

## SEGURIDAD NACIONAL Y DERECHO PENAL

René GONZÁLEZ DE LA VEGA\*

Se ha dicho mucho —se ha debatido más— en torno a un proyecto de reformas y adiciones a una de por sí novedosa Ley de Seguridad Nacional de apenas 2005, cuyos efectos y resultados aún estamos por evaluar, y que no es ajeno —el proyecto— a la existencia misma del derecho penal, pues tiende a trastocar su naturaleza jurídica y su finalidad.

Una norma jurídica suele presentar un dato oculto, solo accesible al legislador, y no al ciudadano común; de ese concepto han emergido las cuestiones de la novedosa imputación objetiva en el derecho penal; ese es el punto a desentrañar ahora mismo con esa iniciativa: ¿qué podemos esperar de ella las personas de a pie, no el poder público? Hablo de las conocidas expectativas cognitivas.

Los discursos de todos lados han sido escuchados y comentados. Muchos reflexionan sobre el tema y se ocupan en analizar las iniciativas y dictámenes en esas materias de tanta trascendencia, y se preocupan por sus efectos y alcances... y con razón.

México —ni duda cabe— vive horas complejas y violentas, es necesario hacer cosas; dar respuestas; la prioridad es combatir la delincuencia —por supuesto—, pero con medidas que tiendan a la disminución de la violencia contra la población; menudo dilema; lo contrario —aunque se legalizara— es inadmisibile.

\* Miembro de número de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y profesor de derecho penal.

Hacer “algo” es preciso, como siempre se dice ante una emergencia —ante una coyuntura cualquiera— que perturba nuestro devenir cotidiano. Sin embargo, no puede ni debe hacerse “cualquier cosa”, por desesperado que sea el panorama, ni por angustiosos que nos resulten los hechos, sino solo nos es dable hacer lo pertinente. Pero ¿qué es lo pertinente?

No cabe duda de que el último lustro se ha distinguido por muchas cosas; específicamente, un par de ellas llaman nuestra atención ahora mismo: primero: una verdadera guerra contra el crimen organizado —sobre la que la cuestión sería: ¿era inminente y heredada esa guerra, pues los índices delictivos venían creciendo para 2006, o fue producto de la mercadotecnia política en un momento de debilidad gubernamental?— “guerra” que ya presenta —a estas alturas— saldos preocupantes —para decir lo menos— y que troyanos y troyanos defienden y atacan, con razones válidas e inválidas en ambos lados de la visión de México; y segundo: una profusa y no siempre afortunada excitación legislativa, que por supuesto no olvidó a la Constitución, y que aún es materia de encuentros y desencuentros entre juristas y ciudadanos.

Hoy estamos montados —a querer o no— en ese escenario, propicio —al menos— para la reflexión dura y madura.

A esas circunstancias debe adicionarse el factor tiempo, pues desde el punto de vista político y jurídico estamos en una temporada complicada —nada menos que un proceso electoral— para asumir decisiones racionales, y con esto no quiero decir que su contrario fuera lo irracional, sino lo de mera conveniencia política; esto es, si el derecho es la ciencia de lo racional, de lo que “debe ser”, la política es la ciencia de lo razonable, de lo que “puede ser”, y el poder puede, bajo los parámetros actuales, pervertirse —no sería la primera vez— y vencer al “deber ser” por mera conveniencia, y entonces irnos por rumbos de estricta coyuntura política y no de carácter estructural en nuestro orden jurídico.

El ideal se encuentra en mantener siempre la cuerda tensa entre el deber ser y el poder ser, para llegar a un punto de gober-

nabilidad adecuado y de preservación del Estado de derecho y tal vez restaurarlo, pues no está intacto.

Desde luego, no es mi misión, ahora mismo, intentar un análisis detenido y cuidadoso —seguramente dogmático— de las propuestas legislativas que nos ocupan, imaginando la fase que deja los impulsos de *lege ferenda*, para arribar a la de *lege lata*.

