

Recibido: 18 de septiembre 2019 • Aprobado: 17 de octubre 2019

## ENFOQUE SOBRE LA RELEVANCIA LEGAL DEL PORTE Y TENENCIA DEL ARMA DE FUEGO DE FABRICACIÓN CASERA O DOMÉSTICA: UN ABORDAJE DESDE LOS IUSFILÓSOFOS: KELSEN, VON WRIGHT, HART, DWORKIN, WROBLEWSKI, MACCORMICK Y ALEXY

*Approach on the legal relevance of the bearing and possession of the hunting or domestic firearm: an approach from the philosophers: Hans, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, MacCormick and Alexy*

**Ismael Ramírez**

Universidad Central del Este (UCE). República Dominicana  
[dr.ismaelnehemiasramirez@hotmail.com](mailto:dr.ismaelnehemiasramirez@hotmail.com)

**Cómo citar:** Ramírez, I, (2019). Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, MacCormick y Alexy. *Revista Saber y Justicia*, 2(16), 57-73. Recuperado de <https://saberyjusticia.edu.do>

### Resumen

La no especificación de manera taxativa de la denominada “arma de fuego de fabricación casera”, podría generar un problema para el operador jurídico, específicamente para los jueces, quienes tendrían que determinar si se trata de un fenómeno que transgrede o no, tanto con el principio de legalidad penal o como con el de taxatividad. Partiendo de ello, surgen las siguientes inquietudes: ¿Es un problema de vaguedad, textura abierta del lenguaje, laguna normativa o axiológica? ¿Se violenta el principio de cláusula penal o de prohibición? ¿Se evidencia que se está ante una tipicidad conglobante o existe un problema de legalidad o taxatividad? ¿Falta algún elemento de las normas de carácter deóntico, especialmente de las prescripciones? ¿Qué aporta la justificación interna y la justificación externa? ¿Se tratar de dar relevancia específica a un fenómeno de trascendencia social? En este artículo se tratará de dar respuesta a los cuestionamientos desde los presupuestos de los iusfilósofos mencionados.

**Palabras clave:** antijuricidad; legalidad; taxatividad y tipicidad

### Abstract

The non-specification of the “homemade weapons” could generate a problem for the legal operator, specifically for the judges, who may determine if it is a phenomenon that trespasses or not the principle of criminal legality or the taxativity. Consequently, the following questions arise: Is it a problem of vagueness, open texture of language, normative or axiological gap? Is violated the principle of criminal closure or the principle of prohibition? Is there a congenital typicity or is there really a problem of legality or taxativity? Is there any missing element of the deontic norms, especially the prescriptions? What is the contribution of the internal justification and external justification? Are we trying to give specific relevance to a phenomenon of social significance? This article will deal with the possible responses to these questions from the perspective of the aforementioned iusphilosophers.

**Keywords:** antijuricidad; legality; typicality and; taxation

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wróblewski, Alexy y MacCormick

## Introducción

En la V Reunión realizada los días 6 y 7 de abril de 2006, en la Ciudad de Buenos Aires, la Comisión de Seguridad Ciudadana, Combate y Prevención al Narcotráfico, Terrorismo y Crimen Organizado del Parlamento Latinoamericano (PARLATINO), decidió elaborar un proyecto de ley marco sobre control de armas y municiones con la colaboración de la Fundación Viva Rio de Brasil. En agosto de 2006, el Grupo de Trabajo sobre Legislación y otros organismos, la Coalición latinoamericana para la prevención de la violencia armada, junto al Movimiento Sueco por la reconciliación, diseñaron los lineamientos y avanzaron en el desarrollo del Proyecto de Ley Marco. Esta etapa de trabajo culminó con la presentación del Proyecto de Ley Marco sobre Armas, Munición y Materiales.

Debido a factores sociales y políticos que en la actualidad han dejado de existir en el año 1965, la República Dominicana adoptó una legislación que buscaba el desarme de la población civil la que estuvo presente en nuestro sistema jurídico hasta el 2 de agosto del año 2016, fecha en la cual el legislador convirtió en instrumento jurídico interno las directrices que el país había hecho suyas durante el parlamento latinoamericano (PARLATINO), ello para responder a factores sociales y políticos que no estaban contemplados en la ley número 36-65. El instrumento jurídico vigente es la Ley 631-16, del 2 de agosto de 2016, para el Control y Regulación de Armas, Municiones y Materiales Relacionados. G. O. No. 10854 del 5 de agosto de 2016.

En el presente trabajo se abordará la problemática que prohíbe el porte y tenencia de armas de fuego de fabricación casera, su relevancia como especie del género “armas de fuego”. De igual manera, si el fenómeno de “porte de arma de fuego de fabricación casera”, al no estar plasmado de manera particular en la Ley 631-16, crearía problemas que de no ser resueltos ocasionarán situaciones que afectan el pleno desenvolvimiento de la aplicación de justicia en esta materia. Se analizará, si es necesaria la combinación de las reglas definitorias, la clasificatoria, la sancionadora y los principios, para poder invocar la sanción que prevé la ley, así como, si esa combinación, hecha en base a un ejercicio hermenéutico, no dificulta el pleno desenvolvimiento de la actividad decisoria en esta materia.

El fenómeno objeto de estudio de este trabajo se abordará desde una perspectiva filosófica, para ello se revisarán los siguientes aspectos: principio de clausura o prohibición del autor Hans Kelsen; la tipicidad, la antijuridicidad, la legalidad y la taxatividad desde la óptica de autores connotados del derecho penal; la lógica de la acción o deóntica de Henrik G. Von Wright; la zona de penumbra, la discrecionalidad, y la unión de normas primarias y secundarias desde la perspectiva de Herbert Lionel Adolphus Hart; los casos difíciles, y la justificación interna y externa del filósofo americano Ronald Dworkin, así como el pensamiento filosófico Robert Alexy y Jerzy Wróblewski.

