

UNA PREOCUPACIÓN EMERGENTE EN LAS CULTURAS JURÍDICAS: EL ACTO CREATIVO DE LEYES PENALES

René GONZÁLEZ DE LA VEGA

SUMARIO: I. *El acto legislativo como acto político*. II. *La creación legislativa por un Estado limitado*. III. *La aportación del sistema jurídico alemán*. IV. *El argumento político como sustento de la legislación*. V. *El radicalismo funcionalista*. VI. *La estandarización normativa*. VII. *Una crítica epistemológica*. VIII. *Los límites al legislador*. IX. *La inflexión reciente y los deberes jurídicos*. X. *Principios de filosofía moral*. XI. *Ideas constitutivas y regulativas*. XII. *Razones excluyentes y subyacentes*. XIII. *Naturaleza del derecho penal*. XIV. *La naturaleza de la pena*. XV. *La cuestión de la prohibición en la creación normativa*. XVI. *Legislación penal racionalista y no meramente política*.

I. EL ACTO LEGISLATIVO COMO ACTO POLÍTICO

Una cuestión inquietante hoy mismo en las distintas culturas y sistemas jurídicos de nuestro hemisferio, es el legado que el *iuspositivismo* en confronta con el *iusnaturalismo* ha dejado en la concepción del acto mismo de creación de la norma jurídico-punitiva, con vistas a su vigencia y validez y sobre todo en torno al elemental juicio de justicia,¹ que exige

¹ Serrano, *Validez y vigencia*, Madrid, Trotta, 1999. Podrá apoyar en este intento por distinguir los diferentes tipos de juicio que se enderezan al analizarse las normas jurídicas, desde su clarísima obra. Él se empeña saludablemente en diferenciar entre juicio de vigencia y juicio de validez, a los que a su vez distingue del juicio de justicia. Su definición de *juicio de vigencia*: “es aquel que va referido a la mera constatación de la existencia de una norma en el interior de un sistema jurídico. Es un juicio de hecho o técnico, pues se limita a constatar que la norma cumple los requisitos formales de compe-

hoy hacerse alrededor del derecho, ante la presencia del Estado constitucional.

Al retomar la forzada animadversión entre *iuspositivistas* y *iusnaturalistas*, finalmente se llega a la conclusión en el sentido de que ambas posturas tienen mucho que aportar, sin excluir una a la otra, pues se trata, simplemente, de perspectivas diversas para asumir la polémica, que se montaría, no en los orígenes del sistema jurídico, pues el actual *iusnatu-*

tencia, procedimiento, espacio, tiempo, materia y destinatario, y como tal juicio de hecho es susceptible de verdad y falsedad”. Del *juicio de validez* nos dice: “es aquel en virtud del cual se declara (si es positivo) que una determinada norma (cuya vigencia formal se ha comprobado como verdadera) se adecua además en su contenido a las determinaciones existentes en niveles superiores del ordenamiento, con independencia de que estas determinaciones sean reglas o principios, valorativas o neutras, justas o injustas, eficaces o ineficaces. El juicio de justicia es similar o análogo en forma y estructura al de validez, pues ambos son *valorativos* en oposición clara a los estrictamente técnicos como en el caso de la vigencia; una norma es válida se nos dijo, si se ajusta —derivándose: principio de jerarquía normativa— a una norma superior en sus contenidos y es justa a su vez, bajo ese procedimiento derivativo, si es capaz de ajustarse a una norma moral, esto es, extra-jurídica y que vemos en la composición axiológica y sociológica, comunitaria. Por otra parte, ambos juicios son análogos, pues se trata de estimativas complejas, difusas o de grado, según nos enseña Serrano, y esto en oposición también a los juicios de vigencia que resultan simples o binarios. Pero a esas analogías entre juicios de validez y de justicia, nuestro autor opone algunas diferencias:

1. El juicio de validez es opinable, variable y flexible; se ponderan los valores. La validez no se demuestra, se argumenta y contiene una *dinámica de control interno, de racionalidad sistémica que la justicia no tiene, o no en el mismo grado*. El sistema jurídico que controla a la validez es mucho más cerrado que el sistema moral que informa a la justicia;

2. La validez o no de una norma se determina desde la norma superior y por ende, estamos dentro del mismo sistema jurídico; la justicia se determina por factores extraños a ese sistema jurídico: *el juicio de justicia expresa un punto de vista externo al derecho*;

