

# NUEVAS CONCEPCIONES DE LA CIENCIA Y EL DERECHO PENAL

Carlos Octavio Granda Aralos

## 1. INTRODUCCION

En los albores del siglo XXI aún se escuchan voces que cuestionan la calidad de ciencia a los saberes que no son empíricamente contruidos. Al respecto y desde dentro del ambito del derecho penal le niegan al mismo la condición de ciencia. Al respecto se sostiene: "Sabemos que el Derecho Penal opera sobre determinados consensos que definen su material de trabajo, las leyes, y que no buscamos la VERDAD, objeto de toda ciencia. Además sus proposiciones no son verificables; ni siquiera falsables. Además si consideramos ciencia a las disciplinas como la biología, etc., no podemos designar de la misma manera a algo tan diferente como el Derecho". Esto es lo que en mas o en menos se sostenía por el Profesor Santiago Mir Puig, catedrático español y uno de los referentes más destacados de la dogmática penal española, en la ciudad de Tucumán en el marco del seminario de Derecho Penal dictado con fecha 27/10/00. En lo que sigue intentaremos verificar si podemos, en base a las aportaciones de la filosofía de la ciencia, discrepar con posibilidad de éxito con dichas premisas. Y en caso de ser factible dicho cometido, la admisibilidad y los límites de las modernas concepciones que dentro del Derecho Penal se han abierto paso; a partir de los referidos parámetros.

## 2. EL NUEVO CONCEPTO DE CIENCIA

Es la denominada corriente anglosajona la que ha dominado la filosofía de la ciencia en el siglo XX. Las corrientes han sido agrupadas en tres grandes grupos (Schuster: *Teoría y método de la ciencia política en el contexto de la filosofía de la ciencia posempirista*, UBA, Proyecto de investigación UBACyT C.E.), a saber: a) El Empirismo Lógico, dentro del cual encontramos los trabajos del Circulo de Viena, el Circulo de Berlín y la escuela de Oxford.; b) El racionalismo crítico o falsacionismo, iniciado por Popper y sus discípulos; y c) El Posempirismo, período iniciado por Thomas Khun. Este último período significa un quiebre con las anteriores etapas pues en él se ponen en crisis las premisas sostenidas en aquéllas. Ambas posturas contradichas coinciden en prolongar el ideal de una ciencia empírica y verificable, desconectada de toda circunstancia histórica, social o económica. Las premisas fundamentales de las mismas sobre el conocimiento científico y su producción consisten en: 1-Una idea de ciencia como un conjunto de enunciados de distintos niveles de generalidad y abstracción, testeables empíricamente y organizados en las teorías científicas. 2- La confianza en la capacidad de la lógica para explicar y comprender los procesos científicos y su legitimidad a través de la reconstrucción del método científico. 3- La creencia en el progreso científico y en la racionalidad de los procesos de cambio teórico. 4- La idea de que solo una de las teorías existentes sobre el mismo objeto puede ser sostenida legítimamente. 5- La confianza en la experiencia como *ultima ratio* objetiva de la verdad

