

LA TUTELA DE LA LIBERTAD

René GONZÁLEZ DE LA VEGA*

El tema asignado por la coordinación de estas IV Jornadas Penales —un clásico ya en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de mi Universidad— a quien esto escribe, llevó por título: *Los delitos contra la libertad*. Mi exposición estuvo regida por el implacable reloj a 20 minutos de disertación y pronto comprendí dos circunstancias: la imposibilidad de emprender un análisis minucioso de nuestro derecho vigente en la materia, ya federal, ya local en el Distrito Federal, pues sería trunco y en todo caso reiterativo de lo que ya he expuesto y publicado, sobre todo en mi *Tratado*.¹ En segundo término, el tema se prestaba para abordar cuestiones que me inquietan en los últimos tiempos en mi trabajo académico, ya como autor, ya como docente.

Tras 35 años aproximadamente de reflexionar en torno a los temas penales fui llevado de la mano a inscribirme en las tesis más en boga durante el desarrollo de mi generación. Inicé —en realidad como pionero en mi país— con el análisis y filiación a la teoría finalista de la conducta, con sus visibles cabezas halladas en Welzel, Maurach, Gallas, entre otros muy distinguidos. Férreamente dogmático, discurrí, con mayor o menor éxito en dichos menesteres. En los últimos años, me conmovieron, o mejor dicho, movieron mis estructuras internas, las tesis sobre restricción de autor, imputación objetiva y funcionalismo penal.

Debo decir que mis convicciones en torno a la dogmatización del derecho penal se hallaban en crisis y flaqueaba mi fe, pues la visión lineal que se proponía para estudiar el fenómeno delictivo —teoría del delito— me dejaba profundamente insatisfecho y al ir pergeñando las notas del

* Academia Mexicana de Ciencias Penales e Instituto Nacional de Ciencias Penales.

¹ *Tratado sobre la ley penal mexicana*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, 4 t.

Tratado, se me presentó la duda herética: ¿es en rigor la dogmática penal, el método mejor o el único para esta hora, en el abordaje de nuestros apremios doctrinarios? Esas inquietudes me impulsaron a sentarme nuevamente en mi mesa de trabajo, para proponer la *Ciencia jurídico penal*,² que tan buena acogida ha recibido, tan sólo por un mérito: es propositiva. Asumo la obra como una de demolición, que endereza su golpe contra la barda o muro dogmático.

Si nos atrevemos a un poco de esa herejía, frente a doctrinas bien enraizadas y añosas, miradas en las tesis causalistas, finalistas y ahora funcionalistas, caemos en cuenta que el penalismo, a fuerza de ensimismamiento, se extravió, se desbordó y trocó en herramienta estrictamente represiva, que anhelante buscaba infructuosamente, brisa social, imbricación con política y humanización. La *Dogmática jurídica* propuesta por la Escuela alemana, muy influenciada por la conocida *jurisprudencia conceptualista* y nieta de aquella Escuela Exegética francesa surgida tras la aparición del código napoleónico, hubo de construir una espléndida autopista para huir del iusnaturalismo y del positivismo, básicamente, pero la carretera no tenía un destino prefijado. Sin embargo, en esos ayeres ya prácticamente centenarios, esa visión dogmática, que no hizo sino retomar el viejo *concepto fijado* de la filosofía helénica, para hablarnos de la “ley” como dogma, sin perturbaciones ideológicas, ni menos aun axiológicas o sociológicas, influyó al derecho todo. Pero muy pronto, para mediados del siglo XX, la jurisprudencia de intereses o sociológica, tan bien trabajada y decantada por germanos y anglos, desechó esa visión dogmatizada de nuestra disciplina; a pesar de ello, con terquedad digna de mejor causa, el penalismo se aferró a ella y construyó un mundo lineal, ausente de toda consideración axiológica.

Por supuesto que un bienhechor del derecho como Hans Kelsen, aportó estructuras de sobrada potencia intelectual que vinieron a resolver cuestiones de estricto cientificismo como su categorismo jurídico fundamental, su pureza del derecho para estudiarlo con rigor desde el normativismo más aislado en su sustantividad y por supuesto su principio ahora insoslayable de la jerarquía normativa. Sin embargo, sin perturbaciones a esos abordajes, se alineó en un rígido relativismo axiológico y desistió, generando escuela, de toda noción valorativa y social, incluyendo origen y creación de la

² Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003.

norma hipotética superior, de justicia y de consideraciones ajenas al solipsismo normativo. La Escuela de Viena por él comandada nos hizo confundir en una sola noción monolítica derecho objetivo y derechos subjetivos, y lo peor, nos llevó a edificar en un solo y pétreo concepto: vigencia y validez de la ley, con presunciones de justicia. Así se concibió el principio de legalidad tradicional; nuestro *nullum crimen sine lege*, y sobre él bordó todo el dogmatismo punitivo.

