

# Gustav Radbruch: ¿constituye hoy el positivismo una condición del pluralismo liberal?\*

Alejandro Aponte

In this work, Gustav Radbruch's text "Relativism in the Philosophy of Law" is the initial point for a study on the subject of relations between pluralism and law, between pluralism and positivism. This treatise constitutes a liberal manifesto. The intention is to enrich it attending diverse authors and, above all, in view of events which are currently fundamental challenges, both in our country and worldwide.

## Presentación

En los más diversos ámbitos del derecho, como es el caso del derecho internacional y del derecho constitucional, abocado hoy a la discusión sobre la necesidad o no de una Constitución europea que refuerce la perspectiva histórica inevitable de la unificación, son asuntos importantes y relacionados entre sí los problemas del multiculturalismo, del pluralismo étnico, de las hegemónías culturales. Detrás de la discusión de esas cuestiones yace la pregunta por el relativismo valorativo.<sup>1</sup> También, y sobre todo, en Estados con alto grado de fragmentación y de anomia, como es el caso colombiano, el tema del

---

\* Agradecemos al autor la amable autorización para publicar esta versión, revisada especialmente para *Precedente*, del texto publicado en la recopilación: Miguel Rujana (editor), *Teoría Jurídica. Reflexiones críticas*, Siglo del hombre editores y U. Libre. Cátedra Gerardo Molina. Bogotá, 2003.

<sup>1</sup> Dieter Grimm por ejemplo, profesor y ex juez constitucional del tribunal constitucional alemán, en reciente trabajo titulado *Die Verfassung und die Politik. Einsprüche in Störfällen*. (La Constitución y la Política. Objeciones en casos perturbadores), analiza problemas actuales como la posible autonomía del juez constitucional en un universo cada vez más complejo de decisión política que trasciende el ámbito nacional, sobre los problemas constitucionales derivados de la reunificación alemana, de la necesidad o no de una Constitución para Europa, etc. Berlín, 2001.

pluralismo es central, y más por el impacto de la joven Constitución política. Por eso es también central, desde luego, el tema del liberalismo.

No es objetivo de este trabajo adentrarse en el estudio del multiculturalismo o del pluralismo con ejemplos empíricos que los destaquen. Tampoco se trata de adelantar un estudio de derecho constitucional que tematice el pluralismo, o el de las normas que propician en una Carta Política la tolerancia a universos valorativos diversos. Se trata, más bien, de establecer un diálogo con textos básicos que han destacado la opción del pluralismo valorativo: se recogen esos textos, se los revisa y se los pone en escena hoy, sobre todo en consideración de las tendencias actuales de afirmación de valores absolutos y de hegemonías culturales. En un mundo inevitablemente compuesto por justicias transnacionales, la pregunta por el *valor* —por las diversas opciones valorativas— es insoslayable; en el mundo de la globalización, la pregunta por especificidades culturales se hace cada vez más fundamental.

El énfasis que en este escrito se hace del positivismo se debe al propósito de indagar si es posible, como algún día lo pensó Radbruch, siguiendo a Kelsen o a Max Weber, que la norma positiva pueda preservar el derecho y mantener la seguridad del orden jurídico, al mismo tiempo que logra preservar el pluralismo valorativo. Es la ecuación positivismo-liberalismo y pluralismo, la que lleva a tomar como punto de partida la obra citada de Gustav Radbruch. Analizado ese texto, se lo confronta con su trabajo escrito después de la guerra y que contiene su famosa fórmula sobre derecho supralegal justo. Allí el autor se enfrenta a sus propias convicciones, abrumado por la arbitrariedad que se puede generalizar en nombre de la ley.

## 1. Relativismo y derecho: una apuesta por el escepticismo valorativo

Gustav Radbruch escribe “El relativismo en la filosofía del derecho” en una época de afirmación autoritaria de valores absolutos y de la errónea comprensión de que sólo es auténticamente comprometido aquél que profesa e impone valores absolutos a los otros. De hecho, al filósofo y penalista se lo despojó de su cátedra en Heidelberg por motivos políticos. La recuperó con todos los honores en 1945, acabada la guerra. En la presentación de ese texto, afirmaba que “en un tiempo como el nuestro se necesita coraje para confesarse relativista. Hemos entrado a una época de supuestos valores absolutos. Desde la altura de estos valores, se mira, en general, el relativismo con desdén y menosprecio (...) Se ve en el relativismo una ausencia de convicción, una falta de carácter”.<sup>2</sup> A eso responde: “...el relativismo de ninguna manera significa

<sup>2</sup> Gustav Radbruch, “El relativismo en la filosofía del derecho”, en: *Relativismo y Derecho*. Temis,

falta de convencimiento, sino que, por el contrario, expresa una fuerte y aún agresiva convicción”.<sup>3</sup> Es la respuesta nacida de la férrea convicción liberal, que profesa el desprecio por absolutos impuestos por el poder, y que apenas logran autolegitimarse verbalmente.

La convicción de Radbruch está edificada sobre un profundo escepticismo valorativo, en una época en la que era impensable la eclosión cultural que se vive hoy y en la que los medios de comunicación y la técnica no soñaban con los estándares actuales, Radbruch sostenía que “la historia del derecho y del derecho comparado revelan una ilimitada variedad de realidades jurídicas, en las que no se puede percibir ninguna tendencia a un único ideal”.<sup>4</sup> Radbruch discute con el derecho natural, al que le critica el hecho de apoyarse, como principio metodológico, “en el concepto de que existe una idea de derecho justo, unívoca y demostrable”.<sup>5</sup>

No se trata aquí de impulsar una dicotomía que en muchos casos es apenas aparente entre derecho natural y derecho positivo. De hecho, en el esfuerzo histórico que hace por ejemplo Ernst Bloch por recuperar el derecho natural y colocarlo en una perspectiva progresista como el modelo del “paso erguido”, del talante anticipador de la esperanza en mundos mejores, ese derecho es recuperado en su más íntimo sentimiento y pretensión de justicia, que es perfectamente admisible en un derecho positivizado.<sup>6</sup> También la mirada histórica de Welzel, en su libro clásico *Derecho natural y justicia material*, o el estudio profundo de filosofía política que hace Leo Strauss en su *Derecho Natural e Historia*, ubican en perspectiva el talante combativo del iusnaturalismo que hoy se encuentra positivizado en numerosas normas.<sup>7</sup> También en la discusión entre *legalismo* y *constitucionalismo*, en función por ejemplo del “constitucionalismo moderado” de Robert Alexy, se pone en evidencia, de una manera renovada, la relación-tensión entre derecho natural y derecho positivo.<sup>8</sup> Además, como se verá más adelante, el mismo Gustav Radbruch —a

Bogotá, 1992. pág. 1

<sup>3</sup> Ibidem, pág. 1.

<sup>4</sup> Ibidem.

<sup>5</sup> Ibidem.

<sup>6</sup> Ernst Bloch, *Derecho natural y dignidad humana*, traducido por Felipe González Vicen, quien además ha traducido obras monumentales de Bloch, como es el *Principio Esperanza*. Aguilar, Madrid, 1980.

<sup>7</sup> El libro de Welzel, penalista y filósofo del derecho, continúa siendo un clásico sobre el problema de la justicia material: *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, Göttingen, 1990. Leo Strauss, *Naturrecht und Geschichte*, Frankfurt, 1989.

<sup>8</sup> En la versión española de *Concepto y validez del derecho*, la reflexión sobre un modelo de “sistema

través de su famosa fórmula en la que se anhela un derecho supralegal justo, en la desesperación que surge de comprobar la dinámica perversa del derecho positivo arbitrario e injusto—, recupera exigencias mínimas sin las cuales no es pensable el mundo del derecho.