La tradicional teoría europea del derecho sostenía que el punto de vista externo era *ex parte populi*, mientras que el interno era *ex parte principis*. Este axioma no se modifica por la distinción garantista entre validez sustancial y justicia. El juicio de justicia en cuanto juicio externo al sistema sigue siendo un juicio de aquéllos que están fuera, es decir, del pueblo. “El soporte de estos juicios (de validez) es jurídico, es decir no hay escapada o salto lógico a un plano de normatividad exterior justa. Lo que ocurre es que el plano axiológico y el normativo están relacionados. La arbitrariedad del juicio de validez, a diferencia del juicio de justicia, está delimitada y contenida por su propia formalidad”.

Ergo, el juicio sobre lo justo o injusto de una norma no sólo es más abierto y libre, sino de honda raigambre material. El juicio de justicia a diferencia del de validez que siempre es jurídico, puede montarse en factores sociales, políticos o morales.

ralismo no pretende derivar el deber ser del ser y sólo pretenderían —desde sus propios enfoques— aportar criterios acerca de los juicios de validez normativa.

Ya en esos terrenos de la validez de las normas jurídicas es viable iniciar un desarrollo epistémico en torno al acto mismo del legislador penal, a fin de superar una visión meramente política de ese acto de creación de leyes e incorporarlo con solvencia a las tareas de la teoría del derecho, a fin de aspirar a racionalidad legislativa en el ámbito de lo jurídico-penal.

Puede desde ahora, para mostrarse un aspecto del problema, traer el decir de Wintgens:

...la creación del derecho por medio de la legislación no ha sido considerada como un tema merecedor de atención por la teoría legal. La legislación pertenece al terreno del enfoque político llevado a cabo por científicos políticos de diferentes tipos. Por su parte, se reconoce que el derecho tiene como origen la política, aunque adquiere vida propia una vez que se separa de ésta... [L]a forma como el derecho es creado a través del proceso de legislación no aparece en la pantalla del teórico jurídico.²

Una demostración palpable de ese criterio dominante en el proceso de producción normativa en estos ámbitos de lo jurídico-penal se halla en la afirmación de Moisés Moreno, que en esto representa lo más conspicuo del penalismo actual, incorporando las emergentes teorías del funcionalismo que hallan en la política criminal su principal asidero:

...[L]a política criminal puede ser entendida como la política que el Estado adopta frente al problema de la delincuencia y tiene como objetivo primordial la lucha contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad.³

De acuerdo con lo anterior, la política criminal constituye una manifestación del poder que tiene el Estado para enfrentar el fenómeno de la delincuencia. Puede, a su vez, ser analizada desde diversas estrategias... co-

² Wintgens, Luc J., *Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación*, Alicante, DOXA, 2003.

³ Moreno, Moisés, *La política criminal legislativa. Orientaciones de la política criminal legislativa*, México, ELD-CEPOLCRIM-INACIPE, 2005, p. 132.

mo, por ejemplo: determinar la legitimación y alcances de ese poder, así como los criterios o principios en que se sustenta su ejercicio.⁴

El resultado de esa posición que podría denominarse, como el propio Moreno lo hace, *política criminal legislativa*, es, según sus propias palabras:

Por lo que hace a la función de la política criminal... ésta consiste en enfrentar al delito, ya sea previniéndolo o reprimiéndolo; por lo que, dentro del conjunto de medidas, acciones o estrategias político-criminales del Estado, pueden encontrarse aquellas que tienen un carácter eminentemente *preventivo* o las que son solamente de índole *represiva*, o bien las que pueden cumplir una función *mixta*, es decir, tanto preventiva como retributiva; pudiéndose, a su vez, observar la prevalencia de alguno o de otro tipo de política criminal, según el carácter predominante de las medidas.⁵

Por tal razón (el ejercicio del *ius puniendi*), la política criminal legislativa constituye un sector de la política criminal en general y, por tanto, también constituye una manifestación del poder estatal.⁶

Inspirador de esta posición en cuanto a las fuentes del derecho penal, asumidas en la actividad política del Estado, es Roxin, quien informa:

[E] legislativo no puede penar una conducta solamente por el hecho de que le resulte indeseable, tal como puede ocurrir con expresiones críticas al régimen, determinadas formas de conducta sexual desviada o el consumo de drogas. Por tanto, deben existir límites al poder punitivo estatal, y en efecto, existen; de ellos tenemos que ocuparnos antes de poder obtener consecuencias concretas.⁷

Alude el autor alemán en torno a ello, colocando a las directrices político-criminales en tanto límite negativo a la legislación penal, y en párrafo diferente dice: “la importancia del tema se basa en que por más que se tenga una teoría general del delito cuidadosamente elaborada a la par que

⁴ *Ibidem*, p. 133.

