

LOS DERECHOS HUMANOS COMO BARRERA DE CONTENCIÓN Y CRITERIO AUTORREGULADOR DEL PODER PUNITIVO *

Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA **

SUMARIO: 1. Atributos esenciales del Estado moderno. 2. Derecho penal "central" y "periférico". Objetivismo y subjetivismo penales. 3. Las garantías penales y sus límites. Pena y conciencia moral. 4. Hacia un "derecho penal de los derechos humanos". 5. Los derechos del hombre al interior del derecho penal. 6. La dogmática positivista tradicional. 7. Lógica y justicia, sistema y valor. 8. Planteo de una dogmática político-axiológica basada en los derechos humanos. 9. La axiología jurídica: materia prima de la lógica jurídica valorativa.

1. ATRIBUTOS ESENCIALES DEL ESTADO MODERNO

El Estado moderno ha de caracterizarse como un Estado de derecho socioliberal y democrático. Como "Estado", monopoliza el uso de la fuerza en las relaciones sociales; como Estado "de derecho", somete el ejercicio de su poder al imperio de reglas generales, preestablecidas y auto-obligatorias; como Estado "social", vela por el progreso y bienestar de la comunidad, esto es, del conjunto de los individuos que la forman; como "liberal", asume una postura personalista¹ en la que el individuo no es sacrificado como un medio para el logro de fines colectivos, sino que tiene el valor absoluto de persona, valor que no es derivado del colectivo y en caso de conflicto prevalece sobre este²; como "democrático", en fin, funda su legitimación en el consentimiento y la participación de los asociados, tanto en la elección de los órganos de representación cuanto en la formación de leyes que sean verdadera expresión de la voluntad general³. Dicho Estado de derecho ha evolucionado, en

* Publicado en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez. Derechos Humanos en Latinoamérica*. Universidad de Granada, Granada (España), N° 26 y 27, 1987, págs. 135 y ss.

** Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Medellín. Fiscal del Consejo de Estado.

¹ RADBRUCH, 1959, págs. 72-73.

² RADBRUCH, 1978, pág. 40.

³ MIR PUIG, 1982, págs. 19-23 y 1984, págs. 53-54; NINO, 1980, págs. 349-351; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 29 y ss.

los últimos tiempos y de modo progresivo, "de una configuración formal hacia una realización material del sentido"⁴.

En todas las esferas, la intervención estatal ha menester de límites seguros y claros frente al individuo, pues de lo contrario este resulta anonadado. La fijación de estos límites incumbe precisamente a la orientación liberal, que es, en suma, la que otorga contenido humanitario y personalista al Estado material de derecho (que por sí solo es naturalmente susceptible de recibir los más diversos contenidos, como que en él cabe tan bien el pluralismo democrático como cualquier absolutismo ideológico). Un *Estado de derecho meramente formal* es sin duda compatible con la arbitrariedad y el autoritarismo, pues en él la ley puede ser utilizada como mampara para encubrir el uso arbitrario del poder público. Así lo prueba, sin lugar a dudas, todo el positivismo jurídico, hasta en sus últimas y más destacadas versiones como la de RAZ⁵. Sin renunciar a las formas jurídicas, un *Estado material de derecho* puede, a su turno, ir demasiado lejos, porque en su seno es posible que el afanoso deseo de justicia social cubra, o encubra, por medio de las formas jurídicas o de las ideologías absolutizadas, cualquier penetración del poder político en las esferas del individuo, aun en las más íntimas e inviolables. Solo la orientación liberal puede marcar pautas justas, poner topes ciertos y crear "barreras infranqueables" al ejercicio del poder estatal, deparando de esta manera protección al individuo y propiciando por tanto la seguridad jurídica, pues no hay nada que ocasione mayor zozobra social que la certeza del abuso del poder, ni tampoco incertidumbre más destructiva que la que se surte en el seno de un Estado que asegura la amenaza de la destrucción y obnubila con ella de modo permanente precisamente a aquellos a quienes debería tranquilizar y proteger.

Parece, por ello, insuficiente —de pronto hasta peligrosa— la caracterización político-constitucional del Estado contemporáneo simplemente como "social y democrático", pues con ello se minimiza la tutela del individuo y magnifica el poder estatal en la configuración de la vida social, que es en todo caso y siempre la de los individuos. La intervención estatal, sin embargo, se justifica solamente por la tutela del individuo, que no podría sin ella lograr las mismas posibilidades de realización. De otra parte, dicha fórmula justifica llanamente el dominio de las mayorías y por tanto el abandono de las minorías y en mayor grado de los individuos como tales, en cuanto no se sometan al veredicto de las primeras. Lo recto es, sin embargo, que el poder estatal, aun el que se inspira y respalda en la opinión y/o la participación de las mayorías, tiene que respetar la existencia, la dignidad y los derechos de las minorías, o no puede llamarse democrático y mucho menos liberal o personalista. Ni el Estado liberal puede hoy reducirse al pasivo papel de "gendarme", ni el Estado social intervenir sin restricciones en los ámbitos del individuo, ni Estado alguno de derecho imponer por la fuerza su ideología o erradicar la disidencia.

⁴ ZIPF, 1979, pág. 25.

⁵ RAZ, 1985, págs. 264 y 274.

Ahora bien, un Estado que escamotea o deniega a los individuos —o a grupos de individuos— la protección necesaria para que preserven y desarrollen justamente su personalidad individual y social, no puede ser “democrático”, pues la población está formada por individuos y estos no otorgarían jamás su consentimiento para la organización y el ejercicio de un poder supraindividual que, en lugar de protegerlos, habría de aniquilar su individualidad físicamente, o al menos moralmente, por la vía de la pérdida del espacio vital que se requiere para existir y desarrollarse con una cierta y digna libertad. En verdad, no es solamente el voto, aun como sufragio universal y secreto, lo que legitima el poder interventor del Estado, sino que para ello se requiere, entre otras cosas, de una cierta y constante sedimentación de la opinión, como grado mínimo de participación permanente de los individuos en la configuración del destino colectivo en que el propio está necesariamente inmerso. El poder democrático se encuentra, por así decirlo, en incesante plebiscito, se ejerce en todo tiempo y sin patrañas de cara a la opinión pública, que no por vulnerable deja de producir su propio sedimento. Para legitimar la intervención del poder político en los asuntos del individuo, que son los de la sociedad, esa opinión debe sedimentarse en cierta admisión y tolerancia, cuando no en cierta satisfacción de los asociados con respecto al ejercicio de los poderes en cuyo nombre se practica aquella. Se supone, obviamente, el respeto institucional y social de todos y cada uno de los miembros de la población, ya que sin él resulta inimaginable el asentimiento expreso o tácito del individuo al régimen socioeconómico y al orden juridicopolítico. Los “derechos fundamentales”, decía STEIN, se caracterizan porque “su contenido objetivo tiene un efecto integrador: constituyen partes esenciales de nuestro ordenamiento democrático y libre gracias a las cuales prestan (sic) su consentimiento al Estado la mayoría de los ciudadanos”⁶. Una cosa es, sin embargo, que los derechos humanos, por definición inseparables del hombre como tal, por su carácter positivo internacional y las prístinas valoraciones que inauguran y mantienen, formen parte del Estado de derecho, es decir, tengan que ser reconocidos y respetados por el derecho positivo interno de cada país, y otra, muy distinta y de más hondo alcance, es que las valoraciones originarias que de tales derechos dimanar se reconozcan y traten como constitutivas de los propios conceptos de Derecho y persona y se hagan valer como criterios fundamentales, preponderantes y esenciales de la ciencia jurídica misma, esto es, de una lógica jurídica de naturaleza valorativa, según se mostrará más adelante.

Hay, pues, un liberalismo jurídico y político que no consiste ya en un obsoleto *laissez faire*, sino en el amparo del individuo frente a un eventual arrasamiento físico o espiritual por el ejercicio abusivo de los poderes estatales⁷. Lejos de haber pasado de moda, una garantía semejante frente al Estado es hoy más apremiante que nunca, pues nunca había sido el Estado tan poderoso, ni tan intensa la presionante tentación del autoritarismo, que no pocas veces se apoya en la necesidad, siempre exagerada, del establecimiento de un rígido orden de convivencia que mantenga

⁶ STEIN, 1973, pág. 239; LARENZ, 1985, pág. 611.

⁷ DÍAZ, 1983, pág. 30.

bajo control las amenazas reales o supuestas que se atribuyen a las “conductas desviadas” y a los sujetos díscolos, disidentes o francamente rebeldes. Pero, en definitiva, ¿qué crimen es la “desviación” de la regla de conformidad con el “orden” impuesto por un poder ominoso o abusivo? ¿Qué “orden” es, igualmente, el que impone la regla de conformarse con la erradicación de la inconformidad? Un mínimo real de justicia política y social es entonces presupuesto *sine qua non* de la legitimación del derecho penal y de todo derecho en general.

Allí donde y justo cuando la inconformidad de los individuos no es posible (porque resulta físicamente peligrosa o legalmente prohibida), tampoco es posible la crítica. Sin esta, empero, no puede haber democracia porque falta el espacio para la oposición, ni libertad de pensamiento y conciencia porque falta la posibilidad de contraste y elección. La crítica, que sin duda se inspira en un cierto estado espiritual de inconformidad o desazón, es la vigia del acierto y la ponderación en el ejercicio de los poderes públicos y el acicate para el progreso en su paulatino ajuste a los ideales de la comunidad (justicia, libertad, paz, seguridad, etc.). Si la crítica no es posible o resulta en una sociedad altamente riesgosa, la opinión no sedimenta conformidad o acuerdo sino, a lo sumo, resignación o sujeción⁸ y, de consiguiente, el asentimiento se convierte en un espejismo, generalmente agigantado por la apología. Pero en verdad, esta última también la hay cuando, aun siendo posible, y hasta lícita desde el punto de vista formal de la ley, no se produce a pesar de resultar necesaria. La omisión de la crítica es apologética, por regla general enmascarada.

2. DERECHO PENAL “CENTRAL” Y “PERIFÉRICO”. OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO PENALES

El Estado de derecho entraña el ideal, nunca bien satisfecho, de un poder autolimitado, pero también la aporía de que solo el poder limita o controla al poder. En la teoría y en la práctica, esto conduce a un círculo vicioso o hace ilusoria la efectiva posibilidad de los últimos controles. Pese a su insuficiencia, el Estado de derecho es la única opción frente a los autoritarismos y para el individuo representa igualmente la única posibilidad de no ser arrasado. El poder organizado afectará siempre al individuo, pero el grado y la forma de esta afectación serán muy distintas en un Estado liberal y democrático de derecho, esto es, en un Estado que en su actuación se rige por verdaderas normas de derecho, o en otro que no ofrezca esta característica.

