

# DISCRECIONALIDAD, CIENCIA Y SISTEMA DEL DERECHO PENAL

## DISCRETION, SCIENCE AND THE SYSTEM OF CRIMINAL LAW

*André Scheller D'Angelo\**

---

**Fecha de recepción:** 4 de mayo de 2016  
**Fecha de aceptación:** 4 de marzo de 2017

---

### RESUMEN

Los teóricos del derecho penal casi de manera unánime sostienen que el derecho penal es una ciencia, dicha afirmación es fundamental para los términos en que se desarrolla su construcción, dado que la cientificidad permite a este conocimiento una sistematización, lo cual constituye la piedra angular de todos los conceptos jurídicos. ¿El sistema es real o aparente? Dentro de este artículo se pone en duda la existencia de tal sistema, ello a consecuencia de la discrecionalidad judicial, la cual se presenta en la actividad permanente en el derecho general y en el derecho penal, ello genera una ruptura entre el concepto jurídico penal y el término ciencia. La discrecionalidad judicial por ende, hace ver difuso el sistema querido en las regulaciones punitivas, lo que de contera genera la acientificidad del concepto, y lo que a su vez representa una verdadera calamidad para el derecho penal: su ilegitimidad.

**Palabras claves:** Discrecionalidad, legítimidad, sistema, decisión, cientificidad.

### ABSTRACT

Theorists of criminal law almost unanimously argue that criminal law is a science, that statement is critical to the terms on which construction takes place, since the scientific allows this knowledge systematization which constitutes the cornerstone of all legal concepts. Is the system real? Within this article it questions the existence of such a system, that as a result of judicial discretion, which is presented in the ongoing activity in the general law and criminal law. Judicial discretion therefore makes it look fuzzy dear regulations in punitive system, which generates a bead-scientific the concept and which in turn represents a real calamity for the law: his illegitimacy.

**Key words:** Judicial Discretion, Illegitimacy, Science, Legal System.

---

\* Doctor en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (Esp.) Magister en Derecho Penal de la Universidad Santo Tomás en convenio con la Universidad de Salamanca, Especialista en Instituciones Jurídico Penales de la Universidad Nacional de Colombia, Docente Universitario, director del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda sede Santa Marta. Correo: andre.scheller@usa.edu.co

## INTRODUCCIÓN

Una de las grandes consecuencias de la discrecionalidad judicial en el derecho penal, reside en que su incidencia afecta de tal forma sus contenidos, que la pretendida científicidad —dada por hecho en algunos sectores de la doctrina— que acompaña casi que obligatoriamente sus postulados, se desmorona ante su presencia. Sin demeritar los esfuerzos positivistas y dogmáticos que dan estructura al discurso retórico-epistémico del actual derecho penal, en estas líneas se muestra cómo incide específicamente la discrecionalidad del juez penal en el postulado científico jurídico penal, desdibujando fácilmente todo intento sistematizador. En el presente escrito mostraré por tanto, que el derecho penal no debe ser entendido como una ciencia a consecuencia especialmente de la discrecionalidad judicial, y así mismo, plantearé la posibilidad de concebir la ley y la jurisprudencia penal como “objetos” distintos de conocimiento, que pueden ser abordados para su estudio científico desde otras áreas.

Este escrito está dividido en dos partes, en la primera se hace un desarrollo teórico sobre el concepto de discrecionalidad judicial y las características que de acuerdo con un grueso de la doctrina comparten las diferentes acepciones del concepto; a continuación, teniendo claro lo que significa la discrecionalidad para el derecho, se hace alusión a la afectación de este fenómeno al interior del derecho penal y a la afectación en especial sobre el criterio de sistema y de ciencia.

### 1. QUÉ ES Y EN QUÉ CONSISTE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

Al respecto de la definición y características de la discrecionalidad judicial, son muchas las líneas que se han escrito y muchas las posiciones que se han asumido; sin embargo, si se hace un juicioso análisis de las diferentes posturas que ha desarrollado la doctrina, se pueden encontrar sobre el particular algunos puntos comunes, que permiten delimitar sus características y dar buena cuenta de su contenido.

Sobre los puntos comunes, en primer lugar, se deben citar las dudas que sobre el concepto de la discrecionalidad han surgido a lo largo de la historia y dentro de las diferentes teorías. En particular, sobre la discrecionalidad judicial surgen dudas como ¿qué es y en qué consiste la discrecionalidad?, ¿cómo surge o cuándo se puede decir que un órgano tiene discrecionalidad?, ¿cuál es su origen y cuáles son sus fuentes? Así mismo, el mundo jurídico se ha preguntado ¿cómo debe ejercerse la discrecionalidad y cómo se controla? También subyace la pregunta sobre, si ¿la discrecionalidad judicial es un problema del procedimiento o del derecho sustancial?

Sobre esas dudas, cabe resaltar que para las culturas jurídicas continental-europea y anglo-sajona no existen mayores diferencias, podemos afirmar que son de idéntico tenor así las posturas sean diversas.

Ahora bien, así como existen lugares comunes con respecto a las dudas, también en el proceso de respuesta teórica acerca de ¿qué es la discrecionalidad judicial y cuáles son sus características?, se han logrado dilucidar, si bien no respuestas que satisfagan a todos, por lo menos puntos sensibles de encuentro, los cuales se pueden establecer a partir de algunas posturas doctrinarias tal y como se muestra a continuación.

Uno de los enemigos más solapados de los principios del Estado de Derecho, advierten Julio Virgolini y Mariano Silvestroni (2006) en la práctica judicial:

*[...] Está representado por una serie de espacios de decisión que suelen ser llenados con la llamada discrecionalidad de los Jueces, término que intenta describir un ámbito en el que reina un conjunto de poderes y facultades no sometidas a regulación, y por lo tanto sometidas exclusivamente al criterio del Juez; en ese ámbito no hay reglas que contribuyan a orientar ese criterio, salvo cierta remisión, a veces, a los usos y costumbres de la función.*

Así mismo, Rafaél Asis (1995) sostiene que “aunque ni las disposiciones que enumeran las fuentes del derecho ni una parte importante de los operadores jurídicos consideran que los jueces crean derecho, esto parece ser un hecho” (p. 281). Dentro de la misma sucesión de ideas, pero tratando de concretar sus elementos, señala Lifante (2002) que “resulta prácticamente unánime la idea de que la discrecionalidad implica un cierto margen de libertad en la toma de decisiones” (p. 416). En términos más precisos aún, el minucioso estudio del profesor Oscar Duque Sandoval (2007) sobre la discrecionalidad judicial, cuando cita a Aulius Aarnio (1991), en un intento por concretar los parámetros del debate sostiene que:

*[...] En el fondo, el debate se centra en si el derecho suministra siempre una única respuesta correcta, tesis de la completitud del derecho o, por el contrario, se presentan eventos en los que o existen diversas soluciones jurídicas para un mismo supuesto o no existe ninguna solución jurídica para un asunto determinado, lo que implica, en ambos casos, que el juez deba escoger entre alternativas determinadas por criterios extrajurídicos. (p. 31)*

Así las cosas, si se parte de lugares teóricos comunes, de lo dicho se puede colegir que discrecionalidad es “libertad dentro de un margen indeterminado del derecho, para la toma de decisiones”, y que esa libertad, siguiendo a Lifante (2002), consiste en:

1. La elección entre varias alternativas, es decir, elegir entre dos o más cursos de acción.
2. La ausencia de estándares jurídicos aplicables, “*donde termina el derecho comienza la discrecionalidad*”, y así podemos afirmar sobre el particular que discrecionalidad es ausencia de regulación para determinados casos.

