

¿ES LA JUSTICIA EXTRAÑA A LA LÓGICA DEL DERECHO PENAL?

(A propósito del holocausto judicial de Bogotá o la apoteosis de la irracionalidad práctica)

Dr. JUAN FERNÁNDEZ CARRASQUILLA**

—I—

“Alto al fuego ...Es una cuestión de vida o muerte... Repito: es una cuestión de vida o muerte, que cese inmediatamente el fuego (y comience el diálogo)”.

Estas fueron las últimas y angustiosas palabras conocidas del profesor ALFONSO REYES ECHANDÍA, sacrificado inútilmente en el sangriento holocausto judicial del 6 y 7 de noviembre de 1985 en Bogotá. Él, a quien todos los penalistas colombianos tendríamos que llamar *Maestro*, murió buscando el diálogo, liberal y democrático, con fuerzas caóticas y oscuras de un movimiento anarquista, junto con el más joven y promisorio de los penalistas criminólogos del país, el profesor EMIRO SANDOVAL HUERTAS. A su lado perecieron asimismo varios de nuestros más destacados y democratas jurisconsultos: DARÍO VELÁSQUEZ GAVIRIA, FABIO CALDERÓN BOTERO, MANUEL GAONA CRUZ, CARLOS MEDELLÍN y otros más, cuyos nombres permanecerán por mucho tiempo en la memoria nacional y en los anales trágicos de la justicia latinoamericana. Todos ellos estuvieron seguramente de acuerdo con el sentido de las palabras postreras del presidente de la Corte Suprema de Justicia, doctor REYES, pero estoy seguro que EMIRO y él hubieran compartido del mismo modo, de haber sobrevivido, el sentido metafórico que aquí vamos a darles, pues ambos asumían la *actitud crítica* en derecho penal y poseían una recia vocación democrática.

El prementado y alegórico sentido *ad hoc* de las palabras finales del profesor REYES es el de que la “actitud crítica” en derecho penal comporta algunos cambios en la “tradicional actitud metódica, ideológica y política del juez y del jurista frente a los fenómenos criminales (cuestión criminal), hoy más menesterosos que nunca de un “diálogo” (de una dialéctica) entre las llamadas fuerzas del crimen (siempre de algún modo subversivas del orden establecido que, como se sabe, no es siempre

* Este trabajo es un desarrollo amplio de algunas ideas expuestas en mi colaboración para el Número-Homenaje (núms. 27-28) que la *Revista Derecho Penal y Criminología*, de la Universidad Externado de Colombia, ha organizado recientemente. De manera anticipada se ha autorizado su publicación en la *Revista Poder y Control* de Barcelona, España, en su número 0, dirigida entre otros por los distinguidos profesores JUAN BUSTOS RAMÍREZ y ROBERTO BERGALLI.

** Magistrado de la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín. Profesor de Derecho Penal General en la U. de Medellín.

o tal vez nunca el mejor de los órdenes posibles para una determinada organización social) y los voceros o representantes oficiales de la denominada democracia liberal en un Estado que, como el colombiano, se precia de ser republicano y democrático, individualista y liberal (C. N., arts. 1º, 2º, 16 y ss., 53, 55 y 214-15).

No se trata, obviamente, de una conversación entre los criminales mismos y el gobierno, o entre aquellos y los jueces, sino de la dialéctica que debe jugar la ciencia penal, si quiere ser decorosa y decente, justicial y libertaria, en el conocimiento de su objeto específico que, como tanto se ha dicho recientemente, no lo es tan solo el derecho penal positivo, sino también el sistema penal (sistema de la justicia penal) en su totalidad¹. Ni al derecho, ni a la ciencia del derecho, ni al jurista pueden serles indiferentes los supuestos y consecuencias de las normas e instituciones del control penal sobre la realidad de la vida socio-histórica, esto es, en definitiva, sobre las personas que las sufren o que las manejan y a veces hasta las manipulan. Si la pena criminal es el mal o el daño más grave y aflictivo que el Estado de derecho puede infligir a los súbditos (que son ciudadanos y destinatarios por lo menos del precepto penal o "norma secundaria" penal, en el sentido de Kelsen), entonces esa pena tiene que ser también el último recurso estatal en la lucha por la preservación y el incremento de los bienes, valores e intereses del orden establecido (*statu quo*)².

En todo caso, el mejor homenaje que puede tributarse a los ilustres amigos desaparecidos, es el de seguir adelante con su obra. La tragedia del Palacio de Justicia fue una masacre ilógica e injusta. El revivirla ahora no puede tener otro objetivo que el de meditar sobre su sentido aleccionador para el futuro, a fin de que hechos así no se repitan, pues desde antiguo está dicho que *al bien se responde con el bien y al mal con la justicia* (no con la injusticia). ¿O es acaso el poder del Estado algo que, a semejanza de la vara del rey Midas, todo lo que toca se convierte en derecho y, más aún, en derecho justo? ¿O tiene quizás alguien el ominoso poder de convertir el entuerto en derecho, en bien y norma el crimen o la violencia en paz? Y, en fin, ¿seguirá siendo, en nuestra democracia liberal y representativa y en nuestro pregonado Estado de derecho, peligrosa la verdad?

El holocausto judicial de Bogotá es una tragedia de magnitud enorme, pero posee un sentido esencial que le es común con acontecimientos de nuestra vida cotidiana que, no por investir una gravedad infinitamente menor, dejan de ser importantes y, en un sentido cualitativo o cuantitativo, siempre también esenciales para la coexistencia humana. Las conductas que desencadenaron esa tragedia no

¹ Esto, para no extender ese objeto a todo el control social, tal como quiere hacerlo la criminología crítica (cfr. el volumen *Criminología crítica - 1 Seminario*, Universidad de Medellín, 1984, en especial ensayos de BARATTA, BERGALLI y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, así como la réplica de E. NOVOA MONREAL, "¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?", en *Doctrina penal*, núm. 30, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1985, págs. 203 y ss.). Sobre el concepto de "sistema penal", véanse, sobre todo, E. SANDOVAL HUERTAS, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Edit. Temis, 1985, págs. 5-6, y E. R. ZAFFARONI, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1984, págs. 7 y ss.

² HANS KELSEN, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, Unam, 1969, págs. 71-72, y J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal fundamental*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 69-70.

son, de ninguna manera y en ningún sentido, lógicas ni justas. Las razones por las que ellas y hechos de su misma naturaleza *no tienen, ni jurídica ni políticamente, un sentido lógico de verdad ni un sentido axiológico de Justicia*, serán precisamente el tema de las reflexiones que siguen.

—II—

El derecho penal no es una cuestión de mera técnica jurídica. Todo lo contrario: él no solo parte de ciertos presupuestos sociales y políticos, sino que también produce delicadas consecuencias sociales y políticas, además de la injerencia más severa del Estado en los derechos del individuo. El método de la ciencia juridicopenal no es tan solo el de la lógica formal (propia de todo pensamiento racional), sino también el de la *lógica material de los valores* (que atañe a todo pensamiento ético y cultural)^{2 bis}, y esto, no al modo tradicional de dos lógicas diferentes, que bien podrían emplearse juntas o separadas, y una de las cuales podría a veces auxiliar a la otra, sino al modo de un método estrictamente unitario de carácter lógico-valorativo, único que se adecua a la estructura del objeto de estudio de dicha ciencia (que lo es el derecho penal positivo en la dinámica del sistema penal a que corresponde).

El tratar los asuntos del derecho penal como algo meramente técnico-jurídico, formal y normativo³, no solo produce y pronuncia el alejamiento de la ciencia penal con respecto a la realidad social, como piensan algunos de los críticos del llamado tecnicismo jurídico, sino que también y sobre todo es un método o modo de enfoque de la cuestión criminal que estimula y responde a una ideología para la cual ese alejamiento representa lo deseable o "correcto". La ideología dominante, en efecto, tiene interés en que mantengamos los ojos fijos en el mundo de los principios y de los ideales para que no los dirijamos a la terrible y dolorosa realidad sociopolítica del sistema penal y de la pena⁴. En verdad, solo si no nos percatamos de esta realidad, cruda y cruel, es posible seguir creyendo que el mejor derecho penal es el más refinado teóricamente, el que más (o privativamente) se atiene a la lógica jurídica formal y se limita, por tanto, al preciosismo de la construcción sistemática. Para decirlo con la parodia de una frase que, en Colombia y en otro contexto hizo famosa el poeta Valencia, ya no es posible sacrificar un mundo o el individuo para salvar o pulir la construcción sistemática. No significa esto, ni aún remotamente, que lo correcto e indicado sea renunciar a las interpretaciones y soluciones lógicas y abandonarse a un derecho penal intuitivo y asistemático, irracional, casuístico y facilista (o simplista), desprovisto de criterios generales para las decisiones igualitarias o justas (conforme a la regla) de los casos, sino que sistema y justicia debe coimplicarse y colimitarse de tal modo que la resultante sea precisamente un *sistema de justicia penal* y no cualquier otra cosa.

