

EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y LA TÉCNICA JURÍDICA

Por
GUILLERMO ARISMENDY DÍAZ*

Partiremos en esta exposición de la descripción de la estructura del tecnicismo jurídico. Inspeccionaremos, a partir de sus propósitos, cuáles fueron sus resultados; y hoy, cuáles son sus consecuencias. Indagaremos por los resultados de una técnica cuyos propósitos, en apariencia, han sido precisar, delimitar dentro de su entorno exclusivamente jurídico, la ciencia del derecho penal en tres análisis (concebidos como niveles jerarquizados) como únicos elementos capaces de proporcionar, no solo el conocimiento (teorización), sino la realización (práctica) de esa norma de la conducta humana —el derecho—, que como tal “es así mismo necesariamente forma, superestructura (epifenómeno, como dicen algunos) de fenómenos humanos y sociales que debajo de él demuestran una vida perenne”¹. Conocimiento y realización de “aquel hecho humano y social que se llama delito, y de aquel hecho social y político llamado pena”². Esto, con el propósito de sondear el derecho penal colombiano a la luz de los postulados del tecnicismo jurídico.

I. SITUACIÓN DEL DERECHO PENAL EN ITALIA, HACIA 1910

Hacia 1910 irrumpen ARTURO ROCCO, con su discurso magistral de Sassari, advirtiendo y denunciando la incertidumbre e inseguridad en que se debatía la ciencia del derecho penal “Como si se buscara a sí misma...”³. La crisis denunciada por el jurista ROCCO, se debía esencialmente a la incapacidad del derecho penal de integrar, de fusionar unitariamente, eso que de un lado constituye la teoría (como la racionalización del fenómeno), y de otro, la práctica (como la aplicación de esa teoría) o su retorno a ese hecho del que ha salido, en principio, y que constituye, en fin de cuentas, el elemento pristino del derecho (es decir, la praxis, como ideal jurídico): por un lado iba la teoría... por otro lado, la práctica⁴; y ajenas, extrañas, práctica y teoría caminaban

* El autor es estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín. Cátedra de Derecho Penal.

¹ ARTURO ROCCO, *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Traducción de Rodrigo Naranjo Vallejo, Bogotá, Edit. Temis, 1982, pág. 38.

² Ídem, pág. 11.

³ Ídem, pág. 3.

⁴ Véase a SANTIAGO MIR PUIG, *Introducción a las bases del derecho penal*, Barcelona, Edit. Bosch, 1976; pág. 187.

como ciegas, quizá buscándose o buscando, pero conduciendo a la ciencia del derecho penal a un deplorable estado de ansiedad, hasta el punto de hacerle casi perder su razón de ser.

A la incertidumbre del objeto y método del derecho penal se sumaba la disputa, en ocasiones vulgar y callejera, entre la escuela clásica y la positiva; lo cual hacía aún más oscuro el panorama y más tormentosa la búsqueda científica. El absurdo intercambio de golpes, dados a veces en el vacío, tornaba aún más débil el enfermo organismo de la ciencia del derecho penal.

Así las cosas, la escuela positiva se dedicó al estudio empírico de nuestra disciplina, descartando de su análisis el fenómeno del derecho penal, como acontecimiento político, respuesta a la nueva actitud filosófica, entonces en boga⁵; además cayó en lo mismo que atacaba, pues si bien partía de la realidad empírica, de los hechos concretos, no por ello escapó de la abstracción vaga, metafísica; mejor dicho, llegó a elaborar absurdos jurídicos. Igual o parecida falta cometió la escuela clásica, anterior a la escuela positiva, planteando su objeto de estudio y su método de conocimiento completamente desfasado de la realidad, salido de los cauces jurídicos. Ni su objeto, ni su método podrían en algún caso admitir por sí mismos (sin advertir o dejar entrever insalvables vacíos que, bien que mal, fueran en buena medida superados por la técnica jurídica) ser llenados por la escuela clásica o la positiva.

La escuela clásica, podemos concluir, representó apenas un último suspiro medieval, escolástico, en los agitados siglos XVIII y XIX (el liberalismo florecía y se abría paso en la más larga noche vivida por la humanidad).

La escuela positiva terminó por “limitarse a la tarea más sencilla que es la de criticar y negar, llegando en último análisis a un derecho penal... sin derecho”⁶.

La práctica del derecho penal, entretanto, seguía separada de aquello que, consideramos, debía orientarla: la teoría. Mientras en la teoría se debatía el derecho penal entre la vida y la muerte, su práctica continuaba en manos de verdugos, que poco o nada tenían que ver con el asunto. Fracasa, pues, también como la escuela clásica, la escuela positiva. De la *Terza Scuola* ni qué decir, cuando su eclecticismo proxeneta ni siquiera prolifera⁷.

Estamos, pues, ante un derecho penal que no sabe —o a lo menos no le importa— el derecho, es decir, el derecho positivo vigente, ese derecho actual en escena, presente y vivo; pero estamos (pienso en 1910) ante un derecho penal que no tiene absolutamente nada que ver con el derecho.

¿Y cómo corregir los errores? ¿Cómo salvar a nuestra nave de la tempestad? Porque, o se calma la marea o se hunde el barco...

⁵ Para el positivismo naturalista “los acontecimientos espirituales” tienen, igual que los acontecimientos naturales, sus “causas”; están totalmente determinadas por ellas.