Este trabajo intentará ofrecer una solución a la problemática planteada desde un abordaje filosófico, y a su vez advertir, tanto al legislador como al operador de justicia, que de no abordarse con premura la regulación de este fenómeno se pondría en juego la seguridad ciudadana y en consecuencia la cohesión social y la convivencia pacífica.

## Planteamiento del problema

Al analizar el posible proyecto inicial de la ya mencionada ley 631-16, se advierte que la propuesta fue enviada desde la Cámara de Diputados hacia la Cámara del Senado, mediante el oficio 00473, de fecha 20 de julio del año 2015. En ese proyecto, el artículo 6 párrafo establece lo siguiente:

Clasificación de las armas. Para los efectos de la presente ley, las armas de fuego se clasifican de la manera siguiente: 1) Armas prohibidas; 2) Armas restringidas; 3) Armas de uso civil. Párrafo I.- Se consideran armas prohibidas y proscritas por el Estado dominicano: las armas de destrucción masiva, atómicas, químicas y biológicas y aquellas sustancias químicas, tóxicas o sus precursores, municiones y dispositivos, que estén destinados de modo expreso a causar la muerte o lesiones mediante propiedades tóxicas provocadas por estas sustancias, las armas de fabricación casera y aquellas armas prohibidas comprendidas en los convenios internacionales ratificados por la República Dominicana. Se prohíbe la importación, distribución, intermediación, posesión, transporte y tránsito de armas prohibidas, por el territorio nacional indistintamente de su objetivo y finalidad.

Sin embargo, con el interés de señalar la falta de dicha clasificación, en la ley promulgada y publicada por el Poder Ejecutivo, no se observa la clasificación de “arma de fabricación casera”. En el artículo 6 de ese proyecto se establece lo siguiente:

**Clasificación de las armas.** Las armas se clasifican de la manera siguiente: 1) Armas prohibidas. 2) Armas restringidas, y 3) Armas de uso civil. Las armas de uso civil se clasifican en: a) Armas para protección personal e instalaciones físicas. b) Armas de uso deportivo y caza, y c) Armas antiguas y de colección.

Huelga establecer que el proyecto convertido en ley fue dado a conocer en la Cámara de Diputados en fecha 8 de junio del año 2015, en una fecha anterior al envío del proyecto depositado en la Cámara del Senado de fecha 20 de julio del año 2015.

Ante esta situación, iniciaremos analizando el problema desde el “principio de clausura penal”.

## Principio de clausura penal o de prohibición desde la perspectiva de Hans Kelsen

Si se parte del enfoque de la “Teoría Pura del Derecho” de Hans Kelsen, se puede establecer que el acontecimiento en cuestión logra su significación propia en derecho, a través de una norma que se refiere a él con su contenido. El acto puede ser explicitado según esa norma que funciona como un esquema de explicitación. En otras palabras: el enunciado de que un acto de conducta humana situado en el tiempo y en el espacio es un acto de derecho (o, un acto contrario a derecho) es el resultado de una explicitación específico, a saber, una explicitación normativa (Kelsen, 1982, p.18).

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

Carlos Santiago Nino, establece lo siguiente: “Según la *Teoría pura*, cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo” (Nino, 2003, p.199). *mientras*, Kelsen refiere que todo orden jurídico incluye un principio, el llamado *principio de clausura*, que establece que “*todo lo que no está prohibido, está permitido*”. (Nino, 2003, p.199).

El criterio de validez del derecho, refiere que la aplicación del derecho posee un inicio y un final es decir que es lo que se puede denominar como “el principio de clausura”. Entonces, si no hay una norma que prohíba cierta conducta, no es necesaria una norma permisiva expresa para que el caso esté solucionado normativamente, pues la regla general mencionada le asigna tal solución.

De acuerdo con Kelsen, el principio de clausura es una regla necesaria de todo ordenamiento jurídico y debe considerarse como implícita aún cuando no esté formulada expresamente por el legislador. Los profesores Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin en *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, han demostrado la falacia del razonamiento precedente, con argumentos que se resumirán brevemente omitiendo ciertos tecnicismos (Nino, 2003, p.199).

El principio de clausura, como todo enunciado sólo puede considerarse necesario si se lo interpreta como un enunciado analítico, por ejemplo, si “permitido” significara en él nada más que “no prohibido”, sustituyendo en él una expresión por otra el principio diría la siguiente trivialidad: “todo lo que no está prohibido, no está prohibido”, lo que obviamente es vacuamente verdadero para todo sistema normativo, es decir, el principio es necesario (Nino, 2003, p.200).

En cambio, si se quiere que el principio de clausura tenga algún contenido relevante, hay que otorgarle al término “permitido” un significado diferente al que designa meramente la ausencia de prohibición (...) (Nino, 2003, p.200). Si se adopta este camino, el principio de clausura ya no es tautológico, lo que supone que es un enunciado contingente, cuya presencia en un sistema depende de que efectivamente el legislador haya permitido, en un sentido positivo diferente del mero dejar de prohibir, todas las conductas que no ha prohibido expresamente. (Nino, 2003, p.200).

La conclusión de Alchourrón y Bulygin es que, o el principio de clausura es necesario, como aclara Kelsen, y entonces es tautológico y no sirve para llenar las lagunas normativas (pues no proporciona ninguna solución nueva para las conductas no prohibidas, sino que sólo reitera que no están prohibidas) o es contingente, o sea, que su verdad depende de que el legislador haya, de hecho, dictado una norma permitiendo todo lo que no está prohibido. Si el legislador no ha dictado una norma semejante, el sistema puede, indudablemente, tener lagunas; o sea que puede haber conductas que no estén ni prohibidas ni permitidas por el derecho (Nino, 2003, p.200).