(2 bis) Cfr. H. H. JESCHECK, *Tratado de derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1981, I, 59.

³ Es esto lo que, con relación a toda la ciencia jurídica, propugna y practica el positivismo jurídico. Cfr. ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Bogotá, Edit. Temis, 1978, págs. 8 y ss., y también H. KELSEN, *Teoría pura del derecho*, 2ª ed., Buenos Aires, Eudeba, 1960, págs. 15-16.

⁴ Cfr. M. MERLEAU-PONTY, "Nota sobre Maquiavelo", en *Signos*, Barcelona, Ed. Seix Barral, 1964, pág. 279.

En este sentido se habla hoy, en cambio, de que el rigor de la coherencia lógico-sistemática debe ceder ante la "conveniencia" politicocriminal de los efectos sociales y políticos de una interpretación o de una teoría jurídicopenal⁵. Esto no tiende ciertamente a desterrar la lógica de la interpretación de las normas penales y de la construcción del sistema de derecho penal, pues semejante pretensión resultaría irracional y anticientífica (propiciando de nuevo, de consiguiente, la arbitrariedad y la desigualdad en la administración de la justicia penal)⁶, sino a erradicar la idea perniciosa de que el derecho penal es algo meramente teórico y a construir precisamente un derecho penal *práctico*, esto es, como ciencia práctica que provoque y se dirija a una administración de justicia verdaderamente equitativa y razonable, que no está dispuesta, además, a sacrificar de modo inútil o innecesario la libertad o las legítimas aspiraciones democráticas del individuo. No cabe duda que resulta preferible alguna defección lógica a la comisión de una injusticia, o al estrujamiento en la práctica de los ideales democráticos de libertad y justicia. Una teoría jurídicopenal con alguna falla lógica es en verdad mucho menos pecaminosa o nociva, con tal que sea justa (y siempre que se conserve como *teoría*, de suyo general), que una práctica inequitativa, violatoria de los derechos humanos o corruptora de los límites o proporciones de racionalidad que constituyen la sustancia de los gobiernos republicanos y los regímenes democráticos.

Aunque la lógica del derecho penal es indispensable para que pueda existir algo que merezca el nombre de "sistema de derecho penal" y este es prerequisite *sine qua non* de una administración de justicia igualitaria, predecible y controlable, ninguna lógica podrá justificar nunca el tratamiento del hombre como objeto o como máquina, o la declinación de los amparos constitucionales e internacionales del individuo. Hay valores que no pueden ser estrujados con ninguna lógica porque son más importantes que el valor de la coherencia interna de una construcción teórica. Es decir: existe, en el Estado de derecho social y democrático, una prevalencia o primacía de la lógica material de ciertos valores fundamentales sobre la lógica formal de ciertas interpretaciones o construcciones.

El derecho penal, como el derecho en general, es una disciplina científica pero valorativa. De consiguiente, el "valor de verdad" de una proposición jurídica (su calidad de verdadera o falsa), no depende exclusivamente de su coherencia lógico-formal sino también o en primer término de los valores materiales que contenga, realice o posibilite⁷. La verdad jurídica es una verdad valorativa o axiológica y no una verdad meramente lógico-formal. El carácter práctico del derecho penal, pues, no solo remite esta disciplina a la filosofía práctica y por ende a una teoría del actuar humano justo e injusto, como signa WELZEL⁸, sino que alcanza a la

⁵ Cfr. C. ROXIN, *Política criminal y sistema del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1972, págs. 26 y ss.

⁶ Cfr. E. GIMBERNAT ORDEIG, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal?", en *Estudios de derecho penal*, Madrid, Ed. Civitas, 1981, págs. 126 y ss. (Hay también edición en bolsilibros de Ed. Temis, Bogotá).

⁷ Véanse: E. R. ZAFFARONI, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973, cap. I, págs. 19-30, y *Manual de derecho penal*, 4ª ed., Buenos Aires, Ediar, 1985, págs. 31-40.

⁸ HANS WELZEL, *Derecho penal alemán*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1970, pág. 11.

constitución misma del derecho penal como tal disciplina científica (científico-valorativa). En derecho penal, por tanto, no es verdadera una solución injusta. Como enseña COSSIO, el panorama de la verdad jurídica es y no puede ser otro que la justicia que esa solución cristalice o promueva⁹. Este "valor de verdad" verdadero o justo de la solución se remite por excelencia a la decisión judicial, pero alcanza a las proposiciones del jurista porque estas no hacen más que proyectar su pretensión de verdadera justicia hacia la futura solución del caso por el juez penal. Al fin y al cabo, como el derecho es un fenómeno cultural, la valoración es intrínseca al dato jurídico y no podría dejar de serlo con respecto a las proposiciones y teorías del científico del derecho.

Palmariamente, en este contexto la palabra *justicia* es tomada en la acepción amplia de realización de los valores jurídicos, con los que el derecho penal es constituido como teoría y limitado (regulado) como práctica. *Estos valores no son puramente ideales, sino valores jurídicos positivos, esto es, reconocidos por el ordenamiento jurídico, de manera especial por la Constitución Nacional y los tratados públicos*. Excelentes ejemplos para Colombia lo son, en este orden de ideas, el título III de la Carta, la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 (ONU), la ley 74 de 1968, aprobatoria del Pacto internacional sobre derechos económicos, sociales y culturales (Nueva York, 1966) y la ley 16 de 1972, aprobatoria de la Convención americana, sobre derechos humanos (San José, 1969). Necesariamente, dichos instrumentos tienen prevalencia sobre las otras leyes o normas, como también la tiene, en nuestro sentir, el título primero (arts. 1º al 12) del C. P. colombiano de 1980^{9 bis}.

Despréndese de lo anterior que el tecnicismo jurídico y la dogmática panlogista, en cuanto se atienen a la lógica formal, solo están en capacidad de proporcionarnos verdades a medias, incompletas, deficientes y, como tales, peligrosas o directamente nocivas. Sin renunciar a los logros ni al método técnico-jurídico, que es el más propio de la dogmática, la verdad jurídicopenal solo puede alcanzarse integrándolo a la lógica material de las valoraciones político-criminales que están en juego los derechos humanos, las garantías constitucionales y legales y los ideales de legitimidad, racionalidad (proporcionalidad, claridad, igualdad, seguridad), libertad y justicia del Estado de derecho social y democrático.

El derecho no es, tampoco el derecho penal, una ciencia exacta ni una ciencia natural o experimental. Ella, en efecto, no puede aplicar el método matemático ni es susceptible de experimentación o verificación empiricosensorial. Las ciencias jurídicas emplean sobre todo el método racional deductivo, pero no pueden, sin embargo, limitarse a este, pues poseen una necesaria remisión a la realidad y a la experiencia sociales. El derecho es una realidad compleja que consta indivisiblemente (sin perjuicio del análisis conceptual) de hechos, valores y normas, como ha destacado sobre todo REALE¹⁰. La ciencia del derecho no es, a su turno, una

⁹ CARLOS COSSIO, *Teoría de la verdad jurídica*, Buenos Aires, Edit. Losada, 1954, págs. 241 y ss., y *El derecho en el derecho judicial*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1967, pág. 166.

^{9 bis} Véase J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Derecho penal...*, ed. cit., págs. 342-43.

¹⁰ MIGUEL REALE, *Introducción al derecho*, Madrid, Ed. Pirámide, S. A., 1977, págs. 65 y ss.

mera especulación sobre las normas jurídicas, su interpretación y organización sistemática, sino también una reflexión sobre las realidades sociales, económicas y políticas que las normas de derecho presuponen y sobre las que pretenden actuar o influir de modo regulativo¹¹.