⁶ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 6. Cfr. también MIR PUIG, ob. cit., págs. 187 y 188.

⁷ LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Edit. Losada, 1964, págs. 88 y 89.

¿Cómo la ciencia del derecho penal podía alcanzar su método y delimitar, aparte de elucubraciones escolásticas o empíricas, su objeto? ¿Cómo llegar a definir claramente sus propósitos? ¿Cómo alcanzar sus fines sociales y políticos?... (porque el derecho, en general, y particularmente el derecho penal, es un asunto político en su sentido riguroso: la polis, interesa a todos y todos se interesan por ella puesto que hacen parte de ella).

El tecnicismo jurídico surge como alternativa seductora, y se presenta como una herramienta de trabajo⁸; he aquí (parecía gritar ROCCO en el útero del fascismo) la praxis de la ciencia penal. Bien. Son estos los propósitos del tecnicismo jurídico; solo nos falta mirarlo en sus resultados: Al tecnicismo jurídico lo generan las necesidades sociales, pero más las conveniencias políticas. Así se le toma enseguida, con él se manipula de manera soterrada sobre un piso perfumadamente científico; y el fenómeno del poder⁹ es puesto en acción en perfecta armonía con un estado políticamente fascista, muy acoplado y acoplado con la ideología.

Así pretendió ROCCO remediar los males, a partir de la técnica jurídico-penal; única, según él, capaz de salvar en la tormenta a nuestra nave, hasta entonces (¿no estará actualmente el derecho penal en igual o parecida circunstancia de ansiedad?) tristemente zarandeada.

"Solo manteniéndose firmes, dice, y aferrados estricta y escrupulosamente al estudio del derecho... positivo vigente único que la experiencia nos señala y en el cual solamente puede encontrarse el objeto de una Ciencia Jurídica como la del Derecho Penal"¹⁰; y más adelante: "...reduciendo la ciencia jurídico-penal... a un sistema de principios de derecho... a su conocimiento científico de la disciplina jurídica de los delitos y de las penas, en una palabra, a un estudio general y especial del delito y de la sanción, desde el punto de vista jurídico como hechos o fenómenos regulados por el orden jurídico positivo. Esta es la orientación denominada Técnico Jurídica..."¹¹.

Es de la única manera, dice ROCCO, que podrían alcanzarse sus objetivos; solo así puede la práctica estar orientada por su propia teoría, teoría de esa

⁸ MICHEL FOUCAULT, GUILLES DELEUZE (entrevista). "Les intellectuels et le pouvoir", en *Rev. L'arc*. núm. 49, 2do. trimestre de 1972, págs. 5 y 6.

GUILLES DELEUZE: "... una teoría es exactamente como una caja de herramientas, ninguna relación con el significante... es preciso que sirva, que funcione".

⁹ MICHEL FOUCAULT, *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets Editor, 1979, pág. 10.

Para referirse a la vinculación del discurso con el poder, cualquiera sea su naturaleza y cualquiera el fenómeno al cual apunta, advierte: en un diálogo entre el deseo como el propósito y la institución como el poder: "el deseo dice: no querría tener que entrar yo mismo en este orden azaroso del discurso; no querría tener relaciones con cuanto hay en él de tajante y decisivo; querría que me rodeara como una transparencia apacible, profunda, indefinidamente abierta en la que otros responderían a mi espera, y de la que brotarían las verdades, una a una; yo no tendría que dejarme arrastrar en él y por él, como algo abandonado, flotante y dichoso. Y la institución responde: no hay por qué tener miedo de empezar, todos estamos aquí para mostrarte que el discurso está en el orden de las leyes, que desde hace mucho tiempo se vela por su aparición; que se le ha preparado un lugar que le honra pero que le desarma, y que, si consigue algún poder, es de nosotros y únicamente de nosotros de quien lo obtiene".

¹⁰ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 8.

¹¹ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 8.

práctica (nótese cómo podría terminar la teoría constituyendo la apología de una práctica mezquina). Requiere, pues, esa práctica, de una orientación: esa es la orientación técnico-jurídica. ¿En qué consiste esta orientación técnico-jurídica? Para poderla definir es necesario "aferrarse al templo del derecho, o sea limitarse al aspecto meramente jurídico y desvincular de ella la política, la filosofía, la sicología, la sociología, la antropología; aspectos diferentes de lo estrictamente jurídico, sin lo cual no podrá el derecho precisar diferentemente sus conceptos"¹²; error cometido y causa del naufragio de las escuelas clásica y positiva, pues terminaron haciendo política y cuando menos filosofando; olvidando precisar científicamente el fenómeno del derecho penal; sin delimitar (no escindir) lo científico "puro", el derecho penal cayó en peligrosas consideraciones de naturaleza abstracta, pues no pudo destacar los elementos ónticos, esenciales, immanentes al derecho penal mismo. También el tecnicismo jurídico cayó de narices, en su búsqueda de precisiones conceptuales. La causa —afirma ROCCO— principal y tal vez única de las dificultades actuales de nuestra ciencia, depende precisamente de la poca observancia de los límites que separan las diversas ciencias criminológicas, de la confusión reinante, no solo en el campo del objeto, sino principalmente en el de la naturaleza y los fines respectivos del derecho, de la sociología, de la antropología, de la filosofía y de la política criminal¹³.

