructura «triádica», o de base triple.

¹ FINNIS; *Natural...* p. 102, y AQUINO; *Suma...* p. 113.

27. Para reflejar el necesario componente axiológico del Derecho, el «mandato de optimización» que sirve como criterio de corrección material del enunciado jurídico, el valor debe ocupar un lugar «intermedio» entre el supuesto de hecho «A» y la consecuencia jurídica «B», junto con la «cópula», de manera de servir de *vínculo de unión* entre uno y otro. Sería una estructura triangular, «triádica», que podría representarse gráficamente del siguiente modo:



28. En efecto, partiendo de la premisa enunciada en el acápite anterior, de acuerdo con la cual los principios forman parte *necesaria*, mas no suficiente, de la categoría «normas», cuya función es la de servir, racionalmente hablando, como «parámetro de optimización» o «criterio de valoración» del fin del vínculo normativo —la «cópula jurídica», o *debe ser* al que se refieren GARCÍA MAYNEZ y KELSEN, respectivamente—, entonces es absolutamente necesario introducir al valor en el esquema de conceptos jurídicos fundamentales, cumpliendo la función copulativa que su naturaleza señala.
29. Así, el juicio de «racionalidad práctica» al que se refiere FINNIS adquiere carta de naturaleza en la estructura *interna* de los enunciados jurídicos, en la medida en la que la norma jurídica contiene, ínsita a su naturaleza, una relación *medios-fines-valores*, donde la razonabilidad de una disposición normativa en un determinado sistema podrá predicarse en la medida en la que la norma cumpla adecuadamente con los fines para los cuales ha sido dictada, en respeto de los derechos, garantías y principios fundamentales que le dan sustrato *deóntico* al sistema jurídico en el que se enmarca la regla analizada, y sin que sus fines puedan verse mediatizados por un razonamiento alejado de la teleología normativa, como garante de la armonía interna y de la aplicabilidad del Derecho, al suponer una condición de *validez* de la norma imbricada en un sistema jurídico determinado; en otras palabras, podrá ser caracterizada —auténticamente— como una norma de Derecho.

30. De todas las razones axiológicas susceptibles de integrar, bajo el esquema presentado, un enunciado jurídico, una razón *a priori* necesaria es la de «libertad de opción» (*choice*)¹. Es con fundamento en ella que, *prima facie*, un individuo puede reclamar para sí mismo el estado de ser, al mismo tiempo, libre y responsable; de ello se sigue, entonces, que la estructura valorativa ínsita a un enunciado jurídico cualquiera parte de la idea de elección limitada, en función del «proyecto de vida» de RAWLS² y en función del «bien-en-común» perseguido a través de la referencia valorativa que fundamenta el esquema «derecho-deber».
31. De acuerdo con HART, dos razones son fundamentales para definir a la Libertad como un derecho natural —e incluso, desde su perspectiva, como «el» derecho natural—, a saber: (i) porque la libertad, en el mismo sentido en el que FINNIS lo pone de relieve, consiste en la posibilidad de elegir de acuerdo con el «proyecto de vida», y que —como tal— es ínsito a la naturaleza del hombre, por lo que (ii) la libertad no se crea ni se confiere por acto humano.
32. DWORKIN, en lugar de tomar como base a la Libertad, en el sentido que lo hacen FINNIS y HART —e indirectamente ALEXYS—, prefiere tomar como punto de partida la *igualdad*. Partiendo de similares razonamientos, el profesor de Worcester asume como «postulados mínimos de moralidad» la idea de acuerdo con la cual “*el gobierno debe tratar a quienes gobierna con consideración, esto es, como seres humanos capaces de sufrimiento y de frustración, y con respeto, o sea como seres humanos capaces de llegar a concepciones inteligentes de cómo han de vivir su vida, y de actuar*”

¹ AQUINO; *Suma...* p. 95.

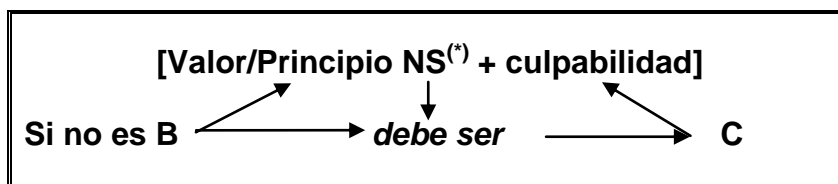
² RAWLS; *Teoría...* pp. 370-377. En el mismo sentido FINNIS; *Natural...* pp. 103-105.

*de acuerdo con ellas*¹, noción que, como fácilmente puede verse, está directamente vinculada con el «plan racional de vida» que mencionaba FINNIS, con base en el libre «proyecto de vida» indicado por RAWLS.

33. Así las cosas, el «valor/principio» cumple una función de criterio de justificación racional del vínculo entre supuesto de hecho y consecuencia jurídica, con lo cual la estructura netamente lógico-formal —o de *lógica deóntica*, en las palabras de ALEXY— adquiere racionalidad, de modo justificar, racional y axiológicamente, el «deber ser» que vincula al supuesto de hecho «A» con la consecuencia jurídica «B», valor que —por su contenido esencial— representará directamente a la Libertad, *o bien a una función de ésta, como podría serlo, por ejemplo, la Dignidad.*
34. No obstante, partiendo de la Libertad como el valor fundamental, o como el «contenido mínimo axiológico del Derecho» —parafraseando en ello a HART—, debe tenerse en cuenta que el empleo de la «alternativa de acción» en comentarios supone consecuencias, en la medida en la que el uso de la Libertad lo sea en contra de la justificación axiológica de la norma y determinando, así, la realización de una conducta *contraria* a la prevista normativamente.
35. Es allí donde deberemos encontrar, para comprobar nuestra hipótesis, a la ***culpabilidad***, como «concepto jurídico fundamental», propio de la estructura lógico-axiológica de las normas que consagran sanciones o normas «primarias», manteniendo el esquema conceptual de KELSEN que hemos venido empleando.

¹ DWORKIN; *Los Derechos...* pp. 388-389.

36. En la medida en que la norma «primaria» y la norma «secundaria» tienen una misma estructura lógica, y comparten, —deóntica y axiológicamente— el mismo «objeto», esto es, el fin racional perseguido por la norma, expresado en el «valor» que le sirve como justificativo axiológico, al punto que —incluso— pudiera decirse que *la una es el reflejo de la otra*, entonces es totalmente lógico (e incluso necesario) proclamar, respecto de la estructura de la norma «primaria», un modelo cuando menos similar al analizado en el acápite previo, respecto de la norma «secundaria». Así las cosas, el «modelo» sería el siguiente:



(*) NS: Norma secundaria

37. Lo primero que salta a la vista, de una simple comparación entre este último esquema y el expuesto al inicio de este acápite, es que la fórmula **[Valor/Principio NS + culpabilidad]** está ocupando el lugar que KELSEN reserva a la «imputación», esto es, a la relación existente entre el sujeto *responsable* —el que realiza el «acto antijurídico», el «No-B» de la fórmula kelseniana— y la sanción que por tal circunstancia debe imponérsele, o en otras palabras, al «puente» que une al acto antijurídico y a la sanción.
38. De un lado, la referencia al «valor/principio» ya presente en la norma secundaria es evidente, en la medida en que la norma «primaria» es, de acuerdo con KELSEN, un *complemento lógico* de la norma secundaria, un reflejo de ésta; así, es evidente que la norma primaria existe, desde la perspectiva del juicio de racionalidad del que hemos venido hablando, en la medida en la

que garantiza la protección del *status* jurídico de «Libertad» de la persona que es víctima del acto antijurídico.

39. Sin embargo, la formulación axiológica de la regla «primaria» no puede limitarse únicamente al valor recogido en la norma «secundaria»; desde ese punto de vista, una de ellas sería *superflua*. La norma «primaria» tiene su propia estructura, su propia finalidad, de manera que tiene que tener un valor propio, una gama de justificaciones propias, que sirva de justificación al enunciado particular «si *no* es B *debe ser* C».
40. Esa estructura responde a un tipo particular de relación; el que KELSEN denomina «imputación», y que no es otra cosa que la capacidad de atribuir el acto antijurídico a su autor, dentro de un esquema de racionalidad teleológica. Si esa «atribuibilidad» consiste, así, en un vínculo *justificativo*, en una noción «inclusiva» o «vinculante» de los conceptos jurídicos fundamentales, como la que aquí estamos manejando, entonces la función de la que KELSEN llama «imputación» se extiende mucho más allá de la limitada tarea de «cópula jurídica» o de «conexión lógica» que el profesor austríaco le atribuye.
41. En este orden de ideas, no es aceptable, por incompleta, la idea de KELSEN de acuerdo con la cual el nexo entre el «acto antijurídico» y la «sanción», expresado en la «imputación» tiene en cuenta únicamente la conexión causal entre uno y otro, a través de un acto unilateral de voluntad del Estado. Deben rescatarse, aquí, las palabras de DWORKIN: un límite natural del Estado es aquél de acuerdo con el cual éste debe tratar a sus ciudadanos con “*igual consideración y respeto*”, con base —según FINNIS, ALEXY y RAWLS— en el respeto a la libertad de elección, dentro de las «alternativas de acción» que brinda la norma «secundaria» como

posibilidades concretas de realización del «bien-en-común» axiológico.

42. Por ello, consideramos que KELSEN caracteriza erróneamente a la «responsabilidad» como la relación entre el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito y la sanción, con independencia de si ese sujeto ha sido el autor del acto antijurídico¹. En nuestra opinión, La responsabilidad siempre parte de un *acto propio del responsable*, de modo que la relación entre “*el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito*” y la sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico. La diferencia radica, estimamos, en el hecho que se toma como condición de la sanción.
43. En efecto, si el acto antijurídico es la condición de la sanción, expresado bajo la fórmula de observancia o no de un determinado deber jurídico, debería entonces tenerse como tal acto antijurídico —en coherencia con la definición previa— la omisión del especial deber de cuidado, de guarda; la obligación jurídica de prevenir los daños susceptibles de ser causados por personas o bienes al cuidado del infractor, y *no el hecho —o acto— mediante el cual las personas o bienes al cuidado del infractor generan causalmente el daño*, razón por la que —en consecuencia— *el autor del acto antijurídico y el responsable serán la misma persona*, tal como el propio Kelsen lo reconoce al desarrollar el concepto de «imputación».²
44. Incluso para los actos corporativos debe, bajo los fundamentos propuestos por la teoría de KELSEN, reiterarse que la relación entre “*el individuo contra el que se dirige la consecuencia de lo ilícito*” y

¹KELSEN; *Teoría Pura...* p. 157.

²KELSEN; *Teoría General del Estado...* pp. 63-64

la sanción siempre se verificará respecto del autor del acto antijurídico; o sea, siempre será de tipo «personal» y «directa».¹

45. Por su parte, asumir, como lo hace NINO, que según KELSEN la negligencia es la omisión de cumplir ciertos deberes de precaución, implicaría aceptar que el acto antijurídico que sirve de condición a la sanción es un acto propio del infractor; esto es, nuevamente, un acto por el cual sólo es posible responsabilidad «directa», y no responsabilidad «vicaria», cuestión que ratifica nuestros argumentos.
46. De otro lado, no es cierto que la omisión del deber de cuidado en la negligencia sea meramente normativa, es decir, que no existe un componente psicológico en ella. Es la *omisión del deber de cuidado*, o sea, la actitud psicológica *descuidada* del sujeto frente al deber objetivo de garantizar el cuidado de las situaciones jurídicas ajenas, componente esencial del que en la dogmática penal se denomina ilícito «culposo» o «imprudente», el elemento psicológico esencial que permite justificar la punibilidad de este tipo de ilícitos, lo que ratifica, nuevamente, la insostenibilidad de la que KELSEN denomina responsabilidad «vicaria», claramente emparentada —en el pensamiento del profesor austríaco— con la responsabilidad objetiva.
47. Una solución tal, insistimos, no es aceptable, en tanto desconoce la posibilidad del individuo respecto del cual se predica la noción de «imputación», en los términos de KELSEN, de determinar la posibilidad de poseer «alternativas de acción»: en otras palabras, niega la Libertad que, como ser humano dotado de dignidad, en los términos de HART, requiere para el sujeto «infractor» un respeto mínimo de una posición de «Libertad» en cualquier relación jurídica

¹KELSEN; *Teoría General del Estado...* p. 93.

en la que se encuentre inmerso, en tanto y en cuanto obvia la «capacidad de elegir» que, como tal, debe tener ese sujeto.

