

PABLO SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ

**LO NORMATIVO
Y LO FÁCTICO
EN DERECHO PENAL**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2026

INDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	11
INTRODUCCIÓN	13
CAPÍTULO I. LO NORMATIVO Y LO FÁCTICO.....	19
1. ¿Qué es lo normativo?	20
2. Distinciones doctrinales a tener en cuenta	27
3. Hipótesis que se propone.....	33
4. La cuestión de los límites	41
5. Reflexiones finales	47
CAPÍTULO II. LOS LÍMITES DE LO NORMATIVO.....	49
1. Los enunciados normativos pueden ser verdaderos o falsos	50
2. Los límites de las construcciones normativas.....	55
3. El modo de operar de la dogmática.....	65
4. Las operaciones del derecho.....	70
CAPÍTULO III. EL VALOR DE LO EMPÍRICO	77
1. El imperativo normativo de atender a lo empírico	78
2. La triple dimensión de las conexiones entre áreas del saber, y sus condicionamientos.....	89
2.1. Las conexiones verticales entre lo explicativo y lo comprensivo..	89
2.2. Las conexiones horizontales entre saberes comprensivos	96
2.3. Las conexiones en profundidad entre niveles del saber	101

	<u>Pág.</u>
3. Reflexión final.....	105
CAPÍTULO IV. LA FUERZA DE LO NORMATIVO	109
1. La «fuerza fáctica de lo normativo»	110
2. Los instrumentos fácticos al servicio de lo normativo	117
2.1. Las funciones del lenguaje comprensivo	117
2.2. El dolor penal.....	121
2.3. El reproche de culpabilidad	125
2.4. La acusación.....	130
2.5. Consideración final	133
3. Sobre la legitimación del recurso a instrumentos fácticos en el Derecho penal.....	134
EPÍLOGO. LA INTERMEDIACIÓN DE LA DOGMÁTICA	149
AGRADECIMIENTOS	157
BIBLIOGRAFÍA	159

INTRODUCCIÓN

Resulta prácticamente un lugar común asociar la historia del rey inglés Cnut el Grande (994-1035) —conocido también como Canuto II de Dinamarca, por su origen— a la anécdota de su prohibición de las mareas (Timothy Bolton, *Cnut the Great*, New Haven, 2017, pp.214-216). Se trata de un pequeño episodio del momento de su coronación cuya fama quizá haya sido engrandecida por la leyenda, en detrimento de la veracidad, hasta eclipsar incluso la relevancia de su vida. La anécdota muestra lo absurdo de la pretensión de controlar la naturaleza al prohibir las mareas, algo obviamente fuera de su poder. Y lo mismo podríamos decir hoy en día respecto a otras fuerzas de la naturaleza cuyo control nos excede. Dirigir por tanto prohibiciones y órdenes a lo natural queda como una absurda pretensión, como una aspiración que se verá negada por los datos de la realidad natural. Con otras palabras, que la naturaleza sigue su propio curso, ajena a las pretensiones normativas. Y no obrar en consecuencia es muestra de suprema necedad.

Necedad sería también pretender encontrar la libertad en algo sensible o captable empíricamente, la absurda pretensión de hallarla como quien acude a la oficina de objetos perdidos. Por mucho que busquemos, la libertad escapa a toda concreción en lo empírico. Es de naturaleza normativa, valorativa, pero no por eso menos real que los objetos físicos perceptibles por la vista o el tacto.

Lo imparabile de las mareas y la volatilidad de la libertad no abocan a un fatalismo inevitable. Al contrario: gracias a la libertad y las normas, a la capacidad de obligarse y responder, los seres libres vivimos en sociedad contando con los cursos físicos. Aunque no podamos dominarlos, sí está a nuestro alcance prevenir sus efectos y emplearlos según su modo propio de ser.

Y nuestro modo de tratar con lo empírico es mediante el uso del lenguaje, el cual, por más que queramos asignarle la fuerza expresiva del mundo físico, no pasa de ser emisión de palabras: palabras de seres libres que viven inmersos en un mundo físico. Se comprende que las normas pueden ser va-

cuas si no se aseguran los mensajes con cierta carga de facticidad: en concreto, con la pena, el reproche y la acusación.

