

PARA CONOCER EL SISTEMA PENAL

Una aproximación epistemológica

Edison Calderón Campana¹

CALDERÓN CAMPANA, Edison: PARA CONOCER EL SISTEMA PENAL, Una aproximación epistemológica. En: IPEF, Revista Jurídica del Instituto Peruano de Estudios Forenses, Año XV N° 78-2, Marzo 2019, pps. del 43 al 53.

Print ISSN: 2308- 5401 / Line ISSN: 2617- 0566
La revista indexada en LATINDEX (folio 22495)
www.latindex.org.unam.mx

RESUMEN

El presente trabajo académico nos conduce a tener una visión amplia del sistema penal. Para tal efecto aborda criterios metodológicos de conocimientos científicos, para su mejor entendimiento. También es importante resaltar desarrollar determinadas instituciones del Derecho; como el Derecho positivo y las funciones del Derecho Penal. Espero lograr el objetivo trazado y podamos esbozar opiniones en torno al presente tema.

ABSTRACT

The present academic work leads us to have a broad vision of the penal system. For this purpose, it addresses methodological criteria of scientific knowledge, for its better understanding. It is also important to highlight developing certain institutions of Law; such as positive law and the functions of criminal law. I hope to achieve the goal set and we can outline opinions on this issue.

PALABRAS CLAVES

Epistemología, Sistema Penal, Ciencia Jurídica, Derecho, Norma, Derecho Positivo, Derecho penal, Filosofía del Derecho.

KEY WORDS

Epistemology, Penal System, Legal Science, Law, Norm, Positive Law, Criminal Law, Philosophy of Law.

Fecha de recepción de originales: 07 de Febrero de 2019.

Fecha de aceptación de originales: 28 de Febrero de 2019.

SUMARIO

I. Introducción; II. Los criterios epistémicos para alcanzar el conocimiento; III. Ubicación del Sistema Penal en el esquema científico convencional; IV El «derecho» y el «Derecho»; V. Norma y derecho positivo; VI. Categorización del Derecho; VII. Las funciones del Derecho y del Derecho Penal, VII.1. Las funciones del Derecho, VII.2. Las funciones del Derecho Penal; VIII. La Filosofía del Derecho y del Derecho Penal; Conclusiones; Bibliografía.

¹ Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de maestría en Ciencias Penales por la Universidad de San Martín de Porres.

I. Introducción.

En la actualidad vemos que los órganos de creación, interpretación y aplicación de las normas penales vienen realizando dichas actividades -en la mayoría de los casos- de manera aislada, respondiendo básicamente el análisis según el contexto mediático, empero sin tener en cuenta o al menos advertir que su actividad debe efectuarse de acuerdo a una *sistema* ordenado y coherente donde cada instituto jurídico se encuentre debidamente delimitado e interpretado en relación a los demás, lo que aunado al método científico, conforme se señalará en el desarrollo del presente trabajo, se concluirá en la posibilidad de comprender el Sistema Penal desde una perspectiva epistemológica. Para lo cual debemos partir del hecho que toda realidad está compuesta por elementos que integran su unidad, y que dichos elementos son entendidos como categorías epistémicas *certeza*, *verdad* y *certeza-verdad*. La discriminación de dichas categorías, en su configuración analítica y haciéndolos converger en una síntesis, permitirán lograr una adecuada concepción de la realidad. Ésta realidad en su unidad, desde la óptica epistemológica, resultará un dato del saber, y como tal útil para interpretar otras realidades, sean éstas en sentido amplio o estricto. El proceso de discriminación y posterior convergencia entre aquellas categorías epistémicas, entendidas en el presente análisis como *criterios* para conocer una realidad ya sea general o particular se utilizan en el ámbito de la investigación científica, ya que dichos criterios son funcionales a los métodos de investigación; independientemente de los tipos de conocimientos que se pretenda alcanzar.

El sistema jurídico también constituye una realidad; los citados criterios de certeza, verdad y verdad-certeza, son de naturaleza epistemológica y se usan para la investigación tanto del sistema jurídico general, como también para el estudio de un sistema jurídico particular, como es en el presente caso el Sistema Penal, el cual no debe entenderse como una unidad de segmentos cada uno con su propia autonomía, sino como un conjunto de criterios que justifiquen la génesis y aplicación de normas con naturaleza criminal. La realidad - Sistema Penal- comprende un ámbito interno y otro externo. En el espacio interno se encuentra la estructura normativa del sistema penal estatal:

constitución política y legislación punitiva de alcance nacional; y, en el ámbito externo -como parte del sistema jurídico internacional - se encuentran el sistema penal internacional y el sistema internacional penal.

II. Los criterios epistémicos para alcanzar el conocimiento.

Desde la antigüedad greca hasta la actualidad, toda realidad ha estado contemplada por los dos criterios que aún delimitan su perfil epistemológico: la **certeza** y la **verdad**. A ello, se suma el criterio mixto certeza-verdad, que es la resultante de ambos y sirve como dato para la continua investigación, y para la toma de posición sobre un determinado *juicio*. En este contexto, todo estudio racional que pretende generar *conocimiento* versa sobre estos tres criterios. Desde las contrastantes posiciones de Platón y Aristóteles, hasta nuestros días, tales criterios han servido, sirven y servirán para abordar el estudio científico de los diversos aspectos que nos ofrece la realidad.