Ahora bien, las normas del derecho positivo no influyen sobre la conducta humana determinándola de una manera directamente causal. Por esto los problemas sociales no se remedian con la sola modificación de las normas jurídicas o la legislación. El derecho positivo pretende regular la conducta humana social, no como un factor causal (pues ninguna de ellas pertenece al reino de la naturaleza), sino como una fuerza de sentido que tiende a motivar, esto es, a persuadir en torno a determinados valores (valores del orden jurídico) y que si no logra persuadir en cuanto al valor, es decir, *obligar*, lleva insita la disposición y la capacidad para imponer por la coacción (fuerza pública o sanción coactiva) la conformidad de las acciones externas de los destinatarios con sus modelos o tipos. El derecho encarna una alianza singular y simbiótica entre valores y fuerza, alianza que se opera únicamente en el seno del Estado (y, con menor poder y generalidad, al interior de otras comunidades o instituciones que, como tales, no pueden supervivir sino a la sombra del poder estatal y en todo caso dentro de la órbita del Estado).

De otra parte, el derecho positivo no conceptualiza o regula objetos meramente ideales o espirituales, sino los fenómenos del "derecho en acción", que son realidades sociales y culturales y no naturales, ideales o metafísicas¹². El "derecho en acción", puede decirse, es el conjunto de las acciones desplegadas por los individuos sometidos al derecho vigente, incluidos desde luego los órganos del Estado. Todas esas acciones son, por definición, acciones sociales, es decir, de interferencia intersubjetiva¹³, acciones externas¹⁴ del individuo capaces de afectar positiva o negativamente la esfera de libertad jurídica de otros sujetos. En el campo penal, esas acciones son sobre todo los delitos, pero también las penas y las actividades de los órganos estatales encaminadas a la prevención y represión, así como a la persecución de las conductas dañosas que la ley define como infracciones punibles (delitos o contravenciones) y a la ejecución de las penas impuestas por los jueces, o sea, en general, todos los medios del control penal y su despliegue. Estas son, por tanto, las cosas del "derecho penal en acción" que la ciencia del derecho penal, sin dejar de ser dogmática, no puede renunciar a estudiar, pues hacen parte constitutiva de su objeto.

Desprendidas del "derecho penal en acción", las proposiciones juridicopenales no pueden ofrecer una interpretación correcta del derecho positivo vigente, pues por definición éste no se reduce a normas, sino que consta de normas y acción,

¹¹ J. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, *Antropología de la libertad*, Universidades Simón Bolívar y de Medellín, Bogotá, Ed. Tercer Mundo, 1979, II, págs. 287 y ss.

¹² COSSIO, *El derecho...*, cap. 1, y ALF ROSS, *Sobre el derecho y la justicia*, Buenos Aires, Edit. Eudeba, 1963, págs. 17 y ss.

¹³ G. DEL VECCHIO, *Filosofía del derecho*, 9ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1969, págs. 320 y ss.

¹⁴ F. CARRARA, *Programa de derecho criminal*, vol. 1, §§ 13 y 28, Bogotá, Edit. Temis, 1971, págs. 38 y 47-48.

valores y fuerza. Esto muestra, la insuficiencia del tecnicismo jurídico, según se ha indicado, pero al propio tiempo también la del clasicismo penal y el positivismo jurídico en general, pues en ellos el derecho penal se agota como ejercicio especulativo y racional de la lógica abstracta y la deducción formal. Por buenas que fueran las ideas de los clásicos del derecho penal sobre la libertad y su protección, el individuo y su amparo frente al poder punitivo y policial del Estado, la justicia o razonable proporcionalidad de las penas criminales, la dignidad y autonomía ética de la persona humana, etc., su sistema de derecho penal tenía que resultar incompleto y deficitario con respecto a la realidad historicosocial, cuando no francamente reñido con esta o increíblemente apartado de la misma. Yace aquí la grave falla metódica de los clásicos. Entre tanto, la gran falla de la escuela penal positivista ha de cifrarse en el error contrario, pues ella se empeñó en no ver en el derecho sino las partes empíricas de los fenómenos del "derecho penal en acción", motivo por el cual pudo tratar los asuntos penales como si fuesen asuntos físico-causales, simples materias de "física social" (COMTE, FERRI), con lo que necesariamente dejó escapar tanto el sentido espiritual como la dinámica social del derecho.

Puede entonces concluirse que, dentro de una escala de valores (ideal o positiva), el carácter justo de una solución legítima o al menos permite tolerar jurídica y éticosocialmente el que dicha solución no posea, en el contexto teórico que la soporta, una estricta coherencia lógica o una impecable compatibilidad formal con el sistema en que teoría y solución se inscriben. La política criminal¹⁵ no puede tener vacilación alguna para elegir entre la justicia (equidad) y la pureza lógica en la aplicación de los principios y las normas del derecho penal. En cambio, la injusticia no es tolerable o permisible en modo alguno, pues si en algunos casos resulta ser una consecuencia de la aplicación rigurosa de la lógica formal, aparece en todos desechada por la lógica material de los valores jurídicos y las más elementales exigencias de la política criminal liberal que caracteriza al Estado de derecho social y democrático. Esto no puede significar, sin embargo, el abandono de la lógica y la racionalidad en la tarea de interpretar y aplicar el derecho penal positivo vigente en un país determinado, ni siquiera su relegación a un plano secundario o a una función inesencial. Solo quiere ello decir que en caso de conflicto entre la estricta lógica formal y la justicia material que el ordenamiento jurídico sustenta, la solución no puede estar sino de parte de la última. Pero conviene en todo caso no perder de vista que regularmente van aparejadas la lógica del sistema del derecho penal y la justicia de su praxis, siendo la lógica la que en verdad hace real y efectivamente posible que el derecho penal se aplique, sistemáticamente, con justicia y equidad y también con razón, aunque en realidad solo de la conjugación de lógica y justicia puede derivar una razón a la vez necesaria y suficiente para las decisiones jurídicas. Los fenómenos culturales son más complejos que los naturales y el pensamiento sobre ellos tiene también que serlo. Pues, para devenir correcta, una proposición eticocultural tiene que ser lógicamente verdadera y axiológicamente acertada. Las

¹⁵ Cfr. H. ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Madrid, Ed. Edersa, 1979, págs. 4-9.

proposiciones jurídicas, de consiguiente, tienen que ser tan verdaderas como justas, ya que si no son verdaderas no son justas y si no son justas tampoco son verdaderas.

La dogmática penal y la política criminal tienen que hallar constantemente el equilibrio dinámico entre una *lógica justa* y una *justicia racional*. Solo cuando la lógica del sistema de derecho penal, que es la misma lógica de la creación, interpretación y aplicación de las normas penales, no conduzca a soluciones o situaciones injustas, ni la justicia (teórica del jurista y práctica del juez) dependa de planteos ilógicos o de argumentos inconscientes, puede aseverarse que la ciencia penal ha logrado ese equilibrio. Pero este, que es de naturaleza jurídico-política, no será fácil de alcanzar o mantener, preservar o desarrollar mientras las normas penales no sean ellas mismas lógicas y justas. Sin embargo, se requiere también que los protagonistas oficiales del derecho penal en acción, tanto como los científicos y políticos del derecho, hagan indeclinable su vocación por la lógica de la justicia, que es la razón de la ciencia del derecho y al mismo tiempo de la administración de justicia, y pongan en ella al ahínco y apremio que suelen cifrar en la racionalidad o *justicia de la lógica*. Trátese del pensamiento o la acción, la ciencia o la justicia, la lógica como tal es implacable con el "valor de verdad" verdadero o falso de los juicios, las proposiciones y los razonamientos, las conductas, los procedimientos y las valoraciones (empíricas o positivas). Como es patente, la lógica de la praxis de la justicia humana sobre la tierra no puede ser total y exclusivamente la misma lógica pura, ideal, abstracta y formal del pensamiento en sí. Lo curioso es que los positivistas, habiendo tenido que admitir el carácter normativo de la ciencia del derecho, hayan creído posible que se practicara sin una lógica normativa, o, lo que es igual, que la lógica formal del discurso racional fuera suficiente también en la indagación y realización de los fenómenos del valor y del sentido, la vida y la cultura, la conducta humana y el espíritu, la libertad y la historia.