Con respecto al punto 2, si no hay norma, el sujeto debe actuar sobre razones que considera correctas o esta libertad es relativa a un determinado sistema —el sistema jurídico—; el órgano puede estar sujeto a un tipo de “racionalidad practica” o finalmente establecer que estamos frente a una ausencia total de enjuiciabilidad o carácter último de la decisión. Lo anterior no tiene ninguna relación con lo que entendemos como una segunda instancia (Lifante, p. 424).

Sobre el origen de la discrecionalidad ha de tenerse en cuenta, como lo anota así mismo Lifante, que no basta con que se dé esa decisión, sino que ella debe ser legítima. Bell (1992), a su vez, asegura que dicha legitimación se presenta de dos formas:

- a. A consecuencia de conceder un poder, es la llamada discrecionalidad fuerte o explícita.
- b. A manera de ausencia, indeterminación o vaguedad del derecho o del material jurídico, es la llamada discrecionalidad informal, instrumental o implícita.

En el positivismo, este orden de legitimación está claramente establecido. Para H. Kelsen existe una relación entre escalones de determinación, pero con un margen de libre aplicación para el órgano aplicador verificable desde dos aspectos: intencional, cuando la norma faculta explícitamente al órgano aplicador para cubrir la indeterminación, y no intencional, por defectos que afectan a las normas jurídicas. Para H. Hart hay dos tipos de indeterminación: semántica, que se manifiesta por imperfecciones en el uso del lenguaje, y radical, por la imposibilidad de prever todos los casos y sus soluciones al caso concreto.

Así las cosas, de acuerdo a lo anterior se puede afirmar que la discrecionalidad judicial es, desde el punto de vista epistemológico, un cierto margen de libertad en la decisión judicial producido por la indeterminación del derecho.

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

De las diferentes posiciones doctrinales acerca de la discrecionalidad judicial, se puede concluir que surgen específicamente tres lugares conceptuales que

bien se pueden llamar tópicos o comunes: de un lado, la libertad en la decisión; de otro, la indeterminación del derecho; y finalmente, la noción de poder. A continuación se hace referencia a cada uno de ellos, asumiéndolos como características de la decisión discrecional.

## 2.1. La libertad en la decisión

¿A qué se refiere la doctrina cuando hace referencia al margen de libertad? Allí radica uno de los puntos de partida del gran debate en torno a la discrecionalidad. Por lo anterior, vale decir que juega un papel muy importante el concepto de libertad, de acuerdo con ello Lifante señala, que según la distinción de Berlín (1958), la libertad se debate entre dos conceptos: uno negativo y otro positivo, en el primero un hombre actúa sin ser obstaculizado por otros y en el segundo un hombre goza de autonomía según las reglas que se da a sí mismo; por tanto el sujeto difiere entre permiso y responsabilidad, así sostiene el autor que todos ven la libertad en la discrecionalidad como negativa, sin embargo para ella, la libertad de la discrecionalidad es positiva.

De otro lado, debe tenerse en cuenta el concepto de libertad con el tercero, el cual ha sido entendido de dos maneras distintas:

1. Como falta de control o enjuiciamiento del tercero en la decisión discrecional. Según H. Hart, el hecho de que la decisión sea última no significa que sea infalible, por eso no es correcto en estos casos hablar de discrecionalidad.
2. Así mismo, si una decisión es discrecional, precisamente no puede estar sujeta a control; esta es la discrecionalidad propia del derecho administrativo. Según Lifante, si la decisión es libre, no cabe sobre ella control alguno: el ordenamiento le concede “permiso” y por tanto no hay reproche alguno.

Ahora bien, la libertad en la decisión discrecional no debe presentarse como cierta, pues la misma constituye un acto aleatorio, futuro e indefinido, porque hasta tanto no se presente la eventualidad dentro de la cual el juez debe actuar discrecionalmente, no es posible determinar a ciencia cierta, el motivo de la decisión discrecional. Por tanto, no es posible determinar los límites de la libertad en la decisión discrecional, pues su principal característica es que ésta se presenta ante una eventualidad que precisamente el ordenamiento jurídico no ha previsto, ya que de haberlo previsto estaría contemplada la solución en la norma. Por tanto, para determinar cuándo el juez es libre en su decisión, es imprescindible establecer cuándo y en qué eventos el derecho es indeterminado, porque es ahí donde la libertad en la decisión hace presencia (Lifante, 2002, p. 423).

## 2.2. La indeterminación del derecho

Al respecto de la indeterminación del derecho, bien vale la pena transcribir las palabras de Rentería (2001), que manifiesta: “[...] cuando de alguien decimos que tiene discrecionalidad en sus acciones, ello significa nada más y nada menos que, él (o ella) tiene la posibilidad de escoger entre diferentes alternativas acerca de la estrategia para conseguir un determinado fin” (p. 37). Sobre esta afirmación puede edificarse el tema que en este acápite del trabajo interesa, que es identificar y desarrollar una de las características de la discrecionalidad judicial, si se quiere la “fundamental”, que ha sido objeto de grandes controversias desde finales del s. XIX, y que retomó su furor a mediados del s. XX con “la indeterminación del derecho”.

De manera preliminar, se debe hacer sobre el particular una aclaración, puesto que la indeterminación del derecho presenta dos cuestiones, a saber: la primera versa sobre si es o no indeterminado el derecho, cuestión sobre la cual se ha tomado partido en acápite anterior de manera asertiva, en virtud a que la base de esta investigación parte de la hipótesis de la presencia de la discrecionalidad en las decisiones judiciales, en particular, en el ámbito del derecho penal. Y la segunda, debe responderse sobre ¿cuáles son las causas que generan dicha indeterminación? A tratar de dar respuesta a esta cuestión se dedican las páginas siguientes.

Alchourron y Bulygin (1987) explican frente a la subsunción del hecho en la norma dos problemáticas particulares: una de ellas referida a la falta de información y la otra referida a la indeterminación a través de un caso simple<sup>1</sup>.

Es claro que en el ejemplo planteado por ellos, en cuanto a la falta de información acerca de los hechos del caso, la actividad judicial permite sin dilación el recurso a la aplicación de las presunciones legales, que permiten al juez suplir

1 El caso planteado por Alchourron y Bulygin está expresado en los siguientes términos “Las dificultades de la clasificación o subsunción de un caso individual pueden originarse en dos fuentes distintas. La primera es la falta de información acerca de los hechos del caso. Frecuentemente ignoramos si un hecho concreto (caso individual) pertenece o no a una clase (caso genérico), porque carecemos de la información necesaria; hay algunos aspectos del hecho que desconocemos y esa falta de conocimiento es lo que provoca la dificultad de clasificar el caso. Por ejemplo, aun sabiendo que todo acto de enajenación es necesariamente gratuito u oneroso, podemos ignorar si la enajenación que Ticio hizo de su casa a Sempronio fue a título oneroso o gratuito, simplemente porque no sabemos si Sempronio abonó o no un precio por la casa.

Pero la dificultad de saber si Ticio enajenó la casa a título oneroso o gratuito puede tener origen en otra fuente: la indeterminación semántica o vaguedad de los conceptos generales. Aun conociendo perfectamente todos los hechos del caso, podemos no saber si la enajenación fue onerosa o gratuita porque no sabemos si la suma de dinero que Sempronio entregó a Ticio por la casa constituía o no un precio en sentido técnico. Supóngase que la cantidad de dinero entregada fuera notablemente inferior al valor económico de la casa. En tales circunstancias pueden surgir dudas acerca de si se trata de una compraventa o de una donación encubierta”

la falta de conocimiento de los hechos, y en consecuencia, actuar como si todos fueran conocidos.