Creo que es mejor ubicarnos —en esta ocasión y con los rigores del tiempo asignado a la vista— en una atalaya un poco más elevada, no por sus pretensiones ni por menosprecio al trabajo dogmático —serio y comprometido—, sino porque una situación de mayor perspectiva, tal vez, nos permitiría ingresar a una comprensión mejor de lo que trata de comentarse. Esto es, pasar de un discurso dogmático, que tiende a explicar y describir, a uno de orden normativo, que pretende hurgar en las razones que justifican los hechos y las circunstancias.

Los discursos de los políticos de uno y otro signo ideológico en rededor de este tema tan virulento, fundamentalmente los de quienes están a favor de una nueva legislación en materia de seguridad nacional, resultan sugestivos ante una sociedad previamente atemorizada; no tanto los discursos de los que están en contra, pues el problema de los liberales en el mundo es que se han arrinconado últimamente, y pierden argumentos, pues siempre, el lado activista del uso de la fuerza, o el del capitalismo más agresivo, por ejemplo, resultan, a la postre, más convincentes al gran público atemorizado, dado que siempre se insiste: “es dolorosa la respuesta, pero no hay otra si queremos seguridad algún día”: es la famosa “suma cero”, que habla de “levantarnos con la victoria”.

Eso es más seductor ahora mismo, que el discurso liberal que propone el consenso o la justicia o el humanismo —dicen quienes rebaten esto, que hay derechos que estorban—, pues esos liberales son presentados como idealistas, tímidos, pusilánimes o, también, como cómplices del no progreso o, peor, de los delinquentes, según el tema abordado, y ese rasero descalifica ante los más atemorizados.

Los “daños colaterales” en las hambrunas de África, por meras cuestiones de mercado, y en las guerras de Norteamérica o de México —cada cual en su sitio— contra enemigos diplomados ahora por leyes novedosas —habría que preguntarle a Jakobs—, están presentes y no parecen ingresar a los textos discursivos.

A nadie parece importar eso, solo que los muertos de alguna manera se lo merecían, así Bin Laden, o el supuesto narco autóctono. El argumento de un Estado interventor, paternalista y protector resulta en estos tiempos muy vendible.

Esos discursos sugerentes y atractivos al gran público suelen ser dramáticos, bien montados en toda una estrategia catastrofista que nos impulsa a un neonacionalismo que no siempre termina bien, y la historia es testigo de ello.

Se dicen cosas lindas y seductoras, pero totalmente equivocadas.

A partir de la segunda posguerra mundial se vive una expansión del discurso de los derechos; los pensadores del periodo entreguerras, si eran del bando liberal, ante la ausencia de esa tendencia discursiva, estaban en condiciones de acometer con fuerza a sus contrarios, como lo hicieron Francia o Gran Bretaña ante la Alemania y la Italia de esos años.

Pero en los años y décadas siguientes la argumentación por los derechos fue cerrando posibilidades de contraataque liberal, pues si un progresista asumía una actitud beligerante para disentir y descalificar el argumento del adversario, se le tachaba de incongruente e hipócrita.

Esa paradoja no ha cedido; al contrario, cobra fuerza y se convierte en un círculo perverso, que está dejando al mundo sin debate.

Hoy por hoy —es cierto— se vive bajo el manto discursivo de los derechos en todas las Constituciones, instrumentos internacionales y órdenes legales. Pero la mentalidad conservadora se basa en una visión hobessiana de la sociedad, y quiere siempre advertir al “hombre malo” por naturaleza; al enemigo *ex-ante*; distinguiendo artificialmente entre personas e individuos, o entre

hombre *noúmeno* y hombre fenómeno, y siempre procura evadir la presencia universal de los derechos, para escamotearlos a quienes selectivamente se decide.

De ahí, propuestas de legislaciones de atajo o resoluciones de tribunales constitucionales tan desconcertantes, como esa reciente en México, en la que ganando 7-4 en los votos, se pierde la posición liberal, ante un desconcertante constitucionalismo local.

Sin el dejo fascista del periodo entreguerras, los autores de hoy reconocen los *derechos del Estado* moderno, bajo el nuevo manto de ese discurso de los derechos ya mencionado.

Por supuesto que el contexto de los derechos voltea siempre, irremediabilmente —por vocación intrínseca— al hombre, ya en versiones de derechos humanos que advierten a las personas y derechos de orden sustancial; ya como derechos civiles o negociales; derechos públicos o derechos políticos.