Las cláusulas jurídicas que limitan, regulan y controlan el ejercicio del poder estatal, son las mismas que estipulan para los individuos un mínimo absoluto de garantías contra la fuerza bruta y el desenfreno de la autoridad y las mismas que protegen el núcleo de su personalidad contra una penetración sin cortapisas en el ámbito de su conciencia, su autodeterminación y su existencia privada. Tales

⁸ *Ib.*, pág. 127.

garantías son tan necesarias en los Estados de países desarrollados o centrales como en los de aquellos otros "en vía de desarrollo" o periféricos. Sin embargo, en estos últimos parece ser, circunstancialmente, más intensa y pertinaz la tentación del poder absoluto y resulta por esto más apremiante la necesidad del amparo: ellos deben asimismo cuidarse al máximo de su tendencia a la imitación de los primeros, pues en una sociedad desarrollada el Estado puede y debe exigir más de sus súbditos, en la medida en que les ha brindado más oportunidades. En los países desarrollados son sin duda rígidos los controles al poder estatal, pero son del mismo modo muy severas las exigencias que recaen sobre los individuos, así como su efectiva responsabilidad por posibles infracciones o faltas. En la medida en que, en los países del "Tercer Mundo", la población "disfruta" de un panorama mucho más estrecho y de oportunidades sociales y antropológicas bastante más reducidas, el nivel de exigencias no puede ser el mismo y el grado de responsabilidad o "culpabilidad" tiene que ser muy inferior, precisamente porque es mucho más intensa la corresponsabilidad de la sociedad en la "desviación". Sin embargo — parece una antinomia — los Estados que menos pueden exigir son aquellos que se enfrentan a mayores necesidades y demandas, están más en peligro de "caer en la tentación" del absolutismo y requieren por tanto de controles más inflexibles. Es como si a veces el Estado tercermundista quisiera resolver sus dificultades y penurias echando por el atajo de recortar los ámbitos de posibilidad existencial de los individuos⁹, minimizando así su propia "materia prima" al influjo de vientos aristocráticos venidos de cualquier parte, y, a la vez, como si el miembro (pobre) de este Estado (pobre también) quisiera echar amarras a la misma fuerza estatal de la que espera, y en su desesperación hasta demanda, una acción enérgica para la transformación de la sociedad y de la economía, aun a costa de los (demás) individuos. A veces, la ideología de los "países ricos" hace creer, de modo más o menos embozado, que una represión fuerte, constante y ejemplarizante es necesaria para contener el peligro local general de desorden y rebelión en los "países pobres", a cuyas gentes consideran —por lo menos de hecho y tácitamente— de alguna manera "seres inferiores" o "perversos" que no merecen mucho ni son capaces de buenas y serias empresas (o, como en "la época de bárbaras naciones", carentes de "alma", esto es, de dignidad y libertad y, en suma, de humanidad). Semejantes pensamientos, claro está, pocas veces expresados hoy con claridad, tienden a "legitimar" el *statu quo* de que dichas personas son víctimas, o bien propugnan para que se les imponga, desde fuera y por la fuerza, un "estado mejor", planeado por las "mentes superiores" de los poderosos, o bien por las "mentes iluminadas" de la clase dirigente interna¹⁰, que asume entonces una misión policiva, autoritaria, mesiánica y colonialista de "salvar" y "mejorar", aun a palos, a los de abajo¹¹. En todo caso es cierto, como lo recordaba el senador HUMPHREY de los Estados Unidos, que "las libertades políticas y civiles significan muy poco para una persona

⁹ ZAFFARONI, 1984, pág. 27.

¹⁰ POLITOFF, 1984, pág. 138.

¹¹ RADBRUGH, 1980, págs. 19-20 y ss.

que no puede alimentar y vestir adecuadamente a su familia debido a que se le ha negado acceso a nuestro sistema económico... Nuestras críticas de las violaciones de los derechos humanos suenan vacías en un sistema económico internacional dominado por las naciones occidentales industrializadas, que niega una participación equitativa a la gran mayoría del mundo en desarrollo"¹².

Ni qué decir hay que dichas peculiaridades señalan, en mi opinión, diferencias muy importantes, en profundidad y amplitud, en el ámbito de los derechos penales de unos y otros países. Estas diferencias, con todo, son de grado y no, desde luego, cualitativas, lo cual importa que no pocas veces una norma, institución o teoría jurídica posea signos ideológicos contrapuestos y pueda surtir efectos de muy diversa índole cuando se aplica o piensa de uno u otro lado. Esto es lo que ocurre con diversos aspectos de la dogmática penal de nuestros días, marcada profundamente por:

1º) una *concepción subjetivista del injusto*, derivada del normativismo imperativista de BINDING (el injusto está constituido de modo substancial por la violación del imperativo de la norma, por la infracción de deberes juridicopolíticos de respeto al Derecho y obediencia al Estado, más que por el quebrantamiento o la afectación de bienes jurídicos concretos que en última instancia no pueden pertenecer sino a individuos determinados)¹³;

2º) una *concepción eticizante del contenido de la culpabilidad* (culpabilidad como reproche eticosocial de los motivos de la formación de voluntad), emparentada con el mismo orden de pensamientos y consecuente con respecto a la hipertrofia del "desvalor de acto" a costa precisamente del "desvalor de resultado"¹⁴, y, en fin,

3º) una *concepción de la pena, y por ende del derecho penal, como instrumento de conformación de la vida espiritual del pueblo*, esto es, como medio de manipulación de la conciencia moral, el pensamiento y la ideología de los individuos (abandono de la retribución y retoma de la prevención, trátase de prevención general o especial, positiva o negativa)¹⁵. Se enfrentan aquí las concepciones que atribuyen al derecho penal una función preventiva y formativa de carácter eticosocial (*subjetivismo*), y las que, aun sin negar ese efecto, centran esa misión en la protección de los bienes jurídicos más importantes del individuo o la comunidad (*objetivismo*), funciones que desde luego están emparentadas estrechamente con la respectiva concepción de la norma penal, de modo exclusivo o prevalente, como *imperativo* (de conciencia) o *valoración* (de conducta externa)¹⁶. Parece indiscutible que el subjetivismo propicia un derecho penal más fuerte y de mayor cobertura, llamado a calar hondamente en la intimidad subjetiva de la conciencia moral de sus destinatarios¹⁷. Una tal tendencia no es políticamente saludable en los países latinoamericanos,

¹² HUMPHREY, 1981, pág. 169.

¹³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1982a, págs. 795 y ss.

¹⁴ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1982b, págs. 954 y ss.

¹⁵ BARATTA, 1985; WELZEL, 1970, págs. 16-18 y 266-267; MIR PUIG, 1986, págs. 49 y ss.

¹⁶ HUÉRTA TOCILDO, 1983, págs. 13 y 20.

¹⁷ JESCHECK, 1981, I, pág. 11.

porque involucra un nivel de exigencia y responsabilidad demasiado elevado y severo para pueblos de reducidas oportunidades y porque de contera favorece la tendencia autoritaria y represiva de dichos Estados, de lo que resulta sacrificado siempre el individuo. El subjetivismo, de otra parte, tiende a mostrar que la responsabilidad radica exclusivamente en el individuo y apunta hacia una "responsabilidad subjetiva o ética absoluta"¹⁸, contribuyendo de esta guisa a encubrir la responsabilidad que a la sociedad cabe frente a la "conducta desviada"¹⁹.

El objetivismo penal (el injusto como vulneración de bienes jurídicos más o menos concretos, pero siempre concretos, de individuos determinados o determinables, de un lado, y, del otro, la culpabilidad como mera forma de relación volitiva —pero como tal también valorativa porque no hay volición sin valor— del autor con su acto y con los resultados de su acto), que, pese a algunas tendencias de renacimiento (BAUMANN), sobre todo en España (SÁINZ CANTERO, COBO DEL ROSAL, VIVES ANTÓN, RODRÍGUEZ MOURULLO), parece estar de capa caída en Europa (WELZEL, JESCHECK, WESSELS, JAKOBS, MIR PUIG), puede y debe continuar siendo el principal baluarte de los derechos fundamentales del individuo en sus relaciones con el poder punitivo de los Estados latinoamericanos en particular (JIMÉNEZ DE ASÚA, SOLER, NÚÑEZ, FONTÁN BALESTRA, NOVOA MONREAL, TERÁN LOMAS, REYES, ESTRADA VÉLEZ, LUIS CARLOS PÉREZ, AGUDELO). Es sencilla la razón: el objetivismo, que nunca puede desde luego ser entendido en términos absolutos (como no puede serlo tampoco el subjetivismo), propicia la aparición de un derecho penal menos amplio y drástico, que como tal se compagina de la mejor manera con el principio de la mínima intervención penal, y al mismo tiempo hace posible el funcionamiento más estricto de los controles al poder punitivo del legislador y de los jueces penales (ambas cosas no son más que el anverso y reverso de un mismo fenómeno, pues, como se ha dicho, lo que de un lado es control del poder del Estado, aparece y obra del otro como garantía individual). La menor amplitud del derecho penal de corte objetivista (clásico, liberal y democrático), se revela en la no punición de la tentativa imposible (al menos de la que proviene de inidoneidad absoluta de los actos o medios y de la inexistencia del objeto) ni de los "delitos inocuos" y putativos (principio de antijuridicidad material, carácter teleológico material de los tipos penales, naturaleza fragmentaria, accesoria y sancionatoria del derecho penal). Su menor severidad, que quizás solo consiste en el abandono de rigores innecesarias —y que de ninguna manera traduce lenidad, genera impunidad o desproteje la comunidad—, se aprecia con facilidad en el rechazo de las penas perpetuas e irredimibles o su tendencia manifiesta a abandonarlas, la diferencia de escalas punitivas para consumación y tentativa, de una parte, y autoría y complicidad, de la otra, pues el derecho penal, como último pero todavía "racional" recurso de control social, es entendido como un derecho de tipos de consumación y autoría

¹⁸ BUSTOS RAMÍREZ, 1982, pág. 27.

¹⁹ HASSEMER, 1984, pág. 299; SANDOVAL HUERTAS, 1984, pág. 254.

en cuyo núcleo juega un papel decisivo el bien jurídico, no tanto como fin formal de la ley, sino sobre todo como "interés vital" del individuo o de la sociedad²⁰.

Es posible afirmar que los planteos precedentes arrojan un resultado en cierta forma paradójico, pues un derecho penal con muchos controles es al propio tiempo un derecho penal de muchas garantías y, por esto mismo, quizás, en apariencia, menos apto para las radicales y urgentes transformaciones sociopolíticas que se exigen o esperan de un Estado latinoamericano (o tercermundista, en general). Lo que cabría, sin embargo, cuestionar, es si la pena sí es realmente o puede ser legítimamente un instrumento adecuado para tales transformaciones, o para todas ellas. En caso afirmativo, el terror sería para esa transformación un arma preferible por su efectividad. Esto muestra, de un modo muy patético, que el cambio social, o su freno, por medio de la pena, implica un costo social muy elevado, pues la pena implica de modo ineludible el sacrificio total o parcial, permanente o temporal del individuo. Si, ello no obstante, hemos propuesto con insistencia que el derecho penal latinoamericano tiene que ser un "derecho penal de la liberación", es precisamente para destacar que la pena criminal no puede seguirse utilizando como medio para impedir el tránsito hacia una sociedad más justa, libre y digna²¹, en la que sea por tanto posible que impere en orden una cierta paz, la paz de un orden nuevo, el orden de una justicia democrática y liberatoria²². El derecho penal de los países latinoamericanos no puede seguir siendo tampoco un "obstáculo al cambio social" y, si bien no puede imponerlo, sí debe en todo caso promoverlo y propiciarlo²³, hasta convertirse en un "Estado de los derechos humanos"²⁴. De otra manera nuestro derecho penal no se moverá en el horizonte de la justicia y nuestros jueces, so pretexto legal de administrar esta última, solo estarán siendo utilizados como instrumentos represivos para la conservación y el incremento de las relaciones de gravísima desigualdad y huracanado desequilibrio que hoy nos rigen. Si cumplir un papel así es "hacer justicia", entonces hay que hacerle justicia a esta "justicia" y mostrarla como lo que es: una *justicia criminal*.

Ni por asomo significa lo anterior que en los países desarrollados o industrializados, que han logrado para sus pueblos un nivel de vida aceptablemente alto en general y rescatado para los mismos una más decorosa igualdad de oportunidades, el derecho penal esté condenado a ser, por contraste, un "derecho penal de la opresión" (generalmente conocido como "terror penal"). Es verdad que esos países tienen mucho más que conservar y, justamente como garantía irreversible para los individuos, tienen que conservarlo a toda costa, pero también lo es que a pesar de todo tienen y tendrán siempre mucho que cambiar, mucho por avanzar, pues no hay cambio social que represente el final del camino histórico, ni transformación

²⁰ LISZT, s/f, I, pág. 6; RUDOLPI, 1975, págs. 329 y ss.; BUSTOS RAMÍREZ, 1982, págs. 72 y ss.