Miles de teorías discuten las raíces, justificación, misión o fundamento del derecho, mientras ni siquiera se define qué es jurídicamente la pena, la responsabilidad, el delincuente; pero ningún concepto —lamenta ROCCO— puede asumir la ciencia del derecho penal sin recurrir al resto del ordenamiento jurídico. No niega, sin embargo, que existan "necesidades o exigencias sociales que se imponen a la conciencia y a la voluntad del legislador penal y que están destinadas precisamente a transformarse en derecho positivo: aquellas exigencias que se designan en su conjunto con el nombre de «justicia» y que constituyen, al entrar al orden jurídico, el fundamento intrínseco del derecho positivo"¹⁴.

Solamente tomando como base el derecho positivo vigente, es posible construir una ciencia del derecho penal; hasta entonces la escuela positiva hallaba su fundamento en la sociología, como en la antropología, sin alcanzar lo propiamente jurídico¹⁵.

¹² Ídem, pág. 15.

¹³ Ídem, pág. 14.

¹⁴ ARTURO ROCCO, *El problema...* cit., pág. 12.

Cfr. HANS KELSEN, *¿Qué es la justicia?* Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1966, traducción de Ernesto Garzón V.: "Yo apenas puedo decir lo que para mí es la «justicia» y no lo que la justicia es. Atribuirle significatividad (objetividad) es hacer ideología que encubre la realidad y no la ciencia que la desvela" (pág. 86).

¹⁵ ENRICO FERRI, uno de los más sobresalientes representantes de la escuela positiva. Con su sentido de adaptación a las tendencias ideológicas de cada momento, abogó por una sociología criminal que sirviera de luz a la ciencia penal. (Véase a ENRICO FERRI, *Sociología criminal*, 5ª ed. t. I, Torino, 1929, págs. 193 y 55).

Pero la tarea y la función del derecho penal es la elaboración técnico-jurídica del derecho positivo y vigente... "El conocimiento científico y no solo empírico del sistema del derecho penal"¹⁶.

II. LO QUE SE QUIERE DECIR EN LO QUE SE DICE

Respecto de la exégesis¹⁷, o lo llamado en otros términos interpretación; lejos de insinuar la precisión semántica ya sugerida por las palabras (fácilmente ello se obtiene con el texto de la ley y cualquier diccionario); lejos de buscar la pobre significación gramatical del texto de la ley^{17 bis}, el principal, si no el único propósito, de la exégesis en el tecnicismo jurídico consiste en descubrir el "alma" de la ley, su espíritu, es decir, su sentido¹⁸; o sea, lo que quiere decir la ley, en lo que dice.

Para interpretar las normas no se excluye (ni se excusa a quienes so pretexto de ser fieles al texto de la ley, evidencian su anemia mental, resolviendo de la manera más simple, pisoteando, incluso, el sentido de ella —escudados en sus en ocasiones harapientas explicaciones literales—, al momento de aplicarla), y, por el contrario se comprende una interpretación no solo restrictiva, sino extensiva y modificativa. Además, es lícito acudir a los principios generales, son acertado recurso, un necesario medio, siempre que no se conformen como punibles hechos que no lo son, hechos que expresamente la norma no consagra como punibles; o bien imputando al individuo penas que expresamente no se han descrito. Si la norma no es expresamente prohibitiva, se puede y se debe aplicar los principios generales del derecho y la analogía¹⁹; puesto que el juez siempre está obligado a decidir, ese derecho allí resulta, en su interpretación, creándose (o si se quiere recreándose) así como, en su creación, se lo interpreta. Casi nunca una sola norma se aplica a un caso, y esa sola norma determina la sentencia y fija cuál es la pena y cuál el delincuente.

¹⁶ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 15.

¹⁷ En la técnica jurídica es el primer nivel de análisis, exigido para un conocimiento "no solo empírico sino científico del derecho positivo vigente".

^{17 bis} Para KARL LARENZ "interpretar es un hacer mediador por el cual el intérprete comprende el sentido de un texto que se le ha convertido en problemático". Confróntese de este autor su *Metodología de la ciencia del derecho*. Trad. de Marcelino Rodríguez M. Barcelona, Ed. Ariel, 2ª ed., 1980.

¹⁸ En general puede afirmarse, con base en el sentido inmerso en cada uno de los textos de naturaleza jurídica, la posibilidad de búsqueda insinuada por las normas que constituyen el eje de la vida jurídica y, pudiéramos decir, del pensamiento jurídico.

¹⁹ Para BETTIOL, la analogía consiste en "extender una norma jurídica de un caso previsto a otro sobre la base de una semejanza entre ambos, en virtud de que el principio informador de la norma a que ha de extenderse, abarca dentro de sí, el caso no previsto ni expresa ni implícitamente. En ello reside la diferencia esencial entre analogía e interpretación extensiva: en esta, la norma existe aunque mal expresada, en aquella no existe la norma particular". Al respecto confróntese su obra *Derecho penal*. Traducción de José León Pagano, Bogotá, Edit. Temis, 1965, pág. 108.

Se trata, pues, acudiendo a la analogía favorable al reo o a los principios generales del derecho, a la interpretación restrictiva, extensiva y modificativa, de buscar, y, además, de hallar los casos en los cuales el delincuente y/o el delito no son tales.