En Derecho penal acostumbramos a emplear enunciados, juicios y valoraciones referidos a conductas humanas, y todo eso conduce a fin de cuentas a su sanción. Así obran el legislador y la jurisprudencia. Pero también la dogmática, en la tarea de sacar a la luz las estructuras latentes de la realidad, de una realidad *normativa*. Vivimos en medio de un mundo de realidades fácticas o empíricas respecto a las que no resulta posible permanecer ajeno. A la vez, las vemos con la clara conciencia de que se trata de realidades diversas, no tanto paralelas, sino entrecruzadas. Y entonces debatimos sobre la relevancia de lo neuronal para el dolo y la imprudencia, de lo psiquiátrico para la inimputabilidad, de lo causal para la imputación objetiva, etc. Es lo nuestro: *el trabajar con la realidad normativa pero inmersos en lo empírico*.

* * *

Aquí se contemplarán categorías como las de conducta, dolo, culpabilidad... En concreto, en la teoría del *delito*, se trata de ver en qué medida la conducta humana es algo más que eso que exigía v. Liszt de «movimiento corporal voluntario», esto es, si ha de expresar subjetividad y cierta libertad por encima de una causalidad fiscalista. En sede de tipicidad objetiva, la dualidad entre causalidad e imputación ha plasmado esa misma diferenciación entre lo empírico y lo normativo. Y en materia de imputación subjetiva, la exigencia de conocimiento o voluntad en el agente plantea la cuestión del sustrato del que se predica aquel; y cuando nos referimos a la imprudencia, se suscita cómo es posible imputar sin conocimiento siquiera, o cuándo el defecto se considera vencible o invencible. Y algo semejante nos planteamos cuando se trata del desconocimiento de la norma. Como también en sede de culpabilidad, al proponer cierta relevancia para los supuestos de extrema necesidad que pueden conducir a la inexigibilidad de una conducta acorde con la norma; en general, la cuestión de cuándo la voluntad es débil y disculpable, mientras que, en otros casos, exigimos firmeza y seguimiento del Derecho. En la misma categoría de la culpabilidad se plantea la dualidad entre los condicionamientos por elementos físicos, biológicos o químicos, frente a la imputación moral y jurídica del reproche. Ahí es donde la minoría de edad introduce consideraciones que van más allá de la base biológica en cuanto que se apela a necesidades preventivas; ahí es también donde la intoxicación muestra a las claras el distinto modo de afrontar el problema de lo químico y su repercusión en la responsabilidad; algo semejante, para las diversas patologías psiquiátricas. Y más allá de la culpabilidad, el sustrato químico o físico se cuela en la definición de la conducta típica (veneno, alcohol...), como si fuera la manera más eficaz de definir los márgenes de los tipos. A la autoría le sucede algo semejante, a pesar de las apariencias: hace

tiempo que abandonamos la mera ejecución como forma de definirla, para adoptar criterios de corte normativo. Parece el sino de las categorías de la teoría del delito. Una base fáctica o empírica sí, sobre la que se levanta una construcción normativa.

Y no es algo muy diverso lo que acaece en la teoría de la *pena*. Que esta suponga dolor y sufrimiento llama la atención, y requiere una específica carga de legitimación. Hasta el punto de que se podría plantear la difícil tarea de concebir una pena meramente comunicativa —de reafirmación de la norma— sin carga aflictiva. Pero la reafirmación de la norma no renuncia fácilmente a causar dolor. Así, lo aflictivo y lo simbólico se dan cita también en la institución de la pena, como una nueva versión de la persistente dualidad de lo fáctico y lo normativo.

En la actualidad, la *libertad* también se halla en una situación semejante, entre las visiones fiscalistas de ciertos planteamientos neurocientíficos y su concepción antropológica que trasciende lo meramente neuronal. Hasta el *sujeto* mismo puede verse en esa difícil encrucijada de lo físico o lo inmaterial. En varios lugares de estas páginas se reconoce que, al fin y al cabo, no podemos eludir la realidad de que somos seres espirituales inmersos en un mundo físico, del juego de la libertad en un mundo de la causalidad. Se trata a fin de cuentas de «la pregunta crucial y, en cierto sentido, la única pregunta importante», como expresaba Searle (*Libertad y neurobiología*, Barcelona, 2005 [trad., Candell], p. 90): la de «cómo reconciliar una determinada concepción que tenemos de nosotros mismos, como agentes conscientes, inteligentes, libres, sociales y políticos, con una concepción del mundo en virtud de la cual este está constituido por partículas físicas desprovistas de inteligencia y significación, sometidas a campos de fuerzas. En suma, cómo dar cuenta, de manera coherente, de la totalidad del mundo reconciliando lo que pensamos de nosotros mismos con lo que nos enseñan la física, la química y la biología». Ese es el mundo, y no otro, en que se desarrolla la acción humana, y en el que tiene lugar la tarea de la imputación de responsabilidad.