No obstante, en relación con la segunda dificultad acerca de la subsunción frente a la indeterminación semántica o a las vaguedades, es claro como lo anotan los autores, que solo los lenguajes lógicos o matemáticos permiten de manera definitiva erradicar el problema. La explicación del fenómeno de la indeterminación en este sentido, no puede ser otra que la aceptación de que los conceptos jurídicos comparten la misma vaguedad de los empíricos.

Como se anotaba anteriormente, para Hart las reglas deben construirse a partir de palabras-concepto, esto significa que la norma debe prever los supuestos, teniendo como base para ello el lenguaje común utilizado por la comunidad, en la medida en que si dicho lenguaje se llena de sentido y coincide claramente con los hechos no representará una situación problemática. No obstante, dentro del lenguaje común es posible la utilización de términos sobre los cuales recae la duda, acerca de si es posible la subsunción o no de un evento dentro del concepto generalmente entendido por la comunidad, por ejemplo, para citar el caso de Bonorino (2006), la palabra-concepto “vehículo” tiene un significado lingüístico definido y claro que permite aplicarla sin inconvenientes a automóviles, trenes, aviones, botes, bicicletas, tractores, motocicletas, etc. Sin embargo, ante una patineta podrían surgir discrepancias si alguien pretendiera llamarla “vehículo”. Ninguna consideración de tipo lingüístico podría ayudar a resolver o a evitar, este tipo de cuestiones, pues estamos ante un caso que cae en la zona de penumbra del significado del término “vehículo”.

Es más, en relación con la indeterminación referida a las vaguedades del lenguaje cabe anotar que la tesis de la discrecionalidad, en muchos ámbitos ha sido sustentada exclusivamente sobre éste contexto, que pese a revestir tal vez la mayor problemática de la indeterminación, no es la única.

De conformidad con lo anterior, en el positivismo y tanto para H. Kelsen como para H. Hart, la indeterminación del derecho depende del caso concreto: con los denominados *casos difíciles*, que se dan en dos sentidos, i) por causa de la *ambigüedad o vaguedad* de los términos; o ii) por la denominada *indeterminación intencional del acto de aplicación del derecho*, relativa a que la norma le otorga directamente el poder al órgano judicial.

Así, J.J. Moreso (2004), indica que la indeterminación del derecho estará dada cuando las proposiciones jurídicas relativas a un estado de cosas carezcan del valor de verdad. No obstante lo anterior, la indeterminación también es referida a lagunas, ambigüedades, etc. La indeterminación en otro sentido, es el relativo

a la conducta que exige la norma que debe seguirse en todos los casos en que ella sea aplicable.

El término “laguna” utilizado por Moreso, es bien diferenciado e identificado por Bulygin y por Alchouron, quienes manifiestan que mientras la laguna debe ser concebida en la norma como “ausencia de solución”, los casos de incoherencia normativa hacen relación a la “superabundancia de soluciones” (Alchouron y Bulygin, 1987, p. 21)

Ahora bien, frente a la indeterminación del derecho, es de recibo el planteamiento del profesor J. Alberto del Real Alcalá (2010), quien traspasa la frontera del contenido legal en la indeterminación y propone un estado de cosas distintas que interfieren ineludiblemente con la actividad judicial, argumentado de la siguiente manera:

*El deber judicial de resolver siempre y conforme a derecho vincula la forma de construir la decisión judicial a la ley, a la Constitución y al Estado de Derecho, pero ¿qué “guía” la toma de decisiones por los jueces en los casos indeterminados si el derecho aplicable es vago y además los mecanismos que el sistema jurídico proporciona a los jueces para solventar la indeterminación jurídica adolecen asimismo de imprecisión y vaguedad? La cuestión que planteo aquí es que si los jueces tienen que dar cumplimiento al deber de resolver también en los casos indeterminados pero no disponen de mecanismos y técnicas para guiarse en sus decisiones, ¿hay que admitir, entonces, que en esos casos este importantísimo deber judicial, que es parte del contenido del rule of law y revés del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se encuentra en alguna medida indeterminado? (p. 43)*

Ante tal duda, la respuesta que ofrece el profesor de Jaén no puede ser otra que admitir, que si el derecho contiene vaguedades y también contienen vaguedades las herramientas que tiene el juez o fallador, no cabe duda de que “la imprecisión e indeterminación de la que adolece la toma de decisiones por el juez en algunos casos (no en todos los casos) es asimismo ‘ineliminable’, y consiguientemente también lo es en esa medida su deber legal de resolver” (p. 44).

Las reflexiones anteriores, conllevan a la ineludible conclusión de que las decisiones judiciales no son “ciertas”, sino por el contrario, gozan del carácter de “inciertas”, y ello por la sencilla razón de que la decisión judicial es “imprevisible”, porque existe un alto grado de incertidumbre sobre cuál va a ser el sentido de la decisión judicial<sup>2</sup>. Por obvias razones, en el derecho no hay decisiones correctas o incorrectas o razones preexistentes con respuestas únicas. Esta reflexión

2 En el mismo sentido, véase: Diciotti, 1992, p. 119.

permite establecer que la indeterminación del derecho hace indeterminable la decisión judicial, de tal forma que en los denominados casos difíciles, pese a la suposición de adaptación del hecho en la norma, no se puede establecer hasta que el juez dé su veredicto, cuál será el contenido de la decisión (Del Real Alcalá, 2010, p. 41).

Ahora bien, frente a la indeterminación cabe también resaltar que no debe confundirse la generalidad de la norma con la vaguedad, es posible que en el proceso de aplicación e interpretación de la ley el aplicador de justicia se encuentre con preceptos muy amplios, sin embargo, como lo anota Ramón Ruiz Ruiz (2010):

*La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma. (p. 23)*

No quiere decir, por tanto, que el ámbito que se busca regular a través de la norma, por la generalidad que en ella se contempla, sea óbice para alegar sobre ella ambigüedad o vaguedad, en la medida en que algunos casos no están regulados por la norma, dada su limitación o amplitud; es claro entonces, que la indeterminación por generalidad es diferente a la indeterminación por vaguedad.

Así mismo, es diferente en todo caso y ha de tenerse en cuenta, que una cosa implica la vaguedad de los conceptos y otra la ambigüedad de los mismos; así lo explica Pablo Navarro (1993):

*Se trata de la llamada indeterminación semántica. Mientras la ambigüedad se presenta cuando el término es impreciso, es decir, existen dudas acerca de si un supuesto de hecho está incluido o no de su campo de aplicación, la vaguedad se predica de aquellas situaciones en la que el caso se encuentra ubicado en la zona de penumbra del concepto, esto es, cuando no hay posibilidad de establecer en forma exhaustiva las condiciones necesarias y suficientes del uso de un término que se pretende aplicar a la realidad. (p. 266)*

Cabe anotar entonces conforme a todo lo anterior, que la decisión judicial y los problemas de adjudicación de la norma al caso concreto, frente a la indeterminación, recaen sobre cuatro pilares, que son: 1. Por las *lagunas por falencias en la completitud* del derecho por generalidad o limitación de contenido, 2. Por la

*indeterminación directa o intencional* de la norma sobre la aplicación por parte del fallador, 3. Por la *imprecisión o vaguedad* —indeterminación semántica— y 4. Por la *incertidumbre* referida a la indeterminación de la decisión, por indeterminación en la norma, a estos dos eventos finales la doctrina los reconoce como antinomias, que se presentan como contradicción entre normas.

### 2.3. La noción de poder en la discrecionalidad judicial

El poder en la discrecionalidad, siempre ha sido representado en dos sentidos:

1. La eventualidad de decidir entre varias alternativas o lo que bien suele denominarse, poder en sentido deóntico o relativo a normas regulativas, diferentes de las normas no regulativas o constitutivas, que instituyen cómo se producen cambios institucionales o normativos. El sistema jurídico ni permite ni prohíbe al órgano decisor llevar a cabo la acción —nos lleva al sentido de libertad negativa—.
2. La delegación de un determinado poder de decidir. Mediante reglas constitutivas, el ejercicio de un poder implica discrecionalidad jurídica. Con lo anterior cabe la pregunta ¿es discrecional el juez cuando dicta una sentencia?