científica. 6- La creencia de que la ciencia es la única forma legítima de conocimiento humano. Pero en el horizonte o en los confines de estas teorías y antes de la obra de Khun que generalmente se sostiene como la ruptura de los conceptos tradicionales, ya se vislumbraba un problema central: ¿cómo distinguir los auténticos enunciados científicos de los que no los son? Esto lleva directamente al problema del método científico, que proporcionara los criterios que permitan distinguir aceptabilidad de inaceptabilidad científica. Lo que se manifiesta imprescindible en virtud de la necesidad de la verificabilidad de los enunciados en el sentido de la confirmación (Empirismo Lógico) o de la posibilidad de su falsación (Popper). Al respecto como bien se señala en el trabajo citado *supra* la ciencia oscilaba pendularmente entre la pura especulación filosófica y el hiperfactualismo, consistiendo el desafío en construir la denominada teoría empírica, conceptualizada como “un conjunto de construcciones conceptuales de un nivel de generalidad y abstracción medianamente alto para arriba, pero con un campo empírico de aplicación que permita el control, la comparación y el testeo de un cierto nivel”. Así el empirismo construyó su concepto de teoría que permitiría trabajar en las ciencias sociales con los datos empíricos recogidos. Esta sería un conjunto de construcciones de lenguaje que pueden ser verdaderos o falsos a través de su puesta a prueba por el control empírico. Según Klimovsky (*Las desventuras del conocimiento científico*, AZ, Buenos Aires, 1996) existen diversos niveles de enunciados, un primer nivel de descripción singular de contenido empírico, un segundo nivel también empírico pero de cierto grado de generalidad y un tercer nivel totalmente teórico. Es decir que la versión clásica de la teoría científica así construida necesita de un conjunto de enunciados teóricos como núcleo. Esto determina la consecuencia de que los términos usados en estos no tienen “correlato empírico observacional” lo que deriva en la dificultad del control de dichos enunciados, problema que ha sido abordado con escaso éxito. Sumando todos los elementos deducimos sin dificultad que todos ellos deben ser puestos a prueba en términos de falsedad, por lo menos, y en forma independiente los unos de los otros, pudiéndose así por la derivación *supra* descrita llegarse al corazón mismo de la teoría, la que por estar constituida por un enunciado teórico es no verificable. Lo dicho debe ser apreciado a través de la aportación de Khun, en el sentido de que solo puede ponerse en cuestión toda una teoría y no una parte de ella, y que deriva de la concepción de estructuras enunciativas dado que la teoría es una unidad de sentido. De aceptarse estos razonamientos la consecuencia sería que encontramos cuestionada fundamentalmente la visión únicamente empírica de las ciencias y deberemos admitir indefectiblemente la visión teórica. Tanta relevancia se le ha dado a la teoría en el rol de las ciencias sociales que éstas serían la clave para encontrar lo que se ha denominado “matrices de interpretación”, función fundamental de las ciencias sociales verdaderas “tecnologías de la interpretación” (Schuster: *Política y subjetividad*, Agora, Bs. As., 1996). Esto es considerado relevante a fin de la necesaria selección de los datos para construir el conocimiento científico. Al respecto el posempirismo amplía el espectro a fin de juzgar a la teoría, pues a la par de referirse a ésta también se interesa por los procesos científicos que las han elaborado y discutido, idea central a partir de la obra de Khun (*La estructura de las revoluciones científicas*). Es clave el reconocimiento de Popper acerca de la carga teórica de los enunciados descartando la posibilidad de la existencia de pura descripción del mundo. Este afirma que no sabe por qué determinadas observaciones dan lugar a acuerdos unánimes de los científicos, pero que estos acuerdos existen a partir del *factum*, de que los científicos se ponen de acuerdo más fácilmente a partir de determinadas condiciones dadas por observaciones empíricas, es decir a partir de la experiencia. El posempirismo si bien no es antiempirista, “entiende que el peso de dichos acuerdos es mayor y para entenderlos hará falta el estudio de un conjunto de reglas lingüísticas, procedimientos de acuerdo, formas de organización de la comunidad” (textual de Schuster, *Teoría y método de la...*, cit. *supra*) es decir que la imposición por parte del mundo exterior no es tal. A esto, es decir a la idea de que no se puede agotar el cometido de la ciencia en la estructuración de enunciados impuestos por la experiencia se suma el problema de la atribución del lenguaje a lo real pues es indiscutida ya la tarea de mediación del lenguaje. Para poder sostener una teoría será necesario que ésta brinde posibilidades de interpretación y discusión. Y no será posible entonces la confrontación de dos teorías en una experiencia determinada si éstas no comparten un modo de