Se trata aquí, sobre todo, de rechazar la pretensión de verdad absoluta en el derecho; de la supuesta demostrabilidad científica de las normas jurídicas en su pretensión de respaldar e imponer verdades indiscutibles. Se trata, de alguna forma, de rescatar la dicotomía entre *validez* y *verdad*, en función de la tolerancia, del respeto al fuero interno y de la supervivencia de convicciones individuales en contextos culturales no hegemónicos. El relativismo jusfilosófico, dice Radbruch, parte “de la tesis de que cada contenido de derecho justo sería sólo válido con base en el presupuesto de una determinada situación de la sociedad y un sistema concreto de valores”, en razón de que “las circunstancias sociales cambian constantemente, mientras que es limitado el número de valores”.<sup>9</sup> Es dable entonces, “erigir un completo sistema de valores posibles en una determinada situación social”, pero es imposible “decidir sobre una de estas posibilidades de manera científica, comprobable e irrefutable, ya que la elección entre ellas es posible sólo por medio de una decisión que emerja de lo profundo de la conciencia individual”.<sup>10</sup> Según Radbruch, ya el criticismo kantiano habría probado “que sin duda alguna las formas de la cultura y el derecho son universal y absolutamente válidas, pero sus contenidos dependen de realidades empíricas y, en consecuencia, son completamente relativos”.<sup>11</sup> Entonces, “la fuerza obligatoria del derecho positivo sólo puede fundarse precisamente en el hecho de que el derecho justo no es reconocible ni demostrable”.<sup>12</sup> La indemostrabilidad científica del juicio sobre la verdad o falsedad de las diferentes convicciones, la imposibilidad de asir para siempre lo que se concibe en un momento como justo, obliga a un acto de decisión: si a pesar de todo, como lo muestra la historia del derecho, “se requiere un derecho único para todos los sujetos del derecho, el legislador se ve enfrentado a la necesidad de cortar de un golpe el nudo gordiano que la ciencia no logra desatar”.<sup>13</sup>

---

de jurídico de tres niveles”, se enmarca dentro del tema general de las tensiones entre Legalismo y constitucionalismo. De hecho, en la reflexión inicial sobre reglas y principios, las dos rutas de los principios, la puramente axiológica y la deontológica, se encuentran situadas también en el marco de la tensión entre pretensiones de derecho natural y necesidades del derecho positivo.

<sup>9</sup> Ibidem, pág. 2

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> Ibidem.

<sup>12</sup> Ibidem, págs. 2-3.

<sup>13</sup> Ibidem, pág. 4.

El problema clave en el derecho surge, en consecuencia, como un problema de la *decisión*: “Puesto que es imposible verificar lo que es justo, se debe establecer lo que es jurídico”.<sup>14</sup> Y, en una conclusión eminentemente hobbesiana, agrega Radbruch: “en vez de un acto de verdad, que es imposible, es necesario un acto de autoridad. El *relativismo* desemboca en el *positivismo*”.<sup>15</sup> “*Auctoritas, non veritas, facit legem*” (quien hace la ley es la autoridad, no la verdad).<sup>16</sup> Se trata de la única posibilidad histórica para salir de la aporía de las confesiones enfrentadas; de la fatalidad de universos valorativos enfrentados y concebidos en sí mismos como absolutos; de la aporía de la guerra civil y de la imposibilidad de construir Estado: se trata de la única opción de construir el Estado como un tercero neutral, como una “*machina machinarum*” -una máquina neutral- como subraya Carl Schmitt en su lectura del Leviatán.<sup>17</sup>

## 2. “*Auctoritas, non veritas, facit legem*”: una pragmática de paz frente a pretensiones valorativas hegemónicas

En esta frase se reconoce, además, la problemática separación entre *verdad* y *validex*. La frase refleja las tensiones propias de las guerras de religión en su núcleo ideológico; más allá de los intereses pragmáticos que en un sentido político tuvieron ellas en su momento, las luchas confesionales fueron una lucha de verdades competitivas de salvación. Una verdad de salvación no tolera ser aceptada a medias: el absoluto constituye una especie de compromiso vital que legitima de antemano la desaparición de todos los que lo confrontan. Hoy, por todas partes, asistimos a enfrentamientos basados en absolutos irreductibles. La verdad se hace total y totalizante, y por eso no puede ser compartida. La salida de este dilema es, para Hobbes, sólo posible en la medida en que la ley se halle exenta de contenidos valorativos concebidos o defendidos como absolutos e inmutables: es la decisión —un elemento último estrictamente pragmático— basada en la autoridad, la que da origen a la norma.

<sup>14</sup> Ibidem..

<sup>15</sup> Ibidem, pág. 4.

<sup>16</sup> Ésta es la famosa conclusión de Hobbes, adelantada en el contexto de la pregunta por el origen de la ley, y que está contenida en el capítulo 26 de su Leviatán: *Doctrinae quidem verae esse possunt; sed auctoritas, non veritas, facit legem*. La versión española reza así: “Lo que constituye la ley no es esa *juris prudentia* o sabiduría de jueces subordinados, sino la razón de este hombre artificial nuestro al que llamamos Estado y lo que él manda”. Versión española de Alianza Editorial, Madrid, 1993, pág. 219.

<sup>17</sup> Carl Schmitt, *Der Leviathan, Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Köln, 1982.

Así, la norma se debe respetar, exclusivamente por el hecho de ser expedida por el ente estatal (Leviatán) y no por los contenidos de verdad que a ella subyazcan. El respeto a la norma se afina sobre el respeto al sentido del pacto: la necesidad de la paz. Se trata de una lógica pragmática. Como lo subraya Hermann Lübbe, dicha lógica, que contiene la separación práctica entre verdad y validez, es una “pragmática de la razón de paz: En ella triunfa la voluntad política de la paz sobre la voluntad del triunfo político de la verdad”.<sup>18</sup> La ley, en este sentido pragmático, constituye también una especie de protección de la conciencia de los disidentes; en todo caso, constituye un espacio de protección de la conciencia individual: cada cual y de acuerdo a sus concepciones individuales, acepta o no los contenidos valorativos de una norma; éstos no se imponen a la conciencia individual. Ésta se preserva; se trata de la diferencia, tan clara en Hobbes, entre *fides* y *confessio*.

Ésta es la lucidez del Hobbes: la más férrea construcción positivista, ligada al núcleo de su filosofía moral, que es el logro de la paz, pero cuyo punto de partida es el derecho natural. De hecho, las tensiones entre leyes naturales y leyes civiles, hacen parte de la fascinación en el estudio de Hobbes.

Ese punto de partida en las leyes naturales, y en la vida, como fuente de toda ley natural, constituye en la historia el origen mismo de los derechos humanos: la preservación de la vida será, de allí en adelante, una vez construido el Leviatán, su tarea fundamental; y desde la vida, los demás derechos.<sup>19</sup> Por esa razón, a pesar de todo el poder que se le da al Estado para que se imponga y para que siga preservando la paz como objetivo último, no es posible en ningún caso que el poder estatal contravenga su objetivo central, que es la preservación de la vida como derecho humano. Hoy en día puede decirse: de los derechos humanos en toda su evolución cultural. La conservación de los derechos tiene incluso, en este esquema “frío”, en la máquina neutral, una connotación pragmática: es una especie de ecuación matemática, la preservación del derecho es una tarea estatal que le da sentido a la existencia del Estado; la preservación y protección de los derechos es, simplemente, funcional a la preservación de la institucionalidad.<sup>20</sup> Hobbes introduce en esta dirección

<sup>18</sup> Hermann Lübbe, “Decisionismo. Una teoría política comprometida”, en: Hermann Lübbe, *Escritos*, Buenos Aires, pág. 53.

<sup>19</sup> Siegfried König, *Zur Begründung der Menschenrechte: Hobbes-Locke-Kant*, Freiburg-München, 1994.