Según Lifante (2002), el poder discrecional es un poder no reglado, solo en el sentido de no estar regulado por un tipo de normas: “las reglas de acción”, más no por no estar regulado jurídicamente. Es distinto entonces el poder discrecional al poder no regulado. El poder discrecional implica que sus titulares pueden afectar intereses de otros, encajando nuevas valoraciones e intereses y no ciñéndose a la norma y sus valoraciones e intereses rigurosamente (p. 429).

Por lo tanto, cabe hacer la diferencia entre el poder en sentido formal, como competencia o posibilidad de producir un resultado normativo, y poder en sentido material, que implica además del anterior, introducir en el sistema jurídico nuevas evaluaciones de intereses. Es pues, diferente tener, que ejercer discrecionalidad.

En conclusión, la discrecionalidad judicial no es un criterio dado al poder judicial, y del cual los jueces puedan disponer, sino que nace y se hace como un “imprevisto” o “defecto” de los sistemas jurídicos, frente al que las posturas positivistas no han podido ejercer un verdadero y real control.

La discrecionalidad judicial afecta, y además guarda relación según lo anteriormente expresado, de manera directa desde la filosofía del derecho con la ciencia del derecho y su discusión, con la del derecho como sistema de normas y así mismo, está íntimamente ligada con la legitimidad del derecho general.

Una vez analizado el concepto de discrecionalidad, a continuación se verá su incidencia directa en el concepto de ciencia en el derecho penal.

### 3. LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

En este tema particular, vale la pena recordar la figura del profesor italiano Arturo Rocco (1986), quien desde su pensamiento sobre el método y el objeto del derecho penal, daba cuenta de la preocupación que le asistía al encontrar, en especial dos problemáticas que resultaban de las diferencias entre los partidarios de la escuela clásica y los partidarios del positivismo criminológico a raíz de la orientación que debería darse al Código Penal italiano; de un lado, la actividad creciente de las ciencias causal explicativas, y de otro, las radicales diferencias en la justificación de la ciencia del derecho penal de entonces entre las dos escuelas.

Con ocasión del mismo dilema sobre las ciencias causal explicativas, F. Von Liszt (1984) en Alemania, centraba sus esfuerzos en establecer un modelo de ciencia “integral” basándose en la reconstrucción de un modelo sistemático del derecho penal, colocando en su centro a la norma positiva. Para el derecho italiano, esto daría lugar a una nueva tendencia que se conoce como “técnico-jurídica”, que basaba su compromiso científico en el iuspositivismo.

Desde su pensamiento, Rocco (1986) sostuvo —adhiriendo al positivismo de entonces— que la ciencia del derecho penal, debería renunciar al debate de todo fundamento extrajurídico, político, social, moral, etc. Así las cosas, el jurista debe estudiar el delito y la pena desde su concepción eminentemente jurídica, siendo la segunda consecuencia del primero, dejando a la antropología criminal la tarea de estudiar el delito y la pena como hecho individual bajo el aspecto natural, orgánico y psíquico; y a la sociología criminal el aspecto social como hecho socialmente relevante, por ello, se reconoce en Rocco, que a la ciencia del derecho penal le corresponde el estudio no solo empírico sino científico del sistema de derecho penal. Vale la pena recalcar que la concepción de F. Von Liszt, sobre el concepto de ciencia en el derecho penal es de idéntico tenor, aislando desde su postura la norma como objeto central del debate de la ciencia del derecho, y dando por cierto, sustento a un “positivismo-normativo” en el derecho penal.

Por supuesto, era de esperarse que el método de Rocco fracasara más adelante, al enfrentar afirmaciones posteriores que evidenciaron sus falencias, entre ellas, que la relación entre delito y pena no es una relación causal sino una relación de imputación, como lo anotaría Hans Kelsen.

Según Bacigalupo (1998),

*La cuestión de la determinación del objeto de la ciencia del derecho penal, adquiere otras dimensiones totalmente diversas cuando se abandona el marco teórico del positivismo. Ello tiene lugar cuando la cuestión se plantea dentro de las ciencias del espíritu. En ellas el criterio de científicidad ya no se reduce a la posibilidad de explicaciones causales de fenómenos sensibles. El ideal científico de las ciencias del espíritu es comprender el fenómeno mismo en su concreción única e histórica. (p. 32)*

Lo anterior efectivamente es así, como se anotó antes, con la entrada en escena del neokantismo, las ciencias del espíritu y los juicios de valor, los cuales se apoderaron del conocimiento jurídico-penal.

### 3.1. La ciencia y la dogmática del derecho penal

Sobre la definición de un derecho penal entendido como ciencia se han suscitado un sinnúmero de debates, valga la pena traer entonces, lo que parte de la doctrina ha entendido por la ciencia del derecho penal.

De acuerdo con Luzón Peña (2012),

*Tradicionalmente se denominaba ciencia del derecho penal al estudio técnico del derecho penal positivo para su conocimiento y aplicabilidad, es decir, la dogmática jurídico-penal. Pero la disciplina científica que estudia el derecho penal, tiene una doble vertiente: la dogmática penal o estudio técnico-jurídico del derecho penal vigente, y la política criminal que valora desde el punto de vista político los objetivos y los medios de la prevención del delito [...]. (p. 33)*

Por su parte, el tratadista colombiano Juan Fernández Carrasquilla (2005), manifiesta que:

*En cualquier caso, puede hablarse de una ciencia jurídico-penal en sentido restringido, que se limitaría al análisis técnico y a la organización sistemática de las normas del derecho penal positivo (...). De éste modo, el estudio dogmático o técnico jurídico de las normas del derecho penal va de la mano con su valoración político criminal y con la investigación criminológica, extendiendo el objeto de estudio al comportamiento de todos los agentes oficiales y privados que intervienen en el sistema punitivo [...]. (p. 24)*

Ahora bien, si se pregunta por el estado actual de la ciencia del derecho penal, sobre este particular manifiesta Mir (2002), que:

*Tres dimensiones han de tenerse en cuenta frente a la denominación del concepto de ciencia del derecho penal: a) la consideración de la ciencia del derecho penal como ciencia social, en cuanto afecta la naturaleza (social) de los conceptos dogmáticos, ha de ofrecer la base de una elaboración realista, b) al nivel de control de corrección de la aplicación de la ley —objetivo último del método jurídico-penal— pertenecen: las modernas aportaciones de la hermenéutica y el pensamiento problema, como punto de partida para la formulación de un sistema abierto, c) la unión de política criminal y dogmática puede, por último, tener ahora el sentido de ofrecer la base científico-empírica a la contemplación de la realidad que postulan las anteriores perspectivas mencionadas. (p. 280)*

Por su parte Bacigalupo (1998), sostiene algo de suma importancia en éste análisis: “La dogmática procura una aplicación altamente objetiva del derecho vigente. Sin embargo, no puede lograr una objetividad total: la exclusión absoluta de puntos de vista del interprete no es posible” (p. 27).

Según lo anterior, puede observarse que la dogmática ha constituido en diferentes lugares y tiempos, la clave fundamental sobre la cual se edifica el concepto de la ciencia del derecho penal, por tanto es imperativa una aproximación a su definición.