48. Así las cosas, cuando se entiende que la «imputación», como nexo entre el «acto antijurídico» y la «sanción» y como fundamento de la «responsabilidad», empleados todos esos términos en el sentido que les otorga KELSEN, puede tener únicamente una base *causal* —es decir, la vinculación existente entre el sujeto «B» y la consecuencia antijurídica a través de una mera «relación de causalidad», independientemente de la participación o no de su «capacidad de elegir» en la realización o evitación del hecho antijurídico—, coloca al sujeto «B» en una situación de negación de su Libertad, en la medida en la que puede atribuírsele un cambio de su situación jurídica en función de un hecho en el cual no haya tenido participación alguna su «capacidad de elegir», su «Libertad»; una situación que, en los términos previamente expuestos, es simplemente *inadmisibile*.
49. Es el expuesto previamente, y no otro, el fundamento de la *reprochabilidad* en la que consiste la esencia del concepto de «culpabilidad».
50. En efecto, es sólo posible formular un «reproche» al sujeto que ejerció indebidamente su «capacidad de elegir», en un sentido *inverso* al de la *segunda* de las posiciones jurídicas básicas derivadas de la Libertad a las que se refiere HART: esto es, la “*libertad para realizar [...] cualquier acto que no sea coercitivo, o restrictivo, o que tenga por finalidad causar daño a otras personas*”, o dicho en términos directos, por orientar su «libertad», su «proyecto de vida», en las palabras de RAWLS, en un sentido distinto al de la Libertad limitada en función del «bien-en-común» preconizado en la norma «secundaria» y, bajo las premisas

analizadas previamente, justificada axiológicamente en alguna medida de «valor».

51. Así las cosas, la necesaria inclusión de referentes valorativos — como criterios de optimización del ordenamiento— dentro del concepto de Derecho echa por tierra, con la tesis de la «separación», tal como la llama ALEXY, el argumento de acuerdo con el cual la «imputación» tendría únicamente fundamento normativo y no *axiológico*; por el contrario, desde esta perspectiva todos los hechos *prohibidos* —en tanto asociados con una sanción— deben, para justificarse respecto de los valores fundamentales que componen al Derecho, ser «*mala in se*», y no únicamente «*mala prohibita*», cuestión que incluso el propio HART, aunque desde una perspectiva netamente utilitarista, reconoce¹.
52. Lo contrario, entender a la «imputación» como mera ligazón de naturaleza causal, como vínculo «objetivo», implicaría la *irracionalidad axiológica* del enunciado jurídico de la norma «primaria» desde el punto de vista de la *libertad* y de la *dignidad*, entendidos ambos como contenidos axiológicos mínimos del Derecho, desde la posición de «vinculación» que hemos asumido aquí como propio. Implicaría, como ya se ha insinuado previamente, desconocer el status del sujeto a quien el hecho le es causalmente atribuible, ***sin considerar si éste le es reprochable o no, obviando que esa reprochabilidad es exigencia mínima axiológica derivada de su Libertad, de su cualidad de ser humano.***
53. En efecto, la llamada responsabilidad «objetiva» niega la libertad, definida en los términos precedentes, del sujeto que es actor principal de la norma «primaria», aquél al que le es «imputable» el

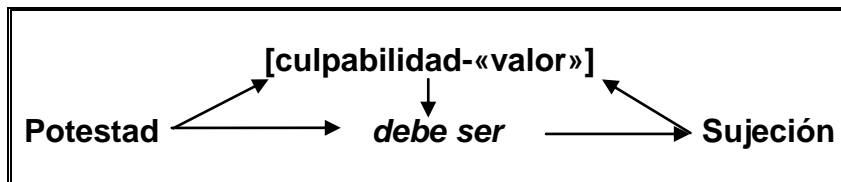
¹ HART; *Punishment...* p. 210.

acto antijurídico. Ciertamente, la norma «primaria» presenta a un sujeto que está realizando un daño antijurídico a otro; está negando su «libertad» o su «dignidad», un daño contrario al imperativo de dicha norma, y que —en consecuencia, como imperativo racional de la libertad y de la dignidad de quien sufre el daño antijurídico— debe estar sujeto a la sanción. Pero el sujeto «imputable» lo es porque es un «hombre libre» y con «capacidad de elegir», como lo dice textualmente HART, de modo que es axiológicamente imperativo considerar racionalmente su status de libertad.

54. Así las cosas, el acto sólo le sería «imputable» en la medida en la que le sea «reprochable», esto es, en la medida en la que el acto sea **culpable**. Lo contrario, la responsabilidad «objetiva» implicaría el reconocimiento *parcial* de los valores en juego en la relación jurídica trabada con ocasión de la verificación, en el plano de la realidad, de la norma «primaria», se tomaría en cuenta sólo la libertad y la dignidad del sujeto que sufre la acción antijurídica, mas no la libertad y la dignidad del sujeto que causa dicha acción. Y la Libertad y la Dignidad son valores que conciernen a ambas partes, en tanto seres humanos, como «hombres libres» con «capacidad de elegir».
55. Es por estas razones que, incluso, desde el punto de vista «externo» —esto es, político— la culpabilidad debe desplazar, necesariamente, a la denominada responsabilidad objetiva¹.
56. Así las cosas, es posible identificar las tres funciones que cumple la culpabilidad como forma de «concepto jurídico fundamental», en los términos previamente indicados.

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 491-492.

57. En primer lugar, el «valor-culpabilidad», como función instrumental de la Libertad, la Dignidad y la Igualdad como contenidos mínimos esenciales de toda formulación jurídica. Éste se descompone en dos acepciones,
- a. Como término *correlativo*, que justifica axiológicamente al binomio correlativo «acto antijurídico-sanción», respecto de la elección del individuo que ha (i) excedido la esfera racional de Libertad propia; (ii) y vulnerando, así, la Libertad y la Dignidad de otro u otros, en contravención de lo que HART califica como las dimensiones de la Libertad como «derecho moral mínimo»¹.
 - b. Como límite axiológico a la posición jurídica del Estado en la relación significada por el binomio correlativo «potestad-sujeción», respecto del poder de castigar del Estado (*ius puniendi*), derivada de la necesaria racionalidad de la intervención punitiva, como se grafica:



58. En segundo lugar, la culpabilidad tiene, como carácter ínsito a su naturaleza y como derivación de la necesaria «juridificación» de su contenido, un significado de corte deóntico: el «principio» de culpabilidad.
59. La culpabilidad configura, en su expresión deóntica, uno de los que FERRAJOLI califica de «axiomas del garantismo penal», condición necesaria de un «sistema garantista»². Este último es definido por

¹ Cfr. JAKOBS; *Fundamentos...* p. 16.

² FERRAJOLI; *Derecho...* p. 93.

el profesor italiano como el resultado “*de la adopción de diez axiomas o principios axiológicos fundamentales*”, entre los cuales se encuentra aquel de acuerdo con el cual «no hay acción sin culpa» (*Nulla actio sine culpa*).

60. El principio de culpabilidad adopta, así, la forma de tres condiciones subjetivas de responsabilidad necesarias para un modelo sancionador de corte garantista:

a. *Personalidad de la acción*, que designa la susceptibilidad de adscripción material del delito a la persona de su autor, esto es, la relación de causalidad que vincula recíprocamente decisión del reo, acción y resultado del delito.

b. *Imputabilidad*, que designa una condición psicofísica del reo, consistente en su capacidad, en abstracto, de entender y de querer.

c. *Intencionalidad, o culpabilidad en sentido estricto*, que designa la conciencia y voluntad del concreto delito y que, a su vez, puede asumir la forma de dolo o de culpa, según la intención vaya referida a la acción y el resultado o sólo a la acción y no al resultado, no querido ni previsto aunque sí previsible.¹

61. Por último, la culpabilidad puede —perfectamente— ser incluida en un esquema normativo, en una de las reglas de las que HART denominaría de «adjudicación», en tanto supone, junto con una atribución de competencia para «imputar», en el sentido que al término da KELSEN, la limitación del *ius puniendi* ínsita a la culpabilidad e incorpora, desde el punto de vista estrictamente *regulativo* o *de mandato*, el esquema positivo con arreglo al cual el

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* p. 490.

«valor» y el «principio» culpabilidad encuentran imperatividad en el orden jurídico.

62. La culpabilidad como regla tiene cuatro grandes formas de manifestación, a saber:
 - a. La *presunción de inocencia*, de acuerdo con el cual la actividad de juicio y de prueba conducente a la determinación de la culpabilidad —y consecuentemente de la responsabilidad— están, también, limitados por el *status libertatis* del individuo, de modo que resulta irracional, desde el punto de vista de la racionalidad «teleológica» (relación medios-fines) la imputación que no tenga su base en los mismos postulados de Libertad, Dignidad e Igualdad objeto de nuestras reflexiones.
 - b. La regla general de responsabilidad personal «culpable», de acuerdo con la cual “*Nadie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión*”, y la pena “*no puede trascender de la persona condenada*”.
 - c. La presunción de voluntariedad del acto antijurídico, de acuerdo con la cual “*la acción u omisión penada por la ley se presumirá voluntaria, a no ser que conste lo contrario.*”
63. La presunción de inocencia se encuentra reglada en los artículos 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 49.2 de la Constitución y 8 del Código Orgánico Procesal Penal.
64. Dicha presunción constituye expresión del principio de culpabilidad en su aspecto *adjetivo*, en la medida en la que permite que la reprochabilidad característica de la culpa se vincule al sujeto —se

le «impute», de acuerdo con lo antes indicado— sólo a través de la constatación *plena* de que éste ha dirigido su voluntad fáctica contra la dimensión de la Libertad dispuesta en la norma «secundaria», vulnerando el derecho de la víctima a que no se ejerza coerción o daño en su contra, según los postulados mínimos de HART.

65. No obstante lo expuesto, la presunción de inocencia puede verse afectada, en determinados casos, por la «presunción de culpabilidad». Esta consiste, en términos generales, en una defectuosa aplicación de la presunción de inocencia; se tiene por probada la culpabilidad a partir de la comprobación de meras circunstancias de hecho que, por sí solas, no implican la prueba de la conexión colectiva entre el autor y el acto antijurídico —nexo psicológico entre el autor y su hecho—, o bien omiten considerar las circunstancias concomitantes que puedan afectar (i) la conciencia y la libertad, sean del acto antijurídico realizado — imputabilidad— o de su ilicitud —conciencia de la ilicitud del acto antijurídico—, o bien (ii) la «capacidad de elegir» entre actuar según el derecho de actuar en contra de él, esto es, la normalidad «volitiva».
66. No es difícil concluir que una formulación de este tipo, si bien pudiera ser racional desde el punto de vista teleológico —de la mera relación «medios-fines»— es absolutamente irracional al *excluir la consideración de los valores*, en una dimensión *axiológica* de la racionalidad. El poder punitivo estatal es más que un simple «indicador de gestión»; es una garantía de «doble vía», que exige del ordenamiento constituirse en un *modelo normativo de derecho garantista*, cuyo diseño atienda a grados particularmente *altos* de garantía de los principios y derechos

constitucionales, y respondiendo así a la filosofía política *de la democracia*¹.

67. Por otra parte, la culpabilidad se expresa como regla en la disposición que, con carácter general, rige la forma de atribución de la responsabilidad en materia sancionatoria, prevista en el artículo 61 del Código Penal, por una parte; y por la otra, en la regla general de «personalidad» de la pena, de acuerdo con la cual ésta “*no puede trascender de la persona condenada*”.
68. A través de esta regla, nuestra legislación consagra expresamente la necesaria existencia de un nexo, relación de causalidad entre el autor y el hecho, para poder atribuir a aquel responsabilidad penal y la aplicación de la pena por el acaecimiento del ilícito; en otras palabras, formula —con carácter general— a la culpabilidad como elemento esencial de toda regla «primaria», en el sentido anotado en los acápites previos.
69. Es únicamente la acción voluntaria —la acción libre, a todo evento— la que es susceptible de castigo, siempre que ella se encuentra expresada en un tipo descrito en la Ley, dándole sustantividad positiva a la regla *nullum crimen, nulla poena sine culpa*.
70. Sin embargo, el propio artículo 61 del Código Penal consagra tres posibles *excepciones* a la regla, que serían —como tales excepciones— inadmisibles en el esquema aquí planteado, dada la referencia axiológica fundamental que constituye la culpa en todo enunciado jurídico del tipo «acto antijurídico-sanción»:
 - a. Los delitos calificados por el resultado, en los que la pena a imponer por el acto antijurídico se aumenta por la verificación ulterior de un resultado, que la ley carga al

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* pp. 851-852.

sujeto agente en línea meramente objetiva, independientemente de su actitud psicológica ante el resultado de su hecho, cuestión que, como se ha dicho, resulta inaceptable.