<sup>20</sup> Ésta es por ejemplo la conclusión de Niklas Luhmann, al asumir los derechos fundamentales como *institución*: son niveles superiores de programas de decisión sin los cuales no funciona el derecho. Están situados más allá de cualquier concepción valorativa; son simplemente necesarios para enfrentar máximos niveles de complejidad, y para poder reducirla efectivamente. En ello

argumentos poderosos por ejemplo en contra de la pena de muerte —en todo caso Hobbes permite la desobediencia al pacto cuando el soberano irrespete el derecho—, que serán tomados por aquel manifiesto del derecho penal ilustrado, que es el texto de Beccaria.<sup>21</sup>

### 3. Positivismos y conciencia liberal

En el caso de Radbruch, si el relativismo desemboca necesariamente en el positivismo, éste constituye, además de lo dicho anteriormente, la garantía de existencia del liberalismo: la neutralidad del Estado como máquina incontaminada de absolutos, se encuentra con el necesario escepticismo valorativo propio de la conciencia liberal. Por ello, el filósofo piensa de nuevo en Hobbes: el relativismo suministra una medida crítica para medir “el derecho positivo y las exigencias a las cuales el derecho positivo debe acomodarse. Ya lo dijimos: la decisión del legislador no es un acto de verdad, sino un acto de voluntad, de autoridad. Ésta puede conferirle a una determinada opinión fuerza obligatoria, pero nunca fuerza convincente; puede poner punto final a la lucha de poder entre partes en conflicto, pero no a la lucha de opiniones”.<sup>22</sup> En diálogo con Lübbe, “el orden político liberal presupone que la obligatoriedad de las decisiones políticas, tales como las que toma por ejemplo el legislador, es diferente de la obligatoriedad de las pretensiones de verdad en las fundamentaciones que subyacen materialmente a tales decisiones”.<sup>23</sup>

Otra vez el fuero interno: la obligatoriedad de las cuestiones decididas políticamente, “no depende de nuestro reconocimiento de las pretensiones de verdad que argumentativamente se hicieran valer en la fundamentación

---

radica el sentido mismo de la positivización de los derechos para Niklas Luhmann: *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin, 1965.

<sup>21</sup> En una clara concepción pragmática, basada en Hobbes, asegura Beccaria: “Fue, pues la necesidad la que constrictó a los hombres a ceder parte de su libertad; es cierto, por consiguiente, que nadie quiere poner de ella en el fondo público más que la mínima porción posible, la exclusivamente suficiente para inducir a los demás a que lo defiendan a él. La suma de estas porciones posibles constituye el derecho a castigar; todo lo demás es abuso; es hecho, no derecho. Las penas que sobrepasan la necesidad de conservar el depósito de la salud pública, son por naturaleza injustas”. Cesarre Beccaria. *De los delitos y de las penas*, Temis, Bogotá, 11. La más inútil e injusta de las penas, es la pena de muerte, según el autor. Así, constatando en el tiempo aquello que es hoy una realidad -un derecho penal utilizado como instrumento bélico- asegura Beccaria, “no es, pues, la pena de muerte un derecho, ya que ha demostrado que no puede serlo; es una guerra de la nación contra un ciudadano, porque juzga necesaria y útil la destrucción de su ser”. *Ibidem*, pág. 41.

<sup>22</sup> Gustav Radbruch, “El relativismo...”, en *Relativismo y derecho*, pág. 4.

<sup>23</sup> Hermann Lübbe, “Decisionismo...”, pág. 53.

de la verdad”.<sup>24</sup> Por ello, el derecho otorgado al legislador, “se le ha confiado con la condición de no tocar la confrontación ideal entre las diferentes convicciones jurídicas. El relativismo, mientras da al Estado el derecho a legislar, al mismo tiempo lo limita a obligarlo a respetar determinadas libertades de sujeto de derecho: la libertad de creencias, la libertad de prensa. El relativismo desemboca así en el liberalismo”.<sup>25</sup>

#### 4. Relativismo y democracia: la condición de la tolerancia

Pero, si el lugar de las convicciones individuales o de la conciencia individual de quien es destinatario de la norma es claro, surge inevitablemente una pregunta en relación con otro lugar: ¿dónde quedan los argumentos que por ejemplo en una competencia discursiva, anterior a la decisión final del legislador, han sido vencidos? ¿Hay, y cómo se garantiza ella, la rotación necesaria en el tiempo y en el espacio, de las verdades y de los argumentos? ¿Hasta dónde llega el elemento decisionista fatal, que en momentos fundamentales, establece qué contenidos de verdad han sido los “triunfadores” en normas que se han sustentado en la autoridad?

En Radbruch, también en Lübbe, la apuesta es por la democracia. Sin entrar en el debate siempre vivo de los alcances de la democracia, pero teniendo en cuenta conclusiones polémicas que le dan sentido hoy, en el tiempo, a los dilemas que viven Estados necesariamente enfrentados a opciones culturales y valorativas diversas, se reseña lo siguiente: para Lübbe, tan sólo la democracia es capaz de conservar en “remojo” las opciones valorativas que en un momento fueron “vencidas” de acuerdo a las reglas de la democracia, y tan sólo ese sistema les ofrece la verdadera oportunidad hacia el futuro de llegar a vencer. Un argumento vencido hoy, puede ser, en el juego de la democracia y de las mayorías, el vencedor de mañana.

#### 5. Positivismo y legitimidad de la decisión normativa

En una interesante reconstrucción de la polémica posición weberiana acerca de la inexistencia de procedimientos científicos confiables para la solución de conflictos entre fines políticos, Lübbe sostiene que Weber no se refiere tanto a los procedimientos para la fundamentación de las normas en sí mismas, como a los procedimientos para su imposición en un orden social. Se puede leer aquí el problema, que es necesario diferenciar bien, entre la fundamentación a nivel

<sup>24</sup> Ibidem., pág. 52.

<sup>25</sup> Gustav Radbruch, “El relativismo...”, pág. 4.

interno, por ejemplo a instancia de un parlamento, de la acción puramente discursiva en torno a la adopción de normas, y la búsqueda de legitimación social posible de la norma adoptada como fruto de una decisión.

De esta manera, aun cuando se quiera “suponer que en los debates de fundamentación de las propuestas de las normas exclusivamente han sido expuestos argumentos clarísimos, el proyecto de ley no es elevado a la categoría de ley en virtud de estos argumentos clarísimos, sino a través de una votación en la que obtiene la mayoría de los votos”.<sup>26</sup> Así, obligatoria no es en este caso la discusión, sino el resultado de la votación. “No es la discusión la que fundamenta la obligatoriedad normativa, sino la votación que sigue a la discusión”.<sup>27</sup> Es claro que el autor acentúa el fenómeno de la decisión en este caso. Incluso, sobre la regla de la mayoría, advierte que su papel pone de manifiesto la inevitabilidad de un elemento estrictamente decisionista en el quehacer político. Para Lübbe, finalmente, no podría ser de otra manera el caso de Max Weber, en consideración a su lucha contra “el fanatismo anárquico-totalitario”.<sup>28</sup>

## 6. Radbruch: se tolera todo menos la intolerancia

Lo expuesto anteriormente, constituye también el punto de partida de las relaciones que Radbruch encuentra entre la democracia, el relativismo y la tolerancia. En relación con ésta, surge una conclusión arriesgada y polémica. Sigamos la secuencia argumentativa: una vez el autor ha establecido que si bien el positivismo es un acto de autoridad que pone fin a la interminable discusión valorativa, la seguridad jurídica que él ofrece sólo es posible a partir del reconocimiento fundamental de que la ley no sólo obliga al súbdito, sino al soberano. Por ello, si el relativismo reclama el positivismo, reclama necesariamente el estado de derecho. Al mismo tiempo, cuando el relativismo exige el Estado de derecho, “exige la división de poderes”.<sup>29</sup> Radbruch reconoce que la igualdad de los hombres sólo puede lograrse de manera aproximada: “Su realización ilimitada en un sentido de unanimidad, es imposible. La igualdad política conduce por ello en la democracia al sistema de la mayoría. El relativismo reclama un Estado democrático. La democracia por su parte presupone el relativismo”.<sup>30</sup>

<sup>26</sup> Hermann Lübbe, “Decisionismo...”, pág. 62.