Según explica Zaffaroni (2000), refiriéndose al método y a la dogmática jurídica, “en definitiva, se trata de la necesidad de construir un sistema, es decir, de formar un conjunto ordenado enlazando sus elementos” (p. 74); más adelante, el autor argentino refiriéndose a su definición, sostiene que:

*[...] La llamada dogmática jurídica, consistente en la descomposición del texto en elementos simples (dogmas), con los que luego se procede a construir una teoría interpretativa, que debe responder a tres reglas básicas a) Completividad lógica, o sea, no ser interiormente contradictoria [...] b) Compatibilidad legal, o sea que no puede postular decisiones contrarias a la ley. c) Armonía jurídica, también llamada estética jurídica según la cual debe ser simétrica, no artificiosa ni amanerada. (p. 74-75)*

Al respecto, también sostiene Nino (2001) que:

*Se suele calificar de dogmática una creencia en la verdad de una proposición que no esté abierta a la corroboración intersubjetiva y al debate crítico acerca de si se dan o no respecto de ellas las exigencias del conocimiento*

*científico. Una creencia dogmática se funda exclusivamente en la convicción subjetiva o fe [...] obviamente respecto de la aceptación de las normas, por ejemplo, las que integran el derecho positivo, no se pueden sustentar creencias [...]. (p. 322)*

Por su parte, la dogmática jurídico penal, advierte Roxin (1999), “es la disciplina que se ocupa, de la interpretación, elaboración y desarrollo de las disposiciones legales y (de las) opiniones de la doctrina científica en el campo del derecho penal” (p. 192).

Como puede observarse, la dogmática corresponde a un modelo de pensamiento de raigambre racionalista, por tanto, es pertinente responder ahora a la pregunta acerca de la relación entre ella y el derecho positivo. En este punto debemos aludir al denominado iusnaturalismo racionalista, el cual pretende la fundamentación de una norma universal basada en la naturaleza de la razón humana, valiéndose para ello en modelos, sin duda, axiomatizados. Como lo anota Nino (2001), “los juristas racionalistas pretendieron construir grandes sistemas jurídicos, análogos a los que constituían los sistemas axiomáticos de la geometría, cuya base estuviera integrada por ciertos principios evidentes por sí mismos para la razón humana” (p. 323). Este modelo, pese a los enfrentamientos iniciales entre positivistas y racionalistas, fue aprovechado por los primeros, inclusive para la codificación europea durante los siglos XVIII y XIX.

De lo anterior, se puede deducir que la dogmática, como eje central del pensamiento científico del derecho penal, refleja un intento del positivismo por estructurar un método científico que permita organizar y sistematizar realidades incontrovertibles —dogmas— derivadas del razonamiento lógico, a partir de las cuales se obtenga un sistema generalizado de aplicación universal.

Esta definición fue funcional para utilizar el apelativo de “ciencia” en el derecho penal en las construcciones de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, porque como bien lo anota Roxin (2008), “uno de los cometidos más difíciles que encuentra la dogmática de la teoría general del delito es la formación y evolución cada vez más fina de un sistema del derecho penal” (p. 193); aunado al problema descrito por el profesor alemán, recaen sobre la dogmática moderna críticas<sup>3</sup> a las cuales los teóricos han intentado dar respuesta.

Según lo anterior, dentro de sus inconvenientes puede observarse que la científicidad del derecho penal de hoy, presenta —en teoría— una concepción ambivalente en cuanto a su objeto de estudio, de un lado quienes incluyen la política criminal bajo la lupa científicista, y de otro, los que excluyen el ámbito

3 Sobre el particular véase: Mir Puig, (2002, p. 281) y ss, y así mismo véase, Bacigalupo, (1998, p. 29 y ss).

de la política criminal de su objeto, centrando el estudio dogmático exclusivamente en las disposiciones legales y las opiniones de la doctrina científica. Así mismo, la historia parece indicar que la denominación del derecho penal bajo la etiqueta de ciencia, es tan imperiosa que de la demostración de su científicidad dependen su validez y su legitimación.

Todo lo anterior debe ser contrastado con el derrotero histórico de la ciencia en su dimensión teórica, para comprender cómo interfiere la discrecionalidad del juez en el concepto de ciencia del derecho penal. A este tema se hará referencia a continuación.

### 3.2. La influencia de las ciencias exactas en el derecho penal

Como se indicó antes, desde la postura cartesiana hasta los años cincuenta del siglo pasado, el concepto de ciencia obedecería sin más, a criterios lógico-formales evidenciables en la práctica, con pruebas que condujeran al hecho positivo. Las ciencias exigían bajo el método causal explicativo, la precisión en la demostración de los fenómenos físico-naturales. Bajo éstas premisas, era imposible que el esfuerzo de Rocco y Von Liszt, al pretender hacer del derecho penal una ciencia, obtuviera jamás los frutos pretendidos, ello por la sencilla razón de que el juez a través de su discrecionalidad, apoyada como pilar fundamental del positivismo, interfiriera el curso de un resultado homogéneo en el transcurso de la actividad jurídico-penal, como se explicará más adelante de manera pormenorizada.

No sería sino hasta mediados del siglo XX, cuando los criterios de la ciencia darían un giro notable, principalmente con lo argumentado por Karl Popper (1962) en su *Lógica de la investigación científica*, quien propondría un criterio de “demarcación” con el propósito de diferenciar las proposiciones científicas de aquellas que no lo son, al trazar límites entre la ciencia y la metafísica; de tal forma que las proposiciones científicas tienen como característica principal la de ser “refutables”, en tanto pueden ser modificables en el tiempo con otros ensayos o experimentos, sin interesar la veracidad o no de éstos a la hora de ser refutadas. Obviamente, el pensamiento de Popper estaba en contravía del positivismo científico predominante, en donde se diferenciaba entre proposiciones contrastables como: *es de día o es de noche*, y los abusos del lenguaje como por ejemplo, *Dios existe*; en el positivismo como se ha anotado, esta última proposición carece de todo sentido, para Popper en cambio, ésta afirmación no carece de sentido, pero debe ser apartada de la ciencia. En términos generales, Popper pretende con su propuesta resolver el problema entre el empirismo y el

racionalismo, al manifestar que la teoría es anterior a los hechos, pero que los hechos necesitan ser contrastados con la teoría, éste ejercicio permite diferenciar las teorías aptas de aquellas que no lo son; de tal suerte que el conocimiento científico avanza en la medida que sea posible descartar teorías que contradicen la experiencia. A este ejercicio Popper (1962) lo denominará falsación, y este criterio, se convertirá en el pilar de su teoría y en el principal criterio de demarcación como capacidad de una proposición de ser falseada o refutada.

Esta postura trajo un debate muy importante con Wittgenstein, en el entendido en que para este último era preciso distinguir entre proposiciones con sentido y proposiciones sin sentido. El criterio de distinción, para Wittgenstein, era el del “significado”: las proposiciones científicas tienen significado, mientras que las que no lo tienen son conceptos metafísicos.

En este sentido, Wittgenstein (2009) aportaría algunas ideas clave para el cambio de pensamiento, en el sentido de orientar la existencia del mundo al mundo del lenguaje. Partiendo de la lógica, establece el autor austriaco, que la identidad entre el lenguaje significativo y el pensamiento es fundamental, pues el pensamiento como representación mental de la realidad se rige por la lógica de las proposiciones, de esta manera: la figura lógica de los hechos es el pensamiento o el pensamiento es la proposición con sentido. De este modo, si algo es pensable, ha de ser también posible, es decir, ha de poder recogerse en una proposición con sentido sin importar si la proposición es verdadera o es falsa. El pensamiento es una representación de la realidad. La realidad para Wittgenstein es aquello que se puede describir con el lenguaje, por tanto la realidad en el *Tractatus* es una *imagen* que resulta de un lenguaje descriptivo, y no una *realidad en sí*; por eso los límites de *mi* lenguaje son los límites de *mi* mundo.