De esto se tratará en estas páginas. De Derecho penal y sus relaciones con la filosofía, la sociología, la psicología, como también con la física, la química o la psiquiatría, saberes todos ellos en los que la acción humana no deja de estar de algún modo presente.

* * *

El contenido de esta publicación recoge cuatro trabajos previamente dados a conocer en otros lugares. Todos ellos forman parte de una misma inquietud: ¿en qué relación se hallan los saberes comprensivos (en particular, el Derecho) respecto de los explicativos (las ciencias naturales)? De ahí el título que los agrupa: *Lo normativo y lo fáctico en Derecho penal*. Los cuatro

fueron escritos a lo largo de un arco temporal que arranca en 2018 y llega hasta el momento de este libro. Se publican aquí conservando su redacción originaria, en la que solo se han introducido algunas correcciones y variaciones en detalles, marcadas por la debida unificación estilística y las remisiones internas.

El primero de los trabajos aborda la distinción conceptual entre lo fáctico y lo normativo. Y abunda en una serie de binomios conceptuales que pueden estar detrás de la dualidad ahí planteada. Fue escrito para ser publicado en el libro homenaje (2019) que sus discípulos ofrecimos a nuestro común maestro el profesor Silva Sánchez.

Sigue después un trabajo que abunda y desarrolla una idea expresada en el primero: la de los posibles límites a las construcciones normativas. Fue publicado en *InDret* (2022). Esos límites no son de carácter empírico, sino que nuevamente son de orden normativo.

Una vez defendido que los límites adecuados son de orden normativo, el tercer estudio abunda en la relevancia que en las construcciones del Derecho penal despliegan los datos, los «hechos», lo empírico o lo fáctico. Apareció publicado en la *Revista de Derecho Penal y Criminología* (2023). También aquí las conclusiones nos llevan a reconocer cierta relevancia a lo empírico, pero por razones normativas o, como se dice en el texto, al *imperativo normativo de atender a lo empírico*.

Por último, se unió un cuarto texto, escrito a propósito de la expresión tantas veces repetida de la «fuerza normativa de lo fáctico» (Jellinek), pero invirtiendo su orden y significado, y que se publicó en la *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (2024). En esta ocasión, el texto enlaza con los precedentes, y completa el planteamiento inicial: así como es posible hablar del valor de los datos y conocimientos empíricos, también podemos referirnos a la *fuerza* de las construcciones de orden normativo, del modo de operar estas en la vida social, a través del recurso a lo fáctico, y en particular a infligir dolor mediante la pena. De ahí la referencia a la «fuerza (fáctica) de lo normativo».

* * *

Hay un relato de Heinrich Böll (*Doktor Murkes gesammeltes Schweigen und andere Satiren*, 1958; trad., Ituarte), de cuya lectura hace ya años todavía conservo un detalle en la memoria. Se cuenta la historia de un locutor y productor de programas de radio a quien corresponde la enojosa tarea de censurar algunos pasajes de entrevistas, en función del gusto del entrevistado, para sustituirlos por otras expresiones o periodos de silencio. Con la intención —política— buscada por su autor, la historia recoge una conversación entre el locutor Murke y su jefe. Cuando este se entera de que aquel colec-

ciona recortes de cintas de grabación, pretende recriminarle, y el locutor se excusa: «Cuando tengo que cortar trozos de las cintas, donde los oradores han hecho una pausa —también suspiros, inspiraciones o silencios absolutos—, no los tiro al cesto de los papeles; me los guardo»; ante la pregunta del jefe sobre la finalidad de esa práctica, responde: «los uno, y me paso la cinta en casa por la noche. No es mucho; todavía no tengo más que tres minutos, pero es que la gente calla poco». «Tengo que advertirle que está prohibido llevarse a casa trozos de cintas» —le amonesta el jefe. «¿También *silencios?*»— repone Murke. El pequeño episodio muestra una cuestión que daría pie a una larga discusión sobre el sentido y *telos* de la norma, pero que ahora me permite volver al tema de esta publicación. Y es que lo normativo opera en un ámbito diverso al de lo empírico o fáctico, pero sin sustraerse a este. Ambos planos se entrecruzan: lo comprensivo y lo explicativo, aun siendo diversos, se hallan imbricados. Los silencios son determinaciones normativas, sociales, asignaciones de significado a periodos del discurso que brillan por su ausencia.