<sup>27</sup> Ibidem, pág. 62.

<sup>28</sup> Ibidem, pág. 63.

<sup>29</sup> Gustav Radbruch, “El relativismo...”, pág. 6.

<sup>30</sup> Ibidem, pág. 7.

Así, “la democracia quiere confiar el poder a cualquier convicción que ha ganado la mayoría, sin tener que preguntarse por el contenido y el valor de esa convicción”.<sup>31</sup> Esto impone la condición de que todas las convicciones sean aceptadas con el mismo valor. Pero al mismo tiempo, surge con ello una enorme contradicción: ¿Qué pasa con aquella convicción que, dentro de la democracia, una vez en el poder, se considere la única? O, incluso, ¿qué pasa con aquella convicción que, elegida democráticamente, una vez en el poder, se erige como el mayor peligro precisamente para el régimen democrático? Allí Radbruch se dirige hacia los fundamentos mismos de la democracia: La democracia, como la sede del relativismo y del pluralismo, lejos de los absolutos, “puede hacer todo, menos renunciar definitivamente a sí misma. El relativismo puede tolerar todas las opiniones, menos la opinión que se considera a sí misma absoluta”.<sup>32</sup> Por ello, pese a permitir el juego libre de las opiniones, “cuando una opinión se estima absolutamente válida y, por ese motivo, se cree autorizada a tomar o conservar el poder sin consideración a la mayoría, es entonces necesario combatirla con sus propios medios, no sólo con las ideas y la discusión, sino con el poder del Estado. El *relativismo* es la tolerancia general; solamente no es tolerancia frente a la intolerancia”.<sup>33</sup>

## 7. Del positivismo al derecho supralegal justo: el problema de la arbitrariedad legal

Pero, ¿qué pasa con todo el esquema propuesto, cuando por circunstancias precisas, aparecen, vestidas con el ropaje jurídico, *normas* cuyo contenido es exactamente antidemocrático, antipluralista y, desde cualquier punto de vista, autoritario?

64

El mismo Radbruch, positivista profundo como se ha visto, se vio abocado a la necesidad de pensar en este problema: el nacionalsocialismo se edificó con base en leyes que contradicen cualquier sentido del derecho. Pero en esta consideración, haciéndose referencia a los mínimos que un orden jurídico debe tener para ser concebido válidamente como derecho, surge inmediatamente una especie de juicio de derecho natural: un juicio hipostasiado de fines y valores, aunque éstos sean los más loables. Por este hecho, es justamente tan interesante y se trata de una pieza maestra del pensamiento jurídico de Occidente el texto de Gustav Radbruch sobre “derecho supralegal justo vs.

---

<sup>31</sup> Ibidem.

<sup>32</sup> Ibidem, pág. 8.

<sup>33</sup> Ibidem.

derecho legal injusto”. En él, escrito después de la guerra, y después de la redacción del trabajo citado sobre relativismo, el filósofo se enfrenta consigo mismo, devastado moral y jurídicamente por la arbitrariedad nazi. El positivista inicia su reflexión: Mediante dos principios supo el nacionalsocialismo encadenar a sus adeptos, los soldados de una parte y los juristas de la otra; *orden es orden y ley es ley*”.<sup>34</sup>

Frente a esta conclusión, surge inmediatamente la siguiente pregunta: ¿cómo se puede criticar este postulado, si detrás de él se encuentra precisamente el fundamento pragmático y en función de la paz, de la célebre apuesta hobbesiana por reconocer la autoridad y no la verdad, como la fuente de la ley? El dilema es cierto, pero debemos recordar que cierto es también que cuando el Leviatán atenta contra su propio fundamento, el ciudadano puede romper el pacto, fruto de la voluntad y no de la razón.

Radbruch reconoce: “Legalidad antijurídica” es, igual que un “derecho supralegal”, una contradicción en sí misma”.<sup>35</sup> Claro: frente a la multiplicidad de concepciones valorativas sobre la justicia, el único estándar mínimo para aglutinar las personas en torno a la idea de justicia es la ley. Pero, ¿qué pasa con la ley arbitraria e injusta? ¿Qué pasa, como lo dice el mismo Radbruch, cuando se está ante un universo de leyes usadas como instrumentos de persecución política, con normas usadas para aniquilar enemigos, con normas con “contenido criminal?”. En este momento, se presenta un grave conflicto de la “justicia consigo misma”.<sup>36</sup>

Se abre aquí el debate en torno al derecho natural y su lucha por hallar unos mínimos, en función de la justicia, sin los cuales no es dable pensar en la existencia del derecho. Radbruch se enfrentó, en el momento de la redacción de su trabajo, a un hecho práctico ineludible: ¿Cómo administrar justicia en la zona de ocupación, luego de la guerra y de haber sido vencida Alemania? ¿Cuáles tendrían que ser los principios jurídicos que guiarían a los jueces en esa tarea de administrar justicia? Por lo pronto, un tribunal de Wiesbaden, después de la guerra —el texto de Radbruch es escrito en el 46— estableció que “las leyes que declaraban la caducidad de la propiedad de los judíos se encontraban en oposición al derecho natural y son nulas desde el momento mismo de su expedición”.<sup>37</sup> El punto de partida para la anulación de las leyes

<sup>34</sup> Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en: Gustav Radbruch, *Relativismo y Derecho*, Temis, Bogotá, pág. 25.

<sup>35</sup> *Ibidem*, pág. 25.

<sup>36</sup> *Ibidem*, pág. 35.

<sup>37</sup> *Ibidem*, pág. 26.

que sirvieron para saquear sistemáticamente la propiedad de un sector de la población —construido como enemigo— fue el derecho natural.

En relación con el derecho penal, Radbruch cita varios ejemplos. ¿Qué hacer con un juez que en el régimen nazi impuso la pena de muerte a un comerciante alemán, por haber escrito en una pared una alusión contra Hitler? El juez fue juzgado después de la guerra; su defensa: él habría actuado con base en el derecho que regía en ese entonces. El delito tipificado era el de alta traición. A juicio del juez, una inscripción en la pared en la cual se alertaba sobre el *Führer*, era constitutiva de la más alta traición.<sup>38</sup>

El juez hizo alusión también al miedo generalizado existente en aquella época, de tal manera que según su defensa, si no aplicaba la ley con severidad, él mismo sería víctima de la ley arbitraria. La discusión que se generó en los funcionarios que juzgaron al juez, se movió entre un rechazo —desde el derecho natural— a la actuación del juez, ahora juzgado, y el hecho de que aún en un contexto de arbitrariedad y de una legalidad vacía de contenido, el juez no pudo ser tan severo en la tipificación del delito de alta traición: él habría sobrepasado el ámbito de tipicidad de la norma penal. En todo caso, el juez fue condenado. Según la decisión, “ningún juez puede invocar la ley y dictar sentencia sirviéndose de una norma no sólo antijurídica, sino criminal. Nosotros apelamos a los derechos humanos, que están por encima de todas las disposiciones escritas; al derecho inmemorial irrevocable, al que las órdenes criminales de tiranos inhumanos niega validez”.<sup>39</sup>

Radbruch trabaja éste y otros ejemplos, y va construyendo su famosa fórmula, que de hecho fue aplicada después de la guerra y no sólo por los tribunales que juzgaron casos penales, sino por el tribunal constitucional, en casos como el de la anulación de normas de expropiación de propiedades a judíos. Problematizando la noción de seguridad jurídica, como única pretensión de la ley positiva; buscando en el derecho los valores de conveniencia y de justicia, a más de la seguridad jurídica, concluye Gustav Radbruch: “El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del derecho

<sup>38</sup> Con estos casos se explica por qué por ejemplo en los tratados de Roxin o de Jescheck se defiende el principio de legalidad con tanto ahínco; se explica por qué el punto de partida de esa defensa de la ley, previa al acto y condicionante de la pena, y de la exclusión, en el marco de la tipicidad, de meras inmorales o de tipos penales basados en propósitos político-instrumentales, sea el uso de ejemplos del régimen nazi. Ver: Claus Roxin, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 137 y ss. Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, Berlín, 1996, pág. 126 y ss.