Los criterios precisados, en su *excursus* histórico, han tenido abordaje dialéctico. Desde la óptica hegeliana, se señala que las afirmaciones inmediatas y aisladas acerca de la certeza y la verdad, caracterizan el pensamiento epistémico-filosófico antiguo y medieval; la oposición entre la certeza y la verdad, distingue la filosofía moderna hasta Kant; y, la superación de esta oposición, caracteriza al pensamiento contemporáneo, esto es, la forma mediata de la identidad de la certeza y la verdad².

En consecuencia los criterios de certeza, verdad y verdad-certeza, son una constante en el estudio epistemológico de toda realidad. Sin embargo, la pregunta que surge es obvia ¿qué cosa es, o qué se entiende por certeza, verdad y verdad-certeza? Estas cuestiones, se establecieron ya nitidamente en el pensamiento filosófico antiguo. En todo contexto histórico, la *certeza* es el juicio o criterio del sujeto sobre el objeto, es decir *lo subjetivo*, mientras que la *verdad* es el objeto material - *lo objetivo*; en tanto que la *certeza-verdad* es el criterio mixto de ambos, es decir, la correspondencia del concepto con el objeto, a esto se conoce como ya se ha mencionado: verdad convencional.

2 SEVERINO, E., La filosofía dai greci al nostro tempo, La filosofia moderna, Milano, 2006, p. 18.

Así, para afirmar que existe una base epistemológica para el estudio del Sistema Penal, se presenta un problema cuya solución implica el punto de partida: ¿Cuáles son los contenidos de los criterios de verdad, certeza y verdad-certeza del Sistema Penal? De antemano hemos de señalar que la certeza se identifica con el juicio crítico y especulativo (lo subjetivo), mientras que la verdad, es el juicio teórico racional (lo objetivo); y, el criterio de certeza-verdad, es la correspondencia de ambos, vinculante, aceptado entre los interlocutores, y que por ello es convencional, empero con carácter racional.

En el sistema penal, como realidad jurídica particular y en base a los contenidos de los criterios, existen espacios críticos, teóricos y crítico-teóricos. El contenido crítico que es el criterio de certeza, está compuesto por juicios esgrimidos sobre determinado instituto jurídico penal, y como tales, son especulativos y no homogéneos; el contenido teórico, en sustancia criterio de verdad, se identifica con la norma criminal, norma unitaria con precepto y sanción, es principio positivo penal; y, el contenido crítico-teórico, es la correspondencia entre la certeza y la verdad.

En base a lo precisado, cuando se analiza, un determinado instituto de naturaleza criminal, como por ejemplo el *homicidio*, se tiene en cuenta tres aspectos, el primero es la crítica, denominada doctrina, con caracteres de dogmática; el segundo es la teoría, esto es, una determinada norma criminal, que es reductiva y circunscrita a todo lo precisado en ella, en forma estricta o taxativa; el tercer aspecto, es el crítico-teórico, que es la correspondencia del discernimiento con el objeto.

III. Ubicación del Sistema Penal en el esquema científico convencional.

Para nuestro propósito, es necesario diferenciar la ciencia jurídica de las otras ciencias, para de ello, delimitar la ciencia jurídica penal, especificado como sistema penal. La ciencia como resultado de la actividad intelectual humana, constituye el saber basado en el conocer las causas y los efectos de un determinado fenómeno. En congruencia a su estructura, parte de la realidad como problema, se plantea hipótesis, las revela y analiza, las somete a

prueba, formula teorías y determina leyes, para con éstas explicar el fenómeno o realidad³. Llegar a ello, en base al saber epistemológico, significa el análisis de la realidad presentada o del fenómeno, su estudio dialéctico y la experiencia del *factum*. En este contexto, la ciencia tiene carácter racional, sistemático, exacto, verificable y aunque falible.⁴ La ciencia se distingue en formal y factual; se ha establecido que en la ciencia factual se encuentran las ciencias naturales y las culturales; *la primera* es integrada por la Física, la Biología, la Química y otras ramas vinculadas al comportamiento de la naturaleza y su transformación; *la segunda*, integrada por el Derecho, la Sociología, la Historia, la Antropología, la arqueología y otras ramas del saber, esto último como el producto del desarrollo social del hombre. En consecuencia, el Sistema Penal como parte del Sistema Jurídico en general, constituye un conjunto de conocimientos científicos, que se encuentran contenidos en el área de las ciencias fáctico culturales, y como consecuencia de ello en este punto de vista, también tienen características de racionalidad y de objetividad, logrando imponerse en la sociedad; de ahí que tampoco pueden apartarse del análisis epistemológico.

IV. El «derecho» y el «Derecho».

Desde el punto de vista de los diversos sistemas jurídicos, el Derecho puede alcanzar diversas acepciones; sin embargo, más allá de toda definición consiste en una abstracción de la mente humana que surge por la necesidad ineludible de la vida en sociedad. Desde la óptica filosófica, se considera al Derecho dentro de dos contextos, el *derecho* como **hecho**, es decir, un comportamiento humano dado en el espacio, en el tiempo y asimilado por nuestros sentidos; y, el *Derecho* como **norma**, que implica un deber ser, donde el contenido, es una orden o mandato imperativo. En condiciones normales, el comportamiento humano, corresponde al mandato imperativo y se integra como realidad. En base a esta contemplación, el concepto de Derecho varía de acuerdo con el marco filosófico utilizado para su determinación. El criterio más acentuado hasta la actualidad es la concepción de naturaleza objetiva, positiva del derecho, la que delimita el concepto a un conjunto de normas que regulan la conducta humana.