interpretación común. Como se señala en el estudio de Schuster citado (*Teoría y método de la...*), podemos caracterizar al posempirismo, más que como una teoría como un escenario a través de las siguientes ideas rectoras: una concepción amplia de la ciencia, una idea subdeterminista de la relación con los datos y una teoría de la interpretación. Esto nos adentraría en la cuestión de la ciencia de la interpretación, la hermenéutica. Al respecto Giddens ha dicho que en las ciencias sociales, a diferencia de las naturales, los individuos o sujetos sociales tienen interpretaciones de sí mismos, a diferencia de los átomos que carecen de esta particularidad. Dicha interpretación hará necesaria una doble hermenéutica pues si toda ciencia exige una dimensión de interpretación en forma de teoría a fin de poder asignar matrices de lenguaje a los datos empíricos, las ciencias sociales interpretan una realidad ya interpretada por los sujetos que la producen y reproducen. Esto hará necesario una teoría de la interpretación y a su vez una teoría de la interpretación de la investigación. Esto lo encontramos en el centro del problema del conocimiento científico pues los objetos, en este caso los hombres están interesados sobre lo que las teorías dicen sobre ellos pudiendo actuar y modificar las condiciones que han informado al conocimiento de la teoría y hacer fracasar, si hubiera, una predicción. Es de importancia resaltar el último aspecto que en el trabajo citado se resalta del posempirismo. Al respecto es Khun (*Estructura de las revoluciones científicas*) el que detalla que el acuerdo científico es posible en base a una serie de acuerdos filosóficos y metodológicos que están en la base de las teorías científicas y se refieren a “lo que estamos dispuestos a aceptar en el mundo, limite dado no solo en términos empíricos sino por lo que muchos autores llaman una cosmovisión como por ejemplo Alford y Friendland en “Los poderes de la teoría” (textual de Schuster, *Teoría y método...*, ob. cit.). La importancia está dada por nuestra convicción de la existencia de estos acuerdos en la órbita del Derecho, a los que nos referiremos *infra*. El referido argumento hace pensar que hasta en el conocimiento físico “hay una ontología, una cosmovisión que impide, no solo la posibilidad de ver o no ver, sino impide la posibilidad de pensar la existencia de determinadas entidades en ese campo, e incluso impide la posibilidad de aceptar como métodos los procedimientos que no son intersubjetivamente válidos” y “que para que aparezcan nuevas entidades tiene que haber un cambio en el cuerpo teórico que cambie la cosmovisión” (textual Schuster, *Teoría y método...* ob. cit.). Alexander, en *La centralidad de los clásicos* (“La Teoría Social, hoy”, Giddens y otros, Alianza, México) nos brinda la clave para entender las diferencias que desde el centro de las ciencias sociales y naturales nos permite aceptar que las mismas comparten la categoría de ciencia cuando dice: “La actividad científica se aplica a lo que quienes se dedican a la ciencia consideran científicamente problemático. Como en la modernidad suele existir un acuerdo entre los científicos naturales sobre los problemas generales propios de su gremio, su atención explícita se ha centrado en cuestiones de tipo empírico. Esto es, por supuesto lo que le permite a la ciencia normal, en palabras de Khun, dedicarse a la resolución de rompecabezas y a solucionar problemas específicos”. Utilizando la ciencia normal como referencia para caracterizar la ciencia natural como tal, también Habermas ha señalado que el consenso es aquello que diferencia la actividad “científica” de la “no científica”. Habermas a su vez nos esclarece aún más el concepto: “Denominamos científica a una información si y solo si puede obtenerse consenso espontáneo y permanente respecto a su validez.... El verdadero logro de la ciencia moderna no consiste fundamentalmente, en la producción de verdad, es decir, de proposiciones correctas y convincentes acerca de lo que llamamos realidad. La ciencia moderna se distingue de las categorías tradicionales de conocimiento por un método para llegar a un consenso espontáneo y permanente acerca de nuestros puntos de vista”. Y completamos lo siguiente con dos párrafos del trabajo de Alexander citado: “Sólo si existe desacuerdo acerca de los supuestos de fondo de una ciencia se discutirán de forma explícita estas cuestiones no empíricas. Khun llama a esto crisis del paradigma, y afirma que es en tales crisis cuando se recurre a la filosofía y al debate de fundamentos”, y... “En la ciencia natural no hay clásicos porque la atención se centra en sus dimensiones empíricas. Las dimensiones no empíricas están enmascaradas.... Lo que yo sostengo es que la ciencia natural no es menos apriorística que la ciencia social. Una postura no apriorística, puramente empírica, no explica la “ausencia de clásicos” en la ciencia natural. La explicación hay que buscarla en la forma que adquiere la fusión de conoci-