Pero eso no impide que puedan coexistir esos facultamientos, con otros de orden colectivo, ya de orden privado o público, como esos derechos del Estado, así como —en otro renglón— las llamadas potestades de gobierno que deben protegerse, donde hallamos cuestiones como la seguridad pública; la de preservación de la moneda; de la fe pública; o de determinados servicios públicos, como los relacionados con los energéticos o las comunicaciones.

Los derechos del Estado —por su parte— conllevan la preservación del “ser nacional”; el Estado tiene derecho a existir y pervivir, pues su creación es de orden performativo.

Se dice que el primer derecho de toda persona es contar con un Estado que le reconozca, proteja y garantice sus derechos y le brinde espacio, orden, cultura y vida en común.

El instrumento mejor —acaso el único— para preservar al Estado es, precisamente, la seguridad nacional, en muchas de sus definiciones más acreditadas.

Así las cosas, es claro que la preservación del Estado tiene que ver con la integridad de su territorio y su gobierno, desde luego, pero fundamentalmente, se procura con especial acento,

el cuidado de las personas y de la sociedad; del pueblo, para ser muy claros.

No tendría sentido otra concepción, y en cambio, las reformas pretendidas sobre seguridad nacional soslayan a la población, a las personas, y eso es lo que se critica con más vehemencia.

Confundir esa protección del Estado, con protecciones exclusivas al gobierno, es confundir el contexto de los propios derechos.

Al gobierno debemos proteger sus potestades para estar en condiciones de ejercer, precisamente, los actos de gobierno, siempre atendidos a lo que la ley le otorga como atribuciones o facultades expresas, que al final del día se dirigen al llamado “bien común”, y no a sí mismo, pues tal contrariaría toda la concepción moderna de los derechos y nos regresaría al Leviatán.

Nuestro orden jurídico, y en especial el derecho penal, ha sido sensible, desde siempre —al menos desde 1931, para citar nuestra raíz vigente más antigua— de cara a la protección del Estado en cuestiones de seguridad exterior e interior, y también en cuanto a la protección de esas potestades gubernativas ya mencionadas.

Los conceptos jurídicos en estas materias tienen mérito histórico y cuentan con definiciones claras, y no necesitamos inventar nada; acaso actualizar.

Se ha protegido la seguridad pública a través de figuras típicas, como las que definen, por ejemplo, la evasión de presos, la regulación de armas prohibidas o la asociación delictuosa.

Se ha entendido el problema de la seguridad nacional, en sus versiones de seguridad exterior e interior de la nación.

Cada vez que hablamos de seguridad nacional no es posible evitar la incorporación de la llamada delincuencia política, que sabemos recibe un trato especial y privilegiado y cuenta con instrumentos de atención específicos, como es en el caso de la rebelión, la sedición, el motín y el delito de conspiración para cometerlos.

El sujeto pasivo es el Estado mismo, y, por tanto, ante cuestiones de seguridad interior, es el Estado quien debe saber reaccio-

nar en términos adecuados a la contextura política de esa actividad antisocial, y para ello existen —por ejemplo— instituciones como el asilo, la amnistía o la rehabilitación de derechos.

La seguridad exterior podría verse afectada por actividades de traición a la patria; espionaje o terrorismo, por ejemplo. No reciben el trato de la delincuencia política, y seguramente observaremos, al imponernos de su contenido, que las descripciones se hallan ampliamente superadas por la situación mundial de hoy, y seguramente deben remozarse.

A nadie resulta ajeno que ante determinadas comisiones de esta naturaleza: una rebelión, un acto terrorista de ciertas dimensiones, o incluso, un acto de espionaje que involucre inteligencia sensible o militar, las fuerzas armadas intervendrían, como lo han hecho en ocasiones anteriores, conforme a las disposiciones vigentes de nuestra Constitución.

Hoy, en el intento de reformas y adiciones a la vigente Ley de Seguridad Nacional, se pretende reinventar el concepto de seguridad interior del Estado.

Hay poca fortuna en ello, pues llevan los conceptos a márgenes inapropiados que refieren protecciones al gobierno y consideraciones de delincuencia política o colindante con dicha expresión, de una delincuencia organizada que por feroz que sea, resulta ajena totalmente a dichas previsiones, ya acreditadas por nuestro marco normativo.