En relación con el tema objeto de estudio, la relevancia de esta cuestión es la siguiente: si “derecho subjetivo” se usara como equivalente a “no prohibido”, habría que ser consecuentes y admitir que su significado se limita a eso, y que cuando se dice, en este sentido, que se tiene el derecho a fumar, a sentarse

en un banco, a vestirse como guste, etc., Se está sosteniendo sólo que no han sido prohibidas tales acciones, pero no, por ejemplo, que los demás están obligados a dejar hacerlas, o que deben ayudar a ejecutarlas, o que no se aplique una sanción por el hecho de haberlas llevado a cabo (*Nino, 2003, p.200*).

Puede entenderse que si el sistema normativo que sirve como marco, contiene (tal como ocurre en la mayoría de los sistemas jurídicos contemporáneos) una norma que permite todo lo que no está expresamente prohibido por las demás normas, o sea el principio de clausura, entonces, el enunciado “Fulano tiene derecho a X” no describirá sólo la ausencia de una norma prohibitiva de X; describirá además de ese dato, la existencia de la norma que permite toda conducta no prohibida expresamente” (*Nino, 2003, p.200*).

Ilustrados por lo anterior, cabe preguntarse si ¿la combinación de los diferentes enunciados y proposiciones que constituyen la disposición normativa de la Ley No.631-16 podría reflejar una laguna normativa o axiológica respecto al tipo penal objeto de estudio? Hans Kelsen responde la cuestionante anterior al establecer que puede darse un orden normativo que no contenga normas prohibitivas ni permisivas respecto a una clase de acciones. En ese caso, se estaría frente a lo que se ha dado en llamar una *laguna normativa*, o sea, la situación en que un sistema no prevé ninguna solución para un caso dado. En una situación como ésta, pareciera que sería poco legítimo decir que se tiene derecho a ejecutar la conducta no normada como sostener que tal acción está prohibida, pues falta la base normativa que haría verdadera a una u otra de tales afirmaciones. Sin embargo, Kelsen excluye la posibilidad de que estos casos se presenten, negando que los ordenamientos jurídicos tengan lagunas. Según la *Teoría pura* cualquier acción tiene una solución normativa, permisiva o prohibitiva, en todo sistema jurídico positivo” (Kelsen, 1982, p.18).

### **Tipicidad, antijuridicidad, legalidad y taxatividad desde la perspectiva de varios tratadistas de derecho penal**

Para abordar el problema de la posible omisión legislativa en la que incurrió el legislador con relación a la regulación de armas de fabricación casera en la ley 631-16, es necesaria una correcta comprensión de los valores jurídicos en juego para lo cual es preciso definir los términos, tipicidad, legalidad y taxatividad. Lo anterior se intentará ilustrar desde la óptica de las más connotadas voces en materia penal y como fin ulterior, se buscará apreciar de forma adecuada la dimensión que abarca este fenómeno, en principio solo de manera filosófica, posteriormente si de manera legislativa el mismo puede ser resuelto.

Consecuentemente, resulta lógico tratar en primer orden la tipicidad, luego la antijuridicidad, por último, la legalidad y la taxatividad. Se enfocará de esa forma, ello debido a que los dos últimos tienen que ver con la norma expresa, las otras dos primeras con la conducta. Es de interés, resaltar el problema que genera la imprecisión de la norma o la caracterización específica que se corresponde con la taxatividad. La tipicidad de acuerdo al autor español Santiago Mir Puig es:

El primer requisito de la antijuridicidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa,

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wróblewski, Alexy y MacCormick

la falsificación de documento público, etc. Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito. (...) (Puig, 2008, p.58).

Es decir, para este estudioso de las ciencias penales en derecho solo podemos hablar de que una conducta se enmarca dentro de las características de la tipicidad cuando se haya prevista en la ley, cuando dicha conducta configura algún tipo de acción que lesiona bienes jurídicos protegidos por el derecho penal. El mismo autor, también concluye que:

**La tipicidad** es una exigencia del Estado de Derecho, vinculada al principio de legalidad. La efectiva realización de este principio requiere no sólo que los delitos y las penas se hallen previstas por una ley anterior (aspecto formal del principio de legalidad), sino también que tal ley determine con suficiente precisión los contornos y límites de los hechos punibles y sus penas: «mandato de determinación» de la ley penal (aspecto material del principio de legalidad). Un Derecho penal que no definiese de forma diferenciada las distintas clases de conductas típicas, sino que se limitase a castigar al que «causare un mal a otro» o acudiese a otras cláusulas generales semejantes, no respetaría la exigencia de determinación, porque tales cláusulas no permitirían al ciudadano saber con una mínima seguridad qué comportamientos entrarían en ellas. La técnica de descripción de tipos de conducta pretende evitar este inconveniente (Puig, 2008, p.87).

El filósofo del derecho penal alemán Claus Roxin en relación al concepto de tipicidad ha manifestado que:

Esa acción ha de ser típica, o sea, ha de coincidir con una de las descripciones de delitos, de las que las más importantes están reunidas en la Parte especial del CP (...) Por tanto, quien p.ej. mediante una determinada acción “sustraer una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente”, realiza el tipo del hurto (§ 242). La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio *nullum crimen sine lege* (...) (Roxin, 1997, p.194).

Y establece con más precisión dicho autor que:

Es decir, si concurre una acción, se examinará primero la tipicidad y luego la antijuridicidad, culpabilidad y los demás presupuestos de la punibilidad. Esta estructuración en determinados pasos de razonamiento ordenados en una sucesión lógica garantiza en primer lugar que todas las cuestiones importantes para juzgar la punibilidad también se examinen realmente; en cambio, si lo que se hiciera fuera un “hurgar aquí y allá”, de modo no estructurado sistemáticamente y sin orden ni concierto, en la problemática jurídica del caso, existiría el peligro de pasar por *alto* aspectos decisivos y de tomar decisiones incorrectas (Roxin, 1997, p.194).