La exégesis, no obsta lo dicho, ha sido tristemente manoseada, prostituida por agrios y desviados exegetas jurídicos. Hasta el momento histórico de la escuela positiva, los jueces, los legisladores, los juristas, brutalmente se pegan al texto de la ley (la crítica se hace extensiva, hoy, a no pocas nodrizas universitarias); pero de ahí había que salirse, por lo menos si el naufragio de la ciencia del derecho penal se quería evitar: ¿A dónde? ¿Fuera de ella quizás? ... No. No era saliendo, ni pasando por la norma, era internándose en ella, en su motivo genético, en su sentido social y político y, por supuesto, con ciertas salvedades, en sus propósitos.

No se trataba, ni se trata de hacer literatura²⁰, ni de interpretar literalmente "porque la letra dice esto o porque la letra dice aquello" —no importa más lo que se dice, cuanto lo que se quiere decir—; el diccionario sirve poco para interpretar la ley; sirve sí, la realidad histórica; hacia ella debe por lo menos orientarse la mirada. Siempre, pienso, debe ser la realidad social, el norte de la ciencia del derecho en sus elaboraciones y con mayor razón en su práctica.

III. DOGMÁTICA O DOGMATISMO

Si bien la exégesis puede considerarse como la ciencia de la ley, respecto de la dogmática (segundo nivel de análisis en la técnica jurídica), puede decirse, constituye la Ciencia del Derecho Penal, conforme lo sostiene ARTURO ROCCO. Sin embargo, en la técnica juridicopenal a pesar de lo dicho, la dogmática aparece como un elemento apenas, dentro de la arquitectura teórica planteada por el jurista italiano. No obstante, para autores como ANTÓN ONECA, la técnica juridicopenal es en Italia lo que en Alemania es la dogmática juridicopenal, admitiendo el autor español, como única diferencia entre una y otra, su nacionalidad. STAMPA BRAUN, en cambio, equipara la dogmática juridicopenal alemana a solo uno de los elementos de lo que en Italia constituye el tecnicismo jurídico; es decir, subordina la dogmática al tecnicismo jurídico; reduce la dogmática alemana a una mera parte²¹. JIMÉNEZ DE ASÚA, por el contrario, sostiene airadamente que la dogmática juridicopenal no tiene que ver con las orientaciones que de ella surgen, y reclama su independencia y autonomía

²⁰ Véase al respecto a KARL LARENZ, ob. cit., págs. 192 y ss.; KARL ENGISCH, *Introducción al pensamiento jurídico*. Traducción de Ernesto Garzón Valdés. México, Ed. Guadamarra, 1967, págs. 113 y ss. La interpretación se hace a la luz de la doctrina filosófica de la comprensión.

²¹ STAMPA BRAUN, *Introducción a la ciencia del derecho penal*. Valladolid, 1953, pág. 112. Cfr. MIR PUIG (ob. cit., pág. 194), quien se pronuncia en el sentido de que el término "dogmática" que utiliza ROCCO "toma el todo por la parte".

pues, según él, "la dogmática no tiene que ver con métodos parciales" entre los que incluye al tecnicismo jurídico, considerando con ello que ROCCO ha tomado el todo por la parte²².

Dejando de un lado la polémica planteada, en el tecnicismo jurídico la dogmática va encaminada a elaborar los principios generales del derecho; su tarea es elaborar desde el punto de vista jurídico, recurriendo a todo el ordenamiento del derecho positivo vigente, y no solo al ordenamiento jurídico penal, los conceptos de pena, delito, delincuente, etc., para lo cual es preciso acudir, aunque sea en forma accesorio, a las demás ramas del derecho, puesto que ellas constituyen sus encabezamientos, si se pretende, claro, una sistematización científica del derecho.

Se requiere precisar los conceptos jurídicos con los cuales ha de trabajar la ciencia del derecho penal²³. Si se quiere tipificar un delito contra la propiedad privada, se requiere conocer de qué manera está regulada la propiedad privada en su respectivo ramo. ¿Cómo precisar y determinar qué es un delincuente, quién lo es y en qué casos, sin acudir a las normas rectoras de un Estado, sin mirar cómo determina y busca regular las relaciones entre los hombres, entre sus asociados? La técnica jurídica requiere de esos elementos, y sin ellos ningún derecho penal podría constituirse con carácter científico; esos elementos son: personas jurídicas, relaciones jurídicas y normas jurídicas.

Si aceptamos, y nadie lo niega, que la dogmática atiende cautelosamente a la elaboración estricta de conceptos jurídicos, su tarea básicamente consiste en elaborar el código de su lenguaje, con el cual ha de trabajar el derecho, y para el caso referido, el derecho penal. Pero no se comprende cómo la dogmática, una vez determinados sus conceptos, se atreve a cristalizarlos y a tender sobre ellos cables conductores de energía, portadores de altos voltajes, hasta el punto de no dejar nada, ni admitirlo, que quede fuera de sus determinaciones. Los "silencios legislativos" o "vacíos jurídicos", resultan electrocutados porque la dogmática, deduciendo hasta llegar a lo "pleno" general, descendiendo luego a lo particular y así (debe entenderse), aunque para tal caso no estaba el legislador presente, la dogmática decide tal o cual asunto. La posibilidad de que algo aún no se conoce o aún no se ha dado, ha sido vedada a nuestros estudiosos; basta aplicar en primer término la deducción, para, acudiendo al método inductivo, dirigir nuestra mirada prefijada hacia los múltiples acontecimientos, no en pocas ocasiones complejos, de la conducta humana. La dogmática no puede cristalizar sus conceptos, no puede dogmatizarlos, porque el hombre, el mundo, el lenguaje, si bien permanecen —es imprescindible aclararlo—, permanecen en continuo movimiento, en constante evolución. Y de otro lado, la dogmática no puede relativizar, hasta casi decapitarles su

²² LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de derecho penal*, t. II, Buenos Aires, Ed. Losada, 1964, págs. 125 y 55.