Ese dogmatismo tuvo sus descendientes robustos: la ley tenida como tótem inamovible, pues si era vigente, resultaba válida, esto es, legítima; por ende, un Estado organización y ordenamiento autoritario, que dictaba —*establece*, dice nuestra Constitución mexicana— normas penales; un legislador incontrolado, sin sujeciones bajo el principio de vinculatoriedad, que nos ha hecho reflexionar con Zagrebelsky que lo sujeto a sí mismo, no está sujeto, sino libre. Una concepción de las resoluciones de los tribunales constitucionales sobre inconstitucionalidad de leyes, tenida sólo como anulante de vigencia en torno al ámbito temporal de validez. Y en fin, un derecho penal objetivo —codificado o no— irresponsable ante principios tan caros como el de jerarquía normativa, pues los tratadistas dogmáticos del Tercer Reich, como Mezger, lo asumieron como soberanamente constituido, ya que el poder político, por sí y ante sí, decidía lo punible, ante intereses estrictamente autoritarios.

El derecho penal se mostró y muestra, hipocresías fuera, como brazo represor del Estado autoritario, definido en esa escueta manera de los textos que leemos: “conjunto de normas jurídicas que define ¿o establece? delitos y fija penas por su comisión”, buscándose pertinazmente el llamado control social. ¿De donde emana ese derecho objetivo? Según reza nuestro principio de jerarquía normativa. Debemos decir que de la voluntad omnímoda del legislador secundario. La dogmática tiende a ver la creación del derecho al modo kelseniano: una estática jurídica integrada por derecho objetivo y derechos subjetivos y una dinámica jurídica, que ellos imponen en normas para la creación legislativa. Visto así el punto, resulta lógico que el legislador ordinario, sujetándose a esas reglas dinámicas, por supuesto de enteca normativa, expidiera con vocación de vigor y validez simultáneas, leyes penales, que por cierto, miraban una supuesta política criminal, eternamente amurallada por ese normativismo intransitable. La estática jurídica referida, orillaba a estimar que las violaciones a los dispositivos jurídico-penales, eran antijurídicas, por vulnerar sus disposiciones prohibitivas o preceptivas, según el caso. Jamás estimaron norma supre-

ma; norma de cultura; hechos en valores; diferenciación exacta entre derechos fundamentales positivados y su garantía; Estado, no sólo apellidado “de derecho”, que obliga al sometimiento de todos —gobierno y gobernados— al orden jurídico e implica división de poderes y consideración a un orden valorativo, sino también apellidado “social”, que obliga al príncipe a hacer un *quantum* mínimo para el efectivo y general goce de esos derechos fundamentales y “democrático” que no usamos en la pueril versión dogmática, en contraposición a gobiernos totalitarios, sino mejor, montados en participación popular, legitimación, interlocución, tolerancia e igualdad.

Si lo contrario se hubiera presentado, la dogmática se derrumbaría, pues en primer término perdería su asidero más valioso hallado en el viejo principio de legalidad. Hoy sabemos que tal no implica vigencia —acto desde arriba— con validez —acto desde abajo— de la norma y que legalidad, se monta en legitimidad y por ende, ni suma ambos conceptos, ni menos presume acto de justicia, que tendrá que valerse de sus propios medios desde la norma, para fijar, buscando igualación, en el acto de la potestad jurisdiccional, el derecho de cada cual. La dogmática ya no podría atenerse a un ordenamiento represivo desde la voluntad del poderoso, que se limita a establecer delitos, pues cambiaría su definición de derecho penal, a otra más desarrollada: “conjunto de normas jurídicas que tutela o protege bienes jurídicos”. La teleología del derecho penal aparece en escena y no se conforma con su indigno papel amenazante y represivo, sino que deviene en un ordenamiento protector, garantista, que se direcciona a la comunidad social toda.