²¹ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1984.

²² FRAGOSO, 1984b, págs. 449 y 456.

²³ BARATTA, 1986a, págs. 163-164.

²⁴ BARATTA, 1986b, pág. 435.

sociopolítica tan radical que no conserve la posibilidad de detenerse y aun de devolverse, como es consubstancial al destino histórico esencial de la libertad humana. Ellos, que han recorrido más camino, se mueven igualmente hacia un horizonte más lejano, pues es propio de la libertad que cada conquista abra aún más el horizonte de la historia; pero, a la vez, estos nuevos trayectos podrán ser recorridos con una esperanza más recia y una confianza más fundada. Para ellos está, entonces, el “derecho penal de la esperanza”, en trance de utopía hacia “algo mejor que el derecho penal”²⁵, que funcionaría sobre mínimos precarios y en todo caso bajo la apremiante esperanza de no tener que adicionar ya más dolor e irracionalidad sobre la tierra, tal vez incluso como algo todavía mejor que el sistema de medidas y mejoras en que pensaba RADBRUCH al escribir la frase celeberrima que, en el fondo, remite la esperanza al pensamiento de una liberación del derecho penal. “En este sentido, la política de justicia social, el respeto a los derechos humanos, la satisfacción de las necesidades reales en una sociedad, son algo más que una política criminal alternativa: son la verdadera alternativa democrática a la política criminal”²⁶. El objetivismo parece ser por ello también la orientación adecuada para estos países, que, contrariamente a lo que sostienen hoy muchos de sus juristas, si desean avanzar por una línea adecuada deben continuar suavizando (y restringiendo) el derecho penal en su totalidad y no solo en lo atingente a la ejecución de las penas.

3. LAS GARANTÍAS PENALES Y SUS LÍMITES. PENA Y CONCIENCIA MORAL

La necesidad de protección del individuo es, en el derecho penal, mucho más intensa que en las otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello se debe a que el derecho penal maneja los recursos jurídicos más severos y destructivos, el principal de los cuales es la pena. La racionalidad de la pena depende de que solo se la emplee cuando es estrictamente necesaria e imprescindible, esto es, cuando cualquier otro recurso jurídico del Estado es insuficiente para el control de determinadas situaciones sociales. La necesidad, empero, no basta para la legitimación de la pena, pues esta ha de usarse también en forma proporcional y aplicarse con el máximo de garantías formales y materiales. Cualquier cosa que de ella se piense, lo propio de la pena es penar, esto es, afectar al individuo con ciertas privaciones, regularmente muy graves en su calidad y sus consecuencias. Esta gravedad de los recursos punitivos es la que determina, en los Estados de derecho socio-liberales, su carácter de *ultima ratio* y la inaplazable e indeclinable exigencia politicocriminal de su legalidad, proporcionalidad y humanitarismo. Solo si la pena se reconoce como un *mal necesario*, o, quizás mejor, como lo expresaron los redactores del Proyecto Alternativo Alemán, una “amarga necesidad”²⁷, resultan comprensibles e inderogables los principios politicocriminales en que se funda actualmente, siguien-

do una tradición que tomó su máximo vigor con la Revolución Francesa. Reconocerla como un *mal* implica asimismo que se la admite en su carácter de algo en cierta forma y grado “irracional”, que como tal solo se torna “racional” con la máxima limitación²⁸, que justamente conduce, en la teoría y en la práctica de cada sociedad y cada época, al *mínimo de derecho penal* (en sentido cualitativo y cuantitativo: menos delitos, menos penas, menos personas alcanzadas por la pena, menos dolor a los penados y más humanitarismo en todo el ámbito del derecho punitivo). El pensamiento penal del “menor mal (y el mayor bien) posible” (dentro de lo que, del modo más estricto, es socialmente necesario y útil) no postula que la pena sea o deba ser tan solo un “mal” (para el sujeto que la sufre y la sociedad que la impone), sino que de hecho ella daña en todos los casos, y daña o aflige incluso cuando logra cumplir mejor las funciones “buenas” que se le asignan. Pero la aplicación racional de ese principio significa que con la pena (amenaza y, sobre todo, ejecución penal) debe procurarse el “mayor bien posible”, pues no se trata de administrar una justicia absoluta y metafísica, sino de lograr ciertos beneficios sociales (utilidad racional de la pena). En efecto, “no aparece racional ni tampoco apropiado a la dignidad de la persona humana que la pena solo consista en un mal; otra cosa es que lleve como su efecto necesario un mal”²⁹. Huelga recalcar, de otra parte, que el derecho penal tradicional, conceptualista y garantista a la vez, ha desembocado en un sistema punitivo fuertemente conservador y autoritario (pero no totalitario) que debe ser superado históricamente y científicamente³⁰ en un nuevo esquema social, crítico, liberal y democrático.

No obstante que se utilice como último recurso y en la menor medida posible, la pena no deja de ser un mal y por ende algo irracional, es decir, algo que impone dolor y representa un muy alto costo social y humano³¹. Ni las garantías penales ni los derechos humanos convierten la pena en un “bien” por sí misma, ya que no la pueden mutar en premio o en aplauso, ni evitar que cause sufrimiento; ellos pueden cumplir la labor, modesta y trascendental a la vez, de prevenir la minimización o el aniquilamiento del individuo por el terror penal o por la pena inhumanitaria, del mismo modo que la deshumanización que tienden a generar las penas (y medidas de seguridad) privativas de la libertad de larga duración; pero también sirven a la función de preservar, coetáneamente, el orden establecido —en cuanto relativamente justo y democrático— frente al peligro del desorden, la inseguridad y la anarquía, para no caer en el bello sueño abolicionista que, por sus implicaciones de utopía inconcreta, deja al individuo a merced de los poderes incontrolados (o menos controlables) de las comunidades vecinales o laborales, o del nudo poder administrativo de la policía de seguridad. Sin duda, al fondo de la perspectiva crítica, liberal y democrática se encuentra siempre la abolición como última y extrema consecuencia

²⁵ RADBRUCH, 1980, pág. 69 y 1959, pág. 221.

²⁶ BARATTA, 1986b, pág. 434.

²⁷ HASSEMER, 1984, pág. 300; GIMBERNAT ORDEIG, 1981, pág. 116.

²⁸ COSSIO, 1954a, págs. 297 y 299-300.

²⁹ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, pág. 74.

³⁰ BUSTOS RAMÍREZ, 1982, pág. 122; CHRISTIE, 1984, pág. 70.

³¹ LARENZ, 1985, pág. 99.

lógica de un consecuente principio de mínima intervención³². Por esto HULSMANN ha podido decir que la esperanza abolicionista, lejos de ser utópica, “se presenta como una necesidad lógica y una actitud realista, como una exigencia de la equidad”³³, pero sin poder desconocer, sin embargo, que “de todas maneras, se haga lo que se haga, determinados problemas no serán arreglados”^{33 bis} y que la *supresión de toda mecánica penal no comporta la desaparición de toda coacción, ni siquiera de toda coacción policiva*^{33 ter}, lo que en definitiva deja la sensación de que solo se trata del cambio de un derecho penal por otro, o, lo que es peor, por una policía penal y una pena policiva o descentralizada.

Lo que sin duda puede frente a ello asegurarse es que *a mayor justicia social, menos delitos* y por tanto menor necesidad de penas criminales, aunque no deje de ser cierto, ahora y tal vez siempre, que *las normas sociales serán siempre violadas, al menos mientras ellas, la sociedad y el hombre de que dependen sean imperfectos*. El hombre es ser finito, falible y claudicante y, mientras lo sea, no podrá vivir en la paz inalterable de los ángeles que ganaron la batalla, aunque tampoco esté predestinado a la guerra total. Lo que, en fin, resulta esencial en el derecho penal como último recurso legítimo de control social, no es solamente la actuación previa del derecho extrapenal para la solución de los conflictos sociales, sino en especial *el previo despliegue de una política social que ataque los males por la raíz* y los reduzca en lo posible al mínimo³⁴, abriendo al tiempo el mayor campo para el funcionamiento de la libertad y la realización de las necesidades básicas del individuo³⁵.

La urgencia de las garantías penales es de tal entidad que regularmente se las incluye en la Constitución, cuyas cláusulas suelen exigir, con mayores o menores rigor y claridad, que no hay pena criminal sin previa, estricta y cierta ley escrita (*nullum crimen, nulla poena, nulla mensura sine lege praevia, scripta, stricta et certa*), con lo que se prohíben las penas que pudieran aplicarse con base en la costumbre o la analogía, o con apoyo formal en leyes retroactivas o vagas. Por “ley escrita” ha de entenderse, en este contexto, exclusivamente la ley en sentido formal, expedida por un congreso o parlamento que en verdad represente la “voluntad general”, esto es, por lo menos, el querer de las mayorías³⁶.

Mientras las dos primeras garantías (prohibición de retroactividad y derecho consuetudinario) pueden considerarse bastante bien logradas en los Estados democráticos de la actualidad, las dos restantes permanecen con muchas dificultades y restricciones. Así, en países latinoamericanos, como Colombia (Const. Nal., arts. 28 y 121), sigue reconociéndose al ejecutivo competencia extraordinaria para expedir decretos con fuerza de ley y contenido penal o criminal (creación de delitos y penas),

³² SANDOVAL HUERTAS, 1985, pág. 5.

³³ HULSMANN, 1984, pág. 55.

^{33 bis} *Ib.*, pág. 93.

^{33 ter} *Ib.*, págs. 102 y 103.

³⁴ NOVOA MONREAL, 1977, págs. 74-75.

³⁵ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1979, II, pág. 169; BARATTA, 1986b, pág. 434.

³⁶ JESCHECK, 1981, I, pág. 180; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 82-83.

sobre todo en las llamadas épocas de “estado de sitio”, cuyo carácter jurídicamente excepcional o “anormal” no ha impedido que en la práctica se vuelvan regla general y rijan por muy largos periodos³⁷. Y prácticamente en todo el mundo se encuentra hoy mal realizado el principio de determinación del delito (y a veces también el de determinación legal de la pena), permaneciendo en discusión la inconstitucionalidad de los llamados “tipos abiertos” y aun la de los “tipos indeterminados”, que —como WELZEL señalaba— representan en la actualidad el mayor peligro contra las garantías penales³⁸, pues el tipo vago elude la cláusula de la reserva legal ínsita en el principio de legalidad del delito y de la pena, y en cierta forma y medida desplaza hacia el criterio subjetivo del juez —desde luego manipulable ideológicamente— la competencia para precisar la materia de lo prohibido y conminado con pena criminal.

Otro asunto todavía problemático es el que se relaciona con el humanitarismo de la pena y el respeto que también esta ha de mantener por la dignidad del hombre como persona y la autonomía de la conciencia moral del individuo³⁹. Aún no está bien claro en la doctrina y en las leyes penales de nuestra época que la pena no sea un instrumento adecuado para configurar la conciencia ética del individuo, en cuya conformación el Estado, sin confundir la moral con el derecho y el delito con el pecado, puede influir lícitamente tan solo por medios no-coactivos (los llamados “aparatos ideológicos” del Estado)⁴⁰, pues de otro modo suprime de un solo tajo la libertad de conciencia, pilar fundamental de la democracia liberal y piedra de toque de los derechos humanos. La crisis de la resocialización entra aquí en juego, lo mismo que las penas perpetuas o irredimibles (y, claro está, las infamantes que todavía subsisten en algunas partes) y la estigmatización duradera (sobre todo la que se proyecta *jurídicamente* sobre la vida futura del convicto y socialmente con mayor rigor sobre el convicto más débil).