²³ Sin embargo, KARL LARENZ (ob. cit., pág. 308), sugiere conceptos más flexibles, cuyo posible significado se balancea dentro de una ancha cinta.

sentido, los conceptos jurídicos. El sentido de las normas permite movilidad (he ahí su fecundidad): las normas admiten sentido, porque a toda norma le es immanente "su" sentido, pero el sentido no se puede normativizar. El sentido de las normas no puede buscarse en la estratosfera, como no puede buscarse debajo de la tierra; el sentido de la norma está en la superficie donde fue la norma concebida. (Igual mi corazón no está encima de mí, como no está debajo; mi corazón está en mí. Dentro de mí).

IV. CIENCIA CRÍTICA O CRÍTICA A LA CIENCIA

Respecto de la crítica (tercer nivel en el análisis de la técnica jurídica) debo advertir, de paso, la peor falta cometida por la escuela positiva, pues criticando sin reconstruir terminaron haciendo un derecho penal... sin derecho.

Pero ella no debe entenderse como simple negación de lo existente y en este caso como negación de sus premisas (la exégesis y la dogmática). La crítica como mirada problemática en lo interno y a lo interno del fenómeno jurídico, busca indagar por el derecho ideal, posible, sugerido por el ya dado: vigente y positivo; en búsqueda del deber ser²⁴; y *ser*, aquí, tomémoslo como lo dado en el análisis arriba enunciado (la aclaración es válida para escapar a la incisiva crítica de los cerebros presocráticos); en el análisis de la dogmática y en la exégesis se considera al derecho penal como es (exento de valoraciones proponía ROCCO), como está dado, y punto: recurrencia evidente por parte de ROCCO a los procedimientos naturales de investigación; a la lógica empleada por las ciencias naturales o del ser, empíricas, pues a sus respectivos objetos de conocimiento se los mira como *son (ser)*, como aparecen y como parece que aparecen, es decir, sin evitar sus manifestaciones y apariencias, sin ponderar, por lo menos en la teoría, sus fenómenos. No se comprende cómo se quiere (igual cosa hicieron los positivistas) naturalizar un fenómeno ético a la condición de *ser*; si bien KANT sostenía: "el deber ser es", pues es muy claro que es: es deber ser²⁵. Para la escuela positiva y en parte para la técnica jurídica el fenómeno es tratado con la lógica del ser.

En el tercer nivel de análisis tecnicojurídico se mira al derecho como una lógica, para mí completamente diferente: la lógica del deber ser; esa es la tarea en el tecnicismo jurídico asignada a la crítica, indagar en el ser, su deber ser (si así *no fueran* las cosas, no se podría, por ejemplo, hablar de una serpiente venenosa y decir que es venenosa; eso es y punto; así se presenta:

²⁴ CARLOS COSSIO, *Teoría egológica*, Buenos Aires, Ed. Losada, 1970, págs. 329 y ss. Acerca de la lógica del deber ser, "habrá de hablarse de una lógica del deber ser en oposición a esa lógica del ser que nos viene de ARISTÓTELES y que sigue siendo del ser en la moderna logística". Y más adelante: "...KELSEN apremiado por la polémica egológica usó a conciencia esa expresión recién en 1949 durante el curso que profesó en la Universidad de Buenos Aires, pero fue para rechazar su significación y para declarar que la lógica jurídica no era nada diferente de la tradicional lógica del ser".

²⁵ EMMANUEL KANT, *Prolegómenos a toda metafísica del porvenir*, Madrid, 1912, pág. 81.

como venenosa; si debe ser o no venenosa, es una cuestión que en nada afecta su naturaleza, ni la cambia porque yo quiero que no sea venenosa: ese es un problema mío y no de la culebra; ella siempre es venenosa porque a su naturaleza le es inmanente el ser venenosa). El tecnicismo jurídico estudia un derecho como es y lo estructura y lo organiza, y luego se pregunta si debe ser o debe no ser como es.

Retomando nuestro discurso, decíamos que en lo interno la crítica se dirige a las normas, a los principios generales del derecho, a las relaciones jurídicas.

La crítica elaborada desde el punto de vista externo acude, para mirar a su objeto, a otros ordenamientos jurídicos: a la sociología, a la antropología, a la sicología.

Lamentablemente a este nivel del análisis, a esta altísima temperatura en el termómetro de la técnica jurídica, solo puede acudir una vez agotados en su estudio los conocimientos previos. A la crítica se llega comúnmente sin conocimiento de la ley, de los principios generales del derecho, sin haber precisado siquiera jurídicamente sus conceptos básicos.

La crítica, en sentido externo, no va dirigida desde el mismo fundamento jurídico que la estructura, sino y principalmente desde sus fundamentos políticos, desde la sociedad. Desde su mismo ordenamiento jurídico, la crítica estará convirtiendo en círculo viciado y vicioso el sistema o método tecnicojurídico. Desde las normas, crítica es igual que apología.