<sup>39</sup> Sentencia citada por Radbruch, en “Arbitrariedad legal...”, pág. 32.

positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto e inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insoportable, que deba considerarse como ‘falso derecho’ y ceder el paso a la justicia”.<sup>40</sup> Así, frente al derecho legal injusto, se opondría un derecho supralegal justo.

Pero Radbruch sabe muy bien que es imposible trazar una línea nítida entre los casos de arbitrariedad legal y de las leyes válidas a pesar de su contenido incorrecto; no obstante, identificó otro límite: “cuando nunca se procuró la justicia, donde la igualdad, que integra el núcleo de la justicia, se negó conscientemente a la regulación del derecho positivo, allí la ley no es sólo ‘derecho incorrecto’, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho, pues no se puede definir el derecho, inclusive el derecho positivo, de otra manera que como un orden y estatuto, que de acuerdo con su sentido están determinados a servir a la justicia”.<sup>41</sup>

En muchos pasajes del texto de Radbruch se nota la tensión que él, como positivista, está sufriendo en función de un derecho supralegal basado en la justicia. El gran positivista gira en torno a argumentos que se vuelven circulares y su apelación al derecho natural —indirecta a través de citas de las sentencias— es tensa: sabe el uso arbitrario que eventualmente se puede hacer de fórmulas abiertas a la luz de propósitos inmutables de justicia y por eso reconoce que su fórmula debe tan sólo servir de recurso práctico para un momento histórico determinado.<sup>42</sup> Se trataba de enfrentar la “arbitrariedad legal” de doce años, de tal manera que se buscara “la realización de las exigencias de la justicia con el mínimo posible de sacrificio de la seguridad jurídica”.<sup>43</sup>

<sup>40</sup> Ibidem, pág. 35.

<sup>41</sup> Ibidem, págs. 35-36.

<sup>42</sup> Al respecto, debe señalarse que el Prof. Alessandro Baratta, en el año de 1959 redactó uno de los textos que durante décadas ha servido como guía en la discusión sobre el pensamiento de Radbruch en Alemania y en Europa: en éste, titulado “Relativismo y derecho natural en el pensamiento de Radbruch”, señala la importancia histórica del texto, el hecho de que el problema de los límites del positivismo sea un tema fundamental en la discusión jurídica, pero también se reseñan sus tensiones y fallas desde el punto de vista científico. Alessandro Baratta, “Relativismus und Naturrecht im Denken Gustav Radbruchs”, en: Baratta *Philosophie und Strafrecht*, Annales Universitatis Saraviensis, München, entre otras, 1985, pág. 1 y ss.

<sup>43</sup> Gustav Radbruch, “Arbitrariedad legal y derecho supralegal”, en: Gustav Radbruch, *Relativismo y Derecho*, Temis, Bogotá, pág. 38.

## 8. La fórmula de Radbruch en perspectiva histórica: hacia la positivización de mínimos en función de la justicia

En perspectiva histórica, el valor de la fórmula de Radbruch estriba en que ella se presentó como un instrumento o criterio para aplicar justicia en casos límites y en función de órdenes jurídicos en transición, con la complejidad adicional de que se trató de una transición ocasionada por la guerra. Al mismo tiempo, la fórmula ha servido como punto de partida para hallar en el derecho positivo esos mínimos de justicia como aquellos mínimos sin los cuales no es posible concebir válidamente la idea del derecho; para encontrar respuestas, en el ámbito de los derechos humanos positivizados, a demandas urgentes de justicia material. Las naciones de Occidente han ido evolucionando en función de la positivización de numerosos principios que sólo eran patrimonio del derecho natural. Las Constituciones son modelos de positivización de aquellos mínimos a los cuales se hace referencia.

Una lúcida concepción del sentido de la Constitución se encuentra formulada en Dieter Grimm: la Constitución Política resuelve en el tiempo dilemas filosóficos que, como la igualdad, la libertad, no tienen fin en el terreno de la discusión argumentativa.<sup>44</sup> Se agrega: la respuesta en el tiempo sólo es posible con la ley positiva. Ésta es de hecho una de las conclusiones de Niklas Luhmann cuando, frente a la función del derecho positivo como condición para la existencia del derecho moderno, establece que el derecho debe garantizar las expectativas en el tiempo, y ello sólo es posible a través de la positivización de los preceptos normativos. Incluso, frente al tema que nos ocupa en este aparte, sobre la posibilidad de una legalidad injusta, de arbitrariedad legal, podría decirse con Luhmann que la mera respuesta *de facto*, el uso desnudo del poder, así sea vestido de formalidades jurídicas, puede en ciertos momentos estabilizar socialmente expectativas, pero no lo logrará nunca en un tiempo considerable: faltaría aquella búsqueda permanente, que nos lleva a una especie de principio social de *confianza en el derecho*, de “economía política del consenso”, sin la cual de ninguna manera puede funcionar un orden jurídico de manera racional.<sup>45</sup>

Ahora bien, precisamente por el hecho de hallarse positivizados, ciertos principios tienen una función y una explicación jurídica, y no deben permitir hipóstasis de universos por fuera del derecho. También el derecho internacional ha ido evolucionando en este sentido, así desde luego este caso sea

---

<sup>44</sup> Dieter Grimm, *Die Zukunft der Verfassung*, Frankfurt, 1991, pág. 11 y ss.

<sup>45</sup> Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, pág. 31 y ss.

más complejo, pues en dicho orden normativo el valor de la costumbre, o el discurso general de las fuentes del derecho, se hacen más complejos. Hoy, las discusiones entre seguridad jurídica y justicia se resuelven o deben resolverse dentro del derecho. En el caso colombiano, por ejemplo, el salvamento de voto a la sentencia de la Corte Constitucional que en 1992 declaró inexecutable la posibilidad de la tutela contra sentencias, constituye un momento fundamental en el cual se evaluó esta tensión.<sup>46</sup> Este salvamento de voto, cuyas tesis luego pasaron en diversos frentes a ser mayoritarias, constituye uno de los puntos de partida más significativos del impulso en Colombia al denominado “nuevo constitucionalismo” como método de interpretación y de aplicación de la ley. Ésta se abre: ley es también la Carta Política y los instrumentos internacionales. La *materialidad* de la noción de justicia, sometida a los usos de la modulación de sentencias, a la lógica de la ponderación, etc., es una materialidad que se encuentra en el derecho positivo: ésta no se puede buscar en universos morales o, en todo caso, suprajurídicos.

### 9. De nuevo la fórmula de Radbruch: límites del derecho positivo en épocas de transición

Puede afirmarse entonces: la fórmula de Radbruch se ha cumplido en el tiempo, no como búsqueda de un derecho supralegal justo, sino como búsqueda de la justicia en el derecho legal. No obstante, los dilemas que surgen hoy frente a la globalización, a la internacionalización de la lucha contra el crimen —por ejemplo; los dilemas de la lucha contra el terrorismo internacional—, hacen que el proceso descrito viva de nuevo momentos de aguda tensión: la lucha por el principio de legalidad en derecho penal apenas comienza; y, en relación con el tema de reflexión de este escrito, el esfuerzo por hallarle espacio al pluralismo y al relativismo, en medio de culturas totalizantes, en el nivel internacional y en el nivel interno, se sitúa en primera línea de exigencia para los juristas.