- b. Los delitos preterintencionales, que se configuran cuando de la acción u omisión voluntariamente dirigida hacia un resultado antijurídico —dolo, en principio— se deriva un resultado o efecto «superior», que excede la voluntad del agente, y que se encuentra en una línea lógica de progresión del daño posible a infligir. En este caso hallamos una mixtura entre dolo —por el resultado originalmente perseguido— y culpa —por el plus no querido, pero producido imprudentemente—, por lo que en puridad de concepto no hay aquí excepción a la regla general de culpabilidad.
 - c. Las faltas, en las cuales el actor “*responde de su propia acción u omisión, aunque no se demuestre que haya querido cometer una infracción de la ley.*”. Es este un caso de clara «responsabilidad objetiva», que en el esquema estudiado resulta inadmisibles por irracional, en tanto omite la necesaria referencia axiológica que justifique la integración del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción».
71. Así las cosas, en el supuesto que —como se pretende con los supuestos de la «responsabilidad objetiva»— se pretenda justificar dicha solución con base en criterios de «prevención general» o de «segunda velocidad» de la represión punitiva, como consecuencia de la protección del «modelo sectorial de gestión»¹, debe responderse con una rotunda negativa. Un modelo tal sólo

¹ SILVA SÁNCHEZ; *La expansión...* p. 126.

responde a una racionalidad *teleológica*, y no toma en cuenta el componente axiológico que, necesariamente, debe integrar — desde la perspectiva de la «tesis de la vinculación», que aquí defendemos— la racionalidad del enunciado deóntico regulado a través de la «norma primaria»¹.

72. La discusión sobre la aplicación o no de la culpabilidad a las faltas recoge consideraciones de naturaleza similar a las que presiden la discusión doctrinal respecto de la naturaleza de las llamadas «infracciones administrativas», u «*Ordnungswidrigkeiten*».
73. A partir de su pertenencia o no al Derecho Penal, la doctrina discute la aplicabilidad o no del «valor-culpabilidad» a las estructuras deónticas que contienen las normas «primarias» típicas de estas contravenciones; fundamentalmente, el argumento moral tiene en esa discusión —al igual que en el caso de las faltas, si bien por razones diferentes— una especial consideración, pues es la hipotética ausencia de tal referente el que justificaría un trato diferenciado, como consecuencia necesaria de una diferente naturaleza.
74. El tratamiento de ese problema, con fundamento en las premisas establecidas previamente, será el objeto central de nuestras reflexiones en el capítulo siguiente, en tanto es en la calificación de los llamados «ilícitos tributarios formales» en sentido lato² que se hallan las principales controversias respecto de la aplicabilidad y vigencia de la culpabilidad, y con el objeto de evitar, así, repeticiones que —como tales— son innecesarias.
75. Finalmente, el último aparte del artículo 61 del Código Penal prevé, en el sentido técnico previamente indicado, una presunción de

¹ BETTIOL; *Derecho...* pp. 410-412.

² Categoría que comprende a (i) los ilícitos «formales» en sentido estricto; (ii) a los ilícitos «relativos a las especies fiscales y gravadas»; y (iii) a una determinada categoría de ilícitos «materiales», aquellos que de acuerdo con la tipificación legal no están castigados con privación de la libertad, de acuerdo con el artículo 80 del Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.

«voluntariedad de la acción» constitutiva, causalmente, del «acto antijurídico».

76. Siguiendo el criterio de ARTEAGA SÁNCHEZ, consideramos que el aparte *in fine* del artículo 61 del Código Penal, consagradorio de la presunción últimamente comentada, prevé una «presunción de voluntariedad del acto antijurídico». No puede deducirse de la norma citada, en modo alguno, que el Código Penal presume el dolo del autor, a través de una «presunción de dolo» que desconocería a la culpabilidad, en los términos ya largamente expuestos.
77. Las formulaciones clásicas en el Derecho Penal Tributario distinguen dos grandes formas de ilicitud tributaria, distinguidos en función de varios criterios: los «delitos» tributarios y las «contravenciones» fiscales, y en razón de esta clasificación —y de la idéntica u opuesta naturaleza jurídica de unas y otras, según las posiciones doctrinales en disputa— se *reconoce* o se *niega*, según el caso, aplicabilidad al principio de culpabilidad; se niega, en otras palabras, la validez universal del carácter de «concepto jurídico fundamental» de la culpa, sobre la base de que esa formulación es únicamente aplicable a los enunciados jurídicos objeto del Derecho Penal en sentido estricto.
78. Ello exige determinar la auténtica naturaleza del ilícito tributario, de modo de precisar si las conclusiones anteriores son extensibles a la regulación de los ilícitos tributarios y de sus sanciones.
79. Desde un plano «ontológico», las distinciones entre el «delito» y las nociones de «falta», «contravención» e «infracción administrativa», por la otra, que constituirían manifestaciones «auxiliares» o «secundarias» del poder general del Estado de perseguir y castigar los actos antijurídicos susceptibles de lesionar efectivamente, o de poner en peligro efectivo, condiciones mínimas

de convivencia social que son consideradas «valiosas» por la sociedad; esto es, el *ius puniendi*, o bien resultan una manifestación del poder general de policía que, en el Estado Social y Democrático de Derecho, se confía a la Administración Pública, como emanación de las potestades administrativas y competencias de gestión de un sector específico, en este caso, el de los ingresos públicos de carácter tributario.

80. Por su parte, desde un punto de vista «dogmático», el ilícito tributario es materia de disputa para *tres* ramas del Derecho, (i) Tributario; (ii) Administrativo; y (iii) Penal. Cada una de ellas reclama, en función de la respuesta que se dé a la cuestión previa, al ilícito tributario como parte del objeto diferenciado de estudio que le permite reclamar, para sí, autonomía científica.
81. La diferencia fundamental entre delitos y contravenciones vendría dada, desde un punto de vista axiológico, por la diferente valoración moral de las conductas encuadrables en una u otra categoría; los delitos constituyen acciones moralmente reprochables, ofensivas al sentimiento común de justicia o bondad, mientras que las contravenciones estarían caracterizadas por ser «moralmente transparentes», de constituir meras «infracciones al orden» (*Ordnungswidrigkeiten*) que no contienen reproche moral alguno, sino que sirven —únicamente— como mecanismos de policía; mantenimiento del orden público, de la actividad administrativa, etc.
82. Por su parte, la distinción «cualitativa» entre unos y otros parte de considerar que los delitos constituyen conductas que lesionan efectivamente, o que ponen en un peligro concreto los bienes jurídicos, mientras que las «contravenciones» constituyen adelantos de la punición a estadios previos a esa lesión: el castigo de situaciones de peligro abstracto.

83. Otro sector de la doctrina sostiene que la separación entre delito y contravención es una de «grados» de lesión, en función de su valoración por el legislador; esto es, una diferencia netamente cuantitativa, considerándose a los delitos como susceptibles de sanciones «graves», y a las «infracciones» de sanciones «leves», en razón de su distinta gravedad.
84. En el caso de las distinciones «formales», la diferencia entre delitos y contravenciones se basa, meramente, en una cuestión de distribución competencial del *ius puniendi*. Así, se diferenciarán una categoría y otra solamente en función del órgano del poder público encargado de ejercer las funciones de determinación, con efectos jurídicos, de (i) la comisión del ilícito; (ii) la persona del autor; y (iii) la medida del reproche —la pena— que debe imponérsele como resultado de su conducta, en aplicación concreta del binomio correlativo «acto antijurídico-sanción» y concretando, así, el mandato al «juez» en dicho enunciado, de acuerdo con la interpretación que de la «pretensión», en sentido lato, hace HOHFELD¹.
85. Desde un punto de vista dogmático, la teoría «tributaria» sostiene que, en la medida en la que la ilicitud tributaria constituye el cariz «coercitivo» de la relación jurídico-tributaria, su regulación está comprendida dentro del marco del régimen jurídico del tributo y, concretamente, del ejercicio del poder tributario, entendido como la posibilidad estatal de modificar unilateralmente el *status* jurídico particular en función de la capacidad contributiva de éste, sometiéndolo a una situación de «sujeción» respecto de tal ejercicio.

¹ HOHFELD; *Conceptos...* p. 50.

86. Como consecuencia de su origen —el «poder tributario», en sentido estricto— el ilícito fiscal es objeto de estudio del Derecho Tributario, cuyos principios e instituciones se aplicarán a su regulación como regla general. En este sentido, como ocurre en las relaciones de especialidad entre distintas ramas del Derecho, las reglas y principios de otras ramas jurídicas aplicarán sólo ante la remisión directa que, a tales reglas y principios, hagan las normas encargadas de la regulación especial, y en la medida en la que aquéllos se adapten a la especial naturaleza y fines del Derecho Tributario.
87. De acuerdo con la tesis «tributaria», existe un régimen dual de imputación de responsabilidad por ilícitos tributarios. En efecto, en lo que se refiere a los ilícitos tributarios «leves», la tesis en comentario considera como único fundamento de la «imputación» un nexo de naturaleza meramente *causal*, «objetiva». La razón es de tipo «formal», derivada de (i) la dificultad de la prueba de la voluntariedad; (ii) la magnitud de la sanción, inferior respecto del esfuerzo que debería hacerse para la demostración de la culpa en un caso concreto; y (iii) la preeminencia de la *eficiencia* de la prevención general derivada del «modelo sectorial de gestión» que comprende la inspección y recaudación de los tributos.
88. De otro lado, la tesis «administrativa» parte de un enfoque similar al de la teoría «tributaria»: una concepción «maximalista» de su objeto, en este caso el Derecho Administrativo.
89. Una versión «fuerte» de la teoría es aquella de acuerdo con la cual el fundamento de la potestad sancionatoria de la Administración se halla en las competencias materiales de gestión que ésta detenta: partiendo de la unidad esencial de regulación de las «potestades administrativas» por el Derecho Administrativo, entonces será objeto de ordenación exclusiva y excluyente por esa rama del

Derecho cualquier relación de «competencia-sujeción» que involucre a la Administración como agente del interés general en una relación jurídico-administrativa concreta —la relación jurídico-tributaria, por ejemplo—, bajo los principios e instituciones propios de esta rama, con total independencia de las instituciones y principios del Derecho Penal.

90. Una versión «suave» de esta tesis reconoce la existencia de una «potestad sancionatoria de la Administración» distinta y diferenciable de la competencia material de gestión del sector de interés público específico —con lo cual se marca, ya, una diferencia esencial con la versión «fuerte» de esta misma tesis— que tiene su origen en el poder general del Estado para perseguir y castigar las transgresiones al ordenamiento; esto es, el *ius puniendi*. Sin embargo, a pesar de compartir origen y fundamento con el Derecho Penal en sentido «estricto», esta concepción distingue dos «niveles» de punición, que se identificarían ontológicamente con la distinción entre «delitos» y «contravenciones»:

- a. *Derecho Penal stricto sensu*, que persigue las ofensas graves de contenido moral a los bienes jurídicos considerados esenciales por la sociedad y, en consecuencia, moralmente *reprochables*, y
- b. *Derecho Administrativo Sancionador*, que tiene por objeto la protección de la actividad administrativa tendiente a la satisfacción del interés público, de carácter meramente instrumental y objetivo, y que —por ello— sanciona conductas sin referente moral, esto es, transparentes a la moralidad.