Al final, se trata de otra pretensión —la del jefe del pobre Murke— que sería absurda: la de identificar lo normativo o comprensivo con objetos físicos o empíricos. Como la de buscar la libertad en la oficina de objetos perdidos. Y resulta que la libertad escapa a las determinaciones empíricas: no está allí como tampoco en lugar alguno. Una vez más, la pretensión de que las fuerzas empíricas nos obedezcan es inútil, lo empírico escapa a lo normativo (cap. I). Dirigir mensajes normativos a las fuerzas naturales, como también indagar sobre la libertad entre los objetos materiales, o dar entidad física a los silencios (cap. II), son muestras, entre otras, de «inconsistencias performativas» en las que podemos incurrir precisamente por no tratar adecuadamente con lo empírico y lo normativo. A la vez, también lo empírico (los datos, la realidad física, la causalidad...) forma parte de nuestro mundo y es imposible sustraerse a esa «fuerza de la gravedad». Es más, lo que hacemos es contar con lo empírico sea para normativizarlo (cap. III), sea para emplearlo como forma de comunicación de lo normativo (cap. IV).

Algunas versiones de la anécdota del rey Cnut el Grande muestran cómo este no era tan necio como podría a primera vista parecer, pues estaba poniendo a prueba a sus súbditos. Al prohibir las mareas, estaba planteándoles algo absurdo para ver cómo se comportaban, e identificar quién buscaba complacerle por encima de lo que carecía de sentido (quizá otra versión de la primigenia historia del «rey desnudo»). Y el relato de Heinrich Böll muestra cómo la pretensión del locutor era plenamente normativa, de significado, de comprensión, ante un jefe que, para sentir y aparentar pleno dominio sobre la libertad, identificaba conductas con objetos o cosas, con lo empírico. Se podría decir que tanto el rey Canuto como el locutor Murke dirigían a la realidad, a los objetos, una pretensión normativa. Aquel, no para controlar el mar, sino para probar a sus súbditos; y este, para desafiar al sistema, más

que para «sustraer silencios». Eso nos parece ahora lo inteligente: saber diferenciar lo fáctico y lo normativo, para emplear uno y otro adecuadamente. De esto trata la presente publicación.

El primer trabajo fue escrito como contribución a un homenaje al profesor Silva Sánchez. Era entonces algo más que el capítulo de un libro colectivo: el tema fue elegido precisamente como expresión y resumen de no pocas conversaciones a lo largo de los años. A él se dedica ahora este volumen que agrupa otros desarrollos del mismo tema.

CAPÍTULO I

LO NORMATIVO Y LO FÁCTICO

Desde los primeros pasos como penalistas recurrimos a afirmaciones de carácter normativo o axiológico. Así, cuando entendemos que la mera causalidad resulta inidónea —y no solo incompleta o imperfecta— para resolver los asuntos de atribución de responsabilidad, se requiere de una categoría —esta sí, idónea— como es la de imputación objetiva. No se trata de una excepción ocasional para corregir la visión descriptiva de la realidad (un simple matiz en el mundo de la causalidad), sino que es el modo propio y consolidado de afrontar los penalistas su objeto de estudio. Este es el enfoque adecuado para categorías como imputación objetiva, omisión, dolo, autoría, culpabilidad, etcétera.

Con facilidad se comprueba cómo el de la normativización de las categorías es tema prioritario en las publicaciones del profesor Silva Sánchez¹, entre

¹ Ya en su tesis doctoral: SILVA SÁNCHEZ, *El delito de omisión. Concepto y sistema*, 1.ª ed., Barcelona, 1986, pp. 17-18, a propósito de la consideración del concepto de omisión como normativo. También en sus primeras publicaciones: «Sobre el estado de necesidad en Derecho penal», *ADPCP* 35 (1982), pp. 663-691, para la valoración de los «males» en el estado de necesidad (p. 669); «Límites en la responsabilidad por imprudencia», *LL* 1984-4, pp. 1040-1046, en cuanto a la relación de imputación objetiva frente a la de causalidad (p. 1041); «*Aberratio ictus* e imputación objetiva», *ADPCP* 37 (1984), pp. 347-386, respecto a la imputación objetiva (p. 368) y el dolo (p. 374); «Preterintencionalidad y otras cuestiones en la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP* 38 (1985), pp. 194-205, en cuanto a la imputación objetiva (p. 196); «La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en cortocircuito, reacciones automatizadas)», *ADPCP* 39 (1986), pp. 905-933, para delimitar el concepto de acción (p. 920); «Observaciones sobre el conocimiento “eventual” de la antijuricidad», *ADPCP* 40 (1987), pp. 647-663, en cuanto a la exigibilidad del conocimiento de la antijuricidad (pp. 653-654). Y sobre todo en *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992, pp. 67-178; 2.ª ed., ampliada y actualizada, Montevideo, Buenos Aires, 2010, pp. 107-279, junto con la adición de 2010: pp. 280-290. Otros textos tempranos son las introducciones que en los años noventa prepara para obras colectivas cuya traducción realizó o coordinó: «Introducción», en SCHÜNEMANN (ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (orig., 1984; trad., SILVA SÁNCHEZ), Madrid, 1991, pp. 11-22, 19-22; «Sobre las posibilidades y límites de una