3 Cfr. JULES-H. POINCARÉ., *Scienza e Metodo*, Torino, 1997, p. 238 y ss.

4 Cfr. BUNGE, M., *La Ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, 1960, p. 7.

En el Derecho Positivo es implícito el *principio*. El principio implica un elemento causal, necesario para la producción de dicho derecho; no solo ello, sino que el principio es originado por una conducta social permanente del hombre, crea un estándar moral y ello, genera necesidad de tutela. Cuando el principio se positiviza, resulta una norma positiva, la cual implica una garantía para los componentes de la sociedad, quienes ven en ella, una especie de seguridad y libertad. En las estructuras jurídicas modernas, es el Estado que asume el rol de garante para hacer efectivo los principios positivos: dependiendo de la naturaleza del ámbito jurídico en los cuales operan, cumplen un determinado rol; por el contrario, su inobservancia, determinan la lesión de un derecho. Por ejemplo, en el Derecho Penal sustancial, existe el principio de *legalidad* el cual en sentido lato consiste en que ninguna persona puede ser punida por un hecho que no sea expresamente previsto como delito por la ley, ni con penas que no sean en ella establecidas; por otro lado, en el Derecho Procesal Penal, el principio de *motivación* de la resolución judicial implica una obligación al juzgador para que explique las causas, las razones o los fundamentos en los cuales se basa su decisión.

V. Norma y Derecho Positivo.

Se ha sostenido que, el Derecho, desde el ámbito teórico, es el conjunto de *normas* que regulan la conducta humana. Por ello, en un Estado de Derecho, es aceptado el criterio de H. Kelsen⁵. Sin embargo, para justificar el presente trabajo, es necesario discriminar la naturaleza de *la norma* y de *la norma jurídica*. Las normas en general, son dos las áreas en las cuales operan, las normas morales y las normas jurídicas. Las normas morales, se basan en valores éticos y son dictadas por las conciencias de los individuos, su observancia es enviada únicamente a la sensibilidad colectiva y no son impuestas autoritariamente. Es el caso de las normas de trato social, que son prescripciones expresas de una sociedad, indican comportamientos que los miembros de la colectividad deben observar en determinadas circunstancias. En ellas, los valores morales y culturales adoptados por una sociedad, son traducidos en prescripciones de conducta, acompañados de la previsión de criterios socioculturales en caso de inobservancia. Las normas jurídicas, en antípoda, constituyen

imperativos jurídicos, están compuestas por dos elementos, el precepto y la sanción; el precepto es el comando que impone un determinado comportamiento consistente en una conducta positiva -por ejemplo paga tu deuda- o negativa -no robar; el elemento de la sanción, es la reacción que el ordenamiento prevé contra quien no ha observado el precepto, poniendo en práctica, un comportamiento prohibido, y en tal sentido, varía según la «clase» de norma jurídica.

La concepción del *derecho positivo* siempre ha contrastado con la concepción del *derecho natural*. Por derecho natural, se entiende el *id quod semper aequum et bonum est*, es decir, un conjunto de reglas no siempre codificadas, que encuentran su fundamento en principios superiores de justicia y equidad. En palabras de Cicerón la *recta ratio*, la racionalidad inmanente a cada individuo, en sustancia como *omnia animalia docent*. En la evolución del pensamiento filosófico, para las teorías antiguas y parte del medievo, el derecho natural tenía un origen trascendente, en cuanto deriva directamente de Dios; sin embargo en la época moderna, se refiere a la naturaleza racional del individuo, que lo muestra como autoevidente, eterno y justo, en un entorno cambiante, coincidente con la moral en determinado tiempo y espacio.

VI. Categorización del Derecho.

El derecho positivo, para su análisis, se clasifica en derecho público y privado. Para comprender la clasificación, existen dos teorías: la primera, se basa en la naturaleza del interés, y afirma que si el interés, es de origen privado o público y privado, el derecho es por naturaleza de derecho privado. Esta teoría, comprende al derecho civil y sus áreas específicas, excepto el interés colectivo por diferente apreciación; la segunda teoría, se fundamenta en la naturaleza del sujeto, si él pertenece al interés público, corresponde la clasificación de derecho público y viceversa. En efecto, en base a esta clasificación, se tiene que el derecho privado, regla los vínculos entre los particulares y a veces con el Estado; el derecho público, está determinado por el derecho público interno e internacional. Es pacífico afirmar, en congruencia con la clasificación descrita, que el derecho penal o mejor dicho el sistema penal, forma

5 KELSEN, H., La dottrina pura del diritto, Torino, 1966, p. 62.

parte del derecho público interno. Ello no significa que no tenga una fuente de inspiración externa, porque en esta hipótesis, las fuentes internacionales se integran al derecho penal interno, mediante un acto de adecuación a la estructura jurídica del Estado, por ejemplo, la recepción o actuación del tipo penal de lesa humanidad. Por otro lado, los bienes que protege el Estado, aun cuando sean de pertenencia directa de los individuos, como la vida, la libertad o el honor, vienen tutelados en vista de un interés público, por lo que en interés de la colectividad se dictan normas que protegen directamente bienes públicos existentes o que en suma tienden a promover un progreso social.

VII. Las funciones del Derecho y del Derecho Penal.

VII.1 Las funciones del derecho.