A Popper le seguirían las posturas de Thomas Kuhn (2005), quien propendería por la demostración de la anti-linealidad de las ciencias, utilizando para ello el concepto de paradigma. Según Kuhn, las ciencias pertenecen a una suerte de nuevos paradigmas que se construyen indistintamente de la historicidad con la que se conciben; de conformidad con su obra *La estructura de las revoluciones científicas*, el conocimiento científico se construye a partir de revoluciones periódicas que reemplazan el pensamiento antiguo por uno nuevo, generando así nuevos “paradigmas” de los que ha de partir la nueva ciencia.

Las anteriores posturas sobre el concepto de ciencia, serían para el derecho en general, y para el derecho penal en particular, como agua para el manantial, puesto que la pretensión de una ciencia decantaría ahora sobre criterios de textura abierta que permitirían al derecho ajustarse a esos presupuestos. Sin embargo, en el caso del derecho penal de hoy, como se expresó, se sigue

apelando a la dogmática y a la norma positiva —en especial a la ley— como justificantes científicas.

#### 4. LA PARADOJA CIENTÍFICA DE LA DISCRECIONALIDAD JUDICIAL EN EL DERECHO PENAL

La ley penal —el tipo penal contenido en ella especialmente— es un objeto al que se debe acceder mediante las técnicas del lenguaje, su precisión, completitud y posibilidad de diferentes interpretaciones, no dependen en absoluto de criterios jurídico-penales, sino de la observación de la realidad, sin dejar de lado que al fin y al cabo, la utilización del lenguaje común para la elaboración de conductas futuras, sigue y seguirá siendo un criterio metafísico, en el sentido de que solo la realidad futura de los hechos puede ofrecer certeza sobre la concreción de la conducta en el tipo penal.

Otro tanto ocurre con la jurisprudencia penal, de igual forma que en la obra de Carroll (2005), en *Las aventuras de Alicia en el país de las maravillas*, la ley está dada, los hechos y pruebas son conocidos por las partes trabadas en la litis, por lo cual se puede afirmar que aparentemente el juez “sobra”; sin embargo, existe un margen de extravagancia en donde el juez puede fallar de una forma u otra. Cuando la ley presenta una antinomia, laguna o vacío, tenemos una “condena/absolución” que solo se materializa de una forma u otra en la sentencia. Este fenómeno pone al descubierto que el derecho penal, por muy concreto que sea en la ley, ofrece sin duda un enorme margen de probabilidades de las cuales el juez escoge una. El objeto “jurisprudencia” es profundamente relativo si partimos de la lógica de la argumentación, en donde el juez a partir de su propia razón interpreta ya no la “ley” —a falta de ésta, por ambigüedades y/o lagunas—, sino los hechos a partir de prejuicios.

La disyuntiva anterior en el derecho penal, es el resultado de los procesos de creación del concepto “ley” y del concepto “jurisprudencia”, porque la primera obedece *a priori*, a la hipótesis de la futura ocurrencia de los hechos, así, su completitud y excepciones de ambigüedad dependen de la “creatividad” y de la observación empírica de una realidad especulativamente posible en el futuro, cuyo fin es la evitación como norma de motivación, de la comisión de delitos a base de prevención general negativa; en tanto la segunda —especialmente en los casos de discrecionalidad— obedece a criterios argumentativo-rationales *a posteriori*, con la exigencia de la complementación de las lagunas, antinomias y vacíos dejados por la anterior, so pena de la negación de administrar justicia o de generar impunidad.

Esta paradoja, que es producto de la discrecionalidad judicial, se puede explicar así: la “ley” es un criterio que ofrece posibilidades conocidas: si (A) entonces (B), si (Y) excepción de (A), entonces (W). Teóricamente se cumplen postulados matemáticos no probabilísticos sino exactos; entre más único y perfecto sea el criterio lingüísticamente, mucho mejor. En tanto la jurisprudencia ofrece múltiples posibilidades, entorno a la discrecionalidad: si (No A) o (A relativa) entonces (infinito). No es posible por tanto la “ciencia del derecho penal” incorporada en el concepto “derecho”, e investigando con el mismo racero la ley y la jurisprudencia, porque son objetos distintos de conocimiento.

Así las cosas, si se revisa a la luz de lo anterior la dogmática como método sistematizador y orientador del derecho penal entendido como ciencia, frente a la discrecionalidad del juez penal, han de hacerse, por supuesto, algunos reparos.

Las categorías enarboladas como dogmáticas, han sido el fruto de la observación y crítica de conceptos, que a través del tiempo han fundamentado la orientación de toda una estructura tendiente a establecer cuándo a determinada persona, le es atribuible, a consecuencia de su actuar, una determinada pena. Entiéndase, como lo anota Velázquez (2009), que esas categorías son por ejemplo: la teoría del delito, las categorías de la acción, la imputación objetiva, la tipicidad, la antijuridicidad, la culpabilidad, las causas de exclusión de la conducta, etc.

Por tanto, la pregunta que ha de responder la dogmática, es ¿cuáles son los criterios definitorios y últimos de cada categoría? De suerte que, de no tener un criterio último y único en cada caso, el juez penal, enfrentará como se anotó anteriormente, una suerte de antinomias frente a los criterios orientadores de la estructura punitiva, ya no solo de la ley, sino de la estructura misma del derecho penal.

Si en este orden de ideas, observamos tan solo una de esas categorías dogmáticas, por ejemplo la culpabilidad, encontramos lo siguiente:

En una profunda exposición sobre la culpabilidad, manifiesta el profesor Fernando Velázquez (2009): “No obstante, en el derecho penal de las últimas décadas, se observan por lo menos tres corrientes sobre la concepción de la culpabilidad, que arrancan desde las más extremas opiniones liberearbitristas hasta las deterministas y pasan por intentos mediadores de diverso orden” (p. 799); a renglón seguido, explica el profesor colombiano, el significado del enfoque tradicional del concepto y su crítica debidamente fundamentada en seis aspectos, entre los cuales, cabe resaltar el último, en el cual manifiesta:

*[...] Las relaciones entre política criminal, dogmática y el sistema jurídico penal que propiciaba este concepto de culpabilidad, llevaban a que las exigen-*

*cias político criminales se tuvieran que amoldar a las dogmáticas, cuando era y es evidente que el pensamiento problemático, tiene que primar sobre el sistemático [...] pues la política criminal tiene una posición autónoma y trascendente entre la dogmática y el sistema jurídico penal y es ella la que marca los límites últimos de la punibilidad. (p. 801)*

Con posterioridad a esta exposición, resume Velázquez de manera puntual siete opciones dadas por la doctrina contemporánea, acerca del postulado de la culpabilidad, dentro de los cuales se destacan: el reemplazo del axioma *nulla poena sine culpa* por el principio de *proporcionalidad*, así mismo se propone su reemplazo por la *necesidad de pena*, de igual forma la doctrina propone su reemplazo por una noción funcional, dándole contenido con la *idea de fin*, cuya razón de ser es “la fidelidad para el derecho”.

Así, Velázquez (2009) termina su exposición mediante un balance, en donde manifiesta:

*Vistas las objeciones, al principio de culpabilidad y las propuestas para reemplazarlo o complementarlo, el saldo de la discusión es desalentador y sorprendente [...] sustentando sus afirmaciones en Perrón y Roxin culmina diciendo “[...] debe aceptarse de una vez por todas, que la concepción ideal de la culpabilidad hasta ahora buscada, no parece posible por el momento [...]]. (pp. 804-805)*

Pese a que en este apartado puede mostrarse la acientificidad del derecho penal por otros medios, lo importante aquí es resaltarla por la vía de la discrecionalidad judicial. Por ende, la respuesta a lo anterior puede estar dada, bajo el supuesto de que la falta de acuerdo en todos los tratadistas con respecto a la definición de cada categoría o presupuesto dogmático, no quiere decir que el derecho penal no sea una ciencia. Sin embargo, sobre ello la siguiente pregunta no se hace esperar: ¿cuál es entonces el objeto de la ciencia del derecho penal? ¿Una serie de opiniones particulares y concienzudas especulaciones antinómicas, a partir de las cuales el juez “discrecionalmente” escoge una para proferir una sentencia? En efecto, al no haber acuerdo previo sobre su contenido, es el juez, a través de su discrecionalidad, quien define el objeto de esa ciencia, dependiendo en últimas, de sus prejuicios particulares sobre la razón que considere mejor fundamentada al respecto de cada categoría dogmática.