Si el verdadero papel del derecho penal es garantista y no represivo desde una supuesta voluntad omnímoda del legislador, los dogmáticos, de poca potencia política, ya no tendrán que ir convenciendo al libérrimo legislador de sus propósitos humanizadores, pues éste habrá de atenerse, en esa necesaria vocación protectora, a la previa detección de un derecho fundamental —catalogado o inscrito en la cultura jurídica universal— que por el rejuego de axiología y sociología, requiere de protección en el ámbito de las diversas garantías jurídicas reconocidas. Esto es, un derecho penal garantista protege bienes jurídicos que se determinan bajo el principio de necesidad, o de economía, o de mínima intervención, como descendientes de un previo derecho fundamental (derecho constitucional sustantivo) y por exigirse su protección desde una *hard law*, en razón de así exigirlo la comprensión de hechos sociales en valores, se presenta como garantía dura (derecho constitucional adjetivo), al lado de otras protecciones, como el

control de la constitucionalidad, el régimen de responsabilidades públicas o los mecanismos de rendición de cuentas, transparencia y supervisión y vigilancia, para citar extremos destacados.

La dogmática, como buena nieta de la exegética, se contentó con un resignado análisis siempre *expost*, del *establecido* amenazante. El derecho penal garantista, estimando principios básicos como el de jerarquía normativa, ya no contempla al ordenamiento punitivo como soberanamente constituido, sino como mera ley secundaria que emana de la norma suprema, desarrollando derechos fundamentales para su debido ejercicio y protección. Esta propuesta ya no concibe a un legislador sujeto a sí mismo, sino al principio de vinculatoriedad que obliga a todos los poderes o ramas del poder público a someterse a la norma superior y por supuesto que en la división de poderes, ya no atiende como los dogmáticos, al acto resolutor de una acción de inconstitucionalidad como mero anulante del ámbito temporal de validez de una norma, sino como verdadero control jurisdiccional del legislador, que mira el nuevo principio de legalidad, distinguiendo entre vigor y validez y reconociendo legitimidad normativa.

Las complejidades de esta hora nos obligan a precisar todavía más estas propuestas. Si no abjuramos del *concepto fijado* como base para todo desarrollo científico y lo ubicamos en la ley, que no dogmatizaremos para no aislarnos en su exclusiva sustantividad y sabemos mirar a hechos en valores, descubriremos en primera instancia una norma fundamental, que en una de sus expresiones, positiva derechos subjetivos públicos o como quiere Ihering: intereses jurídicos fundamentales, que ya no miran los derechos individuales desde el microcosmos de cada cual, frente a una elemental responsabilidad objetiva y somos capaces de descubrir el sentido de responsabilidad subjetiva, base de nuestra rama jurídica, que se encuentra en la concepción de hombres libres e iguales que se reconocen mutuamente derechos o facultamientos o potestades, estaremos en condiciones de entablar un derecho funcional. Los derechos fundamentales ya positivados adquieren el rango de derecho objetivo, que de ninguna manera confundimos, como los kelsenianos, con los derechos subjetivos o facultamientos. Esos derechos fundamentales no se hallan saturados y es preciso desarrollarlos mediante legislación secundaria, ya para reglamentar su ejercicio detalladamente, ya para protegerlos.

El derecho fundamental, en cualquiera de sus versiones —individual, social o cultural— en tanto ontologizado en una norma jurídica, conlleva un par de cuestiones mayores: *núcleo de valor*, entendida la norma como

norma de cultura —recordemos a Meyer— pues el constituyente o el órgano revisor abrevó de hechos en valores de su comunidad y a su vez, el *concepto de límite*. El Estado social y democrático de derecho tiene por misión no hacer llover dones sobre los súbditos o amenazas de castigo, pues los hombres de la comunidad son libres e iguales —y ellos son los que recíprocamente, en la intersubjetividad, se reconocen derechos—, sino que se limita a reconocer, proteger y garantizar esos derechos fundamentales. Resuelto el dilema democrático de las ideologías, mayorías y minorías, tolerancia e igualdad, el Estado atiende el *núcleo de valor* —vida, libertad, patrimonio, dignidad, seguridad, justicia, medio ambiente o información, sólo para ejemplificar— y sabe que esos derechos están, al reconocerse y protegerse en la norma suprema, en realidad limitando a sus titulares, frente a otros derechos de idéntica jerarquía. El Estado mantiene un papel garantizador, ya por vía social, política o jurídica de esos derechos positivados y evita —impide, no sólo trata de procurar omisión, como la moral— el abuso del derecho de uno sobre otro. En esa tarea, a partir del orden jurídico, su protección, aunque resulte paradójico, se da tanto al sujeto cuyo derecho fue mermado, anulado, vulnerado, cuanto al sujeto abusador de su propio derecho, haciéndolo regresar a su estado original que mira los derechos, aun los de corte individualista, como la libertad, con ropajes de funcionalidad social. El derecho de cada uno vale en la medida que sabe dejar su ensimismamiento y cobra un papel de funcionalidad social.