La literatura jurídica, imputa al Derecho la función organizativa, distributiva y represiva. La organizativa tiene por finalidad la gestión del poder político, las diversas formas de acceso a él, garantizando el pacto constitucional establecido; la distributiva es orientada a normar el interés privado, que se materializa en el derecho civil; la **función represiva**, para reprimir o prevenir conductas antisociales, para garantizar la convivencia social. Para que esta última función sea cumplida a cabalidad es necesario el análisis de la misma, la cual se traduce en el estudio del Derecho Penal orientado al examen y aplicación de leyes criminales, que en conjunto forman el Sistema Penal. Sin embargo, de ello puede deducirse también que la convivencia social no es estable, ya que existen factores que conducen a su no realización. Existen intereses contrapuestos que tratan de imponerse unos contra otros, determinando así el conflicto de interés y con ello el conflicto social. Se entiende por conflicto, a la contraposición de razones causadas por una necesidad particular y un interés. El conflicto social es el traslado de ellas, de lo individual a lo colectivo y éste en contraposición de otro.

Por otra parte, se debe afirmar que la paz social se actúa dentro de un agregado social, y para asegurar su vigencia el Estado o la sociedad misma se dotan de medios para alcanzarla. La actuación de medios para tal fin, significa ante todo, tener la evidencia del tipo de sociedad en la cual se convive;

en virtud de ello diremos también que existen diversas clases de sociedad, como complejo de relaciones que se establecen entre individuos y los grupos que componen el agregado social; por lo que no se puede imponer un medio para asegurar la paz social, controlarla en sus contradicciones, sin antes tener un criterio de la clase de sociedad.

Entre las concepciones de sociedad, en las cuales se verifican las funciones del Derecho, se encuentra: T. Hobbes, quien la concibió como un todo, dirigido por leyes mecánicas, donde el equilibrio entre sus componentes o grupos de individuos, se encuentra asegurado por una continua atracción y repulsión; A. Comte, quien la consideró como organismo social que al igual del animal, regulado por leyes naturales no modificables por la voluntad del individuo; K. Marx, que la concibió como una unidad, en la cual, cada parte - fuerzas productivas, relaciones de producción, vínculos jurídicos, estructura de clase, etc.- son entre ellos estrictamente dependientes; y, T. Parsons, que la concibió como un sistema de roles en estricto equilibrio⁶, afirmando que los factores cambiantes como la innovación tecnológica y científica, las variaciones demográficas, los nuevos ideales políticos, religiosos, culturales, etc. son siempre endógenos, y que las modificaciones a las unidades de la sociedad se repercuten inevitablemente en todo el sistema. En la actualidad, se advierte la consolidación de una especie de sociedad global. Los factores que contribuyen a ella son múltiples, empero los factores más influyentes son la tecnología y la expansión económica, que determinan comportamientos en los niveles sociales, culturales y políticos. La globalización implica la reducción o eliminación de las distancias, la interconexión de los mercados, recíproca dependencia de los sectores productivos, económicos y culturales, determinación de nuevos fenómenos y cánones de comportamiento desiguales y contradictorios. Por lo que la clase de sociedad global, influye en manera directa a las sociedades particulares. Es por ello, que en base al tipo de sociedad, se proyectan medidas para su realización social; sin embargo, aquellas no son suficientes debido a la existencia de fenómenos que no conducen a materializar la paz social, lo que trae como consecuencia el nacimiento -al interno de la estructura de la sociedad- de mecanismos eficaces para alcanzar la realización social; un medio para tal objetivo, es justamente el Sistema Penal, dirigido por el Estado.

6 PARSONS, T., (1937) *The Structure of Social Action*, New York: Free Press, 1966; ID., *El sistema social*, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1966, p. 33.

VII.2 Las funciones del Derecho Penal.

En relación al Derecho Penal usado como medio de control, se parte de la conjetura que es un instrumento como otros para el control social. Pero, ¿qué se entiende por control social? El uso inicial de la frase, fue utilizado por Spencer, para referirse al estudio de la sociedad en ausencia de códigos de comportamientos sistematizados, dando lugar a investigaciones antropológicas. La cuestión se embarcaba a buscar un medio por el cual se debería garantizar el orden y las reglas establecidas. En tal sentido, se ideó dotarse de instrumentos o instituciones que deberán prever el uso de la disuasión, la represión o el uso de la fuerza contra los desobedientes. En efecto, de ello nace el criterio del Derecho Penal como control social, como mecanismo para justificar cierta exigencia existencial. Así, se han perfilado algunas opiniones, como aquella que postula una aplicación segura y calculable del Derecho Penal, siendo posible sustraerse de la irracionalidad, arbitrariedad y la improvisación⁷; o aquella, que precisa que el Derecho Penal, como control social, permite garantizar los derechos fundamentales del individuo⁸.

La delimitación del control social, desde el punto de vista sociológico y científico, lo ha realizado E. Ross⁹; este autor justifica la existencia normativa con fines de control, y se precisa que el Derecho Penal, es uno de los instrumentos más eficaces para garantizar la convivencia y la paz social. En esta contemplación, la función social del Derecho Penal consiste en asegurar la existencia y conservación de la sociedad, impidiendo la verificación de hechos contrarios a los intereses fundamentales individuales o colectivos, la defensa de la sociedad contra las agresiones que provienen del crimen. Este propósito se logra a través de la amenaza, de imponer una pena al autor del hecho contrario al orden social.

Se infiere como corolario, que el derecho penal es un medio de control social. Forma parte del ordenamiento jurídico del Estado porque es éste quien ejercita el *ius puniendi*. Se caracteriza por la naturaleza de su consecuencia que deriva de la violación de sus prescripciones: la pena, de ahí aunque su denominación¹⁰. La amenaza de la imposición de una sanción penal, es para evitar el

conflicto social y con ello, asegurar la paz social. Además, como todo medio de control social, tiende a evitar determinados comportamientos sociales reputados indeseables, acudiendo a la sanción en la hipótesis que dichas conductas se realicen. Por ello, se caracteriza además, por prever sanciones graves -las penas y las medidas de seguridad-, como forma de evitar comportamientos que juzga especialmente peligrosos, como son los delitos¹¹. Sin embargo, no todo criterio orientado a justificar al Derecho Penal como instrumento de control social, es permitido, por lo que la cuestión nos conduce a centralizar el análisis en la justificación filosófica del Derecho y del Derecho Penal.