En relación con la fórmula de Radbruch, un ejemplo reciente, posterior a los años de la segunda guerra, puede ser reseñado, en la medida en que él revive la tensión entre derecho natural (justicia) y derecho positivo. Como consecuencia del proceso de reunificación alemana, uno de los problemas que se le presentó a la nueva nación, era establecer cómo irían a ser juzgados quienes dispararon —y sobre todo quienes dieron las órdenes— contra las

---

<sup>46</sup> Salvamento de voto, firmado por Eduardo Cifuentes, Ciro Angarita y Alejandro Martínez, a la sentencia No. C-543 de octubre de 1992.

personas que durante la existencia del muro de Berlín pretendieron traspasarlo y reunirse con sus seres queridos.

Todos los penalistas importantes de Alemania y numerosos del resto de Europa, han participado de la discusión. Además de ellos, teóricos del derecho como Alexy o Dreier. Ha sido una discusión que ha ocupado la comunidad jurídica de ese país durante toda la década de los noventa, y aún hoy.

El primer problema que se presentó, frente a la reapertura de casos que ya habían sido juzgados en la antigua República de Alemania Oriental, fue el relacionado con el orden jurídico que se iría a aplicar: se decidió que se aplicaría el derecho de la República Federal. Una serie de sentencias iniciales fueron dictadas por jueces y tribunales entre el año 92 y el 94, particularmente en la ciudad de Berlín. Un hecho central surgió, una vez se aplicó la *Inlandlösung* —es decir, la solución interna: la aplicación del derecho vigente alemán— convirtiéndose en aspecto fundamental de toda la discusión: ¿Se aplicaron en las sentencias normas penales, concretamente aquellas que en la Alemania Federal regulan casos de justificación de la conducta delictiva, de manera retroactiva, o las sentencias se basaron en el estudio de las causales de justificación que en su momento eran reguladas por el derecho de la República oriental?

Las sentencias fueron diversas: algunos jueces simplemente establecieron que de acuerdo con el derecho en aquel momento vigente en la República Democrática, los sindicados, por el tipo de conductas y las circunstancias de las mismas, no podían haber sido amparados por causales de justificación. Se hizo un análisis “técnico” de las causales y, se concluyó que el derecho de la República Democrática había sido desconocido. Con base en este argumento, se les condenó. Fue un hecho similar a la interpretación que también se hizo de aquel juez en la época nazi, en el caso reseñado previamente, según la cual se arguyó que dicho juez, además de violar normas de derecho natural, hizo una interpretación extensiva y arbitraria del delito de traición a la patria.

Pero otros jueces revivieron la fórmula de Radbruch: se condenó con particular severidad a quienes dieron las órdenes, porque se consideró que en ningún Estado y bajo ningún tipo de orden jurídico era permisible que se le disparara cobardemente a seres indefensos. Los jueces no entraron a discutir las causales de justificación: el problema no era de análisis técnico-dogmático; el problema era simplemente que ningún orden jurídico con pretensión mínima de justicia podía aceptar esos comportamientos.

De todas maneras, en varias de las sentencias, se ofrecieron argumentos combinados, a partir de los cuales se adelantó una especie de aplicación retroactiva del código penal alemán, negando la existencia, en el derecho, de causales de justificación que en la República Democrática estaban consagradas en normas especiales que regulaban el tránsito en la frontera. Al mismo tiempo, se hizo referencia a la existencia de todo un ambiente de negación del derecho: la tensión entre arbitrariedad legal y supralegalidad justa entró de nuevo en escena. A partir de consideraciones sobre el derecho natural y a partir de consideraciones sobre la ilegitimidad de normas en contextos sociales completamente arbitrarios, los jueces aplicaron la fórmula de Radbruch para hallar responsables a los sindicatos.

Muchas de las decisiones, particularmente aquellas basadas en la fórmula de Radbruch, han sido criticadas. El punto de partida ha sido el hecho de que se hizo una indebida hipóstasis de un derecho natural y, que, además, de manera confusa, se hizo una aplicación retroactiva de la ley penal violando la prohibición constitucional expresa de retroactividad: si la decisión que se tomó desde el principio era la de aplicar el derecho de la República Federal, sus jueces eran los primeros obligados a respetar la Constitución Política. El mismo tribunal constitucional alemán participó del debate: evaluó acciones, similares a la acción de tutela (que en ese país procede contra sentencias judiciales) y aclaró que no se había violado el debido proceso. En su fundamentación, también hay alusiones a un derecho supralegal justo, además de hacer malabares jurídicos para aplicar el derecho penal alemán federal, sin desconocer el principio de irretroactividad de la norma penal.

## 10. La sanción penal y el fantasma de la *superioridad moral* de quien la impone

71

Lo importante para destacar en el caso particular del tema general del ensayo —el pluralismo valorativo— es lo siguiente: las tensiones que surgen de las sentencias, el ámbito combinado de argumentación en el cual se mezclan paradójicamente argumentos de carácter técnico —por ejemplo referidos a las causales de justificación— al lado de alusiones al derecho supralegal justo se deben, en gran medida, a la necesidad de crear una especie de precedente, de tal manera que acciones arbitrarias no se repitan en el futuro. Se nota en las sentencias una necesidad de alertar sobre la arbitrariedad; de reconstruir, en la medida de lo posible, pasados oscuros a través del uso del derecho penal.<sup>47</sup>

<sup>47</sup> Se trata de la famosa: “*Vergangenheitsbewältigung*”, es decir, de la posibilidad de “superar” o afrontar el *pasado* a través de la norma penal. Se trata de una discusión profunda en el caso alemán, país que ha vivido etapas históricas de negación del derecho. Es, además, un tema fundamental,

Ello es objeto desde luego de polémica, pero una cosa sí es fundamental: no se nota en las sentencias la apelación a una especie de *superioridad moral* por parte del Estado alemán sobre sus connacionales separados ayer por el destino y unidos hoy por la decisión política; no se nota en los jueces la arrogancia de vencedores y, menos aún, de vencedores desde el punto de vista moral. Ello permite, más allá de una discusión sobre el fin de la prevención general en la aplicación de la pena, rescatar el fenómeno de la pluralidad valorativa, aún en casos límite. De allí por qué el respeto de la prohibición de aplicación retroactiva de la ley penal no tiene, en estos casos, como debe serlo hoy en todos los casos de la construcción de tribunales *ad hoc* por ejemplo, una justificación meramente dogmática o simbólica. Se trata de algo fundamental: la ley que se aplica y cómo se aplica, está íntimamente relacionada, en un mundo de sanciones basadas en un concepto de *humanidad*, con circunstancias de pluralismo valorativo. La vieja alusión de Radbruch al criticismo kantiano adquiere con ello un sentido renovado.

## 11. El derecho penal y el pluralismo valorativo: nuevos escenarios para una vieja disputa

72 En los más diversos ámbitos —en el caso de la igualdad, por ejemplo— se expresa con énfasis el tema que nos ocupa. No obstante, como se anotó en la presentación, no es objetivo de este trabajo adentrarse en el estudio del reconocimiento constitucional de diversas culturas, por ejemplo. Se adelantan, más bien, alusiones al derecho penal: en éste se vive de manera muy notable el problema del pluralismo valorativo; en él tiene gran sentido la pragmática de paz contenida en la frase célebre de Hobbes sobre el origen de la norma. Como lo sintetiza Ferrajoli y con el propósito de recoger lo dicho hasta ahora y situarlo en el contexto del derecho penal: “El sentido y alcance garantista del convencionalismo penal reside precisamente en esta concepción al mismo tiempo nominalista y empirista de la desviación punible, que remite a las acciones taxativamente denotadas por la ley, excluyendo de ella cualquier configuración ontológica o, en todo caso, extralegal. *Auctoritas, non veritas facit legem* es la máxima que expresa este fundamento convencionalista del derecho penal moderno y a la vez el principio constitutivo del derecho penal moderno: no es la verdad, la justicia, la moral ni la naturaleza, sino sólo lo que con autoridad dice la ley lo que confiere a un fenómeno relevancia penal”.<sup>48</sup>

---

también para el caso colombiano, frente a la constitución de tribunales penales y de aplicación general de la ley penal, como recurso de castigo posterior a quienes se han movido en períodos de cruel negación de derecho y de grandes conflictos generalizados.