La pena, en todo caso, daña, pero no obliga. La obligación, como vínculo de conciencia y pauta ética de conducta, no dimana de la pena misma, sino a lo sumo e indirectamente de su amenaza, de la intimidación (prevención negativa) y de la fuerza ético-formativa de las conminaciones penales (prevención positiva). La amenaza de pena criminal en particular, o de coacción estatal en general, transmuta la obligación moral, privándola de su peculiar autonomía. Es demasiado si el Derecho no se contenta ya con ser pauta ordenadora de la conducta social (externa e intersubjetiva), sino que quiere instalar sus imperativos heterónomos en el más íntimo hogar de la subjetividad, pretendiendo por la fuerza convertirlos en instancias de la conciencia moral. No se discute si esta función podría hacer más efectivo el orden jurídico, sino la legitimidad de semejante pretensión, que ya no le deja al individuo ni el derecho a la elección moral de los patrones de su conducta personal, su desenvolvimiento privado y su propio pensamiento. Si la pena pretende un “que-

³⁷ REYES, 1986, págs. 254 y ss.

³⁸ WELZEL, 1970, pág. 40; SOLER, 1956, pág. 283.

³⁹ NOVOA MONREAL, 1983, pág. 33; WELZEL, 1962, pág. 87.

⁴⁰ ALTHUSER, 1974, págs. 28 y ss.; BODENHEIMER, 1946, pág. 88.

rer materialmente correcto”⁴¹ y no solo una conducta formalmente correcta, se ha llegado a los límites de la individualidad y entregado esta, sin restricciones ni reservas, a la “misión espiritual” del Estado, esto es, de la fuerza organizada como Estado. De que el “derecho justo” obligue en conciencia⁴² no se deriva que esa obligación ética sea relevante para el Derecho y autorice al Estado para escudriñar la conciencia moral del individuo en cualquier caso, v. gr. so pretexto de examinar procesalmente las bases de una culpabilidad material en cuanto reprochabilidad de los motivos internos. Las obligaciones morales que el orden jurídico pueda inaugurar revisten interés para la ética, no para el Derecho, pues este no busca la “moralidad” sino únicamente la “legalidad”⁴³ de la conducta externa social.

La polémica objetivismo-subjetivismo⁴⁴ tiene que ver con estas cuestiones y no es por tanto un academicismo⁴⁵. El contenido eticopolítico de esta polémica está en juego en el eje jurídicopenal Europa-América Latina⁴⁶ y el sentido de su opción depende, en mi sentir, de la *actitud crítica* que en los últimos años se ha despertado en el derecho penal latinoamericano (JUAN BUSTOS RAMÍREZ, EDUARDO NOVOA MONREAL, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, CARLOS SANTIAGO NINO, ROBERTO BERGALLI, ALFONSO REYES ECHANDÍA, LUIS CARLOS PÉREZ, EMIRO SANDOVAL HUERTAS, JAIME MALAMUD GOTI, NÓDIER AGUDELO BETANCUR, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, etc.), que sin duda entronca con importantes vertientes del pensamiento penal europeo (ROXIN, GIMBERNAT ORDEIG, HASSEMER, MUÑOZ CONDE) y, en mi concepto, se enfrenta dramáticamente con otras, como es el caso de las variantes del subjetivismo, que en América Latina practican sobre todo los finalistas “ortodoxos” (ZAFFARONI, BACIGALUPO, CURY), y que en Europa van de WELZEL y la “Escuela de Kiel” a JAKOBS y MIR PUIG, pasando por GALLAS y JESCHECK, con todo y las diferencias internas que median entre ellos.

4. HACIA UN “DERECHO PENAL DE LOS DERECHOS HUMANOS”

La protección de los derechos fundamentales de la persona humana, que pronto adquirió carta de naturaleza en las constituciones de los Estados modernos⁴⁷ ha logrado en nuestros días una nueva y trascendental conquista. Como lo puso de presente la segunda guerra mundial con la experiencia nacionalsocialista, las garantías constitucionales no son suficientes. Las constituciones pueden cambiarse, las normas de garantía redactarse de manera equívoca y también violarse flagrante y masivamente. Era, pues, necesario que interviniera, si no la fuerza, al menos si

⁴¹ JESCHECK, 1981, I, págs. 320 y 324.

⁴² WELZEL, 1962, págs. 94 y 102 y ss.

⁴³ Ib. pág. 94.

⁴⁴ HUERTA TOCILDO, 1983, págs. 24-34.

⁴⁵ NINO, 1981, págs. 248, 273 y 350.

⁴⁶ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986a, págs. 244-247.

⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ, 1976, págs. 17 y ss.; RODRÍGUEZ, 1981, págs. 110-116.

la presión de la opinión internacional. Ello ha sido logrado gracias a la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, emanada de las Naciones Unidas (1948), en cuya proyección se observa la tendencia a pasar de los efectos meramente declarativos a los obligatorios (imperativos de conducta internacional)⁴⁸, tendencia también ya manifiesta en los dos *Pactos Internacionales* (el de derechos civiles y políticos y el de derechos económicos, sociales y culturales, adoptados ambos en 1966 pero vigentes apenas sí desde 1976). Muchos e importantes convenios multilaterales y regionales se han producido desde entonces, como la *Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* (Roma, 1950) y la *Convención Interamericana sobre Derechos Humanos* (San José, 1969), instrumentos que hacen posible hoy hablar de un verdadero “derecho internacional de los derechos humanos”. Pero hay que tener en cuenta, en primerísimo plano, que “el tipo más importante de medida de aplicación es asegurar que las obligaciones correspondientes a los derechos humanos están incorporadas en el propio derecho interno de un Estado y que el derecho interno también proporciona un sistema efectivo de remedios nacionales a violaciones de esas obligaciones”⁴⁹.

Las tradicionales garantías penales han pasado, entonces, a la categoría de “derechos humanos internacionales”, lo que determina que su reconocimiento y respeto no sea ya mera cuestión del derecho interno de cada país. De esta manera, los Estados contraen la obligación jurídica, exigible por los otros Estados o por la comunidad internacional, y a veces coaccibe por medio de tribunales internacionales, de reconocer y respetar internamente los derechos fundamentales del hombre como persona digna, libre, responsable y éticamente autónoma, dotada de la racional aspiración a la paz y la justicia, merecedora de un tratamiento igualitario (no discriminatorio ni basado en privilegios) y apta para participar activamente en la configuración del destino histórico, instrumentos con los que puede conferir un sentido respetable a su existencia.

La doctrina de los derechos humanos, que comenzó como “derecho natural” y ha cristalizado ahora como derecho internacional, contiene sin duda una valoración esencial del hombre como persona, esto es, como fin en sí mismo, fin absoluto e irreductible que otorga la pretensión de no ser tratado en caso alguno como medio para los fines de otras personas o de la colectividad. Lo nuevo e importante en esta evolución es sobre todo la obligatoriedad jurídica del reconocimiento y respeto de esas valoraciones por parte de los Estados. Es claro, sin embargo, que las deficiencias de la coacción internacional no permiten por el momento la perfección de los controles, pero es ya un gran paso que pueda utilizarse la presión y tal vez hasta ciertas represalias internacionales para forzar al cumplimiento de dicha obligación y que en muchos casos el incumplimiento pueda deshacerse por ciertas jurisdicciones internacionales que, por desgracia, no rigen todavía en América. En este campo, de consiguiente, la evolución apenas ha comenzado, y ante todo es necesario que lo derechos humanos internacionales se tornen derecho interno y

⁴⁸ VASAK, 1974, pág. 347.

⁴⁹ BILDER, 1981, pág. 21.

adquieran en este mecanismos eficientes de observancia y control. También es manifiesto en el mundo actual que los Estados con mayor propensión al autoritarismo (que no queda mal caracterizar como “poder sin derecho”), exhiben muy poco interés en signar tal tipo de tratados públicos y se muestran aún más renuentes, desde luego, a la creación de jurisdicciones supranacionales. Empero, en el actual estado de cosas no veo clara la conveniencia de que se establezca una fuerza pública internacional, que sería peligrosa sobre todo para los países “dependientes”.

5. LOS DERECHOS DEL HOMBRE AL INTERIOR DEL DERECHO PENAL

Reviste ahora la máxima importancia determinar si la dogmática jurídica en general, y la juridicopenal en particular, tienen o no un papel que jugar o una misión que cumplir en este proceso de solidificación jurídica de los valores fundamentales de la persona humana. Me parece que ello no solo es posible sino también necesario y representa una tarea impostergable que en mi opinión ha comenzado ya a forjarse en lo que se llama la *nueva tendencia politicocriminal*, que sistemáticamente comenzó con CLAUX ROXIN, en Alemania, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG en España y JUAN BUSTOS RAMÍREZ, EDUARDO NOVOA MONREAL, HELENO CLAUDIO FRAGOSO, SERGIO POLITOFF y CARLOS SANTIAGO NINO en América Latina, y que NÓDIER AGUDELO, ÉDGAR SAAVEDRA ROJAS, FERNANDO VELÁSQUEZ y nosotros mismos hemos tratado de impulsar e implantar para y desde Colombia. He tratado el asunto con alguna amplitud en reciente ocasión⁵⁰ y ahora me propongo reexponer tan solo las líneas esenciales de la argumentación y, a partir de ellas, buscar un desarrollo concreto para la construcción de un “derecho penal de los derechos humanos”, que es la meta más apremiante de la política criminal de nuestros días y la tarea prioritaria en que ahora se encuentra en número creciente de penalistas latinoamericanos, y buscar un desarrollo concreto para un posible derecho penal basado en los derechos humanos y categorizado por sus valoraciones esenciales. Se trata, en síntesis, de que los derechos humanos sean incorporados a la dogmática penal como “criterios preponderantes de valoración”, al interior del sistema y de cada uno de sus conceptos fundamentales, sin resignarse al utilizarlos como simples pautas politicocriminales externas (extralegales, por tanto) de corrección o morigeración de los excesos panlogistas del formalismo jurídico. De esta manera, los derechos humanos alcanzan el máximo de eficacia en el sistema de la justicia penal y adquieren la coactividad propia de las normas penales del derecho positivo interno, sin perder la peculiar presión de las normas del derecho internacional y de la opinión de la comunidad de naciones. La ciencia dogmática del derecho penal adquiere así conciencia de su propia politicidad y por tanto de sus implicaciones sociales y responsabilidades políticas⁵¹. Las categorías jurídico-penales son categorías politicosociales —siempre lo han sido, pero muy pocas veces de un modo cons-

⁵⁰ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986b, págs. 267 y ss.

⁵¹ FRAGOSO, 1984a, pág. 441.

ciente y total—. La inseparabilidad de dogmática del derecho penal y política criminal, sin embargo, no ha de hacernos retroceder a “un derecho penal sin derecho” y por esto la dogmática y el sistema no pueden en modo alguno abandonarse, aunque ahora ya no importen tanto por la grandiosa perfección arquitectónica de su coherencia lógica y su congruencia formal con la ley, sino ante todo por la justeza con que desarrollen los derechos fundamentales del hombre y el acierto con que satisfagan, proyecten y dinamicen las supremas valoraciones contenidas en ellos, en las normas rectoras y de garantía, en los “principios del derecho justo” y en el ideario democrático de la comunidad.