Lo único que se lograría sería establecer una inviable mezcla de delincuencia política, delincuencia contra la seguridad exterior y delincuencia organizada, poco feliz, y, en cambio, sí generadora de muchas confusiones, al no lograr empatar —hacer congruentes— la legislación sobre seguridad y las leyes penales en vigor.

Resulta claro que cuando se coloca en riesgo la seguridad interior de la nación, a través de rebeliones en forma, para poner por caso, y se conspira para el levantamiento armado, el Estado —cualquier Estado— deba reaccionar con la fuerza de que ha sido dotado —en estos casos, las fuerzas armadas—, pues se está

ante un *casus belli*, o en su inminencia, pero claro, aun ante ese extremo, bajo las prevenciones constitucionales vigentes, y no de manera unilateral y menos arbitraria, o por disposiciones de un Estado legalista-burgués decimonónico.

La guerra civil es algo muy diferente en todos sus aspectos a la persecución de una delincuencia organizada, por feroz que sea y por crueles que resulten sus medios empleados. Estaríamos ante ese debatido “derecho a la revolución”, que nada tiene que ver con la actividad de las organizaciones criminales que buscan otro tipo de fines.

Si en México lo que se quiere es perseguir a la delincuencia común, en contraste con la delincuencia política o ideológica, a través del uso de la fuerza militar del Estado, es invertir todos los términos de un Estado de derecho.

Al legislar en cuestiones de seguridad nacional, es necesario nunca perder de vista qué es lo que se busca, pues hay un principio jurídico universal inexcusable: el *posse comitatus*, que impide la actuación de las fuerzas armadas en el territorio propio y contra su propia población.

Entendemos que una propuesta de un precandidato a la presidencia de los Estados Unidos, que consiste en ofrecer el envío de sus tropas a México, en sí y por sí, lastime a la seguridad nacional, aderezado ese dicho por una supuesta conspiración iraní en nuestro territorio contra la potencia vecina; o, esos operativos rápidos y furiosos que inciden en nuestro ámbito material y territorial de validez de nuestra ley penal, también socaven, por su carácter intrusivo, la seguridad de nuestra nación.

Pero no inscribimos en esas afectaciones a la seguridad interior o exterior de México, la actividad delincencial prevista en nuestras leyes penales, para ser tratada por el régimen jurídico que nos hemos dado, y entonces invoquemos inconsultamente la posibilidad de investigar y perseguir el delito, a través de instancias ajenas absolutamente al derecho penal liberal y democrático.

Esas afectaciones a la seguridad del Estado mexicano se atienden con diplomacia recia y firme, tal vez golpeando un poco



más fuerte sobre la mesa bilateral, que con normas jurídicas internas. Más decisión en nuestra presencia diplomática y menos sumisión.

Una ley —cualquiera— ha de tener el propósito de buscar el bien común. Ha de contar con finalidades sociales; no puede presentar una faceta injusta —con todo lo que este concepto encierra—, pues dejaría de ser ley, en términos de la conocida fórmula Radbruch.

Una ley no puede nacer para cumplir un determinado fin del poder público, que solo a él conviene.

No es la ley un instrumento nominativo, con dedicatoria específica; eso sería una especie de ley especial, que sabemos prohíbe un régimen constitucional.

Una Ley de Seguridad Nacional ha de mirar siempre por el pueblo, y debe ser para el pueblo, que a final de cuentas es el ingrediente sustantivo del Estado, cuya misión principal es reconocer, proteger y garantizar derechos de todos. Cada vez que la sociedad pide, a través de diferentes voceros, que esa Ley se conciba como una Ley de Seguridad Ciudadana y Seguridad Humana, no está diciendo nada fuera de lugar; tienen razón esos voceros. Se oponen a votar una ley que tiene por propósito proteger al gobierno; esto es, al poder público, incluso a costa de derechos inviolables, y que pretende legitimar decisiones y acciones del pasado inmediato, mal asumidas y peor ejecutadas.