<sup>48</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Barcelona, 1995, pág. 35.

Günther Jakobs, penalista sumamente polémico, acusado de disolver logros tradicionales del derecho penal y de convertir principios caros al mismo en instrumentos funcionales al servicio de coyunturas o de tendencias y modas, también participó en las discusiones en torno a la aplicación de la ley en los casos del muro de Berlín. Ha sido crítico de aplicaciones fundadas en la fórmula de Radbruch, y del peligro de aplicación retroactiva de la ley penal. Pero no lo ha sido invocando la prohibición de retroactividad como principio rector del derecho penal.

Como se sabe, Jakobs ha tratado de interpretar las categorías dogmáticas del derecho penal con base en la teoría de sistemas de Luhmann. Ello le ha hecho posible adelantar análisis pragmáticos, basados más en la sociología que en el derecho; o, mejor, basados en una concepción no estrictamente normativa de la ley. Por ejemplo: Jakobs rechaza la aplicación retroactiva de la ley penal y, en general—lo cual es interesante para el caso colombiano— las posibilidades de reconstruir el pasado mediante el derecho penal, basado en su particular concepción de la norma. Si la ley es una respuesta contrafáctica, cuya finalidad es la de estabilizar la estructura social que ha sido violentada con la acción contraria al derecho, entonces no se puede aplicar de manera retroactiva, porque la reacción contrafáctica ya no encuentra ninguna estructura para afirmar; la respuesta se da sobre el vacío: no hay estructura social que afirmar, porque simplemente no hay estructura social alguna.<sup>49</sup>

## 12. ¿Integración social o hegemonización cultural a través de la sanción penal?

Jakobs es hoy fuente de arduas polémicas a partir de su intervención en un Congreso muy importante celebrado en Berlín en octubre de 1999, y en el cual se discutió con profesores invitados de todo el mundo, sobre los dilemas surgidos para la ciencia del derecho penal en el cambio de siglo. En su ponencia Jakobs, que ha sido crítico de un derecho penal edificado como instrumento de persecución de enemigos, parece que hoy, después de su texto de 1985, en el cual expuso los fundamentos de su crítica, retrocede y pasa a dar una especie de aval a este modelo de derecho penal bélico.<sup>50</sup>

<sup>49</sup> Se cita aquí la concepción, de Luhmann, aplicada por Jakobs, de la norma como respuesta contrafáctica: Niklas Luhmann, *Rechtssoziologie*, Opladen, pág. 43. De diversos trabajos de Jakobs sobre el tema, se destaca aquí: "Untaten des Staates – Unrecht im Staat". *Strafe für die Tötungen an der Grenze der ehemaligen DDR ?*, en: GA, Heidelberg, 1994, pág. 1 y ss.

<sup>50</sup> En un trabajo presentado al congreso de profesores alemanes en 1985, Jakobs asume la crítica de un derecho penal que criminaliza de manera arbitraria el "estadio previo" a la ejecución de

Uno de los aspectos más complejos de la posición de Jakobs es el relacionado con su alusión al multiculturalismo, en el contexto de sociedades que son “conscientes del riesgo”, y que parecen hoy abocadas a la incorporación progresiva de un derecho penal alejado totalmente del liberalismo clásico: a un derecho penal bélico. Jakobs, a diferencia de trabajos anteriores, hace en éste relación específica a la guerra: “El derecho penal de enemigo es, por tanto, una guerra cuyo carácter limitado o total depende de cuánto se tema al enemigo”.<sup>51</sup>

Para comprender el debate y la posición de Jakobs, hay que entender su punto de partida: para el autor, la función de la pena, en tanto afirmación contrafáctica de la estructura social, reside en la búsqueda de la integración social y cultural. Para él, la función del derecho no radica tanto en la protección de bienes jurídicos, como en la afirmación del valor de la norma; se trata más de afirmar el orden jurídico, que de proteger dichos bienes. Éste fue el punto de partida del texto escrito en el 85, para asumir una posición crítica del derecho penal bélico; hoy, no obstante, este punto de partida —la crítica al derecho como sistema de protección de bienes jurídicos— sirve más como afirmación de ciertos fines del derecho, funcionalizados al momento de leerse ellos en clave político-criminal. De allí el peligro en el cambio de postura del actor, y el peligro que yace en general en una funcionalización del derecho penal respecto del fin de la prevención-integración.<sup>52</sup>

la conducta. Su punto de partida es la crítica al derecho penal considerado sobre todo como la protección a toda costa de bienes jurídicos, de tal manera que quien atenta contra ellos, se convierte en un enemigo y se le puede juzgar sin medida: contra el enemigo todo vale, ya no es juzgado como ciudadano, sino como enemigo sin derechos. (La versión en español del texto de Jakobs, “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico”, se encuentra en el libro *Fundamentos del derecho penal*, que contiene una colección de trabajos suyos. Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 1996, pág. 179 y ss.). No obstante, en 1999 el autor parece dar un viraje, y parece no asumir más una postura crítica frente a un derecho penal de enemigo. En todo caso parece rendirse, aunque esta postura no es por ella misma criticable, ante la fatalidad de la consolidación hoy de este modelo de derecho penal autoritario. Por esta razón, Jakobs es hoy duramente criticado y se encuentra en el centro de la polémica sobre estos temas en Alemania y en otros países europeos. Tanto la ponencia de Jakobs, como algunas críticas a él, especialmente la de Albin Eser, se encuentran publicadas en el texto: “Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (editores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000.

<sup>51</sup> Günther Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart”, en: “Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (editores), *Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, München, 2000, pág. 53.

<sup>52</sup> Un texto fundamental aún hoy, escrito a mediados de los 80s, del cual Jakobs reconoce que se trata de una de las críticas más lúcidas que se han hecho a su teoría, es el del Prof. Alessandro Baratta: “Integración-Prevención: una ‘nueva’ fundamentación de la pena dentro de la teoría sistémica”. En: *Doctrina Penal*, No. 29., Año 8, enero-marzo de 1988, Buenos Aires, pág. 3 y ss.

En la medida en que se logre la afirmación del derecho, en tanto se consiga la afirmación de las normas jurídicas, se logra la cohesión social. Para ello es necesario, y Jakobs se apoya aquí en la noción de comunicación de Luhmann, que el individuo se socialice y se convierta en *persona* para el mundo del derecho: el autor cree en esas posibilidades desarrolladas desde el aparato estatal.<sup>53</sup> Jakobs insiste, una y otra vez, en la noción de Persona: el derecho penal bélico se aplicaría sobre quienes no son *personas*, sobre quienes no se han socializado en función de la “confirmación de la identidad social”; en quienes pertenecen a “entornos sociales no deseables”.<sup>54</sup>

Jakobs se refiere de manera reiterada a sujetos que circulan dentro de ese “ambiente perturbador”, dentro de ese “entorno” problemático. Son sujetos que no brindan “certezas cognitivas”, es decir, que no brindan certeza sobre un comportamiento conforme al derecho y, que, por esa misma razón, no brindan seguridad de haber sido socializados en función de los fines de integración social del derecho. Un derecho penal bélico es, en consecuencia, aquél que buscaría a toda costa el “restablecimiento de unas condiciones del entorno aceptables, por medio de la neutralización de aquellos que no ofrecen una garantía mínima cognitiva”.<sup>55</sup> Leyendo esta conclusión en clave garantista y a favor de Jakobs, se puede decir que el autor reconoce que hay sociedades, como es el caso de la colombiana, a la cual él se ha referido expresamente, cuyo grado de fragmentación es tan grande, que de hecho no es posible la socialización de muchos de sus individuos. Así, no sería posible exigirles, al momento del castigo, una “certeza cognitiva” en tanto personas: simplemente no son personas, en un sentido jurídico; no son sujetos de imputación.<sup>56</sup>

<sup>53</sup> Muy desarrollada se encuentra esta idea en su ponencia al congreso de profesores alemanes celebrado en Rostock en 1995. El título es dicente: “El derecho penal entre el funcionalismo y los principios del antiguo pensamiento europeo”, publicado originalmente en: ZStW 107 (1995), cuaderno 4, pág. 842 y ss.