miento apriorístico y contingente. Así en vez de clásicos, la ciencia natural tiene lo que Khun (ob. cit.) llamaba modelos ejemplares. Con este termino Khun se refiere a ejemplos concretos de trabajo empírico exitoso: ejemplos de la capacidad para resolver problemas que define los campos paradigmáticos, incorporando compromisos metafísicos y no empíricos de varios tipos”...Estos son interiorizados por razón de su posición de privilegio en el proceso de socialización más que en virtud de su validez científica. Los procesos de aprendizaje son idénticos en la ciencia social; la diferencia estriba en que los científicos sociales interiorizan clásicos además de modelos ejemplares”. No podemos cerrar el presente racconto sin aludir al realismo, cuestión que según el trabajo citado (Schuster, *Teoría y método de la ciencia política*) tiene hasta un componente ético pues, cabe preguntarse si distintas teorías pueden hablar adecuadamente del mundo es el mismo mundo? Es decir que cuando nos ponemos de acuerdo en maneras de nombrar asumimos una posición idealista según la cual estamos construyendo el mundo, o si hay algo que podamos llamar el mundo que tiene sustantividad. Bien señala el autor que muchos de los expositores están tratando de ver cómo se puede compatibilizar una aceptación del escenario posempirista con una recuperación del realismo, en cuanto posición que si bien no podemos reflejar el mundo tal cual es y siempre lo interpretamos de manera distinta, en esa interpretación no estamos inventando el mundo sino que en realidad hay algo sustantivo que existe, que tiene entidad propia y de lo cual se trata de hablar. Hasta aquí la ineludible referencia del mundo de la filosofía de la ciencia actual para tratar de contestar las afirmaciones que nos preocupan.

3-Siguiendo con nuestro objetivo cabe preguntar: El derecho, y en particular el derecho penal es una ciencia? Para responder esto debemos apelar, primero, a un concepto lo más general y aceptado del mismo por la ciencia jurídica. Podemos decir que es “una rama del derecho general constituida por un conjunto de reglas o normas que tiene por objeto regular las relaciones sociales de un pueblo determinado en un tiempo dado”. Dicho concepto satisfará tanto a los dogmáticas, en tanto tiene presencia lo normativo; como a los criminólogos pues se atiende a su función de control social organizado. La moderna concepción del saber científico pone el acento en la presencia una determinada capacidad del conjunto o de la estructura de los enunciados de la ciencia para resolver los problemas que a partir del consenso espontaneo y permanente se han declarado de interés de la ciencia respectiva (Alexander, Habermas, ob. cit.), dentro de una cosmovisión (Alford, Frieland, ob. cit.) o paradigma (Khun, ob. cit.). Al respecto no es pasible de discusión la resignada aceptación desde todos los ámbitos de la dogmática jurídico penal de la imposibilidad de regular la vida social sin un sistema de control punitivo organizado que evite la violencia informal que resultaría de la inexistencia del monopolio estatal de la formulación de reglas y su aplicación. Es decir que la sociedad moderna y compleja sin dicha forma de control se atomizaría en innumerables actos de ejercicio de violencia informal, llevando la peor parte de ello, casi con seguridad, los excluidos sociales a quienes paradójicamente dicen tener en mente los abolicionistas. Esta función asumida por nuestro Derecho Penal, a pesar de sus falencias, no solo le daría su objeto sino que le aseguraría, ante la inexistencia de otras formas que lo puedan suplantar la estatura requerida para su admisión como conocimiento científico. Dada la presencia de la función, que se acepta como primordial en el saber científico moderno, es necesario indagar cuáles son los paradigmas o la cosmovisión en los que dicha función se mueve a fin de elucidar si nuestro saber cuenta con todos los elementos necesarios para satisfacer el enfoque de ciencia aceptado y si la misma tiene limites. Es inevitable la referencia histórica al nacimiento del Derecho Penal Moderno. El mismo es obra directa del Constitucionalismo imperante a partir de la Ilustración. Este se caracterizó por ser una permanente búsqueda de limites a la potestad del Estado de sancionar leyes y hacerlas cumplir a través de sus órganos específicos orientada por un acercamiento al Derecho Natural. El pasado siglo ha sido en este aspecto determinante, se ha dado en nuestra disciplina la “positivización del Derecho Natural” al decir de algunos autores, y según nosotros (a fin de salvaguardar los logros de la misma de las discusiones interdisciplinarias e intradisciplinarias sobre la existencia o no del Derecho Natural, “la positivización” del paradigma a través de los pactos internacionales de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica, Convención Derechos Civiles y Políticos de Nueva York). Estos instrumentos de carácter supranacional cristalizan un ideal