La condición para hacer crítica jurídica, al decir de ROCCO, es pasar por el camino escarpado y tortuoso del análisis previo (se refiere a la exégesis y a la dogmática).

“El así llamado método tecnicojurídico, en efecto, por su abstracción conquistada a expensas de la concreción, por su extremo formalismo opuesto a todo contenido material... está condenado a desembocar en un callejón sin salida”²⁶.

Así, pues, el revolucionario tecnicismo jurídico ha terminado siendo eso que en todos los demás ha criticado: Dogma.

Bien. De si es el método jurídico una simple técnica, o la ciencia del derecho penal como tal²⁷, eso no nos importa mucho ahora. Importa, sí, el propósito de la técnica jurídica: como técnica constituye una herramienta a cuyo amparo, por cuyo medio, se practicará el derecho (habilidad, destreza). (Martillo para reventar cadenas o martillo para asegurar cadenas). Como método jurídico es el fundamento metodológico de la elaboración jurídica científica.

²⁶ GIUSEPPE MAGGIORE, *Arturo Rocco y el método tecnicojurídico*, Traducción de Fernando Viggiano, Buenos Aires, Edit. Abeledo Perrot, 1961, pág. 10.

²⁷ Para E. AFTALIÓN “la técnica del teórico del derecho escapa al ámbito de la técnica jurídica y pertenece al de la técnica científica que no tiende a hacer derecho sino a la consecución de la verdad jurídica, a conocer el derecho”.

Véase a ENRIQUE AFTALIÓN, y otros, *Introducción al derecho*, 11ª ed., Buenos Aires, Ed. Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1980, págs. 403 a 406.

La técnica juridicopenal, además, pretende ROCCO, es una guía teórica, el timonel de una práctica hasta entonces (¿hoy, bien parecidas, no son nuestras circunstancias?) detestable.

Ahora bien, aclarando lo anterior, cabe preguntarse: ¿A qué intereses terminó ROCCO sirviendo? Pero lo más grave: ¿Al servicio de qué (o quiénes) tipo de intereses sirve el férreo tecnicismo jurídico?

Ya, por los resultados, lo sabemos: esa protección coactiva de los bienes e intereses de la existencia individual y social, cuya ofensa revele y produzca un peligro para la existencia de la sociedad jurídica organizada²⁸ podrá estar al servicio de una sociedad jurídicamente fascista. Y si esa sociedad se organizara (en efecto, recuérdese el Código Rocco de 1930, en Italia, elaborado a la sombra del Duce) de tal forma, como fascista, a esos intereses estará sirviendo el martillito denominado *Técnica Jurídica*. Puesto que no debe olvidarse (y deben recordarlo los acróbatas de la mentira, quienes a nombre de la ciencia hacen política para afirmar su ideología), el fundamento del derecho es el poder. Ahora, en relación con la elaboración del método tecnicojurídico, los intereses a los cuales quiere servir, son evidentes.

El método tecnicojurídico justifica su fundamento de poder, y defendiendo aquello que cree describir, termina haciendo apología.

A toda ciencia le es propio en su movimiento de autoanálisis (no apologético) no solo pensar, sino pensarse; pensar su objeto y no acorazarlo; y pensarse, digo, pues solo de este modo se convierte —en ese giro sobre sí misma—, en teoría de la ciencia que es. Es decir, que en su investigación se admite, se requiere, la posibilidad y la efectiva ruptura con su mismo pensamiento; es preciso, pues, negar su propio pensamiento, a cada paso, y volver a comenzar²⁹.

Solo así el derecho es capaz de moldearse a sí mismo. El derecho es un fenómeno que en cada momento, pienso, debe estarse comenzando y en cada momento debe estarse terminando.

Al diablo con la comodidad del dogma. ¡Esa cristalización nociva propia del derecho no hace más que impedir su radical transformación, y, si se quiere, necesaria mutación!³⁰.

Y las imprecisiones del derecho no se deben a su método exclusivamente, como muchos lo pretenden, sino al desenfoque respecto de su objeto.

V. LA TAREA DE LA CIENCIA

No se concibe en las ciencias exactas, como se las denomina, ningún carácter envolvente, totalizador; no existe, o no se conoce, ciencia alguna cuyo círculo se cierre, cuyo “final” se una a su “principio”.

²⁸ ARTURO ROCCO, *El problema...* ed. cit., pág. 27.

²⁹ Véase a JULIA KRISTEVA, *Semiótica*, Madrid, Ed. Fundamentos, 1978, págs. 7 a 54.

³⁰ Cfr. GIUSEPPE MAGGIORE, ob. cit., pág. 11.

Las ciencias todas (si son realmente ciencias) piensan y se piensan (su objeto y a sí mismas) siempre en espiral. Su "fin" nunca se une a su "principio" sino que se rechazan.

Todas estas consideraciones no le importan a la técnica jurídica ni al derecho en general³¹.