91. Por otra parte, la «matización» de la culpabilidad en el Derecho Administrativo Sancionador permitiría, aun en casos excepcionales

derivados, fundamentalmente, de la atribución de responsabilidad por ilícitos «administrativos» a las personas jurídicas, la posibilidad de creación de tipos de responsabilidad «objetiva», de modo que —en conclusión— la culpabilidad se aplicaría a los ilícitos «administrativos», según la fórmula «suave» de la tesis «administrativa», bajo los siguientes criterios:

- a. La responsabilidad por culpa, negligencia o imprudencia constituyen la «regla general» de responsabilidad personal.
 - b. El dolo y la culpa grave como elementos del tipo, excluyendo al tipo «imprudente» o «culposo», sólo son exigibles cuando así se establece expresamente en la norma, como casos especiales respecto de la regla general expuesta previamente.
 - c. La mera inobservancia —responsabilidad «objetiva»— opera en los casos en los que la norma previene conductas de prevención de peligro abstracto, e inequívocamente cuando ésta prevé el uso de la técnica autorizatoria previa para el ejercicio de actividades calificables como «peligrosas».
92. Así, según esta versión de la teoría, la culpabilidad aplicaría —en general— a las infracciones «administrativas», con un alcance amplísimo de la responsabilidad, en comparación con la regla aplicable en Derecho Penal, y con ciertas excepciones permisivas de supuestos de responsabilidad «objetiva» en razón de la protección administrativa contra conductas constitutivas de peligro abstracto.
93. De otro lado, la tesis penalista entiende que la unidad ontológica de la ilicitud le sirve de fundamento, en tanto el concepto de ilícito —forma de transgresión del ordenamiento castigada con un *mal*, la sanción, proporcional a la entidad del «daño» (o del peligro

abstracto) concretado en cada caso, y con propósitos de prevención, tanto general como especial— coincide plenamente con la de su objeto de estudio.

94. El incumplimiento del deber tributario material o formal constituirá, para la tesis «penalista», una acción «típica», «antijurídica» y «culpable»; un delito *lato sensu*, cuya consagración legal tiene por objeto la protección de dos clases distintas de *bienes jurídicos*:
 - a. El «orden económico», en lo que se refiere al incumplimiento de la obligación tributaria material; o bien
 - b. La «función de determinación» o «competencia tributaria», entendida como la posibilidad fáctica, para la Administración Tributaria, de conocimiento *sobre base cierta* de la existencia del hecho generador de la obligación tributaria y de su cuantía, en lo relativo al Derecho Tributario formal.
95. La tesis rechaza, en consecuencia, el argumento de las otras posturas respecto de la diferente cualidad del «bien jurídico tutelado», sea en función (i) de la presencia o no de un referente moral en la conducta punible; o (ii) del carácter directo o indirecto de su afectación, según el tipo de ilícito de que se trate.
96. En este orden de ideas, la tesis «penalista» proclama la aplicación irrestricta de la culpabilidad en sus *tres* acepciones, limitándose la discusión —en todo caso— a la posibilidad de ampliación de la responsabilidad por culpa a los ilícitos «imprudentes» como regla general, sólo en el caso de admitirse la distinción entre «delitos» y «contravenciones» y sin que ello suponga en modo alguno, como puede fácilmente deducirse, abandonar el modelo «culpabilista» de responsabilidad personal por la comisión de ilícitos tributarios.
97. La tesis «mixta» asume como premisa una naturaleza dual del ilícito tributario, que tiene su piedra basal en la distinción ontológica entre «delito» y «contravención», en función de la cual atribuye

naturaleza «penal-administrativa» o «penal-tributaria» al ilícito tributario.

98. En este sentido, para la tesis «mixta» la culpabilidad tendrá un tratamiento «dual», en función del «tipo» de ilícito de que se trate. En materia de «delitos» tributarios regirá sin excepciones el valor-principio-regla de culpabilidad, en los términos antes mencionados y sin «excepciones» de las que dar cuenta, dada la categoría delictual *stricto sensu* de este tipo de ilicitud fiscal, considerada «grave». De otro lado, en materia de «contravenciones» tributarias la culpabilidad recibirá una aplicación «matizada», teniendo como reglas generales la de atribución de responsabilidad hasta por la mera inobservancia, así como la relajación de la regla de personalidad de la responsabilidad, en la medida en la que se impute la sanción a personas jurídicas.
99. Desde un punto de vista ontológico, nada hay que justifique la distinción entre «delitos» y «contravenciones», y consecuentemente no hay razón que fundamente la adscripción del ilícito tributario, como objeto particularizado de estudio, a una rama del Derecho distinta del Derecho Penal.
100. En efecto, no hay razones «axiológicas» que permitan diferenciar sustancialmente entre unos y otros. En los dos ámbitos, tanto el de los delitos como en el de las contravenciones, se toma como fundamento del castigo conductas que son *reprochables* —y nótese el adjetivo—, que lesionan o ponen en peligro condiciones necesarias de convivencia colectiva, sea a través del ataque directo a los bienes jurídicos fundamentales o de la agresión a los instrumentos de los que se sirve la sociedad para mejor lograr esos fines.
101. Similares afirmaciones deben sostenerse al evaluar la pertinencia de la distinción en comentarios, desde un criterio «cualitativo». Es

necesario insistir: tanto los «delitos» como las «contravenciones» encuentran su esencia y justificación axiológica en la *protección de bienes jurídicos*, conductas que resultan, de una forma u otra, lesivas a la convivencia organizada en sociedad, en el modelo del Estado Social y Democrático de Derecho.

102. Menos sostenible aun es el criterio «cuantitativo» de distinción entre delitos y contravenciones; más bien por el contrario, el razonamiento abunda a favor de la posición contraria. La valoración del daño —real o potencial— que una determinada conducta puede hacer a un bien jurídico es un asunto que se va a presentar —como proceso, como técnica— de idéntico modo en todo hecho objeto de expresión jurídica mediante el enunciado deóntico «acto antijurídico-sanción»; se confunde aquí el acto de valoración con su resultado, en un caso claro de *petitio principii*.
103. Y finalmente —desde esta perspectiva ontológica—, un criterio «formal» es aún menos sostenible que todos los demás. Se confunde aquí la *distribución de funciones* entre los distintas ramas del Poder Público, en la que la atribución de *ius puniendi* «judicial» a la Administración atiende a criterios de eficiencia en la represión de ciertas conductas, ponderándose con los principios (i) democrático y (ii) de separación de las funciones estatales, con la *esencia del objeto material* de estas competencias, los ilícitos tributarios.
104. Es esa razón, la influencia del principio democrático en la distribución orgánica del Poder Público, y no una pretendida naturaleza especial de las «contravenciones», el fundamento de la interdicción de la imposición administrativa de penas privativas de libertad; de ello no puede sacarse, como es obvio, diferencia alguna entre «un» tipo de ilícitos y «otro».

105. Como consecuencia de lo expuesto, es imperativo negar una naturaleza particular al ilícito tributario, desde una perspectiva dogmática, esto es, administrativa o tributaria.
106. En efecto, rechazada como ha sido la separación ontológica entre «delitos» y «contravenciones», y reconocido —así— el fundamento de los ilícitos en el *ius puniendi* del Estado y no en el poder tributario, la tesis tributaria se cae por su propio peso. Sus propios defensores lo reconocen, cuando GIULIANI FONROUGE dice que los ilícitos tributarios y sus sanciones son de «tipo» penal¹, entendida esa expresión en su sentido más amplio: la verdad, en el *único* sentido que ésta tiene.
107. De igual modo es descartable la versión «fuerte» de la tesis «administrativista», toda vez que el fundamento de los ilícitos tributarios no se encuentra, como esta versión sostiene, en las competencias materiales de gestión de la Administración Pública, de las que el poder de policía no sería otra cosa que un componente coactivo, instrumento de la racionalidad teleológica del «modelo sectorial de gestión», del «servicio público», si así quiere llamársele.
108. Por su parte, el único fundamento de la versión «suave» de la tesis administrativista radica en la distinción entre «delito» y «contravención». Descartada ésta, el razonamiento pierde su sentido.
109. En conclusión, **el ilícito tributario es ilícito penal, como parte que es del fenómeno unitario de la ilicitud en el Derecho**, y es —en consecuencia— objeto dogmático de estudio del Derecho Penal, cuyos principios e instituciones, y muy especialmente la culpabilidad, regirán con carácter esencial y necesario toda

¹ GIULIANI FONROUGE; *Derecho...* Tomo II, p. 631.

manifestación de modalidades deónticas del tipo «acto antijurídico-sanción» que tengan por objeto de protección el cumplimiento de una obligación tributaria.

110. Por ello debe afirmarse en definitiva, como **nuestra tesis**, que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o formal.
111. En otras palabras, **la culpabilidad constituye un componente indispensable para la justificación valorativa del binomio correlativo «incumplimiento de la obligación tributaria-sanción»**, en resguardo de la Libertad y de la Dignidad del contribuyente o responsable infractor, sin que en modo alguno sea justificable su abandono bajo la excusa de privilegiar, desde una racionalidad meramente teleológica, la efectividad del «modelo sectorial de gestión» de la actividad administrativa tributaria.
112. En definitiva: la aceptación de la culpabilidad sin reservas como elemento esencial de la ilicitud tributaria en todas sus formas es la consecuencia necesaria de aceptar, como lo hace —por ejemplo— la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario, que el ejercicio del *ius puniendi* estatal en lo tributario está “*dirigido a la protección de bienes jurídicos*” y no es, en modo alguno, un mero instrumento coactivo destinado a garantizar la «eficiencia» recaudatoria, pues es sólo a través del reconocimiento de los valores, principios e instituciones que inspiran al Derecho Penal

que el ejercicio del *ius puniendi* fiscal “encuentra límites en un Estado democrático de Derecho”.¹

113. En el Derecho Penal Tributario venezolano se acepte sin reservas, a partir del mandato criminalizador de la evasión fiscal contenido en la Constitución y concretado en la reforma del Código Orgánico Tributario de 2001, que los delitos tributarios deberán —para ser considerados como punibles— constituirse en acciones típicas, antijurídicas y «culpables». Ello sube de punto cuando se toma en cuenta que, por su estructura típica y como emanación necesaria del principio de culpabilidad, la responsabilidad por la comisión de estos delitos puede únicamente atribuirse a título de dolo.
114. Caso distinto es el de las restantes categorías de ilícitos tributarios a las que se refiere el artículo 80 del Código Orgánico Tributario; esto es, (i) los ilícitos formales, (ii) los ilícitos relativos a las especies fiscales y gravadas, y (iii) los ilícitos materiales. Estos tipos, los cuales están sancionados con penas distintas de la privación de libertad —multas, fundamentalmente—, han sido calificados como ilícitos «administrativos», de tipo «contravencional» y, por ello, se hallan caracterizados como esencialmente *distintos* de los delitos tributarios, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de imputación subjetiva con base en el reproche culpabilista.
115. Partiendo de la base de que **la culpabilidad constituye, en materia de ilícitos tributarios, un «concepto jurídico fundamental»**, que integra necesariamente, desde un punto de vista racional axiológico, todo «enunciado jurídico» o «modalidad deóntica» que tenga como consecuencia jurídica una sanción por el incumplimiento de una obligación tributaria, sea material o

¹ ASAMBLEA NACIONAL; *Sesión...* pp. 15-16.

formal, es necesario rechazar toda interpretación que, como la del MCIAT, la Exposición de Motivos del Código Orgánico Tributario de 2001 o de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, pretendan negar, incluso incidentalmente, efectividad a la culpabilidad como necesario criterio de imputación subjetiva de cualquier responsabilidad por la comisión de ilícitos tributarios.

116. En este sentido, ante el silencio regulativo que sobre la materia ostenta el Código Orgánico Tributario, gracias a la derogatoria de su antiguo artículo 73 —que consagraba expresamente la exigencia de dolo o culpa como esencial a la imputación de responsabilidad por ilícitos tributarios— es necesario acudir a la interpretación concatenada de los artículos 79 del Código Orgánico Tributario y 7 del Código Penal, y —por esa vía— invocar la aplicación al Derecho Penal Tributario de la regla general de responsabilidad por culpa, contenida en el artículo 61 del Código Penal, de acuerdo con la cual, “[n]adie puede ser castigado como reo de delito no habiendo tenido la intención de realizar el hecho que lo constituye, excepto cuando la ley se lo atribuye como consecuencia de su acción u omisión.”
117. A pesar de las declaraciones de la jurisprudencia, en lo relativo al carácter «objetivo» de la imputación, el Código Orgánico Tributario consagra, como regla general, el carácter *personal* de la responsabilidad por ilícitos tributarios. Lo hace en su artículo 84, de acuerdo con el cual “[l]a responsabilidad por ilícitos tributarios es *personal*”, con algunas “*excepciones*”.
118. Bajo esa regla general, el Derecho Penal Tributario venezolano consagra, de modo similar a como lo hace el artículo 61 del Código Penal, la reprochabilidad personal del acto libre, contrario a la exigencia del binomio «derecho-deber» que caracteriza a la regla «secundaria», de manera de fundamentar las conexiones lógico-

axiológicas que caracterizan, según lo previamente expuesto, a la regla «primaria»; esto es, sólo la persona que orientó libremente su voluntad hacia la acción antijurídica es aquella de quien puede predicarse que es «culpable» y, en consecuencia, «responsable».