Este importante dogmático establece respuestas puntuales al fenómeno que se analiza, dado que el mismo establece que la tipicidad forma parte de una estructura gobernada por el razonamiento lógico, lo que evidentemente influye en la toma de decisiones correctas en cuanto a establecer los presupuestos de la punibilidad. Lo anterior, evidentemente tiene vinculación con su definición de tipicidad dado que una vez se define la conducta prohibida en la ley, es cuando surgen las consecuencias que impone la punibilidad, pero

dichas consecuencias solo pueden ser obtenidas mediante la secuencia lógica que el autor Claus Roxin describe.

No podríamos concluir este apartado sin incluir las palabras de Raúl Plasencia Villanueva al establecer que:

(..) En cuanto a la tipicidad existen infinidad de postulados en torno a cómo identificarla y, en su caso, definirla, aspecto que deriva de la postura teórica a la cual nos apegamos, sin embargo, resulta claro el carácter eminentemente valorativo que tiene el tipo penal y, por ende, la tipicidad, lo cual da lugar a que se le defina como la averiguación que sobre una conducta se efectúa para saber si presenta los caracteres imaginados por el legislador, siendo en concreto el resultado afirmativo de ese juicio. Lo cual podemos entender como la adecuación de los elementos y presupuestos del delito con los presupuestos y elementos incluidos en el particular tipo penal incluido en la ley (Villanueva, 2004, p.96).

Un autor que debe ser tomado en cuenta por la claridad con la cual define el concepto de antijuridicidad es el argentino Eugenio Raúl Zaffaroni, quien la define de la siguiente manera:

*En tanto que la antijuridicidad es la característica que resulta del juicio negativo de valor que recae sobre la conducta humana, el injusto es la misma conducta humana desvalorada. El injusto penal es una acción prohibida por el derecho penal, pero respecto de la cual ninguna ley penal o no penal reconoce el carácter de ejercicio de un derecho. A la conclusión de que una acción está prohibida como injusto penal se llega mediante dos juicios valorativos: (a) el de antinormatividad, que sólo tiene en cuenta las normas prohibitivas que se deducen de los tipos, conglobadas con las restantes normas del orden normativo {tipicidad}; (b) pero como el orden jurídico se integra también con preceptos permisivos, que reconocen ejercicios de derechos, la antijuridicidad no afirma la prohibición justamente en estos últimos supuestos de ejercicios de derechos, o sea, cuando éstos consisten en la realización de una acción típica (Zaffaroni, 2002, p.590).*

La definición de Zaffaroni es esencial para el desarrollo de una solución al presente fenómeno dado que el referido autor enfoca la antijuridicidad, desde el ámbito del injusto penal, es decir que para este autor constituye un hecho antijurídico aquello prohibido o permitido por el derecho penal, dígame aquella conducta vulnerada pero que está inserta de manera explícita en la legislación penal, sin ambigüedades, sin vaguedades, sin lagunas sino de manera explícita, situación que no se da en la legislación que regula el uso de armas de fuego en la República Dominicana, con relación a la relevancia punitiva las armas de fabricación casera.

Una visión que resulta interesante es la del destacado autor alemán Hans Welzel para quien la antijuridicidad es:

(...) *es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto (no sólo con una norma aislada). En estas condiciones, por tanto, la antijuridicidad es siempre la contradicción entre una conducta real y el ordenamiento jurídico. De ahí que, por consiguiente, la antijuridicidad debe ser la misma en la totalidad del ordenamiento*

Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

jurídico, en tanto que existe un injusto específico, pero no una antijuridicidad específicamente jurídico-penal. El injusto es la misma forma antijurídica de la conducta. Conviene, desde este punto de vista, expresar que el tipo (como figura conceptual) no es antijurídico, ya que únicamente su realización puede ser antijurídica. Así pues, no hay tipos antijurídicos, sino solamente realizaciones antijurídicas del tipo (Welzel, 2004, p.75).

Definida la manera más escueta posible la antijuridicidad, se tratará de definir mediante el mismo ejercicio otro término que sin duda dará una correcta comprensión del fenómeno y no sólo una correcta comprensión, sino que ofrece una perspectiva diferente que pueden ofrecer soluciones eficaces para la oportuna solución a una problemática normativa tan compleja.

Abordado los elementos de la tipicidad y la antijuridicidad, “ocupémonos” ahora del concepto de legalidad. Para ello, a continuación, expondremos su definición desde la óptica de varios tratadistas, ello con la finalidad de definirlo de la manera más acabada posible a los fines de seguir construyendo el camino para poder dar solución al fenómeno tan complejo que estamos abordando. Cuestión similar a la anterior, se hará con el concepto de legalidad, o como diría la dogmática penal de avanzada “principio de legalidad”.

La Constitución Dominicana (2010) establece de manera clara el principio de legalidad en su artículo 40 numeral 13: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan infracción penal o administrativa”.

Evidentemente el legislador a sabiendas de que existen arbitrariedades por parte del Estado y en aras de garantizar los bienes jurídicos de la libertad personal y la integridad física de la persona, optó por colocar en la carta magna el principio rector de las agencias estatales que es el principio de legalidad.

Tomás Salvador Vives Antón con relación al referido principio establece lo siguiente:

Pues, en primer término, el principio de legalidad, en la medida en que presupone que todo lo que no está prohibido está permitido (1), constituye la base de “la libertad de los modernos” (2), que descansa sobre la seguridad jurídica, esto es, sobre la posibilidad de calcular con exactitud las consecuencias de los diferentes cursos de acción (3). Pero, además, es el de legalidad una suerte de “principio de principios”. De modo que, en tanto se afirma en las sociedades modernas la legalidad como una esfera pública Autónoma e independiente de la moralidad individual (4), el principio de legalidad comporta una delimitación de lo que puede llegar a prohibirse: bajo la vigencia del principio de legalidad no todo tipo de conducta puede convertirse en materia de la prohibición, sino que la injerencia estatal ha de ceñirse a lo que resulte indispensable para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad (Antón, 2011, p.1).