del hombre con derechos inalienables e inviolables por su sola condición de tal y que lo constituyen en el punto de partida y límite infranqueable de toda concepción que se tenga del Estado y de sus poderes y funciones, incluido de hecho y fundamentalmente, el del control social encarnado por el Derecho Penal. A su vez y en relación a la revalorización de la tradición hermenéutica, estimamos que de todas las posibles visiones o enfoques de la ciencia la admisión de la doble hermenéutica como característica de las ciencias sociales hace del enfoque crítico el más adecuado para el desarrollo de la disciplina que nos ocupa. Esto es así en virtud de que dicho enfoque permitirá el avance de la misma hacia los objetivos propuestos dentro del paradigma y sin que las ideologías (siempre presentes en la ciencia pero muchas veces enmascaradas) nos estancan en una visión petrificada de la misma.

1. Dentro de las modernas concepciones del Derecho Penal existen dos dominantes las que se engloban dentro del denominado funcionalismo pues se caracterizan por organizar su contenido a partir de la concepción particular de la pena y su utilización. Una encarnada por Günther Jakobs y denominada funcionalismo radical. Otra es responsabilidad de Claus Roxin y se denomina funcionalismo moderado. Las diferencias epistemológicas son evidentes y han sido correctamente analizadas por el Dr. Fabián Balcarce en la Revista «Ley, Razón y Justicia» N° 3106. “El pensamiento de Jakobs, uno de los propulsores de la imputación objetiva y discípulo pertinaz de Welzel, tiene como eje principal que la conducta humana tiene carácter de signo, y por tanto, no es simplemente un fenómeno biológico. El hombre actúa y se comporta de una cierta manera porque ha incorporado un código —el código de las relaciones sociales— que establece jerarquías, dependencias, vínculos, todo un concepto que excede el ámbito de lo biológico y se aproxima, más bien al de la lingüística. Hay una gramática social que depende de un grupo humano determinado (enfoque interpretativo). Por último Roxin, también artífice de la teoría de la imputación objetiva, parte de la idea de por qué el científico produce determinada clase de ciencia y por qué, a su vez, el epistemólogo propone un análisis de cierto tipo. Los factores que aquí interesan son la ideología, las fuerzas sociales, las presiones comunitarias o políticas, además de las motivaciones, aunque no en un sentido psicológico sino ideológico, en conexión con la defensa de intereses sociales y posiciones particulares”. En este caso, la preocupación fundamental es entender cómo se relaciona la investigación que se está llevando a cabo con el estado político de la sociedad en un momento y con la estructura social dominante (enfoque crítico). Con respecto a la teoría del conocimiento allí (Balcarce, ob. cit) se sostiene: Roxin estima que existen verdades inmodificables por el legislador pero, sin embargo, disímilmente valorables por aquél. Jakobs hace prevalecer el consenso social (conocimiento actual vigente) por encima de los criterios externos que puedan provenir de la realidad, natural.

### 3. CONCLUSION

Encontramos dentro del desarrollo realizado bases para la discusión de los argumentos contrarios a la cientificidad del derecho penal y límites a la disciplina que a nuestro entender obligarían el rechazo de algunas de las teorías modernas.