otras razones porque es la forma de hacer posible la orientación de los conceptos a las finalidades de política criminal². En esta contribución, tras esta somera introducción, me centraré, sobre la base de ejemplos concretos, en describir qué entendemos por conceptos y juicios de carácter normativo (1). A continuación, expondré algunas teorizaciones sobre lo normativo, y su distinción respecto de lo fáctico (2). Seguirá después una propuesta de identificación, definición y clasificación de los conceptos y juicios de carácter normativo (3) que nos permitirá pasar a la cuestión sobre los límites a las construcciones de carácter normativo (4). Por último, unas reflexiones conclusivas (5).

1. ¿QUÉ ES LO NORMATIVO?

1. No es infrecuente leer en los textos de la doctrina penal que los conceptos y juicios que empleamos son de carácter normativo, valorativo, axiológico... Aunque con menos frecuencia y convencimiento, también se percibe en la jurisprudencia³; e incluso en la legislación⁴. En efecto, tanto legislación como jurisprudencia emplean conceptos y juicios de tal carácter. De desvelarlo y resaltarlo se encarga la doctrina, que aspira además a aportar coherencia valorativa y emplea a su vez conceptos normativos⁵. ¿Qué sig-

dogmática supranacional del Derecho penal», en SILVA SÁNCHEZ (ed. española), SCHÜNEMANN/FIGUEIREDO DIAS (coords.), *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal. Libro-Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1995, pp.11-16; «Política criminal en la dogmática: algunas cuestiones sobre su contenido y límites», en SILVA SÁNCHEZ (ed.), *Política criminal y nuevo Derecho penal. Libro Homenaje a Claus Roxin*, Barcelona, 1997, pp.17-29.

² Cfr. SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación*, 2010, pp. 102 y 107.

³ En esta, en ocasiones se establece respecto a ciertos términos legales que tengan un contenido específico. Por ejemplo, para el de llave falsa (art.239), cfr. STS 257/2000, de 18 febrero, pte. Saavedra Ruiz: «el concepto de llaves falsas no se corresponde con el significado vulgar y usual de la misma sino que es eminentemente funcional» (FD 3.º, con cita de otras). Y para el concepto de dolo, cfr. por ejemplo, la STS 22/2018, de 17 enero, pte. Berdugo y Gómez de la Torre: «esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del “aceite de colza” o “del síndrome tóxico”), ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal, pese a lo cual sigue adelante con la ejecución de su conducta» (FJ 5.º, con cita de otras). Queda por determinar qué se entiende en ese contexto por *funcional* o *normativo*.

⁴ No son escasas las leyes que incluyen definiciones técnicas, que serían normativas por instaurar conceptos y significados. A modo de ejemplo, baste considerar estas: Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, art.1 («A los efectos de la presente Ley se entenderá por...»); Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art.3): «A los efectos de la presente Ley Orgánica se entenderá por...»; Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo (art.1.2: «A los efectos de la presente Ley, se considerarán blanqueo de capitales...»).

⁵ Cfr. al respecto MIR PUIG, «Dogmática creadora y política criminal» (orig., 1977), recogido en *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona, 1994, pp.20-26; y ya antes, ID., *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp.307-315, 324.

nifica exactamente que un concepto sea de carácter *normativo*? Si con ello pretende decirse que los conceptos de funcionario, autoridad, documento, menor de edad, fuerza en las cosas, llaves falsas, etc., son términos cuyo contenido viene determinado por el propio legislador, apenas hemos clarificado la cuestión. Ciertamente un concepto definido por el legislador en la ley, sea con definiciones expresas, sea con descripciones más o menos abiertas⁶, es normativo en cuanto se define en una norma y tiene por esto mismo pretensiones de vigencia. Esto debería llevar a afirmar que los conceptos de fuerza en las cosas, llave falsa, etc., son normativos, y serían igualmente normativos los de año, edad, veneno, material radioactivo, sustancia química, flora silvestre, etc.⁷ La razón del carácter normativo de estos conceptos ha de ser otra, más sólida. Con el fin de esclarecerlo, recojo a continuación diversos pares conceptuales a los que recurrimos al designar los elementos propios del Derecho penal frente a los de carácter empírico.