Si partimos de la perspectiva de Tomás Salvador Vives Antón, el principio de legalidad es la norma reguladora que constituye el catálogo que establece que puede ser y no puede ser perseguido por las agencias que ejecutan la



política criminal estatal, lo que se constituye en una garantía que regula las actuaciones del operador de justicia al momento de aplicar las sanciones que establece la norma. Es indispensable la existencia del principio de legalidad a los fines de garantizar la seguridad jurídica y el estado de derecho. Y de evitar fenómenos como el de objeto de estudio de este trabajo.

Con relación al último término, dígase la taxatividad, es preciso definirlo y establecer de acuerdo al pensamiento dogmático como servirá a los fines de brindar solución al fenómeno que estamos estudiando. La taxatividad es definida por el tribunal constitucional español en varias sentencias como:

“Principio jurídico que exige al legislador que las leyes penales describen de modo preciso y estricto las conductas delictivas. «El principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica [...] que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa)» (STC (sentencia del Tribunal Constitucional) español 133/1987, 21-VII-1987).

En otra Sentencia el mismo tribunal ha manifestado con relación a la taxatividad que:

«El derecho a la legalidad penal [...] comprende [...] una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (lex certa)»

### **Solución sistemática o conglobada**

Una vez vistas, así como descritas las figuras jurídicas con las cuales abordar el problema que presenta la ley de armas en la República Dominicana, en torno a las armas de fabricación casera; como al momento de promulgar la ley solo se describieron las normas que de manera general define el tipo, clasifican las armas de fuego y la sancionadora. Resulta evidente que, al no precisar el fenómeno social analizado, dicha problemática advierte falta de dinamismo de nuestro sistema jurídico.

En tal sentido, se advierte que de la conglobación de las diferentes disposiciones normativas que respecto al porte, tenencia y fabricación de armas de fuego posee la Ley 631-16, bien se puede construir el tipo penal de “porte de arma de fuego de fabricación casera”, constituyendo la conducta contraria en una antijuridicidad, por lo que no se violenta el principio de clausura. Lo anterior no elimina la relevancia específica del fenómeno, máxime cuando en un proyecto anterior hasta término, conceptual se le otorgó. A sabiendas de que no es suficiente con solo definir esas figuras, dentro de un marco lógico operativo que haya sido establecido por la dogmática, se abordará de manera breve como la lógica de la acción, el correcto entendimiento de los elementos de la norma y las prescripciones, debido a que pueden ayudar al operador de justicia dominicano a dar luz al fenómeno. Este apartado será abordado bajo la influencia de la doctrina de Georg Henrik von Wright, una autoridad indiscutible en cuanto al estudio de la lógica deóntica.

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

## La lógica de la acción o deóntica, los elementos de las normas y de las prescripciones (Von Wright)

Los capítulos I y II de la obra de Von Wright, condensan todo lo referente a la lógica deóntica, y es por ello que nos enfocaremos en esa parte de la obra de este autor. Para explicar las prescripciones Von Wright, parte del lenguaje operativo: en determinadas condiciones, implica realizar la acción a que esas palabras se refieren

A propósito del lenguaje operativo, es conveniente hacer énfasis en lo **prescriptivo o directivo**: Dirigir el comportamiento del otro. Inducirlo a que adopte un determinado curso de acción, se logre o no el propósito. No tiene sentido predicar que son verdaderas o falsa. No están destinadas a dar información respecto de la realidad. Las prescripciones están caracterizadas por una superioridad del sujeto emisor respecto del destinatario. El emisor no supedita el cumplimiento de la prescripción a la voluntad del destinatario. Además de las órdenes y mandatos también pueden ser permisos o autorizaciones.

Un elemento de relevancia es el núcleo normativo: Es una estructura lógica que las prescripciones tienen en común con otras normas, compuestas por: a.- **Carácter**: Está en función de que la norma es para que algo deba, no deba o pueda ser hecho, es decir: lo obligado, lo prohibido y permitido. En realidad, son los operadores deónticos. b.- **Contenido**: Es lo que una norma declara como lo prohibido, obligatorio o permitido. Además, las prescripciones deben tener los siguientes elementos: 1. Autoridad normativa. 2. Sujeto normativo y 3. La sanción.

Las prescripciones necesariamente deben tener **la ocasión de aplicación**, consistiendo en la localización espacial o temporal en que debe cumplirse el contenido de la prescripción. Se puede verificar en: 1) Particulares: establece una ocasión determinada; 2) Conjuntivamente general: cuando se menciona una clase de situaciones en todas las cuales debe o puede realizarse el contenido y; 3) Disyuntivamente general: su contenido debe realizarse en alguna de una clase de ocasiones. Huelga manifestar que cuando una norma es general tanto respecto del sujeto normativo como de la ocasión, Von Wright le llama "**eminente general**", (Wright, 1970, p.p.97-98).

Para el análisis del fenómeno abordado, no debemos soslayar la **condición de aplicación**: Se refiere a la circunstancia que tiene que darse para que exista una oportunidad de realizar el contenido de una norma.

Resulta evidente que, respecto al contenido genérico de las normas definitorias y clasificatorias de "armas de fuego" constituye una ocasión de aplicación eminentemente general. Como ejemplo, se puede decir que todo aquel que porte arma de fuego de uso civil de manera ilegal será castigado a la pena X, fulano posee un arma de fuego de manera ilegal, pues debe ser condenado a la pena X.