El poder jurídico estatal es fuego y la pena es en él el punto de mayor calor. La ciencia del derecho penal tiene que colocarse a sí misma en condiciones de poder manejar, dirigir, encauzar, controlar ese fuego, sin limitarse a la no siempre efectiva labor de echarle agua desde fuera a sus desbordamientos o enardecimientos. La dogmática juridicopenal, antes de la mano de la política criminal, la alberga ahora en su seno, la introyecta a su método, sus principios y sus conceptos. Ella, por cierto, no puede impedir que el Estado quemé con el fuego de la pena criminal, pero sí debe prevenir que alcance a un número demasiado grande (innecesario) de personas, o calcine a las que toca en sus maniobras selectivas. El fuego de la pena es socialmente necesario, pero no debe quemar más de lo necesario. Solo si se usa con ciertos criterios de moderación, prudencia, utilidad, necesidad y justicia, ese (o cualquier otro) fuego es útil y productivo. Los derechos humanos han de pasar de su papel de *barrera externa de contención*⁵² al inmanente y esencial de *elemento interno autorregulador* de la amplitud e intensidad del fuego punitivo estatal; y ello, no porque no cumpla bien la primera función, sino porque posee aun mayor capacidad de rendimiento y sin su introyección el derecho anda al garete en busca de sus primeros fundamentos de justicia material y social. Cómo es ello posible, si lo es, se mostrará sucintamente en los siguientes párrafos, siempre sobre el principio de que el derecho es lógica pero también valor, sistema pero también política, verdad (formal) pero también justicia (material).

6. LA DOGMÁTICA POSITIVISTA TRADICIONAL

Sobre todo a partir de la teoría pura del derecho de KELSEN, la teoría imperativista de las normas de BINDING, la “jurisprudencia de conceptos” (sin que propiamente se escape la “jurisprudencia de intereses”) y la consolidación del método jurídico, dogmático o tecnicojurídico (IHERING en Alemania y ROCCO en Italia), se impuso en la ciencia del derecho la convicción, casi axiomática, de que el derecho es un asunto meramente tecniconormativo, en cuyo estudio resulta indebido mezclar problemas o consideraciones de índole social, económica, moral o política⁵³. La dogmática panlogista, fruto decantado del positivismo, considera que la tarea esen-

⁵² NOVOA MONREAL, 1983, cap. II.

⁵³ ARMIN KAUFMANN, 1977, pág. 365; KELSEN, 1982, pág. 15; ROCCO, 1978, págs. 10-11.

cial de la ciencia jurídica consiste privativamente en la interpretación logicogramatical (a lo sumo adornada con ciertos tintes teleológicos) de las normas jurídicas y en la construcción de un sistema formal coherente de conceptos y principios que armonice con el derecho positivo de cada país y permita la práctica racional, igualitaria, segura y previsible de la administración de la justicia penal⁵⁴, sin la menor consideración por las necesidades y conveniencias, presupuestos y efectos sociopolíticos de la ley o de la ciencia⁵⁵, de los que deben ocuparse, según se dice, los especialistas de las respectivas disciplinas, en modo alguno el jurista como tal.

Según este orden de ideas, el derecho es la ley o está contenido en la ley y la labor del jurista se limita a desentrañar el sentido gramatical y lógico de las leyes para construir un sistema coherente de proposiciones jurídicas que resulte congruente con el derecho positivo. A tono con esto, el método jurídico se circunscribe al empleo perfeccionista de la lógica jurídica formal. De esta manera, el derecho es tratado como pensamiento y la racionalidad de la ciencia jurídica, su cientificidad, depende de que se observen las reglas de la lógica formal y, con base en ellas, se elabore un discurso racional. Se supone, de una parte, que la ley es sabia⁵⁶ y como tal consulta las necesidades reales de la población (no suponerlo sería un irrespeto a la "majestad de la ley"), y, de otra, que el desenvolvimiento pura y estrictamente lógico, formal y conceptual de los textos normativos y de los principios en que se inspiran, ha de arrastrar derecha y forzosamente a conclusiones rectas para la lógica racional del discurso, esto es, verdaderas, que resultan ser al mismo tiempo las más adecuadas, saludables o justas para la solución de los correspondientes conflictos sociales, o sea para la realización social de la justicia [*dura lex, sed lex*]. Existiría, de consiguiente, una especie de armonía preestablecida entre la verdad logicoformal del discurso jurídico y la justicia material o sociopolítica de las soluciones, como si la justicia consistiera en mera y llana verdad logicosistemática. Todo sucede como si la verdad logicoformal del derecho hubiera de arrastrar sin remedio a la justicia de las decisiones (ya que las leyes, en cuanto sabias, se reputan igualmente justas).

La interpretación logicoformal de las normas del derecho positivo y la construcción severamente racional de un sistema coherente y completo de proposiciones jurídicas compatibles con el mismo, son las herramientas para que el jurista —ajeno a todo tipo de valoraciones, como se predica que debe serlo en general todo científico— descubra el derecho verdadero, que tiene que ser a la vez derecho justo puesto que se deriva de la ley en forma logicoracional. Todo esto presupone, como ya se indicó, que la justicia se corresponde, casi que mágicamente, o al menos por virtud de la autoridad *omnipotente* de la ley, con la lógica implacable de la interpretación de las normas y la construcción del sistema de derecho y que la verdad formal de las proposiciones así extraídas y engarzadas garantiza la justicia (¿material?) de las conclusiones y por ende del propio sistema de la justicia penal. Por este

⁵⁴ LISZT, s/f., I, pág. 6; ZAFFARONI, 1980, pág. 156; GIMBERNAT ORDEIG, 1981, págs. 126-127.

⁵⁵ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, pág. 217.

⁵⁶ NINO, 1974, págs. 88 y ss.

camino, la ciencia del derecho pasa de lo teórico a lo especulativo, sin que importe lo aberrante de las consecuencias prácticas, y se convierte en un ejercicio logicconceptual cada vez más refinado, complejo y abstruso, marginado de las realidades sociales de la vida, de los problemas que esta crea. Sin duda el positivismo jurídico reconoce o menciona que la ley pretende la solución de ciertos conflictos sociales, pero el jurista no ha de trabajar con estos sino con aquella, reducida a su dimensión de pensamiento y lenguaje, como una ciencia natural cualquiera, a menos que no quiera ser "ciencia". Así las cosas, la dogmática del derecho no pasa de ser lógica jurídica formal y gramatical de los textos legales. Se presentaría por tanto una muy curiosa similitud metodológica entre las ciencias jurídicas y las disciplinas que estudian los objetos ideales, como la matemática pura o la lógica formal, en las que predomina la deducción racional abstracta, y las que se refieren a los objetos metafísicos, como la teología o la metafísica, en las que prepondera la deducción especulativa. Pero este pensamiento es contradictorio, pues el modelo positivista de ciencia (procedente de NEWTON, KANT y COMTE) exige que se trate únicamente con proposiciones verificables empíricamente y por lo mismo referentes a "hechos" que se encuentran de alguna manera en la experiencia sensible, notas que no se pueden predicar fácilmente del pensamiento como tal, ni del derecho y de seguro tampoco de la hermenéutica como arte de desentrañar el contenido significativo de cierto lenguaje, para el caso el lenguaje más o menos cifrado de la ley.

De otra parte, el concepto positivista de ciencia es por completo inutilizable frente a los objetos culturales, sociales y valorativos. Dicho concepto implica, en efecto, la "neutralidad" estimativa del científico, el ejercicio por su parte de un mero "conocimiento de espectador", esto es, de observador imparcial que no se compromete con el dato mismo, caso de que ello sea posible. Este tipo de conocimiento no es desde luego posible frente a objetos que no consisten en una objetividad natural e invariable, sino que se ofrecen, en su específica objetividad histórica, como objetos transidos de valor, consubstanciados con este. Si una disciplina tiene como objeto de estudio un objeto cultural, no puede prescindir de su valor, es decir, de su interpretación y comprensión, pues no hay otra forma de abordarlo cognoscitivamente. Mas no por ser el objeto cultural requerido de valoración y exigir para su captación un "conocimiento de protagonista", es su conocimiento menos "objetivo", ya que conocer el valor de un objeto es algo muy distinto de propugnar ese valor. La comprensión de un valor de ninguna manera equivale a su aceptación, salvo como existencia; uno puede perfectamente vivir o revivir un valor sin compartirlo, antes bien, adoptando ante él una postura crítica. Lo que compromete no es el conocimiento del valor, sino la actitud personal ante él, que puede ser más o menos crítica. Quien niega la existencia objetiva (intersubjetiva) del valor o lo reduce a emociones personales y pasajeras, no está en capacidad de distinguir entre una muerte natural y un homicidio, por ejemplo, y entonces para él la vida social será de verdad incomprensible y también invivible. Nadie vive, sin embargo, en la "realidad objetiva" o en la naturaleza, sino de hecho y de derecho siempre ya en la sociedad, valorando y valorado. El propio concepto de "naturaleza" es cultural, como lo prueba el llamado pensamiento primitivo,

que no lo discierne del de "sociedad". ¿No vive acaso el hombre en una realidad que, siendo cultura y no naturaleza, historia y no causalidad física, es tan objetiva como la "realidad natural" de los científicos positivistas? ¿O es, por ventura, la realidad humana, menos real y menos empírica, por ser humana y no natural? ¿O no sucede, más bien, que en los valores, como en la naturaleza, el conocimiento puede darse como *doxa* o como *episteme*?

7. LÓGICA Y JUSTICIA, SISTEMA Y VALOR

Si la suposición simplista de que la ley es sabia y, además, justa, solamente porque es la ley, y la presuposición asombrosa de que la justicia material del derecho se desgrana de su verdad logicoformal (que implica nada menos que la derivación del valor o "deber ser" a partir de proposiciones del ser, esto es, de proposiciones relativas al ser del derecho positivo) fueran ciertas, es posible que el estilo del pensamiento que acaba de describirse pudiera conducir a algo bueno. Pero la verdad es que siempre ha habido y habrá leyes torpes o injustas, ora porque no enuncian correctamente su objeto, bien porque pretenden provocar o preservar un estado de cosas injusto. Injusticia es, por el momento, desigualdad, opresión y miseria, pero también capricho, arbitrariedad y privilegio, desorden, ritualismo, inseguridad y violencia.

Por mucho tiempo, la dogmática penal se ha planteado la "aporía" que implica el reconocimiento de que existen en su seno soluciones "dogmáticamente correctas" (deducidas con rigurosa lógica de los principios y conceptos del sistema de derecho penal, verdaderas por tanto) que resultan, sin embargo, "politicocriminalmente insatisfactorias", esto es, sin más, incompatibles con el valor y el sentimiento de justicia⁵⁷. Esto la ha llevado, en los últimos años, sobre todo a partir del *Proyecto Alternativo Alemán* (1966), a un viraje consistente en admitir la *penetración del sistema penal por consideraciones de política criminal* —que en definitiva se inspiran en la práctica y no en la teórica de la justicia—, que operarían desde fuera para corregir o atemperar los excesos del preciosismo... logicosistemático⁵⁸. La experiencia nazi mostró, de otra parte, que, como lo había advertido MAQUIAVELO, los principios sirven para todo y en especial para que los ojos se aparten de las dolorosas y conflictivas realidades de la tierra⁵⁹, de modo que con un sistema formal de principios, conceptos, leyes, procedimientos y sentencias se puede "legitimar" prácticamente cualquier contenido. Al encubrir la realidad y manipularla, el positivismo jurídico se revela como parte esencial de una "ideología política" y cae de un solo golpe su pregonada "neutralidad científica".

Ya en 1959 escribía WÜRTEMBERGER, "que hoy, en contraste con el tan vituperado pensamiento neokantiano, la metodología de la dogmática penal viene manejada sin preocupación y también con incertidumbre o inconciencia de las consecuencias del punto de vista particular"⁶⁰. Sin embargo, también él creía que la vincula-

⁵⁷ ROXIN, 1972, pág. 19.