119. La regla prevé, sin embargo, algunas «excepciones», cuya formulación debe analizarse críticamente; algunas de ellas configuran inadmisibles objetivaciones de la responsabilidad por ilícitos tributarios, que se oponen frontalmente a lo que constituye nuestra conclusión.
120. En primer lugar, la naturaleza *penal* del ilícito tributario supone, evidentemente, la imposibilidad de trasladar a las sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil extracontractual**, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro.
121. Así las cosas, en el caso de la responsabilidad por el hecho del dependiente creemos posible atribuir responsabilidad penal tributaria al principal, como consecuencia de la omisión del deber de cuidado en la selección o en la supervisión del personal a su cargo.
122. En este sentido, si el acto antijurídico es la condición de la sanción, expresado bajo la fórmula de observancia o no de un determinado deber jurídico, debería entonces tenerse como tal acto antijurídico la omisión del especial deber de cuidado, de guarda; la obligación jurídica de prevenir los daños susceptibles de ser causados por personas o bienes al cuidado del infractor, y *no el hecho —o acto— mediante el cual las personas o bienes al cuidado del infractor generan causalmente el daño*, razón por la cual nos inclinamos, junto con JARACH, a sostener que en el caso no hay traslación indebida de violatoria de la regla de responsabilidad personal.

123. El problema que se suscita, en este caso, es de otro tipo. El hecho por el que válidamente podría imputarse responsabilidad al principal —la omisión del deber de cuidado en la selección o en la supervisión del personal encargado del cumplimiento de las obligaciones tributarias— no se halla, en sí, tipificado como ilícito tributario independiente: de tal modo, el «axioma del sistema garantista», según FERRAJOLI¹, que resultaría violado no sería aquel de acuerdo con el cual *nulla poena sine culpa*, sino el de *nullum crimen sine lege*.
124. Con base en los mismos razonamientos, y reconocido, como ha sido, que los ilícitos tributarios son de carácter exclusivamente *penal* y, en consecuencia, la culpabilidad, en sus tres acepciones, es la regla general de imputación de responsabilidad, entonces es **imposible** trasladar a las sanciones tributarias los efectos propios de la **responsabilidad civil extracontractual**, esto es, hacer responsable a un sujeto por los daños derivados del hecho de otro, como ocurre en el caso de la «traslación» de la responsabilidad por las multas que hayan quedado firmes en vida del causante.
125. Idéntico razonamiento hay que aplicar al caso de la responsabilidad «solidaria» que, de acuerdo con el artículo 28 del Código Orgánico Tributario, pretende imponérsele a determinados responsables (padres, tutores, curadores, directores, gerentes, administradores, etc.), que realizan funciones de administración de bienes del sujeto que realiza el hecho imponible, por las multas “*derivados de los bienes que administren o dispongan.*”
126. Una integración tal de las sanciones pecuniarias en una responsabilidad que es, por su esencia, de tipo estrictamente tributario responde a una equiparación de la responsabilidad penal

¹ FERRAJOLI; *Derecho...* p. 93.

tributaria a la responsabilidad civil extracontractual, con base en el equívoco de considerar que las sanciones tributarias constituyen, de algún modo, accesorios civiles de la obligación tributaria, cuestión absolutamente errada desde todo punto de vista.

127. En nuestra opinión, las personas jurídicas no son susceptibles de ser culpables de la comisión de ilícitos tributarios. Sea en un sentido ontológico-psicológico (la persona jurídica no es capaz de tener «voluntad», en el sentido jurídico-penal del término), sea por razones político-criminales (la preservación del carácter contingente del Derecho Penal, como lo afirma MODOLELL GONZÁLEZ), no es posible atribuir una voluntad susceptible de entender y de querer a la persona jurídica o a la agrupación empresarial, independiente de la de las personas que integran sus órganos.
128. Idéntico razonamiento permite descartar, en nuestra opinión, la sugerente construcción de LÓPEZ DÍAZ: sólo una persona física, con capacidad de entender y de querer, está en condiciones de elegir o de vigilar efectivamente a otra, y es a aquella a quien deberá referirse, y no a la persona jurídica, la reprochabilidad característica de la culpabilidad.
129. Afortunadamente, la responsabilidad penal tributaria del asesor profesional no presenta, en Venezuela y en lo relativo a la consagración en su regulación del principio de culpabilidad, mayores discusiones.
130. En primer lugar, el párrafo único del artículo 88 del Código Orgánico Tributario, por mor de claridad respecto de los supuestos de coparticipación criminal, señala que las opiniones o dictámenes de profesionales y técnicos en los que se expresen interpretaciones de los textos legales y reglamentarios relativos a los tributos en ellos establecidos —es decir, el ejercicio propio de la

actividad de asesoría propia de las profesiones liberales vinculadas con el área tributaria— *“no constituye suministro de medios, apoyo ni participación en ilícitos tributarios”*.

131. Ello complementa la regla general de coparticipación del artículo 88, en la que se regula, dentro de estas figuras, el «auxilio necesario» en la defraudación tributaria, figura en la que normalmente encuadraría el apoyo del asesor profesional, el cual será perseguible penalmente —en resguardo del principio de culpabilidad— sólo en los supuestos en los que éste haya participado directa, consciente y voluntariamente en la comisión del hecho. Así lo ratifica la tipificación de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de la profesión liberal de que se trate en estos casos; ésta queda reservada no a cualquier profesional que asesore a un contribuyente o responsable eventualmente sujeto a una sanción tributaria, sino lo serán únicamente aquellos sujetos que *“participen, apoyen, auxilién o cooperen en la comisión del ilícito”*.

132. A pesar de que la jurisprudencia, como hemos visto anteriormente, se afana en señalar el supuesto carácter «objetivo» de la imputación por la comisión de ilícitos tributarios, es absolutamente amplio el reconocimiento que, incluso en las mismas decisiones, se hace de las causas de inculpabilidad como eximentes o atenuantes de la responsabilidad penal tributaria, incurriendo así en lo que, ciertamente, es una curiosa contradicción.

133. En este sentido, como apunta VILLEGAS, la imputabilidad *“es el presupuesto subjetivo de la culpabilidad”*, de modo tal que *“una vez establecida la teoría de la imputabilidad y eliminadas las causas que la excluyen (por ejemplo, demencia o minoridad), tendremos ya un sujeto ‘capaz de culpa’, en quien se podrá examinar el*

*contenido de su culpabilidad en las dos formas que ella asume: el dolo y la culpa.”*¹

134. Por su parte, la atribución psicológica del hecho a su autor se excluye, y con ella el elemento subjetivo del ilícito, cuando la conducta no es atribuible al sujeto como a su autor *consciente*, lo cual viene dado, en determinados casos —y aplicando en forma analógica las instituciones del Derecho Civil— el vicio del consentimiento o de la voluntad criminal denominado *error*. Este error, como ya hemos afirmado, consiste en un juicio anómalo del objeto que constituye el hecho ilícito, la cual, frecuentemente, incide sobre el adecuado conocimiento de la ilicitud de la conducta, bajo la forma de la sujeción o no, o la sujeción bajo determinadas modalidades, a la obligación tributaria.
135. En este sentido, el incorrecto conocimiento de los preceptos tributarios relevantes para la existencia de una concreta infracción —o error de «derecho» excusable, de acuerdo con la dicción del artículo 85.4 del Código Orgánico Tributario—, en cuanto afectaría al tipo mismo de la infracción, *debe* ser tomado en consideración para aplicarse en materia de infracciones tributarias.
136. En tercer lugar, para configurar la culpabilidad es necesario que el autor haya actuado en condiciones normales. Lo contrario, aquellos casos en los que al contribuyente o al responsable no se le podía exigir razonablemente una conducta distinta que la del incumplimiento de la obligación tributaria material o formal, a los que se refiere el artículo 85.3 del Código Orgánico Tributario, al excusar el «caso fortuito» y la «fuerza mayor» cuando, por su obra, se ha cometido algún ilícito tributario, situaciones que han sido

¹ VILLEGAS; *Régimen...* p. 121.

ampliamente reconocidas por la jurisprudencia como causales de extinción de la responsabilidad penal tributaria.

137. El reconocimiento de la culpabilidad como **concepto jurídico fundamental** del Derecho Penal Tributario tiene lógica incidencia en la recepción que del delito continuado, en tanto constituye una unidad de acción en función de la voluntad final del sujeto, pueda hacerse en nuestra disciplina.
138. Ello adquiere particular relevancia, tomando en consideración el *silencio* que respecto de la regulación del delito continuado como forma de determinación de la responsabilidad penal tributaria guarda el Código Orgánico Tributario, lo cual nos remite, nuevamente, al problema de la recepción de los principios e instituciones del Derecho Penal a que se refiere el artículo 79 del Código Orgánico Tributario.
139. En este sentido, a pesar de que la jurisprudencia había aceptado tradicionalmente la incorporación del delito continuado como instituto del Derecho Penal Tributario desde, por lo menos, 1946, en 2008 la entendió inaplicable a nuestra disciplina, sobre la base del privilegio del «modelo sectorial de gestión» que implica la recaudación tributaria, por sobre las garantías del sujeto pasivo del tributo, lo que merece la expresión del más enérgico rechazo.
140. Es imperativo establecer “*escalas diversas de punibilidad en atención al grado de ‘participación interna’ del agente*”, a través de la introducción de “*criterios para la concreta medición judicial de la pena*”¹. Estos fines son, pura y simplemente, desconocidos por el Código Orgánico Tributario en la tipificación de las penas aplicables por la realización de la inmensa mayoría de los ilícitos tributarios en él tipificados, en especial de los ilícitos formales, a

¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA; *Principios...* p. 344.

través del expediente «objetivador» de las penas «fijas», esto es, una magnitud aplicable a todos los supuestos por igual, sin consideración del grado de culpa del infractor en cada caso.

141. En el marco del proceso penal tributario *lato sensu*, la «regla-culpabilidad» contenida en la **presunción de inocencia** adquiere particular relevancia, en tanto el proceso debe constituirse en instrumento de garantía de la culpabilidad, entendida en esa acepción, tanto (i) en el momento de determinación de la culpabilidad del sujeto; como (ii) en la ejecución de la sanción, cuestión que debe estar deferida, por regla general, al momento en el que ésta adquiere carácter *definitivamente firme*.

142. Sin embargo, ello es desconocido en el Derecho Penal Tributario venezolano en tres situaciones:

- a. *El procedimiento de verificación*, en el que, dada la total omisión de las formalidades esenciales al debido procedimiento administrativo, no existe posibilidad alguna de que se realice la actividad de instrucción y de control de la prueba necesaria para desvirtuar válidamente la presunción de inocencia.
- b. *El régimen tasado de la prueba en la defraudación tributaria*, cuya adecuación constitucional pasa por la interpretación sistemática de la regla de indicios en esta materia (el artículo 117 del Código Orgánico Tributario) con las reglas generales de sana crítica previstas en el Código Orgánico Procesal Penal.
- c. *La no suspensión de efectos de los actos administrativos de contenido sancionatorio*, cuestión que en sí misma constituye la violación más radical y grosera de la garantía adjetiva de culpabilidad, consagrada en la presunción de

inocencia, y que supone la radical inconstitucionalidad de los artículos 247 y 263 del Código Orgánico Tributario.

BIBLIOGRAFÍA

- ABACHE CARVAJAL, Serviliano; «Praxis (Administrativa y Judicial) en torno al procedimiento de verificación tributaria: estado actual», en *Anuario de Derecho Público*. Año 3. Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila. Caracas, 2011.
- _____; «Regulación, incongruencias e inconstitucionalidad del Procedimiento de Verificación Tributaria del Código Orgánico Tributario de 2001», en *Revista de Derecho Tributario* N° 111. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006.
- _____; *La atipicidad de la «presunción» de legitimidad del acto administrativo y la carga de la prueba en el proceso tributario*. Colección Estudios Jurídicos N° 93. Editorial Jurídica Venezolana – Fundación Estudios de Derecho Administrativo. Caracas, 2012.
- AFTALIÓN, Enrique R.; *Derecho Penal Económico*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1959.
- AGUDELO BETANCUR, Nódier; *Curso de Derecho Penal (Esquemas del Delito)*. 3ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1993.
- ALEXY, Robert; *El concepto y la validez del derecho*. Traducción del original alemán por Jorge M. Seña. Colección Estudios Alemanes. Gedisa Editorial. Barcelona (España), 1997.
- _____; *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Traducción del original alemán por Ernesto GARZÓN VALDÉS, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.