La construcción del sistema de derecho penal sigue siendo, pues, condición esencial de posibilidad y al mismo tiempo garantía de justicia en la aplicación de las normas penales. Los conflictos eventuales entre lógica y sistema, de un lado, y aplicación justa o consecuencias politicocriminalmente admisibles y satisfactorias, del otro, no autoriza a pensar en un derecho penal de corte intuicionista, irracional y asistemático, pues en este la injusticia, no aparecería ya como una eventualidad remota y aleatoria, sino, al contrario, como su regla general. Un derecho así no podría traducirse sino en la arbitrariedad, la desigualdad, el capricho, la improvisación y el caos en la administración de la justicia penal, características que de veras no son lógicas (rationales) ni justas (positivamente valiosas para un derecho demoliberal y un régimen republicano de gobierno, como tampoco, por lo demás, para un sistema axiológico compatible con el ideal de racionalidad propio de la civilización occidental).

Para evitar la regularidad y generalidad de la injusticia (iniquidad) en las decisiones judiciales que aplican las normas del derecho penal, se exige precisamente la construcción del sistema, pues este tiende por naturaleza y antonomasia a tornar clara, inteligible, consecuente y casi transparente la legislación penal, haciendo en simultaneidad que las decisiones judiciales se vuelvan previsibles y racionales. En

orden a impedir que el rigor del sistema, por mera exigencia lógico-formal, arrastre a la realización judicial de una injusticia, debe aquel ser moderado o atemperado. Pero como la lógica misma no conoce este control o límite, él debería al parecer serle en principio impuesto desde "afuera" por la política criminal, aunque en verdad tiene que ser efectivamente aportado desde "adentro" por la lógica material de los valores jurídicos positivos, sobre todo de los que son considerados fundamentales e imprescindibles por el ordenamiento jurídico mismo o por sus instrumentos de mayor jerarquía (constitución y convenios internacionales, normas rectoras y normas de garantía).

Es cierto que la pretensión de verdad es inseparable de la ciencia en cuanto tal, y por tanto también de las ciencias jurídicas; y que dicha pretensión está ligada de modo indisoluble a la observancia de las reglas metodológicas de la ciencia de que se trate, reglas que en el campo del derecho, por el carácter racional deductivo de las disciplinas que lo estudian, no pueden ser sino las de la lógica formal y las específicas de la construcción jurídica. Pero también es verdad que la ciencia jurídica es una disciplina logicoaxiológica y no meramente logicosistemática, ya que el objeto sobre que versa no pertenece al mundo ideal del pensamiento puro sino al mucho más complejo y delicado mundo de los objetos culturales frente a los que, estrictamente, como señala COSSIO, el método de conocimiento no es el lógico deductivo, sino el empírico dialéctico; y el acto gnoseológico que los capta no es, como en la lógica y la matemática, la intelección, sino la comprensión, lo que parece aceptado al menos desde DILTHEY¹⁶.

De esta manera aparece fundado, del modo más estricto, que la injusticia penal nunca es jurídicamente obligatoria ni puede poseer un "valor de verdad" verdadero con respecto al valor de la norma que, al fin y al cabo, es una *proposición directiva* (que pretende influir sobre la conducta de los asociados) y no un *enunciado* (juicio que expresa un estado de cosas)^{16 bis}, pues no solo, como tal, no es justa, sino que tampoco es lógica ni legitimable. Del mismo modo, el sistema del derecho penal es necesario pero no suficiente y la "dialéctica" propia del método juridicopenal es el juego armónico, en su seno, de lógica formal (sistema) y lógica material de los valores positivos del ordenamiento jurídico: un cierto orden, una cierta paz, una cierta justicia..., una libertad digna, una esperanza abierta y una dignidad a todo trance entera e irrenunciable. Esto quizás podría o incluso debería conducir a la admisión del aserto de que la ciencia del derecho penal (como la del derecho en general) está regida por una *lógica normativa* que, como lógica material de los valores jurídicos, es propiamente la lógica "formal" del discurso jurídico-normativo. Es así por completo natural e inevitable que las proposiciones de la ciencia jurídica no estén supeditadas únicamente a la confrontación con su "valor de verdad" *lógico* (carácter verdadero o falso del enunciado o del juicio), sino,

¹⁶ C. COSSIO, ob. y lug. cit., y W. DILTHEY, *Introducción a las ciencias del espíritu*, 2ª ed., Madrid, Ed. Alianza Universitaria, 1980, págs. 112 y ss., y 533 y ss.

^{16 bis} A. ROSS, *Sobre el derecho...* págs. 6-8 y *Lógica de las normas*, Madrid, Edit. Tecnos, 1971, págs. 17-18 y 77.

al mismo tiempo e indisolublemente, a la verificación de lo que podría llamarse su "valor de justicia" o "valor con respecto al valor" o "valor de verdad" *normativo* (calidad de justa o injusta de la proposición misma y de sus consecuencias prácticas en la vida social, tanto para la comunidad como para el individuo, habida cuenta del modo que asuma el orden jurídico mismo para resolver los conflictos de intereses entre aquella y este). En una disciplina así, el *summum* de la lógica sí puede ser el *summum* de la injusticia. Esto no puede, en cambio, predicarse del derecho en cuanto tal y en cuanto de alguna manera justo, en la medida en que se entienda bien la complejidad de su estructura, lo que no pudo haber estado expedito para los romanos cuando pronunciaron la sentencia *summum ius summa iniuria* que, sin embargo, no podía significar ni ha significado jamás algo distinto de la preponderancia de la justicia, núcleo del derecho, sobre la lógica formal (que sin duda es el factor prevaleciente en la interpretación meramente gramatical y en el "método jurídico" propuesto por el positivismo jurídico). Al fin de cuentas, las leyes de la lógica formal están construidas para el pensamiento y el lenguaje ordinarios que se refieren sobre todo a la naturaleza o fenómenos del ser (o para las representaciones ideales o puras de aquellos), de ninguna manera y específicamente para el pensamiento y el lenguaje terrenales de los valores o de los fenómenos culturales, constituidos esencial y originariamente por el "deber ser" (que no es necesidad sino libertad y tampoco facticidad sino sentido encarnado).

A pesar de todo, puede seguir siendo cierto que la peor ley tiene más fuerza que la mejor doctrina, pero también se patentiza que ninguna ley, en cuanto pretenda ser o seguir siendo norma de derecho, puede valer por encima de la justicia (al menos de la justicia como plexo positivo de valores constitucional, e internacional), es decir, por encima o en contra de una proposición *jurídica* cuyo "valor de verdad" lógico-normativo sea *verdadero*, esto es, *justo*.

—III—

Cabe observar que el planteamiento central de este ensayo no equivale en forma alguna a la tesis citada de ROXIN, según la cual el razonamiento dogmático debe ser permeado y corregido por las exigencias de la política criminal, pues estas últimas carecen de articulación conceptual y dejan por tanto la corrección en buena parte librada al criterio subjetivo del juez, con gran incertidumbre para el ciudadano y para la propia comunidad jurídica. De otra parte, la política criminal solo provee pautas valorativas *aliunde* o externas, es decir, que no están ligadas de modo obligatorio a las normas que componen el orden jurídico positivo, de modo que no son vinculantes para el intérprete, lo que desde luego no quiere decir que sean inutilizables o indeseables para la práctica judicial y la hermenéutica jurídica en general.

La diferencia entre la posición citada de ROXIN y la que aquí se mantiene, se destaca con claridad y puede ser resumida en unos pocos puntos:

A) Se niega aquí la posibilidad de corregir las "injusticias" de la norma con criterios valorativos más o menos vagos y en todo caso externos al derecho positivo. Con ese planteo, que es el de ROXIN, el juez podría devenir creador de "derecho

libre", en desmedro de la seguridad jurídica (siempre esencial en el derecho penal), pues se postula que asuma la potestad de corregir, rectificar, modificar o restringir el derecho positivo a la luz de baremos estimativos que suministra la política criminal (pero, podría preguntarse, ¿la de quién?) y que el propio derecho objetivo no ha reconocido o recogido. Para nosotros, en cambio, el juez puede enmendar las injusticias de la norma únicamente por medio de los valores internos del ordenamiento jurídico en que esa norma se inscribe¹⁷, valores empírico-positivos que no pueden dejar de estar en el origen, fundamento, verdad y contexto de la norma porque esta no existe aislada o separada sino, precisa y privativamente, *inordinada* y por ende *subordinada* con relación a un sistema que, en conjunto, pretende la justicia por encima de todo, es decir, como valor supremo y rector, y en tal calidad es en principio aceptado o consentido por la generalidad de sus destinatarios.