⁵⁸ BUSTOS RAMÍREZ, 1986, págs. 195 y ss.

⁵⁹ MERLEAU-PONTY, 1964, pág. 279.

⁶⁰ WÜRTEMBERGER, 1965, 9 y 68.

ción del sistema con el "pensamiento problemático" de la realidad social y concreta de la vida, aparejaba la consecuencia de "hacer irrealizable el pensamiento de un sistema de dogmática totalmente autosuficiente y libre de contradicciones"⁶¹. A lo mejor, esta dificultad no tiene por qué seguir siendo válida: lo será mientras los problemas de la vida (captados por la "política criminal") se tomen solo para construir *al lado* y no *dentro* de la dogmática misma, o sea para corregir desde fuera la inflexibilidad del sistema logicoformal; pero probablemente no subsistirá si la dogmática no se circunscribe a construir un sistema coherente de conceptos y principios formales, sino que mejor se lanza a edificar un *sistema abierto y congruente de conceptos y valores* (conceptos valorativos) que consulte al mismo tiempo la lógica y la política y por tanto se valga de una *lógica valorativa* (axiológica) y no de una simple lógica formal. Para WÜRTEMBERGER estaba claro ya, de todas maneras, que el penalista, como cualquier jurista, debe ante todo cifrar "su máximo interés en los más altos valores morales de la justicia, la certeza jurídica y el respeto de la personalidad"⁶².

De un modo parecido pensaba TRIEPEL, ya en 1926, al destacar que un formalismo jurídico como el kelseniano solo pudo desarrollarse a costa de un vaciamiento del contenido del Derecho y que la pretensión, propia de la jurisprudencia constructiva, de "poder dominar la totalidad de la materia del ordenamiento jurídico sin juicios de carácter valorativo" no era más que un autoengaño⁶³. La dogmática, pues, se regocijaba en su delimitación como ciencia en el sentido positivista, sin poder serlo ni abandonar del todo semejante pretensión⁶⁴. Lo que de ninguna manera implica el aparatoso descalabro de un derecho penal atenido exclusivamente al sistema, es la renuncia al pensamiento racional, esto es, el abandono simplista de la dogmática tradicional. Solo se trata en verdad del retorno (político) a la justicia social y a la vida, sin que haya de caerse por esto en la irracionalidad del intuicionismo o del sincretismo, pues precisamente este desenlace es obstaculizado por la formación del jurista en la dogmática y el arsenal de depurados conceptos y principios jurídicos que la misma le ofrece para enfrentarse a la realidad con un nuevo criterio.

La evidencia de que la injusticia persiste, o puede persistir y hasta agravarse, a pesar de la corrección lógica de las soluciones jurídicas —o sea de su conformidad con el "sistema del derecho penal"—, ha llevado a la dogmática penal, en los últimos veinte años, como acaba de indicarse, a permitir y fomentar la penetración de su rígido sistema por los llamados principios de la política criminal, tomados sin duda de la práctica de la justicia y no de su teórica, pero ella operaría desde fuera para corregir o atemperar, con principios *aliunde* desprovistos de la fuerza vinculante del derecho positivo, los excesos preciosistas de los técnico-dogmáticos (*summum ius, summa iniuria*). Este giro, sin embargo, puede decirse que ha sido tímido y, en todo caso, aunque mucho se lo invoque, no representa en modo alguno el pensamiento dominante en la teoría ni en la práctica.

⁶¹ Ib., pág. 20.

⁶² Ib., pág. 18; BUSTOS RAMÍREZ, 1986, pág. 218.

⁶³ TRIEPEL, 1974, págs. 49 y 53.

⁶⁴ BACIGALUPO, 1983, págs. 17 y 19; ROXIN, 1972, pág. 25.

Parece palmario que un planteo de tal naturaleza despierte bastante resistencia, como a su turno la genera igualmente la obligatoriedad jurídica interna de los derechos humanos internacionales y su protección judicial. "Por lo general — observa BILDER— los Estados se han mostrado renuentes a ponerse en contra de naciones con las cuales guardan relaciones de amistad al criticar su comportamiento en el campo de los derechos humanos y típicamente se han mostrado dispuestos a presentar el caso de violación de los derechos humanos solo con respecto, ya sea a sus enemigos o a determinados Estados políticamente impopulares"⁶⁵, p. ej., Sudáfrica y Chile en nuestros días. Pero que ello ocurra de tal modo revela justamente que en buena parte los derechos humanos internacionales se encuentran aún en estado embrionario y tienen todavía demasiado de ideología, lamentablemente. De otro lado, en vista de que el Derecho hace parte del sistema de dominación sociopolítica y el derecho penal es uno de los más severos mecanismos de control social, resulta claro que la ideología dominante experimente muy poca o ninguna inclinación a que los asociados tomen conciencia de los intereses que están en juego tras los textos legales, o jueces y juristas adviertan el papel tremendamente conservador que el sistema les asigna, o en el que a veces simplemente los sumerge. Preservar esta "inconciencia" es una de las funciones ideológicas más destacadas y perniciosas del positivismo jurídico. Si jueces y juristas son manejados para que dirijan su mirada solamente hacia el mundo abstracto y lógico de los principios y los conceptos y se dediquen a la tarea especulativa de jugar con ellos como si fuesen abalorios, es muy probable que no se den cuenta de los verdaderos intereses terrenales a los que tanto ellos como la ley están sirviendo. Si, en efecto, el trabajo de jueces y juristas es estrictamente logicoespeculativo, lo más probable es que ellos no perciban, o lo hagan con pasmosa indiferencia, los presupuestos y los efectos sociales y políticos de las leyes que interpretan y de las interpretaciones que les dan. En verdad, si la ciencia jurídica no es otra cosa que pensamiento sobre el lenguaje más o menos cifrado de la ley, el jurista no tiene que enfrentarse con realidades político-sociales y es tan "inocente" con respecto a ellas como es "neutral" su propia disciplina, es decir, en verdad nada. El derecho, sin embargo, es instrumento de ordenación, esto es, de control y dominio sociales, de fuerza y poder políticos, y no mero y autosuficiente pensamiento normativo y el papel social de los jueces requiere de estos una conciencia "exquisitamente política"⁶⁶, porque la justicia que dispensan no es metafísica sino histórica y no se dirige a los ángeles ni a los fantasmas, sino que afecta a los hombres concretos. Además, no por ser norma adquiere de suyo el derecho un valor positivo, es decir, bueno y justo, sino que la norma tiene que pretender y realizar estos valores en la vida social.

La mencionada función ideológica de preservación de la "inconciencia" —que es en verdad una destacada forma de conciencia politicosocial para la que todo cuanto existe en la sociedad merece conservarse tal y conforme, a menos que se trate de agudizar su sentido— no es, por cierto, privativa del positivismo jurídico,

⁶⁵ BILDER, 1981, pág. 22.

⁶⁶ BERGALLI, 1984, pág. 116.

sino que puede predicarse de todo el positivismo científico. Para este, en efecto, la ciencia se agota como problema lógico (inducción y deducción), y de ninguna manera es (también) una realidad y un problema social, ideológico y político. El positivismo filosófico y jurídico, pues, solamente conoce una verdad, la verdad de la lógica formal, como el positivismo científico no conoce sino la verdad de los hechos perceptibles empíricamente. De acuerdo con esto, las proposiciones científicas, tanto si se trata de ciencias naturales como de ciencias sociales, solo tienen que ser verdaderas desde un punto de vista lógico, o sea poseer un "valor de verdad" logicoformal (ser verdaderas o falsas en el sentido tradicional de los términos), valor que palmariamente solo puede asignarse a las proposiciones verificables que han salido avante en la verificación por la experiencia sensible.

8. PLANTEO DE UNA DOGMÁTICA POLÍTICO-AXIOLÓGICA BASADA EN LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho, por el contrario, se manifiesta como pretensión regulativa y coactiva de ciertas conductas sociales, con arreglo a cierto plexo de valores presidido forzosamente por la justicia de un cierto orden social. Como norma y como conducta, el derecho no es hecho escueto, pensamiento puro ni valor absoluto e incontaminable. Como realidad social y política, ofrece la complejidad propia de los fenómenos históricos y culturales. Norma y valor son inseparables y por cierto lo son también, del mismo modo esencial, conducta y valor: no hay ni puede haber norma sin valor, ni conducta sin valor. Pero el valor no es algo que se agrega desde fuera a la norma y a la conducta, sino algo que ellas necesariamente llevan consigo, algo que es consubstancial a su estructura, inmanente a su naturaleza. Norma y conducta pertenecen ontológicamente a la región de los objetos culturales; y puesto que no son objetos ideales ni naturales, no pueden reducirse a abstracciones ni a "hechos". Como cultura que son, poseen un sustrato y un sentido que no pueden reducirse el uno al otro y solo son separables conceptual o metodológicamente. Las conductas, como las normas, no pueden sino ser de alguna manera valiosas, positiva o negativamente, en mayor o menor grado (pues el valor es siempre de alguna manera y en algún sentido cuantificable). La verdad sobre las normas y sobre la conducta humana, en consecuencia, no puede cifrarse en un conocimiento parcial que muestre las primeras como puro pensamiento y convierta las segundas en mero hecho empírico, sea este causal o teleológico ("final"). Los objetos culturales se conocen por comprensión y esta consiste en la captación empiricodialéctica del sentido que encarna en su respectivo sustrato. Al lado, pues, de la *lógica formal del pensamiento*, o, mejor aun, *dentro de ella*, norma y acción requieren, para su adecuado y cabal conocimiento, de una *lógica material de los valores*.

Al tradicional "valor de verdad" lógico de las proposiciones jurídicas —siempre, como tales, referentes a normas y conductas—, según el cual ellas han de ser evaluadas formalmente como verdaderas o falsas (adecuadas o no al derecho positivo), se añade, pues, un "valor de verdad" valorativo que capta el sentido de valor

del objeto de que se trata (adecuación o inadecuación al plexo de los valores jurídico-políticos). Si el plexo de los valores jurídicos (que desde luego son también, en su calidad de tales, valores políticos) está presidido por la justicia y el derecho no puede renunciar a la pretensión de ser de alguna manera justo, las proposiciones de la ciencia jurídica, para ser correctas, no solo han de pasar las pruebas de la lógica formal del pensamiento, sino también —y, si se quiere, en primer término— las de la lógica material de los valores jurídicos. Por lógica o racional que sea, una teoría jurídica no puede ser correcta si coetáneamente no es verdadera (desde el punto de vista lógico formal) y justa (desde el punto de vista de su contenido axiológico). La verdad jurídica es entonces siempre una *verdad lógico-valorativa*, sin que pueda prescindirse de ninguno de sus extremos, de modo que la proposición jurídica solo es verdadera —si lo es— en cuanto justa y solo es justa —si lo es— en cuanto verdadera. A su turno, la ciencia del derecho penal deja de entenderse como simple “*dogmática logicosistemática*”, para convertirse por fin en una verdadera “*dogmática políticoaxiológica*”, sin que esto implique que no se discernan ya más ideología y verdad, ciencia y política, hechos y valoraciones, valores objetivos (empíricos) y subjetivos (ideales).