Un problema que hoy mismo aqueja al derecho penal en el mundo, ante una fuerza globalizadora irreversible, que da a los mercados todo el poder, es que lo están convirtiendo en un símbolo para la dominación selectiva.

Basta observar lo que está sucediendo en nuestro propio país con disposiciones penales de nuevo cuño, cuyo propósito es perseguir a enemigos y no a delincuentes; validar investigaciones criminales por el solo hecho de provenir sus evidencias de fuerzas públicas; determinar peligrosidades y no culpas; colocar el acento en una delincuencia inexistente técnicamente, como todo lo que tiene que ver con la libre determinación de las mujeres sobre

sus cuerpos y vidas, por ejemplo, y en cambio, no mover un dedo, o moverlo mal o lentamente, para mejor perseguir el lavado de dinero, el tráfico de personas en la frontera o los delitos asociados al juego de apuesta.

Proponer sancionar a personas sin acto relevante al derecho penal, o a quienes se atreven a hablar mal de un político, o a quienes se expresan en las redes sociales, es una nefasta moda propositiva.

La inflación penal sigue presente, pero ahora con dedicatoria a los enemigos del gobierno y no del pueblo.

Una ley como la que se revisa en nuestro Congreso, dedicada a la seguridad nacional, oferta pasos atrás, muchos pasos hacia atrás.

No hay congruencia entre la reforma a la Constitución mexicana en materia de derechos humanos y el texto mismo de la ley en comento.

Por una parte, nos encontramos ante un cambio de paradigma en el constitucionalismo mexicano, que hemos de tomar muy en serio, así como en serio debemos tomar a los derechos subjetivos fundamentales.

Nadie puede pensar que los derechos estorban; tal vez algunos, para algunos.

Hoy por hoy, nuestra Constitución reconoce derechos y garantías para proteger a todos por igual, sin exclusiones. “Reconocer” derechos en la ley fundamental implica que los mismos existen ya, y no son producto de un aguinaldo de quien detente el poder público.

Los derechos humanos —con cejas arqueadas por algunos— son inherentes al ser humano, y no provienen de ninguna “conquista” ciudadana ante la autoridad (tampoco refiero, por supuesto, fuerzas naturales o supraempíricas; simplemente aludo a esencias de la sustancia humana). No es preciso mover y conmover al Órgano Revisor de la Constitución para advertir la existencia de derechos básicos en las personas; este, en todo caso, reconoce esos derechos y los protege mediante positivación. Los

garantiza mediante los instrumentos jurídicos procesales convenientes.

La muy conocida cuestión de la tolerancia se presenta como concepto de una sola vía; esto es, son los gobernados los que en todo caso toleran al gobierno, y nunca viceversa. La autoridad está para reconocer, proteger y garantizar derechos, no para tolerar al pueblo.

La ley fundamental reconoce derechos que vienen de ser reconocidos recíprocamente por la comunidad de personas libres e iguales; no está en condiciones —ese poder de dominio— de asumir una posición de regla de mayoría y decidir otorgar o no —por el voto de una representación popular— ciertos derechos, pues existen algunos de orden básico, que —perteneciendo al “coto vedado”, a la “esfera de lo intocable o de lo indecible”— no pueden quedar a la decisión democrática en su protección o no. Se reconocen y protegen siempre. Es ineludible.

Bajo esas circunstancias muy rescatables de nuestro sistema normativo, debe ahora analizarse la cuestión del principio de vinculatoriedad, inscrito recientemente en nuestro orden jurídico superior y gracias a la reforma constitucional a que se hace mérito en estos momentos, mismo que viene a darle fijeza y solidez a todo el aparato protector de los derechos fundamentales.

Dice en una de sus partes medulares el nuevo artículo 1o. constitucional: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos...”, y tal es invocación puntual de dicho principio del derecho moderno, que falta estaba haciendo en nuestro país, y que recordamos se había incorporado desde los primeros años de posguerra, a finales de la década de los cuarenta del siglo pasado, a la ley fundamental alemana.