La única *funcionalidad jurídica* que reconocemos se halla en esta concepción del sustantivo constitucional, visto en la positivización de los derechos fundamentales. No podemos argumentar válidamente una supuesta *funcionalidad* del derecho penal, que se vuelve sobre sus macabros precedentes del derecho penal de autor, a través del concepto restrictivo de autor, imputación objetiva y visiones de autores dominadores y laterales, desde un normativismo abusivo e intruso de la potestad jurisdiccional. Los derechos fundamentales, cualquiera que sea su naturaleza —de individuo, de clase social o difusa o colectiva—, mantienen esa funcionalidad social aducida y por ello, es posible imaginar una cadena de derechos, en donde cada eslabón es uno de ellos y ocupa un lugar en la estructura toda, conforme a su calidad funcional. Así, si ejemplificamos para hacernos comprender mejor, podríamos ubicar a la vida humana en el primer eslabón, pues si se cancela su funcionalidad, ello mismo cancela el resto de funcionalidades de la cadena. A la libertad de movimiento, por ejemplo, la podríamos ubicar en una segunda posición en esa cadena, pues si se cance-

la, su funcionalidad es de tal rango o magnitud, que cancela otras funcionalidades, como la libertad de expresión, sexual, democrática, de creación artística, de libre negociación o patrimonial, psíquica, y otras de semejante contextura. Otros derechos de menor rango funcional se van ubicando a lo largo de la cadena, pues su cancelación, importaría a un número menor de eslabones.

El derecho penal asume esa funcionalidad y toma, bajo criterios de mínima intervención, algunos derechos fundamentales o parcelas bien definidas de ellos y a través del acto creativo de leyes, cribando norma suprema, con hechos en valores, los trastoca en ese instituto jurídico conocido como *bien jurídico*, para señalar, distinguir, difundir, avisar a la comunidad toda de su protección más definitiva, mediante el acto de molestia más grave. Así y sólo así, logramos un legislador sujetado, un Estado de derecho, verdaderamente social y democrático y un ramal jurídico digno y no vergonzante, pues tiene teleología fina y de primer rango.

Pero el Estado no sólo reconoce, protege y garantiza derechos ante el abuso en su ejercicio a partir de otro, sino que a éste otro, también lo cubre bajo su régimen. Por ello, el derecho penal garantista se equilibra con el garantismo penal, que queremos verlo en una de sus más acabadas versiones, a partir de lo lógica impecable de Ferrajoli.

Ya habíamos invocado la bienhechora labor científica del conspicuo Kelsen, vista desde su categorismo jurídico fundamental, pues si ahora, sin tapujos y sin relativismos axiológicos, logramos proponer a la norma penal, no bajo el formato del silogismo hipotético de su norma primaria, sino bajo la síntesis protectora de la perinorma —el derecho penal avanza en el cabús legal, no por minoría de rango, sino porque su vocación protectora lo hace periférico de todo el orden jurídico y le exige un mínimo de positividad previa—, veremos que concretizado el supuesto jurídico —tipo penal—, y al imputarse la consecuencia condicionada —la pena o medida— previo a su aplicación, se imputan —subjetiva, no objetivamente— derechos subjetivos y deberes jurídicos a cargo de los protagonistas del drama criminal, para equilibrar protecciones garantistas de derechos fundamentales esparcidos para todos y garantismo penal, volcado al sujeto imputado.

Concluyo esta breve reflexión, ya en términos de la tutela penal de la libertad, que ésta es la base fundamental, no sólo de la protección penal, sino que es el bien que de forma más abusiva se afecta a los transgresores penales y es, además, la base de la responsabilidad penal. La libertad mantie-

ne por naturaleza propia muchas vertientes y en la de movimiento, se observa uno de los primeros eslabones de esa cadena funcional jurídica y sólo que el legislador asuma ese papel garantista, necesariamente mínimo y entonces, mediante bien semantizadas normas, protege ese bien jurídico sin tanta confusión y prolijidad (los subjetivos del injusto pueden ser, no tipos penales autónomos, sino meras circunstancias modificativas) y logra prelações funcionales de bienes, correctamente reflexionadas, podremos aspirar a un derecho penal mínimo, acotado, garantista y sencillo, sobre todo no desbordado en lo penal, ni en descripciones confusas e innecesarias.