

AUSGABE 11/2012

S. 537 - 599

7. Jahrgang

Inhalt

AUFSÄTZE

Strafprozessrecht

**Elektronisch überwachter Hausarrest
Zur Regelung in Deutschland und Österreich**
Von Prof. Dr. Gudrun Hochmayr, Frankfurt (Oder) 537

**Die Anhörungsrüge im Verfahren der Rechtsbeschwerde
gemäß §§ 116 ff. StVollzG und ihr Zusammenspiel mit der
Verfassungsbeschwerde**
Von Wiss. Mitarbeiter Mario Bachmann, Köln 545

**Der Einsatz „neuer Medien“ im Dezernat des
Ermittlungsrichters**
Von RiAG Frank Buckow, Berlin 551

Europäisches Strafrecht

**Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen
Union – ein Überblick**
Von Wiss. Mitarbeiter Dominik Brodowski, LL.M. (Univ.
Pennsylvania), München 558

Ausländisches Strafrecht

**Reglas primarias de obligación
Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de
H.L.A. Hart**
De Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R., Universidad de Chile 571

ENTSCHEIDUNGSANMERKUNGEN

Strafrecht

**BVerfG, Beschl. v. 7.12.2011 – 2 BvR 2500/09 u.a.
(Mindestanforderungen an die Schadensfeststellungen
bei einem Erfüllungsbetrug)**
(Regierungsrat Dr. Mark Steinsiek, Diplom-Jurist/-verwaltungswirt
Philipp Vollmer, Hannover) 586

ENTSCHEIDUNGSBESPRECHUNGEN

Strafprozessrecht

**Zum Prüfungsumfang des Revisionsgerichts bei der
sachlichen Zuständigkeit gem. § 6 StPO**
Von Rechtsanwältin Anja Sturm, Berlin, Rechtsanwalt
Andreas Lickleder, München 591

Herausgeber

Prof. Dr. Roland
Hefendehl

Prof. Dr. Andreas Hoyer

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Dr. h.c. mult.
Bernd
Schünemann

Schriftleitung

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Redaktion (national)

Prof. Dr. Mark Deiters

Prof. Dr. Bernd Hecker

Prof. Dr. Michael
Heghmanns

Prof. Dr. Holm Putzke

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Prof. Dr. Arndt Sinn

Prof. Dr. Hans Theile

Prof. Dr. Mark Zöller

Redaktion (international)

RILG Prof. Dr. Kai Ambos

International Advisory
Board

Webmaster

Prof. Dr. Thomas Rotsch

Verantwortlich für die redaktionelle Endbearbeitung

Wiss. Mitarbeiter Markus
Wagner

Internetauftritt

René Grellert

ISSN

1863-6470

Reglas primarias de obligación

Las “reglas del derecho penal” en el concepto de derecho de H.L.A. Hart*

De Prof. Dr. Juan Pablo Mañalich R., Universidad de Chile

The article offers a reconstruction of the picture of so called “rules of criminal law” that can be found in H.L.A Hart’s The Concept of Law. According to the argument here presented, the basic features of this picture can be stated as following: a rejection of an imperativistic conception of legal rules; the recognition of a pragmatic connection between obligations and sanctions; and a functional understanding of the logical distinction between (primary) conduct norms and (secondary) sanction norms.

El artículo ofrece una reconstrucción de la imagen de las así llamadas “reglas del derecho penal” que es posible extraer de El concepto de derecho de H.L.A. Hart. Con arreglo al argumento aquí presentado, las características fundamentales de esa imagen pueden ser enunciadas como sigue: un rechazo de una concepción imperativista de las reglas del derecho; el reconocimiento de una conexión pragmática entre la obligación y la sanción; y una comprensión funcional de la distinción lógica entre normas primarias de comportamiento y normas secundarias de sanción.