- _____; *Teoría de la Argumentación Jurídica. La vía del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Traducción del original alemán por Manuel ATIENZA e Isabel ESPEJO. Colección El Derecho y la Justicia. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.
- ALFONSO RODRÍGUEZ, Orlando; *La presunción de inocencia. Principios universales*. 2ª edición. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2001.
- ANZOLA PÉREZ, Oswaldo; «Naturaleza Jurídica del Ilícito Tributario», en *Revista de Derecho Tributario* N° 72. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 1996.
- AQUINO, (Santo) Tomás de; *Suma Teológica*. 7ª edición. Traducción, selección y notas por el R.P. Ismael QUILES, S. J. Colección Austral N° 310. Espasa-Calpe. Madrid, 1966.
- ARTEAGA SÁNCHEZ, Alberto; «El Anteproyecto Angulo Fontiveros. Observaciones críticas», en *Anteproyecto Código Penal — Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004, p. 118, y ANGULO FONTIVEROS, Alejandro; «Anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto Código Penal — Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.
- _____; *Derecho Penal Venezolano*. 10ª edición. Serie Jurídica. McGraw-Hill Interamericana. Caracas, 2006.
- _____; *La culpabilidad en la teoría general del hecho punible*. Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992.
- ASAMBLEA NACIONAL; *Sesión del 5 de abril de 2001. Primera discusión del Código Orgánico Tributario*. Dirección de Información Legislativa. Copia fotostática del original. Caracas, 2001.

- ATIENZA, Manuel; *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Serie Doctrina Jurídica N° 134. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 2007.
- ATIENZA, Manuel; *Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico*. Ariel. Barcelona (España) 1997.
- _____ y RUIZ MANERO, Juan; *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1996.
- AUSTIN, John; *Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law*. 3ª edición, revisada y editada por Robert CAMPBELL. John Murray Ed. Londres, 1869.
- _____; *The Province of Jurisprudence Determined*. 2ª edición. John Murray Ed. Londres, 1861.
- AZUARA PÉREZ, Leandro; «Los Conceptos Jurídicos Fundamentales», en *Revista de la Facultad de Derecho de México* N° 87-88. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., julio a diciembre de 1972.
- BALDOR, Aurelio; *Álgebra*. 16ª reimpresión. Compañía Editorial Ultra, S. A. de C. V. México, D. F., 1998.
- BARQUERO ESTEVAN, Juan Manuel; *La función del tributo en el Estado social y democrático de Derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2002.
- BECCARÍA, Cesare; *De los delitos y de las penas*. Traducción del original italiano por Francisco TOMÁS Y VALIENTE. Ediciones Aguilar, Madrid, 1982.
- BELLO RENGIFO, Carlos Simón; *Derecho Penal General. Casos*. 2ª edición. McGraw-Hill. Caracas, 1997.

- BETTIOL, Giuseppe; *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Temis. Bogotá, 1965.
- _____; *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*. Traducción del original italiano por Faustino GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI. Bosch, Barcelona (España), 1977.
- BIELSA, Rafael; *Estudios de Derecho Público*. Tomo II. Derecho Fiscal. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1951.
- BLANCO-URIBE Quintero, Alberto; «Alcance del Principio de Presunción de Inocencia. Reflexión», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006.
- BORGES VEGAS, Carmen Luisa; «La multa», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006.
- _____; *La defraudación tributaria*. Serie Trabajos de Grado N° 9. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2006.
- _____; *Principios Penales en el Código Orgánico Tributario*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1999.
- BOROWSKI, Martin; *La estructura de los derechos fundamentales*. Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derecho N° 25. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- BUNGE, Mario; *Epistemología*. Colección Methodos. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1985.

- _____; *Filosofía de la Física*. Traducción del original inglés por José Luis GARCÍA MOLINA. Colección Ciencia de la Ciencia. Editorial Ariel, Barcelona (España), 1978.
- CARNELUTTI, Francesco; *El Delito*. Traducción del original italiano por Santiago SENTÍS MELENDO. Colección Clásicos del Derecho. Editorial Leyer. Bogotá, 2005.
- CASTIÑEIRA, María Teresa; *El delito continuado*. Bosch, Barcelona (España), 1977.
- CENTRO INTERAMERICANO DE ADMINISTRACIONES TRIBUTARIAS (CIAT); *Modelo de Código Tributario*. Panamá, 1997.
- CEREZO MIR, José; *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*. Tomo I. Introducción. 5ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2001.
- CERVINI, Raúl; «Principios del Derecho Penal Tributario en el Estado Constitucional de Derecho», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008.
- Código Orgánico Procesal Penal. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 6.078 Extraordinario, del 15 de junio de 2012.
- Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.992 Extraordinario, de 3 de agosto de 1982. Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.466 Extraordinario, del 11 de septiembre de 1992.
- Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 37.305, del 17 de octubre de 2001.
- Código Orgánico Tributario. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.727 Extraordinario, del 27 de mayo de 1994.

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.908 Extraordinario, del 19 de febrero de 2009.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 31.256, del 14 de junio de 1977.
- CORTÁZAR, María Graciela; *Los delitos veniales*. Editorial de la Universidad Nacional del Sur. Bahía Blanca, 2002.
- CUELLO CALÓN, Eugenio; *Derecho Penal*. Tomo I (Parte General). 10ª edición. Bosch, Casa Editorial. Barcelona (España), 1951.
- DABOVE, María Isolina; «El Concepto de Derecho en la Teoría de H. L. A. Hart. Perspectiva Tridimensional», en *Investigación y Docencia* N° 36. Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Rosario (Argentina), 2003.
- DELGADO OCANDO, José Manuel; «Textos para un Análisis Semiótico de la Ilícitud», en *Estudios de Filosofía del Derecho*. Colección de Estudios Jurídicos N° 8. Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2003.
- DÍAZ SIVIRA, Fátima; «El procedimiento de verificación previsto en el COT y la aplicación de las garantías constitucionales consagradas en el artículo 49 de la Constitución», en *VII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2004.
- Dictamen de la Gerencia General de Servicios Jurídicos del Servicio Nacional Integrado de Administración Aduanera y Tributaria N° DCR-5-30358-1511, del 18 de abril de 2007. Copia fotostática del original.
- DWORKIN, Ronald; *El imperio de la justicia*. Traducción del original inglés por Claudia FERRARI. Gedisa, 2005.

- _____; *Los derechos en serio*. Traducción del original inglés por Marta GUASTAVINO. Ariel. Barcelona (España), 2002.
- ESCOVAR LEÓN, Ramón; *El Precedente y la Interpretación Constitucional*. Colección Derecho Constitucional. Editorial Sherwood, Caracas, 2005.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan; *Derecho Penal Fundamental*. Tomo I. 2ª edición. Editorial Temis. Bogotá, 1998.
- _____; *Principios y normas rectoras del Derecho Penal*. 2ª edición. Grupo Editorial Leyer. Bogotá, 1999.
- FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús Aquilino; *La Filosofía del Derecho de Eduardo García Maynez*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo. Oviedo, 1991.
- FERRAJOLI, Luigi; *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 5ª edición. Traducción del original italiano por Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ, Alfonso RUIZ MIGUEL, Juan Carlos BAYÓN MOHINO, Juan TERRADILLOS BASOCO y Rocío CANTARENO BANDRES. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid.
- FERREIRO LAPATZA, José Juan; «La Codificación en América Latina — Análisis comparativo de los modelos OEA/BID (1967) y CIAT (1997)», en *Anais das XX Jornadas do ILADT. Tema 2: La Codificación en América Latina*. Tomo II. Associação Brasileira de Direito Financiero. Salvador de Bahía, 2000.
- FINNIS, John; *Natural Law and Natural Rights*. 2ª edición. Clarendon Law Series. Oxford University Press. Oxford, 2011.
- FRAGA PITTALUGA, Luis; «Indicios de defraudación en el Código Orgánico Tributario y derecho constitucional a la presunción de inocencia», en *Revista de Derecho Tributario* N° 101. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2003.

- FRANK, Reinhardt; *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Traducción del original alemán por Gustavo Eduardo ABOSO y Tea LÖW. Colección Maestros del Derecho Penal N° 1. Editorial B de F. Buenos Aires, 2000.
- FREUD, Sigmund; «Las pulsiones y sus destinos», en *Los textos fundamentales del psicoanálisis*. Traducción y adaptación del original inglés de Luis LÓPEZ BALLESTEROS, Ramón REY y Gustavo DESSAL. Ediciones Altaya. Barcelona (España), 1993.
- FRÍAS CABALLERO, Jorge; *Problemas de Culpabilidad en el Código Penal Venezolano*. Livrosca. Caracas, 1996.
- FUSTER ASENCIO, Consuelo; *El Procedimiento Sancionador Tributario*. Aranzadi Editorial. Madrid, 2001.
- GARCÍA BELSUNCE, Horacio; «Introducción. La ciencia de las finanzas públicas y la actividad financiera del Estado», en *Tratado de Tributación. Tomo I. Derecho Tributario*. Volumen I. Editorial Astrea. Buenos Aires, 2003.
- _____; *Derecho Tributario Penal*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1985.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón; *Curso de Derecho Administrativo*. 5ª edición. Tomo II. Editorial Civitas. Madrid, 1998.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo; «Clasificación de los Conceptos Jurídicos» en *Diánoia*. Vol. 2, N° 2. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1956.
- _____; «La noción universal del Derecho y los Conceptos Jurídicos Fundamentales», en *Diánoia*. Vol. 5, N° 5. Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional

Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1959.

- _____; *Lógica del Concepto Jurídico*. Publicaciones de Diánoia, Centro de Estudios Filosóficos de la Universidad Nacional Autónoma de México — Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 1959.
- GARCÍA NOVOA, César; «El Principio de Personalidad en el Ordenamiento Sancionador Tributario», en *Temas de Derecho Penal Tributario*. Marcial Pons. Madrid, 2000.
- _____; *El concepto de tributo*. Tax Editor. Lima, 2009.
- GIULIANI FONROUGE, Carlos M.; *Derecho Financiero*. 5ª edición. Tomo II. Actualización a cargo de Susana Camila NAVARRINE y Rubén Oscar ASOREY. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993.
- GOLDSCHMIDT, James; *La concepción normativa de la culpabilidad*. Traducción del original alemán por Margarethe de GOLDSCHMIDT y Ricardo C. NÚÑEZ. 2ª Edición. Colección Maestros del Derecho Penal N° 7. Editorial B de F. Buenos Aires, 2002.
- GÓMEZ LÓPEZ, Jesús Orlando; *Culpabilidad e Inculpabilidad. Derecho Penal y Derechos Humanos*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 1996.
- GONZÁLEZ GUERRA, Carlos; *Delitos de infracción de un deber. Su capacidad de rendimiento a la luz del derecho penal económico*. Ad Hoc, Buenos Aires, 2006.
- GUASTINI, Riccardo; *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Traducción del original italiano por Jordi FERRER I BELTRÁN. Gedisa Editorial. Barcelona (España), 1999.
- GURFÍNDEL DE WENDY, Lilian y RUSSO, Eduardo Ángel; *Ilícitos Tributarios en las Leyes 11.683 y 23.771*. 3º Edición. Ediciones

Depalma. Buenos Aires, 1993.

- HART, Herbert L. A.; «¿Existen los Derechos Naturales?», en *Estudios Públicos* N° 37. Centro de Estudios Públicos Chile. Santiago de Chile, 1990.
- _____; «Postscriptum», en *La decisión judicial. El debate Hart— Dworkin*. Traducción del original inglés por Magdalena Holguín. Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Siglo del Hombre Editores. Bogotá, 1997.
- _____; *El Concepto de Derecho*. Traducción del original inglés de Genaro R. CARRIÓ. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 1998.
- _____; *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*. 2ª edición. Oxford University Press. Oxford, 2011
- HEGEL, Georg W. F.; *Fenomenología del Espíritu*. Traducción del original alemán de Wenceslao ROCES. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 2003.
- _____; *Rasgos Fundamentales de la Filosofía del Derecho o compendio de derecho natural y ciencia del Estado*. § 34-40 Traducción del original alemán por Eduardo VÁSQUEZ. Biblioteca Nueva. Madrid, 2000.
- _____; *Enciclopedia de las Ciencias Filosóficas*. §10. Traducción revisada del original alemán de Eduardo OVEJERO Y MAURY. Editorial Porrúa. México, D. F.
- HEIDEGGER, Martín; «Fenomenología y Teología» en *Hitos*. Traducción del original alemán por Helena CORTÉS GABAUDAN y Arturo LEYTE COELLO. Colección Ensayos. Alianza Editorial. Madrid, 2000.