Una valoración o principio político-criminal carece por sí mismo de fuerza vinculante para el juez y también de concreción y univocidad significativa para todo el mundo; lo primero, porque no es, o no es aún derecho positivo, sino predicación de un personal punto de vista político; y lo segundo, porque no ha sido *formulado* y aceptado de modo preciso y general. Desde que no hay exactitud en las ciencias, menos aún en las sociales, descuella como exótica aventura del pensamiento político moderno la idea de supeditar la seguridad y la certeza jurídicas a una formulación que, por carecer de evidencia inmanente y de comprobación universal (las que, por lo demás, son siempre imposibles, en términos absolutos, para el conocimiento humano), requeriría justamente de la fuerza prescriptiva del derecho positivo para suplir su inseguridad e imprecisión. En la administración de la justicia penal, que es el objetivo inexorable de la dogmática penal como ciencia práctica, lo que no se *impone* por la fuerza de la evidencia racional (que solo es propia de conocimientos indiscutibles, si los hay, o, metodológicamente, de supuestos indiscutidos, que no convienen al asunto) no puede *imponerse* más que por la fuerza obligatoria del derecho positivo. Dado que los principios politicocriminales de necesidad, utilidad y conveniencia (sociales) no se encuentran en ninguno de los dos casos, no pueden depender en su aplicación, de consiguiente, más que de las convicciones personales del juez, pero entonces la norma de derecho queda librada al arbitrio de este, que por esta vía se convierte nada menos que en legislador. Que el juez esté sometido al derecho positivo es algo que casi todos admiten, pero que deba la más estricta obediencia a la ley penal es un requerimiento del derecho escrito en casi todos los países civilizados del mundo contemporáneo. Por otra parte, que esta sea una exigencia politicocriminal es algo que aquí no cuenta, pues su observancia no depende de ello sino de su consagración como norma jurídica en casi todos los ordenamientos de nuestro tiempo.

B) Las valoraciones politicocriminales de ROXIN corresponden sin duda a la *axiología jurídica pura*¹⁸, que postula valores ideales que pueden ser válidos en

¹⁷ Un enunciado en cierta forma próximo, en E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, vol. I, Buenos Aires, Ediar, 1980, pág. 156.

¹⁸ C. COSSIO, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Buenos Aires, Edit. Abeledo-Perrot, 1964, págs. 562-63.

su orden, pero que no hacen parte del derecho positivo ni son por esto obligatorios. La justicia de la norma, en cambio, siendo como es el *summum* de los valores intrínsecos al derecho positivo vigente, pertenece a la misma norma jurídica y en todo caso al orden jurídico de que esta hace parte. Se trata aquí, pues, no de valores ideales sino "reales" y no puros sino "empíricos", que gozan de la misma positividad del derecho que los alberga en su seno y corresponden por tanto a la *axiología jurídica positiva* y por ende al campo de la ciencia o dogmática del derecho y no al menos específico y cierto de la filosofía y la política jurídicas. Cabe por esto postular que la ciencia del derecho (penal) no es simplemente una "dogmática lógica" ni una "lógica dogmática" (en el sentido formalista tradicional) sino, fundamental, originaria y esencialmente, una *dogmática axiológica*, o, mejor dicho, lógico-valorativa, pues no conceptualiza un objeto natural sino cultural¹⁹.

La dogmática penal, de consiguiente, no se reduce a confrontar los valores (ideales o positivos) de legitimidad con los hechos del "derecho penal en acción" y el funcionamiento fáctico del sistema penal ("control social punitivo institucionalizado", según el ya citado pensamiento de ZAFFARONI)²⁰. De modo especialísimo, ella debe compulsar también y constantemente los valores jurídicos positivos (que son las valoraciones empírico-contingentes e históricas que adopta el ordenamiento jurídico, siendo este impensable si no adoptara ninguna, ya que entonces sus normas no serían pautas valorativas de conducta, sino poder escueto) con los valores jurídicopolíticos ideales (de la democracia y el Estado de derecho, por ejemplo). No es, por tanto, que la política criminal traiga del cielo los principios para rectificar o hacer justa la aplicación de las normas penales en la tierra, sino que la norma penal, en cuanto jurídica y en cuanto penal, no existe ni es desde luego comprensible sin valoraciones y pretensiones axiológicas que el juez tiene que revivir o reconstituir al momento de su decisión y que por cierto no son meras aspiraciones a un valor ideal, sino ya una cierta realización de valores en la norma y en las conductas por esta mentadas. Solo por un lastre positivista, que huelga abandonar, la dogmática había "olvidado" ese contenido valorativo de las normas del derecho.

C) No se trata, entonces, de que la dogmática acuda o deba acudir a imprecisas o polémicas pautas ideológicas y extrajurídicas para corregir el derecho positivo u orientar su aplicación, sino que las normas a que se refiere deben ser comprendidas en su estructura valorativa y no meramente en su estructura lógico formal, ya que el valor lo llevan consigo en lugar de que les sea insuflado o "puesto" por alguien o por algo desde el exterior. Mientras los valores jurídicos positivos que el derecho introduce en el orden social como factor esencial de su configuración, sobre todo los fundamentales, no lleguen a estar en grave e insalvable contradicción con los valores jurídicos ideales, el juez y el intérprete no pueden acudir, sin grave daño para la seguridad jurídica, a criterios deontológicos extraños al ordenamiento jurídico.

¹⁹ *Ib.*, pág. 562, y H. H. JESCHECK, *ob. cit.*, págs. 58-59.

²⁰ Cfr. de E. BACIGALUPO: *Delito y punibilidad*, Madrid, Ed. Civitas, 1983, págs. 28-29 y ss.; *Manual de derecho penal*, Bogotá, Ed. Temis-Ilanud, 1984, pág. 24; "Sobre la dogmática penal y la criminología", en *Nuevo Foro Penal*, núm. 12, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 396 y ss., y "Sui dogmi della dogmatica penale", en *Dei delitti e delle pene*, núm. 2, 1983, págs. 245 y ss.

Nada de esto impide, sin embargo, que los juristas propugnen políticamente las reformas, derogaciones o creaciones que, desde su particular punto de vista, contribuirían a mejorar el derecho establecido y la sociedad a que se dirige, pero sin que esto comporte de algún modo confundir o refundir los puntos de vista de *iure condendo* o *lege ferenda* (que son los que señalan el derecho y la ley que deben crearse) con los criterios de *iure conditur* o *lege data* (atingentes al derecho y la ley que están vigentes o "dados").

Frente a los valores jurídicos positivos, inmanentes al ordenamiento jurídico en cuanto pretenda (y tiene que pretenderlo siempre de algún modo) entronizar un justo orden de derecho en la sociedad, el jurista no queda ni puede quedar maniatado para la crítica, la protesta o la proposición de instituciones o normas en algún sentido mejores; menos aún para brindar interpretaciones alternativas. Si el jurista, en cuanto intérprete del derecho vigente, quedara atrapado por las valoraciones historicopositivas de las normas y del ordenamiento a que pertenecen, no se habría dado un solo paso adelante con respecto a la ideología del más irrestricto y conservadurista positivismo jurídico, en cuyas garras, empero, no debería la humanidad caer de nuevo. De ser ello así, la propia dogmática, aun la más crítica, no podría cumplir un fin distinto de de la apología del sistema imperante, papel de conservación que para el derecho penal objetivo, y científico viene perfilando ahora el funcionalismo²¹. La "ciencia penal", por tanto, no sería en tales condiciones más que un discurso legitimante del sistema de poder, con lo que en verdad dejaría de ser ciencia y se convertiría en simple ideología.