I. Introducción

Observa Hart: “En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y puede ser deseable que haya tales reglas aun a pesar de que no hubiese amenaza de un castigo u otro mal. Ciertamente, podrá sostenerse que en tal caso no habría reglas jurídicas; sin embargo, podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierto comportamiento de la provisión de las penalidades a ser impuestas si la regla es quebrantada, y suponer que la primera existe sin la segunda. En cierto sentido, podemos sustraer la sanción y todavía dejar un estándar de comportamiento inteligible para cuyo mantenimiento [la sanción] fuera diseñada”.¹

Este pasaje está extraído de la célebre sección de *El concepto de derecho* en que Hart demuestra la confusión categorial implicada en la concepción kelseniana de la nulidad como sanción. En dicho pasaje se insinúa una determinada concepción de la relación en que se encuentra la regla (o norma) cuyo quebrantamiento puede ser delictivo, por una parte, y la regla (o norma) que fija la pena susceptible de ser impuesta a consecuencia del quebrantamiento de aquella primera regla (o norma), por otra. El presente artículo pretende indagar en los méritos de semejante concepción, dando cuenta de cómo ella se inserta en el proyecto hartiano de una teoría analítica del derecho.

* El presente artículo ha podido ser elaborado en el contexto de una estadía de investigación posdoctoral realizada en la Universidad de Bonn, financiada por la Fundación Alexander von Humboldt, y se enmarca en el proyecto FONDECYT (de iniciación a la investigación) No. 11110274, del cual el autor es investigador responsable.

¹ Hart, *The Concept of Law*, 2. ed. 1994, pp. 33 ss.

II. La crítica del modelo imperativista

Hart ofrece algunas consideraciones preliminares acerca de la estructura y la función de “las reglas del derecho penal”,² tras haber expuesto sistemáticamente la concepción de las normas jurídicas asociada a la obra de Austin, y en igual medida a la de Bentham,³ sugiriendo que este último modelo parecería plausible, a primera vista al menos, para dar cuenta de cómo opera el derecho penal.

Esto lleva a que Hart constata la existencia de una “fuerte analogía” entre tal imagen preliminar de “las reglas del derecho penal”, por un lado, y la concepción imperativista de las reglas jurídicas de Bentham/Austin, por otro.⁴ Pero buena parte del esfuerzo argumentativo desplegado por Hart, una vez establecida la base para la analogía en cuestión, consiste en demostrar la inviabilidad del modelo imperativista,⁵ incluso en aquel ámbito en que el mismo parecería exhibir, *prima facie* al menos, mayor plausibilidad; esto es: en el ámbito de “las reglas del derecho penal”, en contraposición, por ejemplo, a las reglas que confieren potestades de diversa índole.⁶

El núcleo del modelo de Bentham/Austin consiste en una equiparación de la existencia de una obligación jurídica a la predictibilidad de la irrogación de un mal a modo de sanción.⁷ Sobre este trasfondo, las razones que Hart ofrece

² Hart (n. 1), p. 27.

³ Hart, *Essays on Bentham*, 1982, pp. 105 ss.

⁴ Hart (n. 1), pp. 20 s.

⁵ Aquí se vuelve necesario introducir una precisión terminológica, que resulta de la mayor importancia para la indagación global que aquí se persigue, y que concierne a la caracterización usual de la concepción atribuida a Bentham y a Austin como una concepción imperativista. Pues semejante caracterización supone dar prioridad a una de las dos variables que, siguiendo a Hacker, pueden ser diferenciadas en el contexto del análisis comparativo de las múltiples “teorías del deber” que se dejan reconocer en el discurso de la teoría general del derecho, a saber: (1) la naturaleza de la conexión postulada entre la falta de ejecución o de omisión de una determinada acción y la consiguiente imposición de una sanción; y (2) el estatus de la exigencia de comportamiento que vuelve obligatoria la ejecución o la omisión de la acción en cuestión. Véase Hacker, en: Simpson (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 1973, p. 131. En estos términos, la caracterización de una concepción como imperativista es relativa a la segunda variable: la exigencia de comportamiento ha de estar constituida por una orden. Véase Röhl/Röhl, *Allgemeine Rechtslehre*, 3. ed. 2008, pp. 230 s.

⁶ Hart (n. 1), pp. 35 ss.

⁷ Hart (n. 3), pp. 132 ss. De ahí que su caracterización como “imperativista” deba ser entendida a la manera de una abreviatura, en el entendido de que, en atención al específico concepto de orden que hace suyo ese modelo, el hecho de que a una persona se dirija una orden de ejecutar u omitir la