<sup>54</sup> Günther Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft...” pág. 50. En un texto reciente, escrito en el 2002, y traído por Jakobs en marzo, en el marco de su visita a Colombia, el autor profundiza en su vieja tesis de la noción de *persona* como portadora de un *rol* en función de la fidelidad al derecho. Es un texto muy claro en el cual se observa el tránsito hacia la función de la sanción penal como afirmación del orden jurídico: se trata de otra forma de decir, “fidelidad al derecho”. Günther Jakobs, “Was schützt das Strafrecht: Rechtsgüter oder Normgeltung?”. (Qué protege el derecho: ¿bienes jurídicos o la validez de la norma?), Bonn, 2002.

<sup>55</sup> Günther Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft...” pág. 53.

<sup>56</sup> Un análisis detallado de las posturas de Jakobs, un estudio de su posición basada en Niklas Luhmann, la reconstrucción de las tensiones en su pensamiento y alusiones concretas al caso colombiano, se encuentran expuestos en la tesis doctoral escrita por el autor del presente texto, y cuya versión en español se encuentra en elaboración.

### 13. Axiologización de la sanción penal: ¿Hacia un fundamentalismo penal basado en la exclusión?

Pero esa noción de integración social, en un mundo lleno de especificidades culturales e incluso en sociedades como las europeas, enfrentadas hoy a individuos que viven en su seno y que abogan por el respeto a esa especificidad cultural, es muy problemática. El mismo Jakobs reconoce que un derecho penal de enemigo es un derecho penal basado en la exclusión. Esta postura que, como se ha dicho, no se sabe si es afirmación de una fatalidad —el mundo de hoy se dirigiría inexorablemente a ese tipo de derecho— o crítica de tendencias que hay que mesurar, se hace más confusa y polémica cuando el autor afirma lo siguiente: una sociedad que ha “perdido el respaldo tanto de una religión conforme al Estado o de la familia, y en la cual la nacionalidad es considerada como una característica incidental, le conceden al individuo un gran número de posibilidades de construir su identidad al margen del derecho o, al menos, más de lo que podría ofrecer una sociedad con vínculos más fuertes”.<sup>57</sup> Enseguida, agrega a esta concepción ya en sí supremamente conflictiva, lo siguiente: “A esto se añade el poder detonante de la llamada pluralidad cultural”.<sup>58</sup> En un tono oscuro y difícil, como en muchos de sus trabajos, Jakobs agrega entonces: “Un completo absurdo: o las diferentes culturas son meros añadidos a una comunidad jurídica base, y entonces se trata de multiflore de *una* cultura; o bien —y esa es la variante peligrosa— las diferencias forjan la identidad de sus miembros, pero entonces la base jurídica común queda degradada a mero instrumento para poder vivir los unos *junto* a los otros y, como cualquier otro instrumento, es abandonado cuando ya no se necesita más”.<sup>59</sup>

76 Así, de manera peligrosa, se puede llegar a la tendencia radical de construir un fundamentalismo penal que busque a toda costa la integración cultural y social, basado en el desconocimiento de la pluralidad cultural, y considerando dicha pluralidad como mecanismo de desintegración o, en todo caso, como expresión de un “entorno perturbador”. Sería, además, un fundamentalismo basado en el uso de la norma, así el mismo Jakobs acepte que el derecho penal de enemigo no se comprende aún todavía y que es necesario construir fórmulas de interpretación del mismo. La ley, contraria a la apuesta y al escepticismo valorativo de Radbruch, afincado en la más estricta tradición liberal, sirve de esta manera como mecanismo de homogeneización cultural por la vía de la sanción penal; se trata del viejo problema de la función pedagógica del derecho

---

<sup>57</sup> Günter Jakobs, “Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft...pág. 52.

<sup>58</sup> Ibidem, pág. 52.

<sup>59</sup> Ibidem.

penal, afincada en peligrosas combinaciones entre moral y derecho. La ley serviría para un fin totalmente contrario al del pluralismo y al relativismo: al contrario, serviría más para afirmar, sobre la base de la exclusión, sociedades sin sujetos “perturbadores”. Ello, además, a partir de una especie de nostalgia por épocas anteriores a la secularización: épocas de convicciones apoyadas como verdades inamovibles.

Se viven hoy tiempos de paradojas: frente a los fundamentalismos de toda índole, el derecho experimenta un reforzamiento y un endurecimiento. Pero ello puede propiciar el enfrentamiento de dos universos barbarizados: al fundamentalismo criminal, se enfrentaría el fundamentalismo del derecho. Vale por eso la pregunta de Klaus Günther, frente a la germinación hoy de un tipo de “rearmamentismo ético”: *¿“Sería un —sit venia verbo— fundamentalismo de derechos humanos la reacción correcta frente a fundamentalismos basados en la masiva violación de derechos humanos?”*.<sup>60</sup>

Para que no se trate simplemente, desde el punto de vista de la respuesta del derecho, de un fundamentalismo basado por ejemplo en los derechos humanos o asentado sobre el sistema penal —en su versión nacional o internacional—, se busca la positivización de la respuesta a los múltiples desafíos que se enfrentan hoy. Ésta sería una primera garantía, por lo menos basada en una especie de decisión más sofisticada que la pensada por Hobbes, a partir de la cual de todas maneras se garantiza un nivel de decisión pragmática y, por la misma razón, una diferencia entre validez y verdad. De allí la respuesta del autor citado: “Si bien los derechos humanos tienen una génesis moral, ellos deben, no obstante, entrar en escena como derechos subjetivos positivizados, de tal manera que ellos puedan ser aplicados como derecho válido y puedan ser exigidos incluso mediante medios coactivos previa y formalmente establecidos”.<sup>61</sup>

77

#### 14. El futuro: ¿De nuevo el recurso dramático a la justicia de un derecho supralegal?

Pero la positivización, tal como aparece en la reflexión que se ha hecho a propósito de Jakobs, es apenas un paso: no garantiza que detrás de las normas jurídicas no surjan verdades y convicciones establecidas como únicas y excluyentes. El problema es más complejo, y si la función del derecho, y

<sup>60</sup> Klaus Günther, “Kampf gegen das Böse? Zehn Thesen über die ethische Aufrüstung der Kriminalpolitik”, (¿Lucha contra el mal? 10 tesis sobre el rearmamentismo ético de la política criminal), en: *Kritische Justiz*, 27, año 1994, pág. 142.

<sup>61</sup> Ibidem, pág. 143.

no sólo del derecho penal, es por ejemplo defendida como búsqueda de la integración social, de la neutralización de individuos que viven en “entornos problemáticos”; si ésta se basa en convicciones y verdades absolutas, incluso la positivización del derecho no podría constituir un límite a la imposición de verdades, sino al contrario: se convierte en una garantía para la imposición a la fuerza de dichas verdades: sería, como peligrosamente parece serlo hoy, un mecanismo de exclusión en todas sus formas. En este caso, el positivismo no sería, como lo pensó en su momento Radbruch, una condición para la existencia de múltiples opciones valorativas. No sería condición del pluralismo ni del relativismo liberal. Así, estaríamos, con nuevos contornos y sofisticaciones, ante el viejo dilema anunciado con drama por Radbruch, el positivista: ¿un derecho legal injusto o un derecho supralegal justo?