En las ciencias empíricas, carece pues de importancia si se es partidario de una u otra teoría, por ejemplo si se justifica el Big Bang por la expansión del universo, o se justifican las teorías cuánticas del átomo para dar razón de ser al cosmos y su origen, o si finalmente se adhiere a la teoría de cuerdas.

En el derecho penal, entendido como ciencia social, es impermissible que su objeto y método se concreten cuando la sentencia pone fin al proceso, poniendo de manifiesto que la decisión última acerca de su definición, puede versar sobre los mismos objetos a los cuales se les han asignado contenidos distintos, así, la culpabilidad entendida en su aspecto psicológico, resulta distinta a la entendida en su aspecto normativo, y ello no depende en su aplicación práctica de lo dicho en la ley, ni como resultado de un juicioso análisis dogmático, sino del criterio que discrecionalmente en cada caso particular adopte el juez.

En éste orden de ideas, la discrecionalidad del juez penal sobre las antinomias de la dogmática, se convierte en principio y fin de la ciencia, sin duda, él la define tanto en su método como en su objeto.

#### 4.1. La ley y la jurisprudencia son dos objetos distintos para la ciencia

Los discursos de la ley y de la jurisprudencia son muy diferentes a la luz de la ciencia, en la medida en que se presentan como objetos observables, investigables y determinables por separado.

La pregunta que cabe traer a colación ahora es ¿qué ocurriría si no existieran motivos generadores de discrecionalidad judicial?

En el supuesto del mundo maravilloso de R. Dworkin, de la “completitud del derecho”, en donde no existen motivos para la discrecionalidad judicial, el objeto *ley* y el objeto *jurisprudencia* dependen matemáticamente el uno del otro fusionándose, de allí la insistencia del autor norteamericano en que los casos difíciles no son tales y que por el contrario son de fácil resolución a través de los principios; el yerro del autor desde la órbita de la ciencia reside en que rampantemente está excluyendo al juez a fin de lograr un objeto único, que de ser así, nunca daría lugar a una diferencia entre juristas ante un caso legal, porque todos interpretarían de manera idéntica el derecho y “científicamente” la realidad empírica nos demuestra a nivel universal todo lo contrario.

El interés en este trabajo, de un lado, es demostrar la acientificidad del derecho penal a consecuencia de la discrecionalidad judicial, y de otro, explicar cómo el concepto de discrecionalidad judicial afecta de tal forma el derecho general y el derecho penal, que permite concluir que la ley y la jurisprudencia, a la luz de la discrecionalidad judicial, se presentan en el mundo real como objetos diferentes para la ciencia, y que su abordaje en pro de construir nuevos paradigmas que

permitan su aproximación, debe hacerse desde métodos distintivos, inclusive externos al derecho.

Por tanto, la tipicidad, en tanto categoría dogmática, junto con el principio de reserva o legalidad que implican la sujeción a la ley penal, exigen que el criterio “ley”, como objeto científico debe ser observado y estudiado desde las técnicas del lenguaje, su desconocimiento patrocina leyes sin sentido, ambiguas, oscuras e incompletas. Lamentablemente para los seguidores incansables del positivismo jurídico, el método a utilizar para lograr la aproximación a este objeto, es ajeno a todo sistema jurídico, residiendo —sin duda— en criterios de construcción lingüística, y obviamente bajo el imperativo de los criterios de la política criminal del Estado.

En tanto la “jurisprudencia” como objeto —en especial en los casos de discrecionalidad, en casos difíciles—, corresponde al mundo del argumento, y su respuesta metodológica-científica como se anotó anteriormente, está lejos de criterios jurídicos, ya que la omisión de criterios argumentativos en el discurso lógico judicial, es lo que en definitiva acarrea decisiones ambiguas, incompletas, oscuras y sin sentido.

Esta discusión, entre otras, es lo que ha motivado la construcción de lo que el mundo ha denominado discursos neo-legitimantes, los cuales pretenden dar respuesta científica a la construcción del derecho como ciencia y así mismo legitimar sus contenidos, a ellos haremos referencia a continuación.

Es de anotar que la ley no funge como objeto a adecuar en la jurisprudencia para proferir un fallo, sino que la ley ha sido creada hipotéticamente y su aplicación es profundamente aleatoria, el juzgador “salta” de un precepto a otro y de la protección de un bien jurídico a otro. Con lo anterior, se puede afirmar que en términos prácticos, si la jurisprudencia no tiene claro qué bien jurídico protege no está protegiendo ninguno.

Basta pues con la posibilidad de que ocurra una sola vez, para poner en duda el concepto de “ciencia”, la inestabilidad en la aplicación de la ley es contundente, y por supuesto, no sería de recibo edificar un paradigma científico sobre cada una de las sentencias a sabiendas de que decisiones del mismo nivel y rango fueron falladas de otra manera. En este sentido uno de los partidarios más acérrimos del derecho como ciencia, ha sido el filósofo argentino Eugenio Bulygin (2009), quien manifiesta:

*Siguiendo a Aristóteles, entiendo por ciencia un conjunto de enunciados verdaderos y ordenados sistemáticamente, que nos transmiten conocimientos acerca de una determinada porción del universo. La ciencia jurídica no*

*tiene por qué ser una excepción: es un conjunto de enunciados verdaderos acerca de este fenómeno complejo que llamamos Derecho. Su función es fundamentalmente descriptiva. En esto coincido con M. Weber, Kelsen y Hart. No cabe duda de que el Derecho está basado en valoraciones, pero no veo imposibilidad alguna en describir las valoraciones sin valorarlas. Más aún, estoy dispuesto a pensar que “ciencia no valorativa” es un pleonismo y “ciencia valorativa” se acerca mucho a una contradicción en términos. (p. 85)*

Sin embargo, ante la posibilidad manifiesta de la actividad discrecional de los jueces no le queda más que admitir:

*Por supuesto, no todo lo que hacen los juristas, los jueces y los abogados puede ser calificado como ciencia. Pero en la medida en que describen el derecho y no hacen valoraciones, su actividad es científica. Ciertamente, los abogados y sobre todos los jueces cumplen además funciones políticas. En el caso de los jueces esto ocurre sobre todo cuando el derecho no contiene una respuesta unívoca a un problema jurídico; tanto en el caso en que haya más de una respuesta y éstas son incompatibles (antinomias o contradicciones normativas), como cuando el derecho no contiene ninguna respuesta (lagunas normativas). También puede suceder que la solución que ofrece el derecho esté formulada en términos vagos, de modo que no se sabe si el caso individual que tiene que resolver el juez está dentro o fuera del ámbito de aplicación de una norma general (casos de penumbra o lagunas de reconocimiento). (p. 86)*

Ahora bien, si se observa directamente la jurisprudencia como objeto de estudio independiente de la ley, teniendo dos argumentaciones válidas, suficientes<sup>4</sup>, proferidas por el mismo organismo, justificadas, pero ante todo: discrecionales; el magistrado no puede modificar la ley pero sí modifica por completo los términos de su aplicación. Conocedores en teoría y en éste capítulo de ejemplos de la falla que produce la discrecionalidad, es viable preguntarse ¿cuál es y en qué consiste la ciencia del derecho penal? Preguntas ahora incontestables bajo el argumento único de la conciencia de la discrecionalidad judicial. No obstante, si se observa el derecho penal como conjunto “norma” se puede afirmar que existe una confusa visión de la realidad entre el “ser” y el “deber ser”, porque si la jurisprudencia no interfiriera en el derecho, no se presentaría esta dicotomía, sin embargo, el derecho penal sin jurisprudencia sería inútil, no aplicable.