VIII. La Filosofía del Derecho y del Derecho Penal.

- Filosofía del Derecho.

La filosofía del derecho es una parte de la filosofía, que tiene al centro de su atención el vínculo existente entre la *Moral* y el *Derecho*. Ambas categorías proponen prescripciones y normas, y por ello surgen cuestiones divergentes. Puede suceder que dichas categorías den soluciones contrastantes sobre un problema o cuestión en una determinada realidad. Por ejemplo, todo lo que para la Moral puede ser un deber, para el Derecho puede ser prohibido y viceversa. Ahora bien, cuando nos encontramos frente a una cuestión en la que el Derecho evalúa un acto moral para permitirlo o prohibirlo o la Moral evalúa un derecho en términos positivos o negativos, estamos ante un problema de la evaluación ética del derecho. En este sentido, la filosofía contemporánea y la crisis del positivismo jurídico, ha conducido a superar la rígida distinción entre el derecho y la moral, y a la consiguiente apertura del debate filosófico-jurídico de los valores ético-políticos.

La Filosofía del Derecho estudia a las normas jurídicas desde el punto de vista filosófico: es decir, relacionándolo a la concepción general del universo, buscando las razones de su existencia y devenir. La *sanción*, por ejemplo, es una forma de las manifestaciones del derecho positivo, por lo que la filosofía del derecho, investiga la legitimación de tal sanción, vinculado a su esencia y a los fines del

7 GIMBERNAT ORDEIG, E., Estudios de derecho penal, III° ed., Madrid, 1990, p. 157 y ss.

8 MUNOZ CONDE, F., Introducción al derecho penal, Barcelona, 1975, p. 136.

9 Cfr. ROSS, E. A., Social control, Somerset, NJ, 2009.

10 ANTOLISEI, Francesco. Diritto Penale, Parte Generale, 16° Ed. Milano, 2003, p. 3.

11 Cfr. MIR PIUG, S., Derecho penal, Parte general, Barcelona, 2008, p. 40.

Estado. Por esta perspectiva, se obtiene el debate sobre la cuestión del fundamento del Derecho, es decir, el análisis del problema de la razón del derecho. La dificultad, consiste en analizar si el Derecho tenga una justificación intrínseca según su esencia y finalidad o si sea suficiente justificarlo en su existencia histórica. El Derecho es «cierto» -en cuanto es-, pero ¿es igualmente «verdadero»? y además, ¿es útil buscar la intrínseca «verdad»? Las respuestas a estas interrogantes, las encontramos en la búsqueda de la justificación del derecho, es decir, si existe de por sí o está subordinado a alguna existencia racional. Ello nos conduce a una investigación de naturaleza deontológica -como debe ser- y no fenoménica -como es-, del Derecho y se refiere al problema de la «justicia».

La cuestión de la **justicia** está orientada a la conciencia humana y después impuesto al pensamiento filosófico. En la misma forma que la conciencia humana, se ha creado por ideales o cuando la autoridad evalúa y decide cuál es lo justo e injusto; igualmente, la reflexión filosófica, examinando el problema, ha dado varias soluciones según el punto de vista del cual se parta. Estas soluciones han dado lugar al nacimiento de sistemas ético-jurídicos en la historia. Así, se ha discriminado un sistema afirmativo, que reconoce la existencia de un principio superior al fenómeno jurídico e independiente de la autoridad; un sistema negativo, sosteniendo que la justicia y el derecho se justifican por el hecho que existen; y, un sistema utilitario, que desconoce el principio de justicia y confunde con la utilidad¹². En consecuencia, esta situación se reduce a exponer la justificación de derecho y justicia. El maestro de la escuela italiana del derecho penal, Filippo Gramatica, nos expone, un *excursus* sobre el argumento.

Las soluciones afirmativas.

Entre las *soluciones afirmativas* se encuentran: el sistema teológico, intuicionista, del derecho natural, derecho racional y el racionalismo-histórico.

El *sistema teológico* ha triunfado con el advenimiento del cristianismo y ha dominado todo el medioevo. La premisa del cual parte es: Dios es el principio y fin de todas las cosas, el fundamento del bien y de lo justo, la justicia es emanada por Dios. En este razonamiento, el derecho es el querer

divino, dirigido a todos los hombres mediante los sacros textos. El Estado es considerado como institución divina, con características de absoluto. Esta forma de concepción ha sido tenazmente contrastada durante el renacimiento y durante la supremacía del racionalismo, donde no se admitían axiomas sin demostración.

El *sistema intuicionista* postula los principios del bien y de lo justo, son reveladas por el intrínseco de la conciencia del individuo, que posee en sí la fuerza originaria de infalibilidad. La conciencia es tal, que en virtud de nuestra intuición, discernimos inmediatamente lo que es bueno y lo que es malo, por tanto, lo que es justo y lo injusto. En este contexto, el derecho es producto de la intuición. El intuicionismo se vincula por un lado con la teoría de las ideas innatas de Platón, las cuales serían ideas originarias, inherentes a la especie humana y por ello contemporáneo a la humanidad, por otro, tiene conexión con una forma más avanzada de progresión, la cual reconoce una facultad especial que se llama «intuición» y que en virtud de ello, podemos distinguir el justo de lo injusto.