Recuerda ROCCO, evocando a SCIALOJA, que conviene partir de las disposiciones de las leyes —y se olvida de los hechos, si bien antes reconocía al derecho como hecho social— "para ascender mediante la abstracción de concepto en concepto generalizando así cada vez más y descender luego de lo general a lo particular a fin de poder decir con ARISTÓTELES (*Ética*, nov. 1^o), como habría dicho el legislador mismo si hubiera estado presente y como habría prescrito, si hubiera previsto los hechos y las relaciones que no fueron objeto de su regulación y que se trata precisamente de regular"³². ¿Cómo es eso de dar luz y claridad en los antiguos silencios legislativos? ¿De tal manera que todos los hechos que se presenten queden contenidos en ella? De tal manera según esto, ROCCO entendía que todo hecho humano, sea cualquiera su valoración, está contenido dentro de esos principios generales.

Así todo está dicho. Y todo para el método tecnicojurídico está encerrado y contenido "en su sistema abstractamente perfecto, donde todo está concluido, definido y terminado..." en el cual no hay nada más que agregar, ni que quitar...³³. Así el asunto, ¿qué tarea queda a la ciencia?

Ese estado de llenura (como lo diría PLATÓN), sin lugar a dudas, indigesta...

Si para todo fenómeno actual (o virtual), producido en la complejidad de la vida social, tenemos la respuesta, todo está concluido y solo queda esperar "que la máquina puesta en movimiento provea automáticamente los resultados previstos..." Cualquier otra actividad sería un juego sin sentido.

¿Y por qué llenura? Porque la ignorancia es eso; todo se resuelve y se responde de la forma más simple; para todo hay respuesta cuando la verdad no existe; y si no hay verdad no hay conocimiento, puesto que solo se conoce lo verdadero³⁴.

La técnica jurídica tiene horror al vacío y el derecho en general tiene horror al vacío (horror a los silencios legislativos), pero la ciencia solo se alimenta de esos vacíos porque cada problema resuelto para ella es una perspectiva nueva frente a la cual surge siempre alguna pregunta, surge la indagación por algo más en ella y por ella sugerido.

³¹ GIUSEPPE MAGGIORE (ob. cit., pág. 24): "¿Qué tarea le queda a la ciencia?... Definido su método y dictadas las normas de su procedimiento puede cruzarse de brazos y esperar a que la máquina puesta en movimiento provea automáticamente los resultados previstos".

³² ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 23.

³³ ARTURO ROCCO, ob. cit., pág. 12.

³⁴ ESTANISLAO ZULETA, "Acerca de la ideología". Conferencia dictada el 26 de febrero de 1974 en EAFIT. Texto inédito.

Ninguna ciencia, que yo sepa, ha podido llegar a decir: esto es todo y se acabó. Nunca. Para todas las ciencias, cada punto de llegada es a su vez su punto de partida.

Para PLATÓN el hombre que no sabe, y no sabe que no sabe, opina (he ahí su error) porque imagina que sabe³⁵.

La *doxa* es siempre un camino de ciegos. Con el derecho acontece cosa parecida: todo se sabe, seguramente porque en verdad solamente se sabe *nada*. La ciencia "es un paso hacia el no saber a partir de una apariencia de saber"³⁶.

Y dicho todo lo anterior cabe una última pregunta: ¿Será transformación y no reforma la exigencia del derecho?

VI. EL DERECHO PENAL COLOMBIANO Y EL TECNICISMO JURÍDICO

El tecnicismo jurídico puesto en marcha en Italia hacia 1910 con todos los tropiezos y peligros que él entraña, digamos, que si es recibido con beneficio de inventario (y no es ello el pretexto de que echen mano nuestros doctores de la ley), indiscutiblemente sirve como herramienta decisiva para el trabajo con el derecho penal³⁷. Herramienta de trabajo hasta hoy rechazada o desconocida casi totalmente en Colombia. Volviendo a los postulados del tecnicismo, se ve claramente cómo aquello denunciado por el jurista italiano, a principios de siglo, podemos perfectamente y sin lugar a dudas, denunciarlo como cotidiano acontecer en nuestro ordenamiento juridicopenal. Como se ve (hablo para los estudiantes de las facultades de derecho), y como evidentemente se vive (ojalá escuchen nuestros —a veces maliciosamente— sordos magistrados y jueces) en Colombia, el derecho penal, en sentido teórico, transita entre sillas universitarias y estantes de bibliotecas cuando menos; y cuando más en los recintos sacrosantos de los foros y salones de las universidades: mejor dicho, el derecho penal como práctica, transita, viene y va, huérfano de su indispensable complemento: *La teoría*. En Colombia, en su sentido práctico, el derecho penal camina aislado de su teoría, olvidando que esa teoría, siendo tal, lo es de esa práctica y, por ende, para ella. Pero no. Los jueces y los magistrados de la República, con bien pocas excepciones, o desconocen en su ejercicio el imprescindible ingrediente teórico (error de buena fe, y no por ello excusable) o lo desprecian (error de mala fe absolutamente reprochable). Hacen, más bien, gala de su torpe y a veces cretino memorismo, haciendo del derecho

³⁵ PLATÓN, *Teeteto, o De la ciencia y El sofista, o Del Ser*. "Obras Completas", Madrid, Ed. Nueva Biblioteca Filosófica, 1934.

³⁶ ESTANISLAO ZULETA, texto citado.