El escenario posempirista a grandes rasgos nos describe lo necesario a fin de definir un saber como científico: la posibilidad de resolución de los conflictos a partir de consensos espontáneos dentro de una determinada concepción del mundo (paradigma) que en lo posible respeta el objeto al que se refiere (realismo) y atiende a la complejidad derivada de la materia con que se trabaja (hermenéutica y doble hermenéutica), se han declarado como objeto de la ciencia. Al respecto nos remitimos a los fines que *supra* se han declarado persigue el Derecho Penal como instrumento de control social y que en el marco dado por las constituciones (Estado Social y Democrático de Derecho) y Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, que solo puede ser la prevención general, es decir la evitación de delitos a través de la función de determinación de las normas sobre la conducta y la imposición de pena como confirmación de la seriedad de la amenaza que inspira y da firmeza a la referida función, pero dotando a la imposición de la misma de una racionalidad que signifique la posibilidad al condenado de optar

voluntariamente por su forma de socialización. Pero esta función no puede agotarse en sí misma pues el hombre como eje central del consenso social que origina el Estado y de acuerdo a su consensuada conceptualización como un fin en sí mismo no puede ser instrumentalizado para simbolizar la aceptación de la vigencia de la ley, si no existe otra razón para la pena. Al respecto la categoría de la necesidad de pena aparece como un ineludible límite a la prevención general. A su vez los Tratados constituyen a los fines de la ciencia los paradigmas desde donde ver los conceptos fundamentales con los que la misma operará, determinando también y en base a ellos los límites operativos de la misma, en tanto no podrán alterarse a fin de construir hipótesis de solución a los conflictos. Esto es determinante a fin de analizar la aceptabilidad de alguna de las modernas vertientes del derecho penal *supra* analizadas. Al respecto encontramos a la vertiente sostenida por Jakobs inaceptable. Decimos esto en virtud de que dicho autor construye a partir de su teoría del conocimiento (determinado por el consenso) un sistema cerrado cuya única función es la de la prevención general (evitar la comisión de delitos por los ciudadanos) definida como integradora o positiva a partir de la confianza de los ciudadanos en el sistema. Dicha confianza, en caso de violarse el derecho a través de la comisión de un delito, será restablecida por la inexorable imposición de una pena (función simbólica), aun cuando ésta fuera político criminalmente innecesaria. Dicho esto encontramos dos objeciones principales:

1 - El centro del paradigma en el que debería moverse la ciencia y que está determinado por los tratados internacionales es el hombre con todos sus derechos por ser tal. A este ningún Estado podrá utilizar como medio para el restablecimiento de la confianza del pueblo en el Derecho. A esto nos lleva la función simbólica de la pena, que desplaza dicho centro hacia la norma y vacía de contenido el sistema.

2- De menor importancia sistemática, pero también a considerar en este punto es el enfoque interpretativo asumido por el autor. Dicho enfoque por no introducir nociones acerca de la legitimidad de las propuestas que informan el sistema, ni estudiar las razones políticas de las mismas es demasiado peligroso pues hace del mismo un concepto que se legitima a sí mismo.

Es evidente ya la toma de posición a favor de la restante propuesta a cargo de Roxin. Dicho autor pretende construir desde dentro de los consensos que determinan el paradigma con el que trabaja la ciencia (Tratados Internacionales de Derechos Humanos y Constituciones) un sistema de control social abierto a las consideraciones de la política criminal que no asignan una pura función simbólica a la pena pues introducen criterios de necesidad para la aplicación de la misma. Dicha apertura las consideraciones político criminales del sistema estará limitada por el programa de Derecho Penal de la Constitución del Estado que a su vez receptorá los postulados de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A su vez el enfoque crítico orientara siempre al sistema hacia el logro de los fines que todo estado Social y Democrático de Derecho debe perseguir: la realización de todos los ciudadanos en un marco de inquebrantable respeto a los mismos.-

## BIBLIOGRAFÍA

- Silva Sánchez, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Bosch. Barcelona.
- Schuster, Federico, «Teoría y método de la ciencia política» en El contexto de la filosofía de la ciencia posemipirista, UBACYT. C.E.
- Klimovsky, *Las desventuras del conocimiento científico*, AZ, Buenos Aires, 1996.
- Schuster, Federico, *Política y subjetividad*, Agora, Buenos Aires, 1996.
- Khun, *La estructura de las revoluciones científicas*, 1962.
- Robert Alford, *Los poderes de la teoría, capitalismo, estado y democracia*, Manantial.
- Giddens y otros, *La teoría social, hoy*, Alianza, México.
- Balcarce, Fabián, artículo en Revista «Ley, Razón y Justicia» N° 3.106.
- Constitución de la Nación Argentina, Marcos Lerner Editora, Córdoba.