Por lo que sigue, es preciso hacer la relación silogística de un hecho cuya premisa fáctica sea que una persona fue detenida portando un arma de fuego de fabricación casera de las denominadas “Chagón o Chilena”, puede verse sencillo, pero las refutaciones respecto a las condiciones de aplicación, muy específicamente la condición hipotética de necesidad o posibilidad de que sea “de fabricación casera”, lo haría complejo; máxime cuando tendríamos el problema de “taxatividad de la norma penal”. La relevancia específica del arma de fabricación casera, viene dada por constituir un fenómeno de importancia punitiva. Se debe referencial que ese tipo de arma de manera frecuente, se usa para cometer concurso ideal, ideal-medial y real de infracciones criminales.

El análisis efectuado hasta el momento, no nos dispensa revisar algunos de los postulados de Hebert Hart. Tales como, **zona de penumbra, discrecionalidad y la unión de normas primarias y secundarias de Herbert Hart**. El caso objeto de estudio, se puede analizar bajo la visión del autor inglés Herbert Hart. Como es sabido este autor define el derecho como la unión de reglas primarias y secundarias. También se conoce que, Hart sostiene que en un sistema jurídico según el intérprete puede haber un caso simple o claro, pero también un caso oscuro o con zona de penumbra.

Visto lo anterior Hart establece que:

(...) De aquí que la forma típica, incluso de una ley criminal (que de todas las variedades de normas jurídicas es la que más se asemeja a una orden respaldada por amenazas), es general de dos maneras; indica un tipo general de conducta y se aplica a una clase general de personas de quienes se espera que adviertan que rige para ellas y que cumplan con lo prescripto. Las directivas oficiales individualizadas, cara a cara, ocupan aquí un lugar secundario: si las directivas primarias generales no son obedecidas por un individuo particular, los funcionarios pueden recordárselas y exigirle que las acate, tal como hace un inspector de impuestos, o la desobediencia puede identificarse y documentarse oficialmente, y el castigo amenazado ser impuesto por un tribunal.

Por lo tanto, en forma primaria, aunque no exclusiva, el control jurídico es un control mediante directivas que en este doble sentido son generales. (...) (Hart, 2003, pág. p.27).

Al analizar los postulados de Hart, a propósito de la relación entre la autoridad normativa (quien dicta la ley) y el destinatario (quien debe cumplirla o aplicarla), se entiende que, en el caso del juez, debe interpretar la norma para su efectiva aplicación.

Resulta necesario manifestar que cuando el destinatario sea cualquier ciudadano, en el ámbito penal, con relación al funcionamiento de la norma punitiva y la obligación del agente *activo* (*quien comete la acción delictiva*) El juez, al castigar, toma reglas como guía y la transgresión como la razón y justificación del castigo al agresor.

■ Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

Asimismo, el juez no ve en la regla un enunciado que expresa que él y otros probablemente castigarán las transgresiones, aunque un espectador podría considerarla precisamente de esta manera. El aspecto predictivo de la regla (aunque totalmente real) es irrelevante a los fines del juez, mientras que el status de ella como guía y justificación es esencial. Así, decidimos que censuramos o castigamos a un hombre porque ha infringido la regla, y no simplemente que era probable que lo castigaríamos o censuraríamos. Sin embargo, algunos de los críticos que han insistido en estas obligaciones a la aplicación predictiva confiesan que hay aquí algo oscuro; algo que se resiste al análisis en términos fácticos, claros y rigurosos.

El juez al decidir casos fáciles no tiene mayores dificultades e incertidumbres, sin embargo, en ocasiones tiene que optar entre posibles significados alternativos de las palabras de una ley, o entre interpretaciones discrepantes sobre la que “expresa” un precedente. Las reglas jurídicas pueden tener un núcleo central de significado indiscutido, y en algunos casos puede ser difícil imaginar un debate acerca del significado de la regla. Siempre hay penumbra de incertidumbre donde el juez tiene que elegir entre alternativas.

Lo anterior hace oportuno revisar las categorías de “casos difíciles de Ronald Dworkin” y lo relativo a “la justificación interna y externa en Robert Alexy y Jersy Wroblewski”, con la intención de arribar a una solución integral de la problemática central de nuestra reflexión.

### **Los casos difíciles, justificación interna y externa (Dworkin, Alexy y Wroblewski)**

Dworkin sostiene que: los casos difíciles tienen respuesta correcta. Los casos insolubles son extraordinarios en derechos mínimamente evolucionados. Es evidente que puede haber situaciones a las que no pueda aplicarse ninguna norma concreta, pero eso no significa que no sean aplicables los principios. Dworkin señala que el material jurídico compuesto por normas, directrices y principios es suficiente para dar una respuesta correcta al problema planteado. Sólo una visión del derecho que lo identifique con las normas puede mantener la tesis de la discreción judicial. Dworkin propone un modelo de juez omnisciente –el célebre Hércules- que es capaz de solucionar los casos difíciles y encontrar respuestas correctas para todos los problemas. Para ello recurre a la construcción de una teoría coherente. Pero es posible que se construyan teorías que justifiquen respuestas distintas. En ese caso, Dworkin recomienda acoger la teoría que justifique y explique mejor el derecho histórico y el derecho vigente (Dworkin, 1989, p.p.13-14).

Se conoce que en los postulados de Dworkin, cuando existen contradicciones o lagunas el juez no tiene discreción porque está determinado por los principios. Esta tesis está fundamentada en dos argumentos: A) cualquier norma se fundamenta en un principio; b) los jueces no pueden crear normas retroactivas. Tienen la obligación de aplicar los principios no son pseudo reglas.

En el análisis de los principios aparece con claridad meridiana la relación entre el razonamiento moral y el razonamiento jurídico.