No puede pasar desapercibido este logro en el constitucionalismo mexicano; sabíamos de acotaciones específicas de orden jurídico —en respeto a los derechos fundamentales— dedicadas, desde el siglo XIX en algunos casos, para las funciones ejecutiva y judicial del Estado, pero en materia de legislación, pareciera

que dicha función se mantenía libérrima; esto es, se comprendía a un legislador ilimitado, lo que en materia jurídico-penal resultaba muchas veces abusivo y arbitrario. (Las acciones de inconstitucionalidad son relativamente recientes).

Se habló desde el afamado Programa de Marburgo, del principio de “máxima restricción” como garantía contra la no sobre-regulación penal o a la penalización draconiana o a la vulneración de garantías en esta materia, y para ello se comprendió a un Estado-ordenamiento autocontrolado por basarse en un perfil democrático.

La verdad sea dicha, esa sujeción del Estado-ordenamiento, por sí y ante sí, funcionaba en realidad como impulso a una entera libertad, y de ahí a una legislación penal inflacionada y muchas veces arbitraria.

La respuesta a la pregunta ¿dónde encuentra su legitimidad la ley penal?, o a otra: ¿cuál es el fundamento constitucional de la ley penal?, no se encontraba con facilidad, y se abrían debates al respecto. Ya se había dicho por autores del siglo XX, que la ley penal es “soberanamente constituida”, y que podía considerarse incluso como una “Constitución negativa”.

Yo sigo estimando que la ley penal no es sino una ley secundaria más, que debe emanar, para encontrar sustento, de la propia Constitución y no ser emitida “soberanamente” por el legislador ordinario, que es solo un poder constituido, por más que se esgrima una veleidosa política criminal como guía de *lege ferenda*, que no deja de ser sino un trazo de acción del poder político, cuando lo interesante sería atenerse al principio de necesidad legislativa (no habrá ley penal sin necesidad), con base en la reserva absoluta de ley (factores racionales y empíricos) y bases racionalistas (legisprudencia).

Hoy persiste el debate; sin embargo, el nuevo principio de vinculatoriedad inscrito recientemente a nuestro régimen constitucional viene a dar bases serias para solventar el problema.

Un legislador —incluido el penal— sujeto a la disposición constitucional trascrita, en verdad se ve limitado y no ya tan suel-

to o proclive a decisionismos, arbitrariedades, voluntarismos. Intentos serios para advertir un legislador penal limitado (límites negativos) los encontramos en Welzel, por ejemplo; hoy contamos con límites positivos.

De este razonamiento no escapa la legislación en materia de seguridad nacional y sus consecuencias en los terrenos jurídico-penales, según ya vimos.

Algunos analistas y políticos aseguran, para promover la legislación mencionada (seguridad nacional), que en la lucha contra el crimen organizado, “las fuerzas armadas deben tener tantas facultades como sea constitucionalmente posible, y tantas restricciones como sean necesarias”, lo que no deja de parecerme, ante una lamentable coyuntura por demás creada artificialmente, una sobrestimación del papel de las fuerzas armadas, y eso es fatalmente, en detrimento de todo el empeño liberal, y no encuentro en ello justificación ninguna; solo una expresión fáctica, que no por evidente se convierte en razón para la acción jurídica. Jamás puede derivar el deber ser, del ser.

A mayor abundamiento, el principio de la interdependencia de los derechos significa que estos dependen unos de los otros, integrando un sistema, y para tal es necesario, en todo caso, vigilarse que para su protección o su limitación, no es posible lesionar con una acción determinada, otros derechos.

Con el nuevo cobijo normativo, el artículo 1o. de la propia Constitución mexicana remata, en su primera parte, con un texto crucial para nuestros menesteres en el estudio del derecho penal. Dice: “En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley”. Yo advierto que este texto viene a modificar toda la concepción del derecho penal moderno y su propia naturaleza. Tradicionalmente se ha definido al derecho penal, con textos cercanos a lo siguiente: “Conjunto de normas jurídicas que define los delitos y fija las penas por su comisión”. De tal manera comprendido el asunto, se presenta en primer término esa confusión generada desde el siglo XIX entre

*ius* y *lex*; entre derecho y ley, que tanto daño ha hecho para la comprensión de la experiencia jurídica, pues esa base dogmática, de la muy añeja jurisprudencia conceptualista, no hemos logrado superarla. En segundo lugar, el concepto del derecho penal no presenta finalidad ninguna. No logra explicarse, a partir de esa noción tan escueta, ¿qué es el delito?, ¿para qué la pena?, ¿cuál es el fundamento de la ley penal?