Se detectan al menos cuatro grupos de pares conceptuales, cada uno de los cuales parece resaltar un aspecto de la cuestión aquí presente. En primer lugar, se suele oponer normativo a empírico, valorativo a ontológico, valoraciones a hechos o datos, así como axiológico a fáctico; sin matizar ahora mucho, se podría decir que estos dualismos se refieren a dos fuentes de certeza: mientras que una es la propia del Derecho, la Ética, etc., otra —vista como más segura— es la de las ciencias naturales. En segundo lugar, es habitual encontrar otros dualismos, atentos más bien al criterio de enjuiciamiento del objeto; y hablamos así de juicios comprensivos o, en cambio, explicativos, juicios adscriptivos como opuestos a los de carácter descriptivo; estos pares ni pueden identificarse entre sí respectivamente, ni tampoco expresan exactamente lo mismo que los del primer grupo. En tercer lugar, ya con carácter más filosófico, se menciona el dualismo de lo nouménico frente a lo fenoménico, o de lo positivo (en cuanto puesto) frente a lo natural (o prepositivo), sin que ambos pares sean tampoco equivalentes. A estos cabe añadir un cuarto grupo, en función de si las afirmaciones son referidas al texto de la ley o a un *desideratum*: y hablamos así de consideraciones *lege lata* frente a las que son *lege ferenda*, *iure condito* frente a *iure condendo*, el ser y el deber ser, lo que es y lo que debe ser. Sin descartar que quepa encontrar otros pares conceptuales, los señalados bastan para comprobar que no están lejos de nuestros modos de expresarnos cuando tratamos de la imputación objetiva, el dolo, la culpabilidad, la autoría, etc. También nos vemos reflejados cuando

⁶ Compárese con el estilo del StGB, que además de definiciones expresas (así, en el § 11, bajo la común denominación de «*Sprachgebrauch*») recurre a descripciones de grupos de supuestos (como en el § 177 [2]), para los «casos especialmente graves» de violación, por ejemplo.

⁷ Cfr. ya en MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 10.^a ed., Barcelona, 2015, 9/71. Pero habría que llegar más allá: la normativización es lo propio del uso lingüístico práctico. Por lo que todos los conceptos serían de carácter normativo. Cfr. sin embargo lo que se expondrá *infra*, en 4 (y en cap. II).

separamos la estricta interpretación de la ley de nuestras opiniones de política criminal. Podemos afirmar que dichas clases de elementos conceptuales no nos resultan ajenas, pero requieren una clarificación.

2. El panorama acabado de trazar aconseja reducir siquiera parcialmente la complejidad. De entrada, las dualidades del cuarto grupo (*lege lata* y *lege ferenda*, y similares), aun no siendo del todo ajenas, pueden quedar ahora al margen. En la medida en que la doctrina se refiera al texto y contenido de la ley, empleará conceptos, afirmaciones y juicios que serán normativos o empíricos por otros motivos; de igual modo que cuando se recurra a consideraciones de *lege ferenda*. Merecen una consideración aparte algunos términos que enlazan con tradiciones de orden filosófico que conviene conocer, en la medida en que su uso en nuestro contexto puede estar lastrado por herencias de significado ajenas. En particular, la distinción entre lo nouménico y lo fenoménico, como también la que media entre lo natural y lo positivo. Ambas, como veremos, guardan relación con la dualidad de lo normativo y lo fáctico. Y a ellas volveremos. Sin embargo, la tradición filosófica de la que cada una procede quizá condiciona en exceso lo que de ellas digamos, por lo que conviene emplearlas con precaución. Por las mismas razones, pienso que no procede emplear el calificativo de «ontológico»: en particular, porque significaría lo mismo que metafísico, salvo si se trata de concretas evoluciones en su concepto (en Husserl, Heidegger o Hartmann, por ejemplo), en cuyo caso no abandonan su sentido filosófico sino que lo intensifican; en cambio, si por ontológico se entiende —y no es infrecuente— algo fáctico en cuanto perteneciente al orden del ser, no sería el mejor calificativo de los posibles⁸. El uso del término «axiológico» puede resultar también ambiguo: tiene una tradición filosófica que no cabe ignorar, pero que no parece que se tenga en cuenta cuando se opone a «fáctico».