La Ley 631-16, contiene un catálogo de principios que bien pueden combinarse con principios generales del derecho para que, combinado con las demás reglas, facilite la solución al fenómeno social del porte de arma de fuego de fabricación casera. A propósito de solución, la misma debe ser como resultado de un proceso hermenéutico, por lo que resulta relevante lo que plantea en siguiente autor respecto a los tipos de decisiones jurídicas.

**Wroblewski** distingue tres tipos de decisiones jurídicas que merecen ser justificadas, las cuales son: “las decisiones de quien hace el derecho, las decisiones interpretativas y las decisiones de aplicación del derecho” lo que corresponde con las decisiones del legislador, de todo aquel que interpreta el derecho y finalmente el juez. Al mencionar que tales decisiones han de ser justificadas se afirma necesariamente que tales no pueden ser tomadas arbitrariamente, sino todo lo contrario, las tres decisiones deben de ser racionales -entendida la racionalidad como aquello basado en un determinado conocimiento y determinadas valoraciones. Después de esto, se distinguen dos tipos de justificaciones que han de tener las decisiones jurídicas y dos herramientas usadas para justificarlas; los tipos de justificación son la interna y la externa de cada una de las decisiones jurídicas y los métodos para alcanzarlas son la lógica formal y/o la lógica informal.

La justificación interna o in-justificación consiste en la validez de un silogismo que será lo fundamental para cada decisión judicial, es decir, consiste en determinar si la conclusión es inferida correctamente de las premisas; para esta justificación la validez de las premisas no importa, ya que se da por verdadera.

(...) La justificación externa (a la que de aquí en adelante nos referiremos como EX-justificación) se relaciona con la racionalidad externa de la decisión jurídica. Una decisión está EX-justificada cuando sus premisas están calificadas como buenas según los estándares utilizados por quienes hacen la calificación. Es evidente que la decisión jurídica podría estar IN-justificada pero no tener la EX-justificación, si p.ej. los datos científicos o valoraciones utilizados por el que toma la decisión son rechazados por la persona que analiza esta decisión (Wróblewski, 2008, p.13).

Lo que establece Wróblewski, resulta ser contrario a lo que al respecto señala Norberto Bobbio, quien dice que las normas pueden ser justas, validas, eficaces o sus contrarios.

Para el autor Alemán Robert Alexy “*en la justificación interna se trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas que se aducen como fundamentación; el objeto de la justificación externa es la corrección de estas premisas*” (Alexy, 1997, p.333). Alexy ofrece fundamento a la justificación mediante reglas universales requerida por el principio de universalidad, el cual sirve como base al principio de justicia formal. Debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones

Respecto a la **justificación interna** Alexy establece:

*El objeto de la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser distintas. Se puede distinguir: (1) reglas de Derecho positivo, (2) enunciados empíricos y (3) premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo. Estos distintos tipos de premisas se corresponden con distintos métodos de fundamentación. La fundamentación de una regla en tanto regla de Derecho positivo consiste en mostrar su conformidad con los criterios de validez del ordenamiento jurídico (Alexy, 1997, p.306).*

Resulta evidente que, acudiendo a la aplicación sistemática y funcional de los diferentes tipos de normas del ordenamiento jurídico, se justifica interna y externamente un caso en el que se verifique, una conducta del porte de arma de fuego de fabricación casera. Como ya vimos de constituir un caso difícil o no dependerá del intérprete.

### **Los problemas de la interpretación (MacCormick)**

El autor Neil MacCormick parte de considerar que, “al menos, en algunos casos, las justificaciones que llevan a cabo los jueces son de carácter estrictamente deductivo. (Premisa Normativa: Quien cometa un acto de la clase C debe ser condenado a la pena Y; Premisa Fáctica: X ha cometido un acto de la clase C; Conclusión: por tanto, X debe ser condenado a la pena Y). Así, MacCormick acepta que una decisión jurídica cuando menos tiene que estar justificada internamente, y que la justificación interna es independiente de la justificación externa en el sentido de que la primera es condición, pero no suficiente, para la segunda (Sánchez, 2009 p.p.99-134).

La argumentación deductiva de un caso puede aplicarse en un caso fácil. Sin embargo, a los juristas se les presentan también casos difíciles. MacCormick efectúa una división cuatripartita de casos difíciles, según se trate de problemas: a) de interpretación; b) de relevancia; c) de prueba o d) de calificación. Los dos primeros afectan a la premisa normativa y los dos últimos a la premisa fáctica.

Existe en la premisa normativa un problema de interpretación cuando hay duda sobre cuál sea la norma aplicable, ya que puede presentar o admitir más de una interpretación. Otro tipo de problema lo constituye el de calificación, se plantea cuando no existen dudas sobre la existencia de determinados hechos primarios, pero lo que se discute es si los mismos integran o no un caso que pueda subsumirse en el supuesto de hecho de la norma.

Para MacCormick una decisión debe tener sentido no sólo en relación con el sistema, sino también en relación con el mundo. MacCormick considera que la argumentación jurídica es esencialmente una argumentación consecuencialista. Un argumento consecuencialista implica que la decisión adoptada por el juez sea consciente de las consecuencias que va a generar, ya que ésta necesariamente se inserta en el complejo tejido de una sociedad.

El contenido del párrafo anterior desvela la relevancia o significancia del fenómeno analizado. Para dicha relevancia, se puede tomar en consideración la norma heterónoma de alcance general y particular, como así estaba concebido en el proyecto de ley enviado desde la Cámara de Diputados hacia la Cámara del Senado, mediante el oficio 00473, de fecha 20 de julio del año 2015.