- _____; *Conceptos Fundamentales*. 2ª edición. Traducción de la edición alemana de Petra JAEGER por Manuel E. VÁSQUEZ GARCÍA. Alianza Editorial. Madrid, 2010.
- HERNÁNDEZ B., César; «Infracciones y Sanciones (Parte General)». en *Comentarios al Código Orgánico Tributario*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 1983.
- HERVADA, Javier; *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*. 3ª edición. Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA). Pamplona (España) 1996.
- HIERRO, Liborio; «Conceptos Jurídicos Fundamentales (I). De las modalidades deónticas a los conceptos de Derecho y Deber», en *Revista Jurídica* N° 3. Universidad Autónoma de Madrid. Madrid, 2000.
- _____; «El núcleo duro de los derechos humanos desde la perspectiva de la Filosofía del Derecho», en *El núcleo duro de los derechos humanos*. Compilación por Antonio MARZAL. Ediciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Ramón Llul - ESADE. J.M. Bosch Editor. Mutilva Baja (Navarra), 2001.
- HOBBS, Thomas; *Leviatán, o la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Traducción del original inglés de Carlos Mellizo. Colección Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial. Madrid, 2002.
- HOHFELD, Wesley N.; *Conceptos Jurídicos Fundamentales*. 3ª edición. Traducción del original inglés por Genaro R. CARRIÓ. Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política N° 2. Fontamara. México, D. F.
- HUSSERL, Edmund; *Investigaciones Lógicas, 1*. 3ª edición. Traducción del original alemán de Manuel G. MORENTE y José GAOS. Colección Filosofía y Pensamiento. Alianza Editorial. Madrid, 2006.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE DERECHO TRIBUTARIO: *Modelo de Código Tributario*. 2ª edición. Preparado para el Programa Conjunto

de Tributación OEA-BID. Unión Panamericana. Secretaría General, Organización de los Estados Americanos. Washington, D. C., 1968.

- _____; *Resoluciones*. III Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Tema 3, «Principios jurídicos aplicables a la represión y prevención de las infracciones tributarias», en <http://bit.ly/fC1q5P>, 8 de junio de 2013.
- VON IHERING, Rudolf; *Estudios Jurídicos*. Serie Los Grandes Maestros. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1974.
- JAKOBS, Günther; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. 2ª edición. Traducción del original alemán por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- _____; *Fundamentos del Derecho Penal*. Traducción del original alemán por Manuel CANCIO MELIÁ y Enrique PEÑARANDA RAMOS. Ad-Hoc. Buenos Aires, 1996.
- JARACH, Dino; *Curso Superior de Derecho Tributario*. 3ª edición. Liceo Profesional Cima. Buenos Aires, 1980.
- JÈZE, Gaston; *Técnica jurídica, servicio, función pública y sus servidores*. Colección Grandes Maestros del Derecho Administrativo. Volumen 2. Editorial Jurídica Universitaria. México, D. F., 2007.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo III. El Delito. 4ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1977.
- _____; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo V. La Culpabilidad. 3ª edición. Editorial Losada. Buenos Aires, 1976.
- KANT, Immanuel; *Crítica de la Razón Pura*. Traducción del original alemán, prólogo, notas e índices por Pedro RIBAS. Colección Pensamiento. Taurus, Madrid, 2005.

- _____; *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Traducción de Manuel GARCÍA MORENTE. Colección Los Esenciales de la Filosofía. Tecnos. Madrid, 2005.
- _____; *La Metafísica de las Costumbres*. Traducción del original alemán por Adela CORTINA ORTS y Jesús CONILL SANCHO. 4ª Edición. Colección Clásicos del Pensamiento. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.
- _____; *Lecciones de ética*. Introducción y notas de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO. Traducción del original alemán de Roberto RODRÍGUEZ ARAMAYO y Concha ROLDÁN PANADERO. Crítica, Barcelona, 2002.
- KELSEN, Hans; «¿Qué es el positivismo jurídico?», en *Revista de la Facultad de Derecho de México*. Tomo XVI, N° 61. Traducción del original alemán por Mario DE LA CUEVA. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. México, D.F., 1966.
- _____; *Teoría General de las Normas*. Traducción del original alemán por Hugo Carlos DELORI JACOBS. Revisión técnica por Juan Federico ARRIOLA. Editorial Trillas. México, D. F., 2003.
- _____; *Teoría General del Derecho y del Estado*. Traducción del original inglés por Eduardo GARCÍA MAYNEZ. Universidad Nacional Autónoma de México. México, D. F., 1995.
- _____; *Teoría General del Estado*. Traducción del original alemán por Luis LEGAZ LACAMBRA. Editora Nacional. México, D. F., 1959.
- _____; *Teoría Pura del Derecho*. 4ª edición. Traducción de edición francesa por Moisés NILVE. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 2009.

- _____; *Teoría Pura del Derecho*. Sin datos de traducción. Ediciones Liber. Caracas, 2010.
- LARENZ, Karl; *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Traducción del original alemán de Enrique GIMBERNAT ORDEIG. Ariel. Barcelona (España), 1966.
- LARES MARTÍNEZ, Eloy; *Manual de Derecho Administrativo*. 13ª edición. Actualización por Rodrigo LARES BASSA. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 2008.
- Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.859 Extraordinario, de 10 de diciembre de 2007.
- VON LISZT, Franz; *Tratado de Derecho Penal*. 2ª edición. Tomo II. Traducción del original alemán por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA. Editorial Reus. Madrid, 1927.
- LÓPEZ DÍAZ, Antonio; «La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008.
- LUZARDO BAPTISTA, Rodolfo; *Las infracciones y sanciones en el Derecho Tributario Venezolano*. Editorial Maracaibo. Maracaibo, 1997.
- MAIWALD, Manfred; *Conocimiento del Ilícito y Dolo en el Derecho Penal Tributario*. Traducción del original alemán de Marcelo A. SANCINETTI, Ediciones Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- MARTÍN MALDONADO, Alejandro; «La lógica entre las matemáticas y el derecho. Preguntas a partir de un intento de analogía», en *Precedente*. Ediciones del Centro de Investigaciones Sociojurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi. Cali, 2003.

- MARTÍNEZ ROLDÁN, Luis y FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús A.; *Curso de teoría del Derecho*. 2ª edición. Editorial Ariel. Barcelona (España) 1999.
- MARTÍNEZ ZORRILLA, David; *Metodología jurídica y argumentación*. Marcial Pons. Madrid, 2010.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio; *Teoría del Derecho y Derechos Humanos*. Colección Filosofía y Teoría del Derecho. ARA Editores. Lima, 2011.
- MATTES, Heinz y MATTES, Herta; *Problemas de Derecho Penal Administrativo. Historia y Derecho Comparado*. Traducción del original alemán por José María RODRÍGUEZ DEVESA. Serie Monografías. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Madrid, 1979.
- MERKEL, Adolf; *Derecho Penal. Parte General*. Traducción del original alemán por Pedro DORADO MONTERO. Colección Maestros del Derecho Penal N° 13. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004.
- MEZGER, Edmund; *Tratado de Derecho Penal*. Tomo II. Traducción de la 2ª edición alemana por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1949.
- MIR PUIG, Santiago; *Derecho Penal (Parte General)*. 7ª Edición. Editorial Reppertor. Barcelona (España), 2004.
- MODOLELL GONZÁLEZ, Juan Luis; «La problemática del error en materia penal tributaria», en *VI Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Impuesto sobre la renta e ilícitos tributarios*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2002.
- _____; «Observaciones a la parte general del anteproyecto de Código Penal», en *Anteproyecto Código Penal — Comentarios—*. Colección Serie Normativa N° 5. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.

- _____; «Persona Jurídica y Responsabilidad Penal. (Algunos problemas dogmáticos y político-criminales)», en *Empresa y Derecho Penal*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2004.
- _____; *Bases fundamentales de la teoría de la imputación objetiva*. Livrosca. Caracas, 2001.
- MONTILLA VARELA, Armando; «Anotaciones sobre los antecedentes del nuevo Código Orgánico Tributario», en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.
- MONTORO PUERTO, Miguel; *La infracción administrativa. Características, manifestaciones y sanción*. Ediciones Nauta. Barcelona (España), 1965.
- MORENO DE RIVAS, Aurora; «El ilícito tributario en la legislación venezolana», en *Temas de Derecho Penal Económico. Homenaje a Alberto Arteaga Sánchez*. Universidad Central de Venezuela. Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2006.
- _____; «La Infracción Tributaria», en *XXI Jornadas 'J. M. Domínguez Escovar' — El Sistema Tributario Venezolano*. 2ª edición. Colegio de Abogados del Estado Lara. Barquisimeto, 1996.
- _____; «Responsabilidad personal de los representantes, gerentes, administradores y asesores tributarios de empresas», en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002.
- MORENO FERNÁNDEZ, Juan Ignacio; «Los principios constitucionales de la potestad sancionadora a la luz de la jurisprudencia constitucional»,

en *Lecciones de Derecho Tributario inspiradas por un Maestro. Liber Amicorum en homenaje a Eusebio González García*. Tomo I. Colección Institucional. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá, 2010.

- MORILLO MËNDEZ, Antonio; *Las sanciones tributarias*. Colección Financiero N° 4. Tirant Lo Blanch. Valencia (España), 1996.
- MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo; *Curso de Derecho Mercantil. Las sociedades mercantiles*. 5ª edición. Tomo II. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2002.
- NIETO, Alejandro; «Las limitaciones del conocimiento jurídico», en NIETO, Alejandro y GORDILLO, Agustín; *Las limitaciones del conocimiento jurídico*. Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2003.
- _____; *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª edición. Editorial Tecnos. Madrid, 2005.
- NINO, Carlos Santiago; *Introducción al análisis del derecho*. 2ª edición. Colección mayor Filosofía y Derecho N° 5. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo DEPALMA. Buenos Aires, 2005.
- OCHOA GÓMEZ, Oscar; *Personas. Derecho Civil I*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 2006.
- OCTAVIO B., José Andrés; *Comentarios Analíticos al Código Orgánico Tributario*. Colección Textos Legislativos N° 17. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1998.
- _____; «Origen y orientación del Código Orgánico Tributario», en *Estudios sobre el Código Orgánico Tributario de 2001*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2002, pp. 14-15.

- ORTIZ-ORTIZ, Rafael; *Introducción a la Teoría General de los Valores y a la Axiología Jurídica*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas, 1999.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 2.146 Extraordinario, del 28 de enero de 1978.
- PAOLINI DE PALM, María R.; *La Presunción de Inocencia*. Ediciones Orley. Caracas, 1993.
- PEÑA SOLÍS, José; *La Potestad Sancionatoria de la Administración Pública Venezolana*. Colección de Estudios Jurídicos N° 10. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2005.
- PÉREZ DE AYALA, José Luis y GONZÁLEZ GARCÍA, Eusebio; *Curso de Derecho Tributario*. Tomo I y II. 6ª edición. Editoriales de Derecho Reunidas (EDERSA). Madrid, 1991.
- PÉREZ ROYO, Fernando; *Derecho Financiero y Tributario. Parte General*. 6ª edición. Editorial Civitas. Madrid, 1996.
- PRIETO SANCHÍS, Luis; *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*. 2ª edición. Colección: Estructuras y Procesos. Serie Derecho. Editorial Trotta. Madrid, 2009.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio; *Curso de Derecho Penal*. Tomo I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1963.
- QUINTERO PRIETO, Jesús Ramón; «Los delitos tributarios y el principio de legalidad», en *Estudios de Derecho Penal Económico*. Livrosca. Caracas, 2002.
- RADBRUCH, Gustav; *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Traducción del original alemán por Wenceslao ROCES. Fondo de Cultura Económica. México, D. F., 2005.