Los pares conceptuales que son objeto de nuestro interés se centran así en algunos de ellos. Nos referiremos a las dualidades de normativo/empírico; valoraciones/hechos; valorativo/fáctico; comprensión/explicación; y adscriptivo/descriptivo. A su vez, agrupándolos según los términos que guardan relación, serían: *a*) normativo, valoraciones (y valorativo), comprensión y adscripción; frente a, respectivamente, *b*) lo empírico, los hechos (y lo fáctico), la explicación y lo descriptivo. No se trata en todo caso de sinónimos,

⁸ Sobre el sentido de lo ontológico en WELZEL, *Vom Bleibenden und Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft* (orig., 1964), en ID., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlín, 1975, pp. 345-365: «la afirmación de que existen estructuras perdurables, a las que también el legislador se halla vinculado y que este no puede modificar, es una de las tesis fundamentales de la doctrina final de la acción» (p. 346); entre ellas, la de la acción final (que, a diferencia del mero suceso natural, es una configuración de sentido estructurada por la voluntad: p. 349) y la culpabilidad (p. 362); sin embargo, más allá de tales estructuras, el legislador sería plenamente libre de emitir sus valoraciones jurídicas (p. 353); el Derecho penal se mueve entre lo permanente de las estructuras identificadas y lo mudable de las valoraciones del legislador (p. 362).

pero sí resulta posible reducir estas dualidades —una vez asimiladas «valoraciones» y «valorativo»— a cuatro: i) lo *normativo* (frente a lo empírico), que apela a una norma que le da sentido deóntico al objeto. Además, ii) lo *valorativo* (frente a lo fáctico), que apela a un baremo de medición como lo bueno, lo valioso, lo virtuoso, etc. También iii) la *comprensión* (frente a la explicación), que expresa cómo los juicios y conceptos son abarcados en plenitud de su sentido. Y finalmente iv) la *adscripción* (frente a la descripción), que vendría a expresar la atribución de responsabilidad o imputación de una conducta a su agente.

3. Descendamos a casos concretos, tomados de la redacción del Código Penal español, pero que bien podrían encontrarse en otros similares. *En primer lugar*, como términos de carácter *normativo* podrían considerarse los de «delito» (art. 10) o «tentativa» (art. 16.1)⁹. En cambio, a primera vista revestirían carácter *empírico* los siguientes: «bebida alcohólica» y «drogas tóxicas» (art. 20.2.^o), o «muerte» tanto en homicidio como en aborto, «salud» (art. 147.1). Lo propio de esta dualidad reside en que en los primeros, el concepto es establecido por la ley, mientras que en los segundos existe fuera del Derecho y es asumido por la ley. Con todo, esta dicotomía es relativa y admite graduaciones o cambio de asignación, puesto que la ley (en sentido amplio) también establece en ocasiones términos que pueden calificarse de empíricos, pero que al asumirlos su significado se ve transformado¹⁰. *En segundo lugar*, términos de carácter *valorativo* podrían considerarse, entre otros, los de «delito grave» (art. 13, como también delito menos grave y leve), o «agresión ilegítima» (art. 20.4.^o)¹¹, etc.; en ellos se exige efectuar una valoración o apreciación cualitativa, cosa que, en cambio, no se da en términos de carácter *fáctico*, como podrían ser los de menor de dieciocho años (art. 19), nacimiento (art. 20.3.^o) y otros¹². *En tercer lugar*, términos de carácter *adscriptivo* serían los de «error vencible» y «error invencible» (art. 14), y muchos otros¹³; en cambio, serían términos de carácter *descripti-*

⁹ También otros —no escasos— como «alevosía» (art. 22.1.^a), «autoridad» y «funcionario» (art. 24), «documento» (art. 26), «multa» (art. 50.1), etcétera.

¹⁰ En particular, sobre la determinación del momento de la muerte, cfr. ROMEO CASABONA, *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Barcelona, 1979, pp. 61-65; y lo establecido en la legislación (Ley 30/1979, de 27 de octubre, Sobre Extracción y Trasplante de Órganos, art. 5.1; y RD 426/1980, de 22 de febrero, art. 10).