## Conclusión

Mediante la combinación de las diferentes normas, se puede arribar a la sostenibilidad epistemológica de una conducta prohibida. Se observa que, se podría establecer el tipo penal, ya que existe una norma que establece el género “armas de fuego”, otra que establece la clasificación de armas, otra que establece el porte y tenencia de armas de fuego de manera ilegal y otra que establece el *quantum punitivo*. Resulta fácil inferir que mediante el carácter axiológico, y teleológico del objeto, objetivos y principios (ver artículos 1 y 2 de la Ley No. 631-16) el deseo del legislador es disminuir o erradicar el uso de armas de fuego en la población civil.

Huelga manifestar que, haciendo un uso sistemático de las diferentes normas, no se acudiría a interpretación analógica o extensiva en mala parte (ver artículo 25 del Código Procesal Penal). Mediante una hermenéutica exhaustiva, bajo la combinación literal, sistemática y teleológica, se puede llegar a la conclusión de que existe el mandato deóntico de prohibición “portar, tener o fabricar cualquier arma de fuego de manera ilegal”. El paso obligado subsecuente a la formación de la duda es la interpretación de la norma en función de: a) su sentido gramatical; b) el contexto del sistema al que pertenece la norma y; c) el contexto histórico en el que se creó la norma.

En abono a lo anterior, mediante un argumento “*a fortiori*”, se puede hacer el siguiente razonamiento: “Si está prohibido portar, tener o fabricar de manera ilegal arma de fuego de fabricación genuina, con mucha más razón estaría prohibido portar arma de fuego de fabricación casera o rudimentaria. Resulta pertinente resaltar, el conocimiento que se tiene respecto a que, este tipo de arma se usa para cometer concurso ideal, ideal-medial y real de infracciones”. Como ejemplo se puede ilustrar con el contenido del artículo 66, en los párrafos del II al V, a saber:

párrafo II.- Cualquier persona física que le quite la vida a otra para cometer robo con violencia, poseyendo un arma de fuego ilegal, será castigada con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de privación de libertad.

Párrafo III.- Cualquier persona física que para cometer robo use un arma de fuego ilegal y con esta provoque heridas que causen lesión permanente, será sancionado con una pena de veinte (20) a treinta (30) años de privación de libertad. En caso de que las heridas no causen lesión permanente se impondrá la pena de quince (15) a veinte (20) años de privación de libertad. Párrafo IV.- Cualquier persona física que usará un arma de fuego ilegal, cual sea su naturaleza, para llevar a cabo un secuestro será sancionada con una pena de treinta (30) a cuarenta (40) años de privación de libertad. Párrafo V.- Las personas que formen una asociación de

- Enfoque sobre la relevancia legal del porte y tenencia del arma de fuego de fabricación casera o doméstica: un abordaje desde los iusfilósofos: Kelsen, Von Wright, Hart, Dworkin, Wroblewski, Alexy y MacCormick

malhechores y en la misma sean utilizadas armas de fuego ilegales, cual sea su naturaleza, serán sancionadas con penas de veinte (20) a treinta (30) años de privación de libertad.

Un fenómeno adquiere relevancia, y así debe dársele un tratamiento punitivo especial o individual, de acuerdo a su comportamiento social; comportamiento que puede ser positivo o negativo. En el caso del fenómeno abordado, es evidente que su comportamiento ha sido progresivamente negativo, basado en que no solo se afecta un bien jurídico de lesividad al Estado, sino que también se usa como medio para afectar bienes jurídicos de mayor grado de lesividad social, ya sea en contra de la persona y la propiedad. Por lo que, bien se puede otorgar la relevancia legislativa que socialmente ha alcanzado, mediante el tratamiento punitivo que provoque mayor grado de efecto disuasorio.

Como colofón, se advierte que, si bien con la combinación sistematizada de las diferentes normas, se puede construir el tipo, también se debe considerar la relevancia que, por la fenomenología jurídica, posee histórica y socialmente el fenómeno “arma de fuego de fabricación casera”. Resulta evidente su relevancia específica, ya que mediante definición conceptual nominal o real, no habría la necesidad de colocar el término “ilegal”, debido a que razonablemente nunca adquiriría la condición contraria.



## Bibliografía

- Alexy, R. (1997). *Teoría de la argumentación Jurídica*. Madrid:Suhrkamp.
- Anton, T. S. (2011). Principios Penales y Dogmática Penal Estudios sobre el código penal español de 1995 (parte general). *Derecho y Cambio Social*, 1-35.
- Bobbio, N. (2016). *Teoría General del Derecho*. Bogota: Temis.
- Constitución Dominicana. (2010). *Constitución Política de la República Dominicana*. Santo Domingo de Guzmán: Congreso Nacional.
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio (Trad. Marta Guastavino)*. Barcelona: Editorial Ariel S.A.
- Hart, H. L. (2003). *El Concepto de Derecho*. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría Pura del Derecho*. México: Universidad Autónoma de México.
- Nino, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires: Astrea.
- Puig, S. M. (2008). *Derecho Penal Parte General*. Barcelona: TECFOTO.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I*. Madrid: Gráficas Rogar, S. A.
- Sánchez, O. V. (2009). De lo que la teoría de la argumentación jurídica puede hacer por la práctica de la argumentación jurídica. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 99-134.
- STC/133/1987 (Sentencia Tribunal Constitucional español de de 1987).
- VILLANUEVA, R. P. (2004). *Teoría del Delito*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Welzel, H. (1964). El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista, traducción y notas por José Cerezo Mir, editorial IBdef Montevideo-Buenos Aires 2004: Ariel.
- Wright, G. H. (1970). *Norma y Acción Una investigación lógica*. Madrid: Editorial Tecno S.A.
- Wróblewski, J. (2008). *Justificación de Las Decisiones Jurídicas Sentido y Hecho en El Derecho*. México. DF: Fontamara.
- Zaffaroni, E. R. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Sociedad Anónima Editora, Comercial, Industrial y Financiera.