El jurista, no obstante y por contraste, ha de jugar el papel de contralor ideológico y científico de los valores jurídicos: si en cada caso los valores jurídicos positivos son o no congruentes con los de rango superior (constitucionales o internacionales) y compatibles o no, y en qué grado, con los valores ideales del Estado de derecho social y democrático; si esos valores positivos se aplican y son efectivamente respetados, en la extensión y con la intensidad que en cada momento requieren el grado de desenvolvimiento social y ético cultural de la comunidad; si están enfrentados a contradicciones internas o deficiencias técnicas de reconocimiento y efectivación que puedan resolverse o suplirse internamente, etc. Es así como el científico del derecho, teniendo que desempeñarse a la vez como político del derecho (en cuanto ejerce una disciplina científico-valorativa), puede construir su sistema lógico-axiológico del derecho penal, mostrando a cada paso los flancos débiles y fuertes del sistema penal, resolviendo las contradicciones internas de normas y valoraciones conforme a una lógica que no por normativa deja de ser estricta y, en fin, promoviendo, ahora sí desde el punto de vista externo de la política criminal, los ajustes que deben efectuarse. Todo esto implica para el jurista, que en conjunto debe ofrecerle al juez un sistema articulado, serio y estable para la solución de los casos, una muy delicada y seria tarea y una muy elevada responsabilidad sociopolítica.

²¹ Cfr. de C. H. FRAGOSO, *Lições de direito penal-Parte General*, 6ª ed., Rio de Janeiro, Edit. Forense, 1984, pág. 13; y A. BARATTA, *ob. cit.*, pág. 15, e "Integración-Prevención: una 'nueva' fundamentación de la pena dentro de la teoría sistemática", en *Doctrina Penal*, núm. 29, 1985, págs. 3 y ss.

Se puede por este camino compartir, *mutatis mutandi*, el juicio de WELZEL: al atribuirle el papel de contralor y crítico del derecho vigente, que él debe asumir con honradez y modestia pero también con entereza, se ha confiado al científico del derecho la trascendental labor de decidir lo que del presente merece persistir y lo que hacia el futuro debe proyectarse. Con esto, igualmente, se le ha brindado la oportunidad de relacionarse con estructuras a las que también el legislador y el juez se encuentran vinculados, aunque hoy no pueda sostenerse que esas estructuras son "lógico objetivas" sino que deba, en cambio, destacarse su índole histórico-política²².

El derecho injusto puede quizás forzar, pero nunca realmente obligar: "La coacción coacciona pero no obliga. Solo un valor puede obligarnos y en este caso nos obliga éticamente". Pero cualquier derecho puede en verdad solo ligarnos a la observancia de una conducta externa que armonice con el orden social que aquél apoya, de ninguna manera constreñirnos a compartir sus valoraciones íntimamente. La heteronomía del derecho no es una supresión anodante de la autonomía de la conciencia ética del individuo. Este se mantiene y debe preservarse siempre y en esencia libre para aceptar en su conciencia o introducir en su "superyó" los valores en que la norma jurídica se inspira o que ella adopta o preconiza; está vinculado a la observancia externa de la norma como regla substancial del orden social en que convive, pero su conciencia moral o su sentido espiritual no están regulados o vienen impuestos o preseleccionados compulsivamente por normas jurídicas. Que para la eficacia del derecho sea mejor la aceptación de sus valores por la conciencia moral de los individuos, no dice nada sobre un posible interés legítimo del derecho a la conformación coercitiva de los contenidos de conciencia. En cuanto orden sociopolítico, el derecho positivo es regulador de la conducta social de los hombres, de ninguna manera "configurador del sentido espiritual" de la comunidad o del individuo. Por esto el derecho penal no es un instrumento de moralización, sino un dispositivo de ordenación de las conductas externas para evitar entre ellas ciertas interferencias consideradas por él mismo dañosas o peligrosas.

Quiere decir lo anterior que el derecho penal ha de concebirse como fundamentalmente protectorio de bienes jurídicos necesarios para la pacífica y ordenada convivencia social en la comunidad de que se trate y de ninguna manera como creador o fortificador de los valores éticosociales de conciencia (WELZEL y todo el subjetivismo juridicopenal que tras él se ha hipertrofiado a partir de la consideración como primordial del "desvalor de acto"). En cuanto a los valores, el derecho puede por sí mismo, y sobre todo por medio de los "aparatos ideológicos" del Estado, persuadir o convencer, jamás someter o sojuzgar. No porque la prevención del delito sea más efectiva y plausible cuando se funda en una motivación con respecto al valor y no en el simple temor a la pena, puede sostenerse que el derecho está legitimado para intervenir, con la pena o la coacción en general, en la conformación

²² H. WELZEL, *Más allá del derecho natural y del positivismo jurídico*, 1ª, ed. castellana, Córdoba, 1962, pág. 64, y "Lo permanente y lo transitorio en la ciencia del derecho penal", en *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, INCP, núm. 1, México, 1978, pág. 209.

de la conciencia ética de las personas. Para el derecho es lo mismo, lo que no ocurre con la moral, que sus prescripciones se cumplan con una conducta externa conforme a lo indicado, así solo parezca que la valoración ha sido aceptada internamente o incluso aparezca que ha sido rechazada. De otra manera, la "caza de brujas", y, en general, la persecución de herejes y disidentes no tendrían verdaderamente límites y en todo caso serían de nuevo siempre posibles y virtualmente legítimas. Todo el esfuerzo de los clásicos por deslindar moral y derecho para imponer límites objetivos y claros al poder político con respecto a la conciencia individual, habría desaparecido en el vacío y el retorno del absolutismo sería ahora simple cuestión de tiempo. No es así, por fortuna, y el sueño de los déspotas debe quedar sumido en el pasado, aunque siempre seguirá siendo peligrosa su intromisión, y de hecho muchas y nuevas vertientes ideológicas la traen y encubren. Salta a la vista por qué el derecho penal, por ejemplo, no puede allanarse a tesis que, como la de ZAFFARONI, fundan la culpabilidad por el hecho en la "comprensión" del injusto de este último, mucho menos si por añadidura entienden por "comprensión" la internalización o introyección (términos psicoanalíticos) de los valores jurídicos, o sea su conversión en pautas morales²³. La validez material del derecho es, frente al individuo, fuerza de valor, no fuerza de poder, que esta es su efectividad. Y si bien el derecho no puede imponer autoritariamente el contenido de sus juicios de valor, no por esto ha de renunciar a proponer criterios axiológicos como *prius* logicotemporal y sociopolítico de la coacción.

Como es claro, todo esto se encuentra demasiado lejos del positivismo (y sin embargo no representa una postura jusnaturalista), como quiera que postula un valor intrínseco a la norma, una aspiración de justicia consubstancial al orden jurídico, una dogmática logicovalorativa, una entidad cultural para el derecho como fenómeno social, una experiencia que trasciende de la nuda facticidad sensorial y un conocimiento que salta de la explicación a la comprensión y no hace de esta una instancia moral impuesta por el derecho positivo. Nada de ello se desprende, por el contrario, de las tesis roxinianas, o está ligado estrechamente a estas. Las doctrinas de ROXIN, como, en general, las nuevas vertientes politicocriminales del pensamiento jurídico-penal, poseen sin duda muy buenas intenciones, pero podrían conducir a estadios catastróficos de incertidumbre y arbitrariedad, porque en ellas la valoración es externa y subjetivista y la justicia, por tanto, aleatoria²⁴.

En este orden de ideas, no podría jamás perderse o volverse a perder de vista que norma y valor (lógica y justicia) son tan inseparables como norma y sanción coactiva (poder legítimo), ya que se trata de una misma e irrompible estructura dinámica de "deber ser". La norma es, en efecto, valor que debe ser (habida cuenta de que se trata de algo humano y como tal de alguna manera siempre deficiente o imperfecto), pero también conducta que "debe ser" y poder que "debe ser", porque a) "debe ser" la prestación y no "debe ser" su correlato, el entuerto, y

²³ E. R. ZAFFARONI, *Tratado de derecho penal*, vol. IV, Buenos Aires, Ediar, 1982, págs. 88-90 y 91 y ss.

²⁴ Por todos, M. COBO DEL ROSAL-T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal*, Parte general, Universidad de Valencia, 1984, págs. 117-21.

b) dado que sea el entuerto (la no-prestación) "debe ser" la sanción coactiva, pero no "debe ser" su correlato, la fuerza bruta o la retaliación desbordada. De consiguiente, se ve que es triple la estructura del "deber ser" de la norma, con un sentido positivo y otro negativo en cada momento:

1) "debe ser" la norma como valor, esto es, la justicia, pero no su desvalor, la injusticia;

2) "debe ser" la prestación o conducta prescrita, pero no la transgresión, entuerto o incumplimiento;

3) "debe ser" la sanción coactiva, si no se da la prestación, pero "no deben ser" sus correlatos, es decir, la impunidad o inaplicación de la norma infringida, ni la violencia o fuerza bruta como reacción ante el entuerto.