¹¹ Y los de miedo insuperable (art. 20.6.^o), circunstancia de análoga significación a las anteriores (art. 21.7.^o), abuso de superioridad (art. 22.^a), penas graves (así como menos graves y leves, art. 33), intimidación grave (art. 172 bis.1).

¹² Así, por ejemplo, los de homicidio imprudente cometido utilizando vehículo de motor (art. 142.1.II), golpear (art. 147.3), usar armas (arts. 148.1.^o, 242), víctima menor de cierta edad (arts. 132.2.II, 148.3.^o, etc.), cercanía física (art. 172 ter.1.1.^o), peligro manifiesto (art. 195.1), asistencia sanitaria (art. 196). Igualmente aquí existen normas, por lo que no son tan «fácticos» como parece.

¹³ Como los de exento de responsabilidad (art. 20), falta de provocación suficiente (art. 20.4.^o),

vo los siguientes: persona especialmente vulnerable (art. 172.2.II), profesional (art. 196), medio de comunicación (art. 284), donde el término posee un uso meramente identificador de una cualidad que ya existe con independencia de la conducta del agente.

Estos tres grupos identificados con relativa facilidad podrían ponerse en relación con el dualismo de conceptos comprensivos/explicativos. Estos podrían tomarse como géneros de los respectivos primeros elementos de cada dualidad. En esta medida, revestirían carácter *comprensivo* los términos normativos, valorativos y adscriptivos; mientras que serían de carácter *explicativo* los términos empíricos, fácticos y descriptivos. Una apreciación que enseguida surge es que estos tres conceptos de cada grupo no son sinónimos, sino que median algunas diferencias entre ellos. Normativo no se identifica exactamente con valorativo, ni este con adscriptivo. Asimismo, empírico no es exactamente lo mismo que fáctico o descriptivo. En concreto, valorativo se distingue de adscriptivo, y empírico de fáctico.

4. Otra apreciación que conviene dejar anotada aquí es la que ya se ha indicado: que las barreras entre normativo y empírico son menos nítidas de lo que podría pensarse; y lo mismo cabría decir de las que median entre valorativo y fáctico, y entre adscriptivo y descriptivo. Igualmente, entre lo normativo, lo valorativo y lo adscriptivo (como también entre lo empírico, lo fáctico y lo descriptivo) median borrosas fronteras que hacen que un mismo término pueda estar a un lado u otro debido a la función que en cada caso cumple¹⁴. Sin embargo, a pesar de lo borroso de la distinción, cabe percibir cierta diferencia en el uso del lenguaje. Y esto es relevante para seguir avanzando: que estamos analizando usos lingüísticos; es más, que los diversos términos adquieren el sentido que se les da en función del uso del lenguaje, y que pueden identificarse tres usos, al menos, del lenguaje de carácter comprensivo: el uso de normar (prohibir, permitir, establecer criterios,

arrebatado, obcecación u estado pasional (art. 31.3.ª), cometer el hecho por motivos... (art. 22.4.ª), homicidio cometido para... (art. 139.1.4.ª), con simulación (art. 165), con la intención de... (art. 166.2.b), en los que se atribuye o deja de atribuirse, se asigna o no, al sujeto una acción o modalidad de acción.

¹⁴ Por ejemplo, la edad. ¿Se trata de un dato meramente empírico? En la medida en que se emplea en Derecho (penal) se normativiza. De este modo, cuando se fija una para la mayoría de edad del agente, esta se determina por el transcurso de dieciocho años desde el día de la inscripción. Pero podría ser otro número de años, y nada impide que el día de la inscripción no coincida con el del nacimiento, que a su vez es más o menos variable. En todo caso, la fijación de una edad es normativa; y el cómputo se basa en actos jurídicos (inscripción del nacimiento). Aunque tenga base empírica (basada en la oseometría, por ejemplo) lo relevante no es tanto el dato empírico cuanto los efectos jurídicos que damos por válidos y suficientes a los efectos que buscamos: recuérdese el caso de los piratas del buque Alakrana, de edad indeterminada (cfr. https://elpais.com/diario/2009/10/24/espana/1256335213_850215.html, última consulta, 4 septiembre 2018). Sin ir tan lejos, ya el caso que planteaba MIR PUIG, DP. PG, 10.ª ed., 2015, 23/44, sobre el diferente cómputo de la llegada a la mayoría de edad en Derecho civil y en Derecho penal, pone de manifiesto lo normativo del concepto.