El derecho compone un sistema coactivo, es cierto; nadie imagina un orden jurídico sin capacidad obligante. Pero hoy en día esa noción resulta incompleta, pues el derecho no es solo autoritativo y coercitivo, sino que es —además— una entidad crítica e ideal. Eso significa que hoy no es absurdo preguntarse sobre la rectitud de la ley o sobre si es justa o no lo es.

Los juicios lógicos que responden a preguntas sobre lo cierto y lo falso se refieren a cuestiones de vigencia de la norma jurídica, pero cuando se abordan cuestiones sobre sus subyacencias éticas, axiológicas o ideológicas, ya no puede quedar todo a un mero ejercicio lógico-formal, pues es preciso acudir, además, a discursos de tipo normativo y no solo descriptivo —siempre los dos por separado por exigencia epistemológica— y no como lo intentó la dogmática tradicional en su momento, que llegó a mezclar los contextos discursivos, tanto los relativos a juicios de determinación cuanto los de juicios de valor.

El derecho penal, es cierto, representa, para muchos, la violencia legítima del Estado por razones de control social, o de reestabilización de la identidad normativa, o para lograr la coexistencia pacífica, o por otras razones *ex parte principis*, que miran siempre al delito como lesión a juridicidad. Nadie repara en la vulneración de derechos cuando se comete una conducta dañina y reprochable o imputable objetivamente.

La nueva disposición constitucional, estimo, viene a brindar el sustento en la ley fundamental de la ley penal; si el derecho reconoce un par de propiedades esenciales que atendemos al advertir la ecuación coacción-corrección, nos vemos impelidos a aceptar que para arribar a una verdadera concepción del dere-

cho en la llamada “razón práctica” ha menester aceptar a su vez que es necesario trabajar con los aspectos internos del derecho y también con los externos, pues aislados, ninguno de ellos resulta autosuficiente para entender la experiencia jurídica.

Es preciso reconocer que incorporar las cuestiones morales (no solo “qué” conocer, sino básicamente “cómo” conocer) al conocimiento del derecho, puede presentar ciertas dificultades, pero en rigor permite soluciones más cercanas a la realidad.

Una primera consecuencia de esa incorporación consiste en brindarle al derecho una función protectora de los derechos fundamentales —*ex parte populi*—; bajo ninguna circunstancia contradigo la separación entre derecho y moral, y tampoco aludo a la inscripción de morales determinadas al orden jurídico.

Estoy trabajando —mejor— con dos aspectos discursivos separados, que resultan válidos epistemológicamente, pues por un lado debe revisarse el factor explicativo —dogmático— como juicio de hecho o determinación, y por el otro, el factor normativo, que atiende las razones justificatorias que subyacen a la norma jurídica, donde hallamos aspectos éticos o axiológicos, por ejemplo, y que sí reconoce juicios de valor.

De tal manera que la ley penal asumiría, bajo esta nueva perspectiva, una naturaleza protectora de derechos fundamentales, y atendería al delito bajo el rasero de la lesión a derechos, y no a la juridicidad del príncipe.

El cambio en la naturaleza y función de nuestra materia es sustancial, y tal vez valdría la pena abrir un debate al respecto, pues las consecuencias son muchas y variadas.

Es pasar de esgrimir un discurso estrictamente empírico-analítico, a otro de carácter normativo-analítico, y eso implica cambios de paradigmas.

Tal vez podría proponer al derecho penal como sistema normativo protector de derechos fundamentales, a fin de brindarle a nuestra materia finalidad social, contenidos éticos, limitaciones legislativas y fundamento constitucional.

No escapa a nadie que los nuevos paradigmas constitucionales y jurídico-penales que se comentan impactan directamente el afán de darnos una legislación de seguridad nacional que al pretender proteger al poder público descuida lamentable e inadmisiblemente a las personas y sus libertades.

Con base en estos prolegómenos, es posible ahora recordar una resolución reciente de nuestro tribunal constitucional en torno a un caso conocido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y llamado “caso Radilla”, pues en dicha respuesta jurisdiccional podemos encontrar respuestas importantes para este momento.