Ahora bien, el "deber ser" del valor normativo encarna en el ser de la conducta debida o indebida y, desde luego, en el de la conducta sancionatoria, en lugar de existir por separado y solo mentalmente o en una especie de *topos uranos* (lugar desconocido y más allá) de la norma.

Puede sostenerse, en conclusión, que la política criminal no constituye, en la hora actual, un conjunto articulado y cerrado de conocimientos y proposiciones coherentes y más o menos unívocas. En su seno, por el contrario, se registran variaciones muy amplias e incluso antagónicas, fruto de múltiples esfuerzos por armonizar ciencia e ideología y por resolver de alguna manera las tensiones innegables e inevitables entre los intereses preventivos y represivos de la comunidad, los propios del grupo gobernante y los peculiares del individuo como persona.

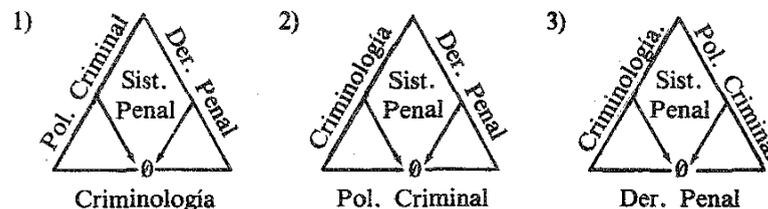
Queda de todos modos claro para ambas teorías, como expresa BACIGALUPO, que "la labor dogmática requiere decisiones y tomas de posiciones del intérprete que no tienen cabida dentro del concepto de ciencia jurídico-penal tradicional"²⁵. La crisis actual de la dogmática, que en modo alguno ha de resolverse en favor de la pereza reflexiva, responde sobre todo a la insatisfacción (del sentimiento de justicia ligado a la vivencia de cada ordenamiento jurídico) que deja —por su insuficiencia y propensión al formalismo y los excesos, así como por su sorprendente alejamiento de la realidad historicocultural del momento—, la mera lógica jurídica formal en la construcción del sistema de derecho penal y la solución judicial de los casos con base en él. Dicha falla solo puede ser enmendada *políticamente* (valorativamente), pero queda aún por decidir si tal política se remite a la conciencia (buena o mala) del juez (que es a donde parece conducir la tesis roxiniana), o a las valoraciones jurídicas, que a su turno pueden entenderse como valoraciones positivas e ínsitas al derecho mismo (que es nuestra postura), o como pautas externas cosechadas por cada cual en la indagación o la especulación politicocriminal (que es el modo corriente de entender el asunto a partir de ROXIN).

No puede hoy negarse, con todo, que criminología, política criminal y dogmática del derecho penal son tres disciplinas científicas que deben cultivarse por separado, con métodos y enfoques diferentes. Pero tampoco es discutible que las tres han de practicarse con criterios interdisciplinarios y, específicamente, *intercomple-*

²⁵ E. BACIGALUPO, *Delito...*, pág. 29.

mentarios, dado que ninguna de ellas puede forjarse, sin contar íntimamente con las otras. El dogmático, por ejemplo, se empeña principalmente en la interpretación de las normas del derecho (lo que tiene tanto que ver con su sentido lógico-gramatical como con su sentido de valor) para la construcción de un sistema racional y coherente, pero habrá de contar a cada paso, so pena de dejar de ser científico del derecho y devenir simple y pedestre exégeta del texto de las normas y apologista del orden establecido, con el origen, las consecuencias y las implicaciones politicocriminales y criminológicas de sus enunciados y teorías, así como de las instituciones y comportamientos a que dirige su reflexión. El predicamento apunta en síntesis, a la práctica teórica o judicial de una *dogmática apologética* o de una *dogmática crítica* y, en el último caso, si ha de ejercitarse una crítica *interna* o *externa* o una especial combinación de ambas.

Lo dicho en precedencia apareja la necesidad de plantear de nuevo las relaciones entre la criminología, la política criminal y la dogmática juridicopenal, que bien podría decirse que son correlaciones dinámicas de coimplicación, copresencia y coactuación en cada problema de estudio del sistema penal. El objeto de estudio de tales disciplinas, que en su conjunto constituyen lo que se ha llamado "ciencia penal integrada", es básicamente el mismo: el sistema penal en la teoría (ciencia e ideología), en las normas (lógica y justicia, de un lado, y valores ideales o positivos, del otro) y en la acción (de las personas, los órganos del Estado y las instituciones). Cada una de ellas, sin embargo, lo asume desde un punto de vista diferente en que confluyen los puntos de vista de las otras dos. No se trata de que cada cual tome en consideración las conclusiones formuladas desde "afuera" por las restantes, sino de que el punto de partida y el enfoque de cada una de ellas representa exactamente una perspectiva unitaria pero tridimensional. Así, por ejemplo, el punto de partida y el ángulo visual del derecho penal científico es el "normativo-criminológico-politicocriminal". El arranque peculiar de cada una de esas ciencias es el plano de énfasis de un punto de vista metódico que aparece y opera a cada instante como "resultante de fuerzas" de las tres miradas hacia un "punto problemático" cualquiera del sistema penal. La forma como quiera enfocarse ese "punto problemático", el aspecto que quiera recalcarse en la investigación, determina el "plano enfatizado" en que convergen las fuerzas de los otros dos puntos de vista. Esas relaciones podrían representarse gráficamente como sigue:



Posiblemene, la representación más apropiada sería la de una pirámide cuya cúspide representa la perspectiva tridimensional con que cada una de dichas discipli-

nas debe abarcar el conjunto de los problemas de su objeto. La base es el conjunto indefinido de los problemas de reflexión y análisis y cada una de las caras representa a cada una de las tres ciencias prementadas. La pirámide es sólida y sobre cada "punto problemático" de la base se ejerce desde arriba una presión total y equilibrada desde cada lado, como si en cada "punto" se formara idealmente una nueva pirámide interior.

—V—

No debe perderse de vista que en el presente ensayo —aunque ello suene muy reiterativo— la palabra *justicia* se utiliza para denotar el valor justicia, claro está, pero también y sobre todo la condensación por excelencia de los valores jurídicos positivos, esto es, reconocidos por el ordenamiento jurídico. *El derecho no es la justicia, pero ha de poseer forzosamente una indeclinable pretensión de justicia o una aspiración irrenunciable a esta, por principio y por definición, o no será derecho*, al menos en el sentido en que se emplea regularmente esta palabra en los sistemas demoliberales²⁶. La injusticia, por el contrario, puede sin duda imponerse por la fuerza y también por la fuerza estatal, pero no es derecho en el sentido que se le da a esta palabra en un sistema jurídico y político que merezca las clasificaciones de *liberal* (protector del individuo como persona), *social* (protector de la comunidad) y *democrático* (inspirado en los intereses mayoritarios). El carácter liberal, de suyo individualista, continúa siendo esencial, pues solo en virtud suya los conflictos de intereses entre comunidad e individuo se resuelven en favor de este y las minorías son protegidas frente a las mayorías²⁷.

No significa lo anterior que de los procesos correlativos de creación y aplicación del derecho no pueda derivarse alguna injusticia, pues siempre hay que contar con la falibilidad humana y de hecho también *regularmente* con el error en todo conocimiento y decisión, tanto más cuanto más complejos sean los asuntos a que se refieran²⁸. Una cosa es, empero, la injusticia que se comete *de hecho*, por una falla humana del legislador o del juez (contra la cual el ordenamiento jurídico provee mecanismos de elusión o enmienda), y otra muy distinta la injusticia *de derecho* que se inordina consciente y teleológicamente en la norma misma, que ya no es su deficiencia sino su constitución y que pretende ser "regulación" de ciertas conductas. El carácter deficitario y falente de la condición humana tampoco permitirá excluir la posibilidad de corrupción o abuso por parte de los usuarios del poder, pero una vez más la una y el otro serán desviaciones del ideal y de la "norma" y no la norma misma, existiendo contra ambos, igualmente, recursos jurídicos

²⁶ H. WELZEL, *Más allá...*, pág. 64 y ÉDGAR BODENHEIMER, *Teoría del derecho*, México, F.C.E., 1946, pág. 29.