El *sistema del derecho natural*, que independientemente al derecho positivo, considera un derecho ideal, derivado de la naturaleza. El fundamento del derecho natural consistía en la distinción entre el derecho y la moral. La cuestión ha estado enfocada por Fichte, cuya filosofía se centraba en el *yo* como actividad libre e infinita. El *yo* pone como fin en sí los otros, en cuanto el sujeto como esencia racional puede pensarse solo en cuanto adquiere conciencia de sí, como *yo* a través de la conciencia de la actividad de otros, de esto nace el concepto de coexistencia y limitación recíproca. La relación entre seres racionales se denomina relación jurídica, que es la *máxima* del derecho, ya que su concepto, tiene por objeto «una comunidad de seres libres en cuanto tales» -yo limito mi libertad para que tú puedas ser libre, a cambio de que tú hagas lo mismo-, de esta posición metafísica del *yo* como individuo, deriva el «derecho originario» que se define como el derecho absoluto de la persona a ser puramente causa en el mundo sensible y nunca efecto. En este contenido, los derechos originarios del individuo, son anteriores al Estado, que es instrumento coercitivo. Contextualmente, la valoración de la *justicia* es intrínseca al sujeto. Ocurre entonces, o los hombres se comportan entre ellos sobre la base de fe recíproca -que resulta la moralidad- o que las reglas sean

12 GRAMATICA, Filippo, Principi di diritto penale soggettivo, Torino, 1934, p. 5.

hechas valer coactivamente -derecho positivo y no natural-.

El *sistema del derecho racional*, deriva de la sistemática natural. Considera a la razón humana fuente del Derecho, afirma que es una construcción lógica, mediante la cual la mente del hombre, partiendo de premisas generales, entorno al principio de la justicia, deduce toda la verdad jurídica particular. Se sostiene que el derecho racional es lo justo, absoluto, mientras que el derecho positivo, representa solo la legalidad, es producto del pensamiento, tiene carácter necesario y es universal. Este sistema se confronta con el dogma de los teólogos, los cuales parten de la soberanía del principio de autoridad, en vez, el racionalismo contrapone al principio de autoridad el principio de la razón, el cual constituye el único instrumento capaz de descubrir la verdad lógicamente necesaria.

El *sistema del racionalismo-histórico*, parte de la premisa de que el racionalismo había calado profundamente las fisuras entre el derecho natural y el derecho positivo. Por lo que surge esta tendencia finalizada a unificar el sistema.

Las soluciones negativas.

En las *soluciones negativas* sobresalen el realismo, el historicismo y el positivismo.

El *realismo*, es sistema en el cual se afirma que el derecho es justo en cuanto es prescrito, es decir, es manifestación de una autoridad constituida. Esta teoría, confunde la justicia con la legalidad. Se desarrolló en Grecia, con las escuelas Jónica, Sofista, *cirenaica* y *scettica*, en tiempos modernos fue concebido por Kirchmann.

El *historicismo*, en el cual no existe principio superior y absoluto de justicia, porque el derecho, es la elaboración histórica y social de un determinado agregado social, no es concebible diversamente de aquello que las condiciones del agregado social han creado. El derecho es una formación histórica, no se puede afirmar que las intervenciones artificiales puedan transformarlo, nada destruye la continuidad de la historia. El máximo exponente de esta corriente es Savigny;

El *positivismo*, que postula el fenómeno es el único objetivo de investigación filosófica, entonces, significa estudiar el mundo «como es», y no hacerse

fantasías de cómo «debe ser». En el *positivismo*, no existe otro derecho fuera del derecho positivo, porque sería absurdo y anti histórico pensar de poder reformar las instituciones sociales, de la misma forma que los modelos abstractos y los principios absolutos. Análogamente al historicismo, el positivismo sostiene que el derecho, existe porque es el producto de la voluntad y de la opinión de la colectividad. En efecto el aporte de la colectividad, implica el sistema de valores.

El sistema utilitario.

El *sistema utilitario*, se asemeja a los sistemas negativos. Se funda en la experiencia, por lo que atiende a las inmediatas exigencias humanas. Se diferencia sustancialmente, en cuanto reconoce la necesidad de una intrínseca justificación de la ética y del derecho. Lo justo lo considera dependiente de la utilidad, estableciendo que es justo todo lo que es útil. Desde Epicuro y Lucrecio hasta Holbach y Hume, que la sostuvieron, estuvo acompañado del materialismo. Un verdadero sistema ético-jurídico en base a la utilidad se le debe a Bentham, para el cual, la idea de lo bueno y de lo justo se identifica con la idea de lo útil, que tiene por contenido la felicidad y la verdadera utilidad individual, por lo que no puede ser desligada de la felicidad, de la generalidad. El sistema ha sido ampliado por Stuart Mill, el cual consideraba que la utilidad era constituida por el complejo de intereses y exigencias, permanentes en el hombre y en su potencialidad progresiva. En este contexto, el bien general era asumido por Mill, a principio directivo de la conducta humana. La justicia formaba parte de la utilidad y por ello se debía mover de lo útil para determinar todo lo que es justo¹³.

En relación al argumento, Ulpiano había afirmado que la justicia como valor equitativo «es dar a cada uno lo que es suyo»; no obstante, esta valoración induce a reflexionar sea en forma positiva o negativa. Una meditación, orientada a significar la legitimidad de la justicia por parte del Estado, es expuesta por Hobbes, cuando sentencia, que los hombres a través del pacto, dan vida al Estado que es justo. Es con el pacto que comienza a existir justicia e injusticia entre hombres. Justicia es respetar el pacto, la injusticia es romperlo. La justicia es todo lo que el Estado sostiene para mantener la paz entre los hombres y defenderlos de los extraños o «extranjeros», la injusticia es todo lo que obstaculiza este propósito¹⁴.