No aludiré al caso mismo, que ha sido ventilado en diversos medios, sino solamente referiré algunas de las consecuencias de la resolución de la Corte.

Una de ellas refirió: “Que todos los jueces del Estado Mexicano están obligados a aplicar las normas contrarias a la Constitución y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos”.

Es este un punto muy relevante que precisa cierto análisis. Partimos del hecho de reconocer un sistema constitucional normativo que implica la existencia de una ley superior de la cual emana todo el orden jurídico vigente.

La Constitución es una norma vinculante y es fuente de todas las normas jurídicas positivadas.

Así, la Constitución determina qué contenidos pueden o no tener las normas inferiores, o bien qué contenidos no pueden ser contradichos por esa legislación secundaria, pues se establecen los parámetros materiales y no solo formales de la creación de nuevas normas jurídicas.

Ya he mencionado que la validez de una norma jurídica dependerá de su compatibilidad o no con los principios constitucionales, y no se queda en un mero juicio lógico.

En ese terreno habíamos estado ante un caso evidente de control concentrado de la constitucionalidad de las leyes, a pesar de que nuestra Constitución establece desde su vigencia inicial el



control difuso (sistema mixto de control). Bajo este último criterio, cualquier juez —que goza de la capacidad jurisdiccional— será apto (competente) para revisar la constitucionalidad de las normas ordinarias.

A pesar de la preexistencia de las disposiciones de nuestro artículo 133 constitucional (control difuso), es hasta la resolución que se comenta ahora, que la Corte mexicana interpreta que el control difuso de constitucionalidad —participación de todos los jueces— está permitido, pues las tesis anteriores no lo habían autorizado, dado que no cabía una interpretación judicial ordinaria de la Constitución como conjunto normativo, y entonces se reducía esa tarea al Poder Judicial de la Federación.

La nueva resolución asume que los jueces (todos) están en condiciones de realizar un control de las normas a la luz de la coherencia necesaria entre los artículos 133 y el nuevo texto del artículo 1o., ambos constitucionales, a fin de aplicar, en verdad, la norma más favorable a los derechos de la persona.

En ese sentido, se decanta la resolución que se analiza, pues los jueces (todos) están en condiciones de inaplicar normas jurídicas que se estimen contrarias a la Constitución.

Existen pormenores a conocer en torno a esta resolución, como la reiteración de tesis y los ajustes pertinentes que se vienen realizando por el propio tribunal constitucional, pero dejamos solo su base conceptual por ahora, que desde luego afecta el intento de legislación sobre seguridad nacional que se comenta.

Tras pasar revista al control de constitucionalidad, queda ver lo relacionado con el control de convencionalidad, que resulta de la mayor relevancia para los comentarios de ahora mismo, pero que por razones de tiempo dejamos para otra ocasión.

En resumen diría: las herramientas comentadas de control de constitucionalidad y de convencionalidad ponen en jaque inmediatamente los intentos de reforma a la Ley de Seguridad Nacional. Son incompatibles.

Solo la obcecación puede llevar a insistir en ese tema, que no quiere, no puede, no estima necesario proteger al hombre,

y sí busca, febrilmente, cobijar al poder político y legitimar un pasado reciente de dudosa sustentación constitucional. Algunos, que detentan el poder político, podrían bien estarse preguntando “¿por qué no disolvemos al pueblo, y elegimos otro?”. No; eso no es posible... afortunadamente.

El derecho penal liberal no es una espada que tiene por propósito lastimar; es un escudo que protege derechos y libertades, y nuestros representantes populares deben comprender rápido y sin furia, que su deber está para con el pueblo y no con los intereses del poder.

Una ley como la concebida y comentada, solo inflacionaría selectivamente el derecho penal, que ha de ser mínimo y eficaz.

Repensemos las prioridades y demos paso al Estado constitucional, que es intolerante ante actos del poder no debidamente justificados. Si hemos de caer en esta avalancha de violencia, debemos asegurarnos, con auténtica destreza política, que caigamos de pie. Para los más ansiosos, diré que hay respuestas más inteligentes que la pretendida.