- RAWLS, John; *Teoría de la Justicia*. Traducción del original inglés por María Dolores González. Sección de Obras de Filosofía. Fondo de Cultura Económica. México, D. F.
- RECASENS SICHES; «Presentación», en SCHREIER; *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*. Traducción del original alemán por Eduardo GARCÍA MAYNEZ. Editorial Losada, Buenos Aires, 1942.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso; *Culpabilidad*. 3ª Edición. Editorial Temis, Bogotá.
- RIVERO, Jean; *Derecho Administrativo*. 9ª edición. Traducción del original francés por Patricia DÁVILA DE BRICEÑO, Isabel BOSCÁN DE RUESTA, Cecilia SOSA GÓMEZ y Allan R. BREWER-CARÍAS. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984.
- RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan M.; «Responsabilidad Penal del Asesor de Empresa», en *Derecho Penal Tributario*. Tomo II. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008.
- RODRÍGUEZ MORALES, Alejandro; *Derecho Penal Económico. Una aproximación*. Ediciones Paredes. Caracas, 2011.
- ROMERO-MUCI, Humberto; *La Racionalidad del Sistema de Corrección Monetaria Fiscal*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2005.
- _____; *Lo Racional y lo irracional de los intereses moratorios en el Código Orgánico Tributario*. Ediciones de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2005.
- RONDÓN DE SANSÓ, Hildegard; «La Potestad Sancionatoria en el Derecho Venezolano (Diagnóstico actual del sistema sancionatorio venezolano, a la luz de las premisas aportadas por la ponencia de Luciano Parejo Alfonso y la jurisprudencia nacional más reciente)», en *II Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo 'Allan Randolph*

Brewer-Carías' — *Las Formas de la Actividad Administrativa*. Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 1996.

- _____; *Ad imis fundamentis. Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (Parte orgánica y sistemas)*. Editorial Ex Libris. Caracas, 2000.
- Ross, Alf; «El concepto de validez y el conflicto entre el positivismo jurídico y el derecho natural», en *El concepto de validez y otros ensayos*. 4ª Edición. Traducción del original inglés por Genaro R. CARRIÓ y Osvaldo PASCHERO. Fontamara, México, D. F., 2001.
- _____; *Sobre el Derecho y la Justicia*. 3ª edición. Traducción del original inglés de Genaro R. CARRIÓ. Editorial Universitaria de Buenos Aires (EUDEBA). Buenos Aires, 2005.
- ROXIN, Claus; *Autoría y Dominio del Hecho en Derecho Penal*. Traducción de la sexta edición alemana por Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO. Marcial Pons. Madrid, 1998.
- ROXIN, Claus; *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. Tomo I. Traducción del original alemán por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO y Javier DE VICENTE REMESAL. Editorial Civitas. Madrid, 1999.
- SÁINZ DE BUJANDA, Fernando; *Hacienda y Derecho. Introducción al Derecho Financiero de nuestro tiempo*. Tomo I. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1962.
- _____; *Hacienda y Derecho*. Tomo V. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, 1967.

- SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo; *Imputación y Teoría del Delito. La doctrina kantiana de la imputación y su recepción en el pensamiento jurídico-penal contemporáneo*. Editorial B de F. Buenos Aires, 2008.
- SCHREIER, Fritz; *Conceptos y formas fundamentales del Derecho*. Traducción del original alemán por Eduardo GARCÍA MAYNEZ. Editorial Losada, Buenos Aires, 1942.
- Sentencia de la Corte de Apelaciones del Estado de New York del 8 de octubre de 1889, en el caso *Riggs v. Palmer* (115 NY 506), consultada en http://www.courts.state.ny.us/reporter/archives/riggs_palmer.htm, 30 de mayo de 2013.
- Sentencia de la Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta N° 100/1946, de 5 de febrero, caso *F. Aumaitre v. República*, en *Jurisprudencia de Impuesto sobre la Renta 1943-1965 (con apéndice correspondiente a 1966)*. Tomo I. Caracas, 1966.
- Sentencia de la Junta de Apelaciones del Impuesto sobre la Renta N° 192/1947, del 9 de octubre, caso *M. Saldivia v. República*, en *Jurisprudencia de Impuesto sobre la Renta 1943-1965 (con apéndice correspondiente a 1966)*. Tomo I. Caracas, 1966.
- Sentencia del Juzgado Segundo de Juicio del Circuito Judicial Penal de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia N° 19/2007, de 19 de septiembre, caso *República v. Jorge Luis NEGRÓN SERGE*, en <http://zulia.tsj.gov.ve/decisiones/2007/septiembre/566-19-2M-054-05-013-07.html>, 7 de julio de 2007.
- Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional Español N° 76/1990, de 26 de abril. Fundamento Jurídico 4°, en GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe; *El procedimiento administrativo*

sancionador. Volumen I. 4ª edición. Tirant Lo Blanch. Valencia (España), 2001.

- Sentencia del Tribunal Superior Séptimo de lo Contencioso Tributario del 28 de marzo de 2003, caso *Comercializadora Agropecuaria El Cafeto, C.A. vs. República*, consultada en original.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 144/2007, de 6 de febrero, caso *Agencias Generales Conaven, S. A.*, en acción de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 121.C, 121.E y 133 de la Ley Orgánica de Aduanas, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Febrero/144-060207-02-2773.htm>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 1.302/2002, de 17 de junio, caso *Rafael Antonio Penso Genovés v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Junio/1302-170602-01-1205%20.htm>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional, N° 834/2009, de 18 de junio, caso *Corpomedios GV Inversiones, C. A. (Globovisión) y RCTV, C. A. v. República*, en acción de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 171 cardinal 6; 183, párrafo único; 208 cardinales 1 y 8, y 209 de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones; y del Reglamento de Radiocomunicaciones y del Reglamento Parcial sobre Transmisiones de Televisión en su totalidad, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/junio/834-18609-2009-03-0296.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala de Casación Penal, N° 313/2009, de 2 de julio, caso *República v. Jorge Luis NEGRÓN SERGE*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scp/julio/313-2709-2009-c08-288.html>, 7 de junio de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 948/2008, de 13 de agosto, caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00948-13808-2008-2007-0593.html>, 7 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 314/2007, de 22 de febrero, caso *Banco Federal, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Febrero/00314-22207-2007-2005-0691.html>, 7 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 307/2004, de 13 de abril, caso *Sucesión de Rosa Elena Irigoyen de Rodríguez v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00307-130404-2002-1088.htm>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 262/2002, de 19 de febrero, caso *Sucesión de Luigi Riggione Montano v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00262-190202-0685.htm>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 557/2008, de 7 de mayo, caso *Pfizer Venezuela, S. A. v. Municipio Valencia del Estado Carabobo*, en www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/mayo/00557-7508-2008-2007-0114.html, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 699/2004 de 29 de junio, caso *Industrias Alimenticias Corralito, C. A. v. República*, en

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00699-290604-2003-0641.htm>, 8 de junio de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 43/2006 de 11 de enero, caso *Marcano & Pecorari, S. C. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Enero/00043-110106-2000-0688-1.htm>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.766/2011, de 15 de diciembre, caso *Agencias Generales Conaven, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/diciembre/01766-151211-2011-2010-0640.html>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.169/2008, de 10 de octubre, caso *Espartana Shipping, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01169-21008-2008-2001-0873.html>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 948/2008, de 13 de agosto, caso *Distribuidora y Bodegón Costa Norte, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Agosto/00948-13808-2008-2007-0593.html>, 8 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 307/2004, de 13 de abril, caso *Sucesión de Rosa Elena Irigoyen de Rodríguez v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/Abril/00307-130404-2002-1088.htm>, 8 de junio de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 96/2013, de 6 de febrero, en el caso *Fertilizantes Nitrogenados de Venezuela, Fertinitro C. E. C. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00096-6213-2013-2011-1114.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 197/2008, de 20 de febrero, caso *Servicios Iscar, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00197-20208-2008-2006-1761.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 6.172/2011, de 30 de noviembre, caso *Intevep, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/noviembre/01672-301111-2011-2010-0381.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 45/2011, de 19 de enero, caso *C. N. A. de Seguros La Previsora v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/enero/00045-19111-2011-2010-0234.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 1.050/2010, de 28 de octubre, caso *Diageo Venezuela, S. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/octubre/01050-281010-2010-2009-0402.html>, 9 de junio de 2013.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 877/2003, de 17 de junio, caso *Acumuladores Titán, C.A. v. República*, en

<http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00877-170603-2001-0857.htm>, 9 de junio de 2013.

- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 152/2007, de 1° de febrero, caso *Corporación H.M.S. 250, C.A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00152-1207-2007-2003-0684.html>, 9 de junio de 2013
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa N° 584/2008, de 7 de mayo, caso *Zapatería Francesco Plus, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/febrero/00584-7508-2008-2007-0469.html>, 9 de junio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, N° 607/2004, de 3 de junio, caso *Deportes El Marquez, C. A. v. República*, en <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/spa/junio/00607-030604-2003-0354.htm>, 9 de junio de 2013.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María; *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades post-industriales*. 2ª edición. Civitas. Madrid, 2001.
- SIMÓN ACOSTA, Eugenio; «Derechos Humanos y Tributación», en *Anais das XX Jornadas do ILADT. Tema 1: Derechos Humanos y Tributación*. Tomo I. Associação Brasileira de Direito Financiero. Salvador de Bahía, 2000.
- SOMLÓ, Felix; *Juristische Grundlehre*. Verlag von Felix Meiner. Leipzig, 1917.
- SOSA CHACÍN, Jorge y TAMAYO, José Miguel; *Proposiciones para reformar el Código Penal Venezolano. Informes presentados al*

Congreso de la República. Tomo I. Ediciones Centauro. Caracas, 1977.

- SPISSE, Rodolfo R.; *Derecho Constitucional Tributario*. 2ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1993.
- _____; *Tutela Judicial Efectiva en Materia Tributaria (Protección del contribuyente ante el estado de sitio fiscal)*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1996.
- STAMMLER, Rudolf; *Tratado de Filosofía del Derecho*. Traducción del original alemán por Wenceslao ROCES. Biblioteca Jurídica de Autores Españoles y Extranjeros. Editorial Reus. Madrid, 1930.
- TIEDEMANN, Klaus; *Poder Económico y Delito*. Traducción del original alemán por Amelia MANTILLA VILLEGAS. Editorial Ariel. Barcelona (España), 1985.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco; «Introducción», en BECCARÍA, Cesare; *De los delitos y de las penas*. Traducción del original italiano por Francisco TOMÁS Y VALIENTE. Ediciones Aguilar, Madrid, 1982.
- TRIBUNAL SUPREMO DE JUSTICIA, EN SALA PLENA; *Proyecto Código Penal*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2004.
- VALDÉS COSTA, Ramón; *Instituciones de Derecho Tributario*. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1992.
- VÁSQUEZ, Eduardo; *Hegel: un desconocido*. Ediciones del Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes. Caracas, 1998.
- _____; *Los puntos fundamentales de la filosofía de Hegel*. Colección Trópicos / Filosofía. Editorial Alfa. Caracas, 2008.
- VILLEGAS, Héctor B., *Régimen Penal Tributario Argentino*. 2ª edición. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1998.

- _____; *Derecho Penal Tributario*. Ediciones Lerner. Buenos Aires, 1965.
- WEFTE H, Carlos E.; *Garantismo y Derecho Penal Tributario en Venezuela*. Editorial Globe. Caracas, 2010, pp. 42 (en pie de página), 147.
- _____; «La fiscalidad de las reorganizaciones empresariales, bajo la forma de fusiones, en Venezuela: una cuestión de principios», en *Memorias XXV Jornadas Latinoamericanas y XXXIV Colombianas de Derecho Tributario*. Tomo III. AbeledoPerrot. Buenos Aires, 2011.
- _____; «La tributación como expresión de la eticidad en el pensamiento de G. W. F. Hegel», en *Revista de Derecho Tributario* N° 114. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2007.
- _____; *Anotaciones sobre la defraudación tributaria en el impuesto al valor agregado*. Colección Monografías Tributarias N° 2. Asociación Venezolana de Derecho Tributario. Caracas, 2011.
- _____; *El ilícito tributario: naturaleza jurídica*. Paredes Editores. Caracas, 2004.
- VAN WEEZEL, Alex; «El error en el delito tributario», en *Derecho penal tributario*. Tomo I. Marcial Pons. Buenos Aires, 2008.
- WELZEL, Hans; «Derecho Natural y Positivismo Jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho Penal*. Traducción del original alemán por Ernesto GARZÓN VALDÉS. Colección Maestros del Derecho Penal N° 15. Editorial B de F. Buenos Aires, 2004.
- _____; *Derecho Penal Alemán. Parte General*. 11ª edición. Traducción del original alemán por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.

- ZERPA, Levis Ignacio; «La Argumentación Jurídica», en *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Serie Eventos N° 3, Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2004.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan J.; *El Sistema de Infracciones y Sanciones Tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*. Colección Estudios de Derecho Financiero y Tributario. Editorial Civitas. Madrid, 1992.