²⁷ Cfr. ELÍAS DÍAS, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1983, págs. 43 y ss. y 83 y ss., y S. MIR PUIG, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª ed., Barcelona, Edit. Bosch, 1982, págs. 19 y ss. También, G. GENTILE, *La idea liberal*, México, Edit. Uteha, 1961, págs. 21 y ss.

²⁸ K. POPPER, *Lógica de la investigación científica*, Madrid, Edit. Tecnos, 1971, págs. 257-62.

más o menos eficaces. En cambio, contra la injusticia directamente "normalizada" no hay remedio *jurídico* alguno, pues ella, encarnada en la "norma", pretende ser el remedio siendo el mal.

Es más: el problema de la norma injusta, que quiere renunciar a la pretensión de justicia o mostrar la injusticia como tal, sería casi "aporético" (sin solución racional), si no fuera porque la efectividad del derecho es el límite de la validez y el consentimiento el soporte legítimamente del poder. Esa aporía no existe, sin embargo, dentro de un sistema que en general se acepte como justo (que no es por esto menos perfectible), en la medida en que el ordenamiento jurídico de que se trata reconozca el instituto de la legítima defensa, pues la víctima de la injusticia (lesión) puede siempre repelerla por la fuerza y esta fuerza es reconocida como legítima por el propio derecho positivo válido²⁹. La norma injusta y la defensa justa son antagónicas y esta última es sin duda prevalente o el orden jurídico se destruye a sí mismo. Si, además, la situación injusta que la norma injusta crea constituye una "agresión ilegítima", cualquier tercero, también el juez, puede proteger a la víctima, en tanto en cuanto el derecho positivo admita sin limitaciones el derecho a la defensa de los extraños agredidos. Puede ser que hoy por hoy se discuta aún sobre la posibilidad, los requisitos y los límites de la defensa justa contra el Estado, pero esto no indica que se trate de una institución inviable, o que las normas actuales sobre la legítima defensa no admitan ser interpretadas en tal sentido; por el contrario, se ve aquí una tarea importante y grata para los dogmáticos del derecho penal en nuestros días. Los filósofos del derecho, a su turno, deben continuar esclareciendo el problema de la validez de las normas del derecho positivo y la forma como el orden jurídico mismo y sus normas en particular se incrustan en la cláusula de no obligatoriedad ética y política de las llamadas normas injustas, entendiendo por tales, de momento y a guisa operacional únicamente, las que desconocen o conculcan los derechos humanos reconocidos por el orden internacional, o los derechos fundamentales de la persona admitidos de modo explícito o implícito (valoraciones subyacentes al orden jurídico)³⁰ por las normas superiores del orden nacional. La dignidad del hombre como persona, su autonomía ética, su calidad de fin en sí mismo y su libertad para una existencia decorosa, productiva y responsable, son sin duda cuestiones que ningún sistema jurídico puede preterir o minimizar y que ningún intérprete puede pasar por alto; cuestiones que, morando siempre en el panorama histórico de la utopía y la esperanza, incumben al cotidiano proyecto de los hombres. Es verdad, como en uno y otro caso signa BLOCH, que "cuanto más grandiosas son las palabras, tanto más fácil es que oculten en ellas elementos ajenos", pero también que "las utopías sociales, incluso en los comienzos vacilantes, han sabido siempre decir un no rotundo a la infamia, aunque la infamia estuviera revestida de poder, aunque estuviera consagrada por la costumbre"^{30 bis}

²⁹ Véase C. COSSIO, *La teoría egológica...*, págs. 679 y ss.

³⁰ H. COING, *Fundamentos de filosofía del derecho*, Barcelona, Ed. Ariel, 1961, cap. V, págs. 105 y ss.

^{30 bis} E. BLOCH, *Principio, esperanza*, vol. II, Madrid, Ed. Aguilar, 1979, págs. 43 y 93.

De todas maneras, la injusticia es violencia y viceversa. La norma injusta no es *derecho* sino *fuerza* (nudo poder, abuso del poder y poder abusivo), verdadera "violencia institucional" cuyo límite generalmente no puede ser jurídico sino fáctico y consiste en la tolerancia o resistencia de la opinión pública. La aplicación injusta (abusiva) de la norma es agresión y, salvo desde luego los casos de error, puede ser repelida por la legítima defensa, según las reglas generales de esta institución. Contra la aplicación errónea, el ordenamiento jurídico tiene que proveer recursos adecuados y eficaces, dentro de los límites de la seguridad y el orden, y contra ella proceden tan solo las vías de derecho. La norma o instituto que promueva, conserve o incremente una situación de injusticia social o individual es también una forma de "violencia institucional" y una fuente manifiesta de violación al principio de justicia que debe regir en una democracia real. La interpretación injusta de una norma jurídica, como se dejó dicho, tiene un "valor de verdad" *normativo* falso, es decir, no es técnicamente correcta ni dogmáticamente admisible, pues de serlo se mutaría el derecho en no-derecho (injusticia, entuerto) y trastocarían sus valoraciones más íntimas, esenciales y originarias. Con todo, estos términos no son ni pueden ser absolutos y metafísicos, sino que tienen que ser relativos e históricos³¹.

Es difícil, en estas condiciones y a título simplemente aclarativo del contexto, resistir la tentación de transcribir un pensamiento de ERNST BLOCH:

"No hay una instauración verdadera de los derechos del hombre sin poner fin a la explotación, no hay un verdadero término de la explotación sin la instauración de los derechos del hombre"³².

Y otro, muy ilustrativo y elocuente, de PROUDHON, para quien, además, "el derecho es para cada uno la facultad de exigir de los demás el respeto de la dignidad humana de su propia persona":

La justicia es "el respeto, espontáneamente sentido y recíprocamente garantizado, de la dignidad humana, en cualquier persona y en cualquier circunstancia en que esta se halle comprometida y cualquiera que sea el riesgo a que nos exponga su defensa"³³.

Repárese que dicho pensador define el derecho como la facultad de exigir el respeto de la dignidad humana y la justicia precisamente como la garantía universal de ese respeto, de suerte que *sin* dignidad incondicional de la persona humana no hay derecho posible y tampoco justicia. Es llamativo que un pensamiento así se expusiera con tantas décadas de antelación a la existencia de un derecho internacional de los derechos humanos como núcleo positivo de los sistemas jurídicos. Y es curioso que por contraste se aprecie así mejor la apoteosis de la irracionalidad que hizo eclosión en los luctuosos acontecimientos del Palacio de Justicia, el 6 y 7 de noviembre de 1985 y que acaso nos asedia sin cesar, pues no hemos querido, pese al llamado insistente de muchos, hacer un "alto al fuego" frente a la injusticia

socio-jurídica ni dialogar con quienes la padecen. Quizás no suceda por ello que el país arda en llamas arrasadoras, como ardió el Palacio de Justicia, en el que también se calcinaron muchos años de ardiente fe en la democracia, el pluralismo, la apertura social y la justicia. Y, como el Ave Fénix, nosotros todos habremos de revivir de entre esas cenizas —aun cuando tal vez lo haga al propio tiempo, o lo haya hecho ya, el peligro del conservadurismo macartista, que por cierto no impedirá que los liberodemócratas sigamos adelante en la lucha por una sociedad mejor y un mundo menos triste en que no vuelva a ser necesario ni razonable, desde ningún punto de vista, que más de un centenar de inocentes sea incinerado inútilmente para "salvar" un orden decadente y desigual que ya había perdido todo su crédito, o una autoridad tan desgastada que ya solo podía conservarse confesando abiertamente su fracaso con la claudicación de sus últimos principios y la entrega sin freno ni tregua a la parafernalia de la fuerza.

Medellín, marzo 25 de 1986.

³¹ R. STAMMLER, *Economía y derecho*, Madrid, Edit. Reus, 1929, pág. 157-69; del mismo, *Filosofía del derecho*, México, Editora Nacional, 1974, págs. 254 y ss.

³² E. BLOCH, *Derecho natural y dignidad humana*, Madrid, Ed. Aguilar, 1980, pág. XI.

³³ PROUDHON, *Oeuvres choisies*, París, Gallimard, 1967, pág. 220.