Se puede decir, con COSSIO, que la verdad del derecho se mueve en el horizonte de la justicia⁶⁷, pero no, con los positivistas, que su justicia se reduce a su verdad (formal). La justicia como valor agrega algo a la verdad formal del derecho y como valor fundamental que preside y gobierna el plexo axiológico se enuncia con una cierta prioridad de sentido sobre ella. La verdad logicosistemática del derecho puede dar lugar a una “justicia formal”, pero esta no es por sí sola verdadera justicia porque no está ligada necesariamente a un contenido social de justicia, es decir, a la equidad. Una “justicia formal” puede ampararse en cualquier ley, incluso la más ominosa. Lo que la “justicia formal” de la ley otorga es a lo sumo cierta apariencia (compensatoria) de seguridad jurídica; sin la seguridad es sin duda también imposible la justicia material, pues el Derecho ante todo da orden y este no puede coexistir con la inseguridad porque también “la seguridad jurídica es un atributo de la justicia”⁶⁸. Si el contenido de la ley es justo, las formas jurídicas aseguran la realización de la justicia; si no lo es, solo aseguran la consumación de la injusticia. La seguridad de la injusticia es, sin embargo, lo que de modo más apremiante cabe precaver, pues apareja la mayor zozobra⁶⁹. En todo caso, contra los positivistas en general y los Kelsenianos en particular, hay que aducir que el Estado de derecho no es solo una cuestión de formas legales, sino también y esencialmente un problema de contenido valorativo humanitario. O sea, para decirlo con las palabras de TERRADILLOS, que “El concepto de derechos fundamentales va indisolublemente unido al de Estado de derecho”⁷⁰. De un modo todavía

⁶⁷ COSSIO, 1954b, págs. 229 y ss.

⁶⁸ ARTHUR KAUFMANN, 1976, pág. 99.

⁶⁹ RADBRUCH, 1962, 36; RAWLS, 1979, págs. 80-82; GÓMEZ MEJÍA, 1979, págs. 98-99.

⁷⁰ TERRADILLOS, 1981, pág. 170.

más concluyente, debe suscribirse que la jurisprudencia “presupone ciertos dogmas relativos a valores específicos (validez intrínseca y virtudes del derecho)” y “quien sostenga la tesis del «imperio del derecho», necesariamente hará suyos tales dogmas y principios”⁷¹. La dogmática, pues, tiene dogmas que van más allá de lo metodológico y estos dogmas no pueden seguirse manejando de contrabando o desde fuera en el discurso jurídico⁷². En todo caso es cierto que hay que avanzar, del Estado (formal) de derecho, al “Estado de los derechos humanos”⁷³, o, mejor dicho, hacer de los derechos humanos el contenido esencial del Estado (material) de derecho, pues sin derechos humanos no puede haber democracia ni tiene límites la intervención social del poder estatal.

Al racionalizar y sistematizar el contenido del derecho positivo, la dogmática penal contribuye de manera esencial y en grado sobresaliente a la creación y preservación de la seguridad jurídica sobre la justicia formal; y al someter el derecho positivo a los “criterios preponderantes de valoración” de las normas y las conductas, genera su aporte imprescindible para la justicia material de las decisiones judiciales. Dicho está, pues, que si la ley es injusta no debe la dogmática sistematizar y propiciar su cumplimiento. Con todo, así como la verdad va unida histórica y metafísicamente al error, del mismo modo está ligado el derecho a la injusticia. Sin el error no hay siquiera posibilidad de la verdad; sin la injusticia no hay tampoco lugar para el derecho. Cuando la injusticia no sea posible, el derecho desaparecerá, pues él solo existe porque hay entuerto y puede siempre haberlo de nuevo una y otra vez. Nunca es perfecta la justicia humana, ni hay “derecho positivo ideal” sobre la tierra, salvo precisamente como derecho ideal (no positivo), siempre de veras requerido para la constante confrontación del derecho positivo que “es” con el derecho ideal que, según las preferencias valorativas de la comunidad jufaciente, “debe ser”. Esta constante confrontación no solo tiende a mejorar las instituciones jurídicas, sino también a impedir o prevenir, frenar o deshacer las decisiones injustas. Pero ella no es fruto espontáneo de la dogmática, sino ejercicio de la actitud crítica, tan necesaria en los juristas como en los jueces y los abogados.

Si —pese a su muy postulada misión de propiciar la seguridad jurídica— la dogmática tradicional llega con frecuencia a un complejo y fosco mar de opiniones abstrusas, contradictorias y vagas⁷⁴, que muchos evaden para no caer en el caos e incrementar la incertidumbre, es porque:

a) en lugar de conceptos precisos y claros, usa como premisas algunos principios netamente formales y por tanto vacíos, a los que puede otorgarse cualquier contenido *ad hoc*;

b) introduce subrepticamente los juicios de valor en sus razonamientos, ya que incluso no es posible, sin valoraciones, discernir lo esencial de lo inesencial,

⁷¹ TAMAYO, 1983, pág. 120.

⁷² BACIGALUPO, 1983, cap. I.

⁷³ BARATTA, 1986b, pág. 435.

⁷⁴ NOVOA MONREAL, 1977, págs. 42 y ss.

lo relevante de lo irrelevante, el "ser" del "deber ser", amén de que, por no estar incluidas en el método, las valoraciones resultan infiltrándose sin posibilidad de control racional;

c) crea, al amañó de las convicciones personales de cada dogmático, muchas premisas que precisamente no están contenidas en el derecho positivo o no se las vincula a él, confesando, así, de antemano, la imposibilidad o al menos la insuficiencia de una dogmática panlogista que debería atenerse al dato irrefragable del derecho vigente⁷⁵;

d) utiliza los conceptos, aun los básicos, con diversas extensiones, y, entonces, sin contravenir de modo manifiesto las reglas de la lógica formal, puede arribar a las conclusiones más dispares⁷⁶.

Ahora bien, la principal labor de confrontación crítica se efectúa precisamente desde el punto de vista de los derechos humanos, como criterio supremo de autorregulación y autoevaluación del derecho positivo, las acciones del Estado y, en general, las decisiones jurídicas. *Los derechos humanos internacionales (positivos) contienen la pauta suprema de valoración de la conducta jurídica y constituyen el núcleo originario y la fundamental idea rectora de los bienes juridicopenales.* No hay derecho contra los derechos humanos, pues no hay norma de derecho que pueda renunciar, sin destruirse, a las supremas valoraciones del individuo humano como ciudadano y como persona digna, libre, responsable de sus acciones, éticamente autónoma y dotada de un valor final absoluto que no permite su "mediatización" para el logro de los fines de otras personas o de la colectividad⁷⁷. Contra los derechos humanos puede alzarse la fuerza bruta y también la arbitrariedad, pero sin ellos no es posible el derecho porque se difumina la justicia material y se aniquila el núcleo mismo de la personalidad de derecho y la subjetividad moral. *Los derechos humanos internacionales encarnan, en efecto, el contenido mínimo absoluto de justicia social que permite a una regla llegar a ser norma de derecho y a un acto de poder ser calificado como justo y por ende legítimo.* En las tinieblas de las tiranías no hay Estado de derecho, no porque falten la ley y la justicia formales, sino porque, al desconocer los derechos humanos internacionales, las decisiones del poder son oscuros actos de violencia, arbitrariedad y opresión, privados de carácter jurídico y legitimación ética y política. Lo opuesto al Estado de derecho no lo es tanto, o al menos no lo es únicamente el Estado informal, sino en primer lugar el "Estado de fuerza" o "Estado sin derecho", cuyo plexo de valores no está ni presidido ni asistido por el mínimo éticosocial de la justicia que los derechos humanos internacionales encarnan. En el Estado de derecho importa tanto la *legalidad* como la *legitimidad*, pues no hay derecho sin justicia y la expresión "derecho injusto" —que denota injusticia, mas no derecho— es irreductiblemente contradictoria. No es que derecho y justicia sean la misma cosa, sino que son dos cosas ontológi-

camente inseparables y conceptualmente correlativas: de alguna manera continúa siendo verdadero e insoslayable que "el derecho es lo justo"⁷⁸ y "lo justo sigue siendo lo conforme a derecho"⁷⁹.

Desde otro punto de vista, tampoco se puede evitar que, sobre todo en materias humanas y sociales, toda exposición sea una interpretación y esta no exista sin una toma de posición, como tal axiológica⁸⁰. Así, por ejemplo, los conceptos de cuerpo y extensión también son distintos, pero no puede haber cuerpos inextensos. Pues la aplicación del derecho tiene que ser una práctica justa, una administración de *justicia*; de lo contrario, solo será acto de fuerza o despliegue de poder. El ejercicio del poder se torna jurídico o legítimo únicamente en virtud de su autolimitación y autorregulación por normas generales y democráticamente establecidas que, a la vez, se adecuen a la idea de justicia contenida positivamente en el derecho internacional de los derechos humanos. Sin esto puede haber "normas de poder", en modo alguno "normas de derecho". Hay que compartir con RAZ el argumento de que el Estado de derecho es "un ideal político" al que los Estados se pueden conformar en mayor o menor grado; lo que no se puede aceptar es que haya "*Estados de derecho*" —sin derecho, que serían los que carecen en absoluto de esa virtud⁸¹ porque violan la dignidad de la persona o desconocen los derechos humanos⁸². Sin un mínimo de justicia social o material puede seguramente haber "Estado" (de hecho o de fuerza), pero no "de derecho", ya que *en derecho solo hay la justicia* y, a la inversa, *nunca hay derecho a la injusticia*, pues de lo contrario el orden jurídico se destruiría a sí mismo. Esto no impide que en determinado Estado de derecho se den islas de injusticia (cosa que, por lo demás, ha de ser seguramente la regla general mientras vivamos en esa "sociedad de seres imperfectos que son los hombres"). En la injusticia jamás mora el derecho, aunque —como la verdad y el error— ambos moren de hecho siempre juntos sobre la misma tierra. El poder, que existe en toda sociedad, no siempre está justificado y su justificación en caso alguno es meramente formal.

En síntesis: los derechos humanos internacionales, antes llamados, desde otros puntos de vista que no son por entero intercambiables ni han respondido a contenidos y alcances siempre iguales, "derechos naturales" (del hombre) y derechos fundamentales (de la persona humana o del ciudadano), son los que determinan que el ser humano alcance efectivamente el rango de persona y esta el de ciudadano; suministran la base permanente e insustituible de la sociabilidad civil y política, el prerrequisito esencial de la paz y el contenido mínimo absoluto de la justicia, incluidas en esta la realización posible y progresiva de la igualdad social y la preservación a ultranza de la libertad política. Nada de ello funciona, sin embargo, si las

⁷⁵ BACIGALUPO, 1983, cap. 1.

⁷⁶ TRIEPEL, 1974, pág. 72.

⁷⁷ WELZEL, 1971, pág. 109.

⁷⁸ TOMÁS DE AQUINO, 1956, págs. 232, 2-2q. 57a. 1.

⁷⁹ HEIDEGGER, 1960, pág. 206.

⁸⁰ HEIDEGGER, 1972, págs. 48, 118 y 234.

⁸¹ RAZ, 1985, pág. 264.

⁸² Ib., pág. 276.

libertades de conciencia, pensamiento, opinión y crítica no se encuentran en el punto de partida y en la meta⁸³.

Lo importante del anterior planteamiento estriba, creo, en que los criterios supremos de valoración no son trascendentes sino inmanentes al derecho positivo y son por tanto derecho positivo y no "derecho natural" o puros ideales, como tampoco externos y más o menos vagos y polémicos "principios de política criminal". Los derechos humanos internacionales, de consiguiente, poseen desde luego validez supraindividual y supranacional, pero su efectividad es aún muy deficiente por la incipiencia de la coacción internacional. Como derecho positivo del orden internacional, los derechos humanos están a su vez sometidos a la confrontación crítica, pero ya en relación con los valores ideales de la persona humana dentro de cada concepción del mundo y del hombre. Sin duda, también las normas jurídicas internacionales sobre derechos humanos son susceptibles de superación y perfeccionamiento. Esas normas, y los mismos derechos humanos que positivizan, son desde luego susceptibles de diversas interpretaciones y por esto una sociedad democrática jamás podrá prescindir de la libertad de conciencia, pensamiento, opinión y crítica, sino que, por el contrario, tendrá que darle cada vez mayor espacio de juego, pues la democracia no es concebible hoy sin el pluralismo ideológico y este no puede germinar sin libertad ni florecer sin paz.