13 Cfr. GRAMATICA, F., op cit., p. 17.

14 SEVERINO, E., La filosofía dai greci al nostro tempo, La filosofía moderna, Milano, 2006, p. 81.

- Filosofía del Derecho Penal.

Las corrientes de pensamiento filosófico, se orientan también a justificar la legitimación del Derecho y del Derecho Penal. La filosofía del derecho considera y estudia las normas jurídicas desde el punto de vista filosófico, en relación a la concepción general del universo investigando las razones de su existir y su devenir¹⁵; La filosofía del derecho penal está orientada a la justificación o verificación positiva o negativa de la norma criminal y de la pena.

En la legitimación de la ley penal, en base a la categoría de justicia, implica precisar que una norma penal es legítima cuando es justa. Ahora bien, ¿cuándo una norma penal es justa? La respuesta no es única. Depende del extremo epistemológico del cual se considere. Por ejemplo, podemos afirmar que, por la violación al pacto convencional establecido por la sociedad, la estructura de la misma impone una sanción, que en el sistema penal es la pena. En este sentido, la pena es una manifestación principal que encarna la norma y por ello es justa, porque ella permite restablecer el pacto.

En el *sentir empírico*, cuando la norma penal y la pena logran una especie de justicia, se afirma que son legítimas y equilibradas. Si se piensa en la siguiente hipótesis extraída del contexto social: «la gente pide justicia frente un crimen atroz», no pide que sea equilibrado su interés, sino que pide «justicia», lo que se traduce en «castigos fuertes», e induce a los legitimados del poder a la creación e imposición de sanciones drásticas de naturaleza penal; cumplida la exigencia, la gente pensará que la ley y la pena son justas. Lo señalado es un aspecto de legitimación basado únicamente en la concepción sensible de la realidad, empero que no es la única forma.

En la *legitimación de la norma criminal*, cuando los valores existentes según el interés estatal o particular son tomados por el legislador y normados positivamente, constituyen los llamados principios positivos, que son en esencia el objeto de la norma penal. Una posición significativa a esta especie de legitimación, se deduce de la postura de Hobbes; en efecto, Hobbes había precisado dos postulados bases de la ciencia política y que han sido asumidos por el *ius puniendi* del Estado para efectivizar la política criminal: i) el hombre desea gozar lo más

posible de todos los bienes disponibles sobre la tierra, impidiendo a otros que hagan lo mismo; y ii) cada hombre es un peligro y una amenaza para los otros, así como todos los otros, son un peligro y una amenaza para su vida. Ante el temor recíproco y sucesivamente el miedo a ser eliminado, el hombre «mata o elimina» antes de ser amenazado. Bajo estos criterios, sería «natural» que el hombre se preocupe por su *seguridad y libertad*, propiciando la legitimación de la norma criminal como única garantía para su supervivencia.

En relación a la *legitimación de la pena*, las posturas se orientan a verificar la función de la misma. Las orientaciones tienden a determinar una teoría de la pena que es analizada por la crítica y recogida por la teoría. Inicialmente, la filosofía del derecho penal estaba orientada a la investigación de la legitimación ética de la pena en relación a la esencia y a los fines del Estado, además, del valor ético-jurídico de la personalidad humana. Todo en razón a la «justicia». No es desconocido que desde el más antiguo agregado social, hasta las modernas sociedades organizadas, la preocupación por protegerse de la criminalidad, o hacer frente a un fenómeno que viola un «derecho», ha estado reputado a la conciencia humana. Lo que la conciencia humana asuma como elemento de justicia, ha estado abordado por la filosofía para interpretarlo y justificarlo. Sin embargo, más allá de ello el fundamento de la pena también es relevante desde la óptica objetiva.

La pena de naturaleza criminal, es el sufrimiento conminado por la ley, irrogada por la autoridad judicial mediante un debido proceso a aquel que viola un comando de la ley penal. Lógicamente, existe diferencia entre la pena y otras sanciones jurídicas penales, como las medidas de seguridad, el resarcimiento el daño, entre otras. En la justificación de la pena de naturaleza criminal, existen tendencias de renuncia absoluta y otras para justificarla positivamente. Aquellas que renuncian a la inexistencia de la pena, es decir, tendencias abolicionistas, no tienen asidero en la realidad, porque no se basan en la verdad epistemológica. El fundamento y la legitimación de la pena, se encuentra en la perspectiva positiva de la misma. Se justifica por lo siguiente: donde sea que exista un grupo de hombres y se tenga la necesidad de una disciplina para la coexistencia de los intereses en contraste, debe existir un sistema de punitivos¹⁶. En este contexto, el poder de infligir

15 ANTOLISEI, F., op. cit., p. 24.

16 ANTOLISEI, F., op. cit., p. 678.

castigos (penas) devendrá en el *ius puniendi* y constituirá para el Estado un medio absolutamente necesario para imponer su voluntad a los súbditos: para hacerse obedecer y alcanzar sus objetivos. Esta forma de legitimación y justificación nos conlleva a verificar las funciones de la pena.