³⁷ Tengo para mí que el derecho es algo así como un arado en el que disponiendo de los elementos necesarios (es decir, de las técnicas requeridas para esa actividad, cualquiera que ella sea), y de los precisos reconocimientos acerca del trabajo por realizar, no solo resultará efectiva la ejecución de los propósitos sino que los resultados serán óptimos en todos los aspectos.

penal una mecánica y peligrosa aplicación de normas legales. El texto de la ley... Y nada más importa. El derecho penal entendido en este sentido es como una bella cabeza pero sin sesos; como un esbelto cuerpo pero sin vida. Al derecho penal se lo asesina en los templos donde se supone debe cobrar importancia su vitalidad fecunda.

En Colombia, la más de las veces, fríamente se aplica una norma, sin considerar en ella lo fundamental: *su espíritu*.

Con esto surge para los profanos (y aun para los estudiosos del derecho) una pregunta cuya respuesta desconsoladora la dan diariamente los tribunales de la justicia, respecto del estudio dispendioso, largo y en no pocas ocasiones tortuoso, del derecho; se preguntarán las gentes (y yo mismo me hago esta pregunta): ¿Cuáles fines se persiguen con el estudio del derecho? ¿Qué cosa se estudia? A decir verdad, a juzgar por la práctica, nadie sabe qué se estudia...

Si el estudio del derecho (en este caso del derecho penal) es el conocimiento de las normas (no su pobre memorización como lo entienden y padecen tantos profesores universitarios), de su espíritu y de su sentido, de su entraña, ¿por qué entonces no se pasa de la aplicación superficial de la norma? Respecto del derecho penal, por la gravedad de sus consecuencias, con mayor razón, ello debería ser considerado, y sin embargo, paradójicamente, ello con mayor acento es desconocido.

En Colombia no existe la interpretación, y, menos aún, la crítica (salvo algunas excepciones) del derecho penal. Una norma jurídicamente expedida, por ese mero hecho, simple y llanamente es aplicada sin mirársela en relación con el resto del ordenamiento jurídico penal vigente, y, menos todavía, del resto del ordenamiento jurídico; así que, basta la realización del supuesto de hecho jurídico, requerido como condición, para que la consecuencia caiga sobre el individuo sin más consideraciones ni análisis de los hechos. En estas circunstancias, concluimos que nuestro ordenamiento jurídico penal resulta siendo el más peligroso de todos y el primer enemigo de un auténtico Estado de derecho.

El timonel del derecho penal es con frecuencia despreciado por quienes, creyendo ser los centinelas de los bienes vitales, terminan abjurando de aquello en nombre de lo cual han jurado *lealtad*. Este es el diagnóstico que hacemos de nuestro derecho penal actual: como práctica se encuentra hoy abismalmente escindido de la teoría, considerada por quienes creemos en un auténtico y luminoso Estado de derecho, como la guía única y verdadera...! Hoy, dolorosamente, el derecho penal es mecánico ... ni siquiera es técnico.

Si bien muchos sostienen que las normas penales en Colombia están entre las más avanzadas de América Latina, los cerebros a cuya custodia, cuidado y manejo, han sido encomendadas, son cerebros que apenas si llegan al siglo pasado.

Ni siquiera hemos sido capaces de ponernos a la altura de 1910, a la altura de la técnica jurídica, ya incluso superada en otros países. Ni siquiera a ella se ha llegado en Colombia en detrimento no solo del propio derecho penal colombiano, sino también de todos los individuos por él cobijados.

Foro histórico

ORO TRISTE

Dr. GUILLERMO ESCOBAR MEJÍA

Fiscal 10 del Tribunal Superior de Medellín

Medellín, julio 14 de 1982

Sala de Decisión Penal

Magistrado ponente: Dr. J. HÉCTOR JIMÉNEZ R.

TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN

Honorables magistrados:

Con la sangre de un muchachito desnutrido, que se llamó Luis Fernando Ochoa Cañas, cuya edad cronológica pudo ser un poco mayor pero que tan solo representaba, a los ojos de los médicos que efectuaron la diligencia de necropsia, una edad aproximada de “unos once años”, dada su estatura de 150 centímetros y su enteca configuración morfológica; con su sangre, repetimos, se firmó un pacto social que llevó alguna tranquilidad a la gente de su clase social: Los humildes “barequeros” de las riberas del Nechí y del municipio de Zaragoza, con la compañía explotadora de la riqueza aurífera. Así lo afirma don Humberto Vargas, uno de los administradores de la empresa “Mineros de Antioquia, S. A.”, quien dice al fl. 76: “Afortunadamente hoy día, y puedo decirlo así, hemos llegado a un acuerdo con los barequeros, acuerdo firmado con ellos y que seguramente irán (sic) a traer como está sucediendo la tranquilidad, para ellos y la seguridad para nosotros, si este es aceptado y tenido en cuenta por todos los barequeros”.

Lo anterior debiera haber sacudido el espíritu analítico de quienes han estudiado, hasta ahora, este ominoso homicidio. Tal vez así hubieran comprendido que la muerte de este niño, acaecida mientras se bañaba en las aguas del río Nechí, sirviéndose del ángulo de la draga núm. 3 a manera de trampolín propiciatorio a las clavadas ingenuas e inofensivas de su natación, que se interrumpe y corta letalmente, con dos disparos, uno de los cuales alcanza el blanco humano en la región parietal derecha produciendo el estallido de lóbulos cerebrales y la muerte fulminante que lo hace caer del ángulo como plomada inerte que se hunde en la enorme “poza”, abierta antes por la draga, lugar de donde se recuperará el cadáver una hora después, a eso de las cuatro