9. LA AXIOLOGÍA JURÍDICA: MATERIA PRIMA DE LA LÓGICA JURÍDICA VALORATIVA

Indica lo anterior que existen dos tipos fundamentales de valoración jurídica, positiva la una e ideal la otra⁸⁴. En un caso, estamos frente a la *axiología jurídica pura*, que obra en abstracto y en general y remite a los valores jurídicos puros, absolutos o ideales. Estas valoraciones son importantes, pues el derecho positivo no solo debe confrontarse con el derecho positivo de mayor jerarquía, sino también con los ideales de justicia, igualdad, libertad, solidaridad, legitimidad y dignidad de la comunidad y, si se quiere, de la humanidad, ideales de suyo universales, intemporales y absolutos, nunca agotables, que proporcionan en todo caso los criterios superiores de la ideología personal y social e inyectan a todo derecho por lo menos la esperanza de un mundo más justo y seguro. En este punto confluyen, por tanto, el "derecho penal de la liberación" y el "derecho penal de la esperanza", la transformación historicosocial y la utopía positiva. La evolución, entonces, también aquí, apenas sí comienza.

En el otro caso, en cambio, abocamos la *axiología jurídica positiva*, que obra empíricamente y en concreto con respecto a cada ordenamiento jurídico nacional y remite a los valores determinados que este ha incorporado o realizado normativamente. Estas valoraciones no se manejan ya en el seno de la filosofía del derecho, sino que se mueven en el terreno de la ciencia o dogmática jurídica. Ellas son

⁸³ DÍAZ, 1978, págs. 130-134.

⁸⁴ COSSIO, 1964, págs. 562-565; FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, 1986b, pág. 277.

importantes para compulsar las realidades del "derecho en acción" con los valores positivizados por el propio orden jurídico. Para el caso de Colombia, por ejemplo, los máximos valores jurídicos positivos están contenidos en el Título III de la Constitución Nacional, relativo a los "derechos civiles y garantías sociales" de las personas y en el Título I del Código Penal de 1980, que establece las "normas rectoras de la ley penal colombiana". Más allá de ello, están los tratados públicos sobre derechos humanos y garantías penales y procesales que cada país ha signado, ratificado y adoptado como derecho interno (caso, para Colombia, de las leyes 74 de 1968 y 16 de 1972) y, más lejos aún, la opinión pública internacional sobre el grado, la forma, la seriedad y la eficacia del reconocimiento, respeto, desarrollo y garantía de los derechos humanos internacionales en las leyes, la justicia y la acción de cada Estado con relación a su pueblo. Aquí termina la autorregulación positiva, pero no la crítica del derecho y, de igual manera, la dogmática politicoaxiológica pero no la política criminal, que justo en este punto retoman con mayor vigor su tarea de vigilante confrontación con los ideales (de la comunidad y del crítico) y la gestación de estos mismos⁸⁵; a pesar de su "intemporalidad", también los ideales nacen, cambian y periclitán en un tiempo (existencial) más vasto (que el cronológico) que, sin embargo, no escapa a la muerte y, por el contrario, arrastra igualmente consigo la condena de la "insoponible levedad del ser" sin la cual no germina la esperanza ni adquiere sentido la utopía.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTHUSER, LOUIS (1974): *Ideología y aparatos ideológicos de Estado*, 2ª ed., Medellín, Oveja Negra.
- AQUINO, TOMÁS DE (1956): "Tratado de la justicia", en *Suma Teológica*, t. VIII, Madrid, Editorial Católica.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1982): "Sobre la dogmática penal y la criminología", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 12, Bogotá, Temis.
- BACIGALUPO, ENRIQUE (1983): *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas.
- BARATTA, ALESSANDRO (1985): "Integración-prevención: una «nueva» fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Doctrina Penal*, núm. 29, Buenos Aires, Depalma.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986a): *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México, Siglo XXI.
- BARATTA, ALESSANDRO (1986b): "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 34, Bogotá, Temis.
- BERGALLI, ROBERTO (1984): *Estado democrático y cuestión judicial*, Buenos Aires, Depalma.
- BILDER RICHARD B. (1981): "La situación de los derechos humanos internacionales: Panorama", en *Tuttle*, 1981.
- BODENHEIMER, ÉDGAR (1946): *Teoría del derecho*, México, F. C. E.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1982): "Política criminal e injusto", en *Bases críticas de un nuevo derecho penal*, Bogotá, Temis.

⁸⁵ BACIGALUPO, 1982, pág. 410.

BUSTOS RAMÍREZ, JUAN (1986): *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis.

COSSIO, CARLOS (1954a): "El principio «nulla poena sine lege» en la axiología egológica", en *Cossio*, 1954b.

COSSIO, CARLOS (1954b): *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Losada.

COSSIO, CARLOS (1964): *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, 2ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

CHRISTIE, NILS (1984): *Los límites del dolor*, México, F. C. E.

DÍAZ, ELÍAS (1978): *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, Civitas.

DÍAZ, ELÍAS (1983): *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1979): *Antropología de la libertad*, t. II, Ediciones de las Universidades Simón Bolívar, Libre de Pereira y de Medellín, Bogotá, Tercer Mundo.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1982a): "Sobre el subjetivismo en el último derecho penal alemán", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 15, Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1982b): "Hacia una dogmática penal sin culpabilidad", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 16, Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1984): "Hacia un derecho penal de la liberación", en UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (Ed.), *Criminología Crítica-I Seminario*, Medellín.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1986a): *Derecho penal fundamental*, 2ª ed., Bogotá, Temis.

FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, J. (1986b): "¿Es la justicia extraña a la lógica del derecho penal?", en *Poder y Control*, núm. 0, Barcelona.

FRAGOSO, H. C. (1984a): "O direito penal comparado na América Latina", Apéndice de *Licoes de direito penal parte geral*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Forense.

FRAGOSO, H. C. (1984b): "Ciencia e experiencia do direito penal", en *Licoes...*

GARCÍA RAMÍREZ, S. (1976): *Los derechos humanos y el derecho penal*, México, Septentas.

GIMBERNAT ORDEIG, E. (1981): "¿Tiene un futuro la dogmática juridicopenal?", en *Estudios de derecho penal*, 2ª ed., Madrid, Civitas.

GÓMEZ MEJÍA, FERNANDO (1979): *La interpretación del derecho*, Bogotá, Ananké.

HASSEMER, WINFRIED (1984): *Fundamentos del derecho penal*, Barcelona, Bosch.

HEIDEGGER, MARTIN (1960): "La frase de Nietzsche «Dios ha muerto», en *Sendas Perdidas*, Buenos Aires, Losada.

HEIDEGGER, MARTIN (1972): *¿Qué significa pensar?* Buenos Aires, Nova.

HUERTA TOCILDO, SUSANA (1984): *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, Tecnos.

HULSMANN, LOUK (1984): *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcelona, Ariel.

HUMPHREY, HUBERT H. (1981): "La Comisión de Relaciones Exteriores del Senado y el problema de los derechos humanos internacionales", en *Tuttle*, 1981.

JESCHECK, H. H. (1981): *Tratado de derecho penal*, vol. I, Barcelona, Bosch.

KAUFMANN, ARMIN (1977): *Teoría de las normas*, Buenos Aires, Depalma.

KAUFMANN, ARTHUR (1976): *Analogía y naturaleza de la cosa*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

KELSEN, HANS (1982): *Teoría pura del derecho*, México, UNAM.

LARENZ, KARL (1985): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, Madrid, Civitas.

LISZT, FRANZ V. (s/f.): *Tratado de derecho penal*, vol. I, 3ª ed., Madrid, Reus.

MERLEAU-PONTY, M. (1964): "Nota sobre Maquiavelo", en *Signos*, Barcelona, Seix-Barral.

MIR PUIG, SANTIAGO (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Bosch.

MIR PUIG, SANTIAGO (1986): "Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva", en *Poder y Control*, núm. 0.

NINO, CARLOS SANTIAGO (1974): *Consideraciones en torno a la dogmática jurídica*, México, UNAM.

NINO, CARLOS SANTIAGO (1980): *Los límites de la responsabilidad penal*, Buenos Aires, Astrea.

NOVOA MONREAL, EDUARDO (1977): *Evolución del derecho penal en el presente siglo*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana.

NOVOA MONREAL, EDUARDO (1983): *Derecho, política y democracia*, Bogotá, Temis.

POLITOFF, SERGIO (1984): "Postfacio", en *Hulsmann*, 1984.

RADBRUCH, GUSTAV (1959): *Filosofía del derecho*, 4ª ed., Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado.

RADBRUCH, GUSTAV (1962): *Arbitrariedad legal y derecho suprallegal*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

RADBRUCH, GUSTAV (1978): *Introducción a la filosofía del derecho*, México, F. C. E.

RADBRUCH, GUSTAV (1980): *El hombre en el derecho*, Buenos Aires, Depalma.

RAWLS, JOHN (1979): *Teoría de la justicia*, Madrid, F. C. E.

RAZ, JOSEPH (1985): *La autoridad del derecho*, México, UNAM.

REYES ECHANDÍA, A. (1986): "Legislación y seguridad nacional en América Latina", en *Poder y Control*, núm. 0.

ROCCO, ARTURO (1978): *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Temis.

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ, J. (1981): "La detención preventiva y los derechos humanos en derecho comparado", México, UNAM.

ROXIN, CLAUS (1972): *Política criminal y sistema de derecho penal*, Barcelona, Bosch.

RUDOLPHI, JOACHIM (1975): "Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico", en *Nuevo Pensamiento Penal*, núms. 5-8, Buenos Aires, Depalma.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1984): *Penología parte especial*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.

SANDOVAL HUERTAS, E. (1985): *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis.

SOLER, SEBASTIÁN (1956): *Fe en el derecho y otros ensayos*, Buenos Aires, T.E.A.

STEIN, EKKEHART (1973): *Derecho Político*, Madrid, Aguilar.

TAMAYO Y SALMORAN, R. (1983): *La jurisprudencia y la formación del ideal político*, México, UNAM.

TERRADILLOS, JUAN (1981): *Peligrosidad social y Estado de derecho*, Madrid, Akal-Universitaria.

TRIEPEL, HEINRICH (1974): *Derecho público y política*, Madrid, Civitas.

TUTTLE, JAMES C. (Ed.) (1981): *Los derechos humanos internacionales*, México, Noema.

UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN (Ed.) (1984): *Criminología crítica*, I Seminario, Medellín.

VASAK, KAREL (1974): *Le droit international des droits de l'homme*, Academie de Droit International, Extrait de Recueil des Cours, vol. IV.

WELZEL, HANS (1962): "Ley y conciencia", en *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, Córdoba, Argentina.

- WELZEL, HANS (1970): *Derecho penal alemán*, 11ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WELZEL, HANS (1971): "El problema de la validez del derecho", en RADBRUCH-SCHMIDT-WELZEL, *Derecho injusto y derecho nulo*, Madrid, Aguilar.
- WÜRTEMBERGER, THOMAS (1965): *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, Giuffrè.
- ZAFFARONI, E. R. (1980): *Tratado de derecho penal*, parte general, vol. 1, Buenos Aires, Ediar.
- ZAFFARONI, E. R. (1984): *Sistema penal y derechos humanos en América Latina*, Primer Informe al Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Buenos Aires, Depalma.
- ZIPP, HEINZ (1979): *Introducción a la política criminal*, Buenos Aires, Edersa.

SECCIÓN DE CRIMINOLOGÍA