La función de la pena se relaciona con su eficacia; la eficacia significa verificar los efectos que aquella produce cuando es adoptada por el Estado; en ese sentido, la crítica ha establecido la función de prevención para delimitar su eficacia. Dicha la prevención se divide en general y especial: la prevención general se orienta a precisar el mensaje a los ciudadanos a no cometer delitos; en cambio, la prevención especial está destinada a proponer medidas cuya finalidad sea inducir al reo -es decir aquel que ha cometido un delito- no vuelva a delinquir. De ésta contemplación nacen las teorías que justifican la existencia de la pena. Son notables las teorías absolutas, relativas y mixtas.

CONCLUSIONES

- 1.- El Derecho y el Derecho Penal al constituir realidades general y particular respectivamente, es permisible estudiarlos bajo el perfil epistemológico; tengan caracteres de conocimientos factuales culturales, lo que les impregna representación científica son precisamente los criterios epistemológicos. En efecto, en la ciencia del Derecho al igual que en la ciencia del Derecho Penal, los criterios epistemológicos de certeza, verdad y certeza-verdad, se corresponden recíprocamente. Si existe correspondencia de criterios, el sistema jurídico y jurídico penal, tienen carácter científico e implican su justificación filosófica.
- 2.- La epistemología del Derecho implica el estudio o el análisis de cada institución jurídica en base a los antedichos criterios; en congruencia a ello, se tiene que en cada instituto jurídico existe un nivel crítico y teórico. El espacio crítico, desarrolla juicios vinculados al instituto de análisis, que significa la denominada doctrina o dogmática jurídica. Sin embargo, doctrina y dogmática no son sinónimos. La doctrina jurídica, es conjunto de criterios, ideas u opiniones, basados en la certeza epistemológica; la dogmática jurídica, es elaboración y exposición de conceptos abstractos, relacionados al cualquier instituto jurídico. En el plano teórico, como ya se mencionó al inicio, se encuentra la norma jurídica, que contiene un sentido o dato normativo, la doctrina (crítica) nos explicará cuál dato será la aceptado, a efectos de operarlo o aplicarlo.
- 3.- El Derecho Penal o mejor precisado Sistema Penal, siendo realidad jurídica particular, no es extraño al estudio o análisis epistemológico. En base a los criterios epistemológicos citados, en efecto, la certeza implica el desarrollo doctrinario de un específico instituto penal; la verdad vincula un juicio teórico, materializada o expuesta en una determinada norma criminal; y la certeza-verdad, es la correspondencia unitaria del juicio doctrinario con la garantía penal, en práctica, el valor subsumido o integrado una norma penal, de ahí su correspondencia. En este último aspecto, cuando en un caso concreto el juez penal tome una determinada posición, se afirmará la pre-existencia tanto de una exégesis crítica como teórica en materia penal.
- 4.- Sin una construcción doctrinaria y dogmática penal, sería prácticamente imprevisible la aplicación del Derecho -Sistema- Penal. La interpretación aislada de preceptos posibilita cualquier solución, hasta la más absurda. Para establecer los límites de lo prohibido debe saberse para qué se prohíbe. De allí la importancia que representa el esclarecimiento de los bienes jurídicos tutelados en cada tipo penal, para desenmarañar el alcance de la prohibición. Esta posición confirma que la doctrina y la dogmática penal tienen afinidad con la filosofía del derecho penal, que buscan la legitimación de la ley criminal y la pena.
- 5.- La epistemológica es la base material para el estudio del Derecho y del Derecho Penal. Se justifica en función a los criterios epistémicos que intervienen en el análisis: certeza, verdad y certeza-verdad. La certeza se identifica con la crítica, es la evaluación especulativa de cada instituto jurídico, en especial de los institutos jurídicos penales, implica la doctrina jurídica y en particular la doctrina penal; la verdad, es la parte teórica, representada en este caso, por la norma criminal; y, la certeza-verdad, es la correspondencia del criterio de certeza con el de verdad, mejor dicho la crítica y teoría, en su unidad. Esta unidad es verdad convencional. Por tanto, en el estudio del derecho penal, se tiene una parte crítica, una teórica y otra crítica-teórica.

BIBLIOGRAFIA

- ANTOLISEI, Francesco. *Diritto penale, parte generale*, 10° ed., Milano, 1985; 16° ed., Milano 2003.
- BUNGE, Mario. *La Ciencia, su método y su filosofía*, Buenos Aires, 1960
- COMTE, Augusto. *Curso di filosofia positiva*, por VEDALDI-PARAVIA, Torino, 1957; ID., *Cours de philosophie positive*, ed., Hermann, París, 1975.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. *Estudios de derecho penal*, III° ed., Madrid, 1990.
- GRAMATICA, Filippo. *Principi di diritto penale soggettivo*, Torino, 1934.
- FASSO, Guido. *Società, Legge e ragione*, Milano, 1974.
- HOBBS, Thomas. *Leviatano*, por G. MICHELI, Firenze, 1976; ID., *Elementi di filosofia. Il corpo-L'uomo*, por A. Negri, Torino, 1972.
- JULES-H. POINCARÉ., *Scienza e Metodo*, Torino, 1997.
- KELSEN, Hans. *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966. Texto original: *Reine Rechtslehre*, Wien, 1960.
- LILLA, V., *Manuale di filosofia del diritto*, Milano, 1903.
- MIR PIUG, Santiago. *Derecho penal, Parte general*, Barcelona, 2008.
- MUNOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*, Barcelona, 1975.
- PARSONS, Talcott. *The Structure of Social Action*, New York: Free Press, 1966; ID., *El sistema social*, en *Revista de Occidente*, Madrid, 1966.
- ROSS, E. A., *Social control*, Somerset, NJ, 2009.
- SEVERINO, Emanuele. *La filosofía dai greci al nostro tempo, La filosofía moderna*, Milano, 2006.