4 Cuando hago referencia a la suficiencia me refiero a que cada sentencia de la Corte Suprema de Justicia, trae consigo una carga argumentativa sustentada en abundante doctrina nacional e internacional, la cual ha sido resumida en éste trabajo por razones de espacio.

## CONCLUSIONES

En resumen, en un momento histórico dado, el derecho penal, siguiendo la senda de la ciencia, asumió el positivismo científico para buscar su ratificación como tal. Así, en la medida en que la dogmática se presentó como un método que emulaba, a partir de la razón, elementos muy similares a las propuestas axiomatizadas de la física y la geometría, se intentó canalizar a toda costa una “ciencia” en la cual su objeto de estudio debería ser el derecho positivo, a la sazón del método antedicho. Sin duda, la dogmática logró iniciar un derrotero de sistematización y organización, en especial sobre la teoría del delito; sin embargo no logró su cometido, dado el auge de las ciencias del espíritu, y la inclusión del derecho al interior de las ciencias sociales, lo que generó una nueva mirada, como se anotó, en especial sobre el objeto de estudio de esta pretendida ciencia.

Las críticas al positivismo harían lo suyo, impulsando neo-teorías que han pretendido la legitimación del derecho desde otros ángulos, y de contera poniendo nuevamente en entredicho el modelo dogmático como justificante metodológica de la ciencia del penal.

Dentro de las críticas expresadas en contra del derecho penal como ciencia, poco y nada se ha dicho con respecto a la influencia que sobre el debate en cuestión, ejerce la discrecionalidad del juez. Este concepto en las pretensiones científicas de antaño y en la contemporánea, ejerce una influencia negativa, dado que genera una especie de paradoja que impide la posibilidad de ajustar en términos de ciencia al derecho penal.

Si se aplican los conceptos más básicos de la metodología de la ciencia, se podría observar que tanto la ley como la jurisprudencia, ni en la práctica ni en la teoría, se presentan como “ciencia” sino como objetos de la ciencia, ello porque como se anotó, la ley penal como objeto futuro y necesario para obtener organización y prevención de futuros comportamientos indeseados, debe ser abordada desde el lenguaje y toda la carga teórica que implica el constructo de un precepto, que ha de ser entendido ética y unívocamente por un conjunto de personas en un lugar y tiempo determinados, a consecuencia del rigor metodológico de un estudio político criminal, no es tarea de la tozuda “ciencia del derecho penal” ni de la dogmática contemporánea. Se puede pues observar, que a la hora de fallar discrecionalmente el juez, así como lo hace con la ley, lo hace con la dogmática, en un proceso inverso en el que se pretende adecuar los hechos dentro del precepto y no el precepto en los hechos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aarnio, A. (1991). "Lo racional como razonable", en Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, pp. 31-35, 209-210.
- Alchourron, C. y Bulygin, E. (1987). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Ed. Astrea, Buenos Aires.
- Asís Roig, R. (1995). *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Bacigalupo, E. (1998). *Principios de Derecho penal, parte general*, Ed. Akal/iure, Madrid.
- Bell, J. (1992). *Discretionary Decision-Making a Jurisprudential*, Ed. Keith Hawkins, Clarendon press, Oxford.
- Berlin, I. (1988). "Dos conceptos de Libertad", Tr. de Julio Bayon, (Original de 1958), en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Ed. Alianza, Madrid. Conferencia inaugural de la cátedra "Chichele" de teoría social y política en Oxford 1958. Disponible en: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/IV\\_1.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/IV_1.pdf). (07-02-2012)
- Bonorino, P. y Peña Ayazo, J. (2006). *Filosofía del derecho*, Consejo Superior de la Judicatura, Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla, Segunda edición aumentada, Bogotá.
- Bulygin, E. (2009). *Mi visión de la filosofía del Derecho*. Edición Digital, Alicante.
- Del Real Alcalá, A. (2010) "Deber judicial de resolución y casos difíciles", en *Panóptica*, No. 18, marzo-junio 2010, pp. 40-60.
- Diciotti, E. (1992). *Vaghezza del diritto e controversie giuridiche sul significato, Analisi e Diritto*. Giappichelli, Ed. Torino.
- Duque Sandoval, O. (2007) "Concepciones del Derecho y Discrecionalidad Judicial", en *Revista Criterio Jurídico*, V. 7, pp. 59-106, Santiago de Cali.
- Fernández Carrasquilla, J. (2005). *Derecho Penal Fundamental*, 1ª Ed., Ediciones Gustavo Ibáñez, Bogotá.
- Kuhn, T. (2005). *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica de España, Madrid.

- Lifante Vidal, I. (2002). “Dos conceptos de discrecionalidad jurídica”, en *Revista Doxa*, No. 25, pp. 322, 416, 423, 425, 429, 418, Madrid.
- Luzon Peña, D. (2012). *Lecciones de derecho penal-parte general*, Ed. Tiran Lo Branch, Valencia.
- Mir Puig, S. (2002). *Introducción a las bases del Derecho penal*, Editorial Cata-pulta, Montevideo.
- Moreso, J. J. (2006). “Dos concepciones de la aplicación de las normas de derechos fundamentales”, en *Revista Direito GV*, Vol. 2 No. 2, Jul-Dez 2006, pp. 13-30. Disponible en: [http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv\\_04\\_pp013-030.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitogv.fgv.br/files/rdgv_04_pp013-030.pdf)
- Navarro, P. (1993). “Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho”, en *Revista Doxa Número 14*, pp. 262-266, Madrid.
- Niño, C. S. (2003). *Introducción al análisis del derecho*, Editorial Astrea, Buenos Aires.
- Poper, K. (1962). *La lógica de la investigación científica*, Ed. Tecnos, Madrid.
- Poper, K. (1983). *Conjeturas y refutaciones*, Ed. Paidós, Barcelona.
- Rentería, A. (2001). *Discrecionalidad judicial y responsabilidad*, 3ª Ed, Fontamara, Ciudad de México.
- Rocco, A. (1986). *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*, Tr. Rodrigo Naranjo, Ed. Temis, Bogotá.
- Roxin, C. (2008). *Derecho Penal. Parte General*, Civitas Ediciones, Madrid.
- Ruiz Ruiz, R. (2010) “Sobre la discrecionalidad judicial en un Estado Constitucional”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, No. 20, p. 123, Universidad de Jaén.
- Velásquez Velásquez, F. (2009). *Derecho Penal parte general*, Comlibros, Bogotá.
- Virgolini, J. y Silvestroni, M. (2006). “Unas sentencias discretas. Sobre la discrecionalidad judicial y el Estado de Derecho”, en *Revista Justicia para crecer*, No. 2. Lima. Disponible en: [http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/jpc/justicia\\_para\\_crecer\\_2.pdf](http://www.justiciajuvenilrestaurativa.org/jpc/justicia_para_crecer_2.pdf). (01-09-2012)

Von Liszt, F. (1984). *La idea de fin en el derecho penal*, Ed. Edeva, Valparaiso.

Wittgenstein, L. (2009). *Tractatus logico-philosophicus*, Ed. Alianza, Madrid.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal parte general*, Ed. Ediar, Buenos Aires.