⁵ *Ibidem*, p. 134.

⁶ *Ibidem*, p. 135.

⁷ Roxin, Claus, “El legislador no lo puede todo”, *Iter Criminis*, México, 2005, p. 322.

un proceso penal de Estado de derecho, nada de eso tiene valor para el ciudadano si su conducta es sancionada penalmente, pese a que —de manera correcta— no debería ser punible”,⁸ y esa “manera correcta” para decidir la punición o no de una determinada conducta, la funda, según se observa en decisiones políticas del Poder Legislativo y si bien, en el desarrollo de su teoría del delito en la que extiende el concepto de culpabilidad hasta la responsabilidad penal y la *necesidad de pena* bajo decisiones correctivas materiales de orden político, precedidas de las axiológicas (tipo valorativo de Roxin), en el acto creativo legal esa pretensión de corrección se monta en ideas de puras hechuras políticas según se advierte, alejando ese acto legislativo de racionalidad y de inscripción en la teoría del derecho. En rigor esa pretensión de corrección roxiniana está contemplada en una estrecha *pretensión de poder* para volver a colocar al derecho penal en su mera vocación *ex parte principis*, sin posibilidades de atender *razones justificatorias* de la norma, que entonces sí invocarían una decisión fuerte de injerencia moral en el derecho.

Si se parte de que toda política ha de ser moral, pero no toda moral es política, trayendo el pensamiento kantiano sobre el origen racional de esa moral, y que no es posible derivar el deber ser del ser, dado lo infranqueable de sus fronteras que exigen la distancia entre los juicios de hecho y los juicios de valor, a fin de no confundir los contextos discursivos en sus aspectos descriptivos o normativos, y que el método dogmático jurídico-penal se conformó con un análisis empírico-analítico de la experiencia jurídica, sin llegar a comprender que en el conocimiento del derecho es preciso no estacionarse en ese reduccionismo, sino que se hace necesario adicionar juicios normativo-analíticos a fin de superar las cuestiones de validez normativa y justicia que deben cobijar el mandato legal, se estará —con otros argumentos— en posibilidades de aportar una mejor y más completa concepción de ese método dogmático, válido, pero hasta hoy incompleto. Esa incompletitud ha derivado en esa comprensión de puras hechuras políticas del acto creativo legal, sin incursiones en él de la teoría del derecho, que le brindaría no sólo razonabilidad, sino fundamentalmente, racionalidad.

⁸ *Ibidem*, p. 321.

II. LA CREACIÓN LEGISLATIVA POR UN ESTADO LIMITADO

Es de recordar ahora que ese manto de comprensión al que se atiene la Escuela dogmática, predominante, proviene desde el clasicismo causalista de Liszt,⁹ discípulo distinguido de Jhering¹⁰ que logró postergar el secular sentido de las *potestas* romanas para entregar su concepto de *intereses jurídicos fundamentales*; el de finalidades normativas halladas en su función social, y de ahí al concepto hoy básico de la *responsabilidad subjetiva*, de donde se llegan a plantear rasgos notables del conocido Programa de Marburgo, que quiere advertir al ordenamiento punitivo en tanto “magna carta del delincuente”, para usar expresión del propio Liszt.

En ello se encuentra la base más característica del pensamiento jurídico-penal actual que quiere invocar un Estado democrático de derecho que logra “autocontrolarse” en la emisión legal, a fin de plantear lo que ahora se conoce como principio de “máxima restricción”. Las aportaciones de Liszt a la política criminal no se desvían en mucho de la definición aportada por su padre fundador Feuerbach,¹¹ quien la miró como la *sapiencia del Estado legiferante*. Esa “sapiencia” es la que ha de funcionar en tanto freno o autocontrol del omnímodo legislador, pero entonces, no se arriba a un concepto racionalista del acto creativo legal y se coloca ahora como factor limitante precisamente esa política pública que en esta materia dicta el príncipe. Se resalta la cuestión con la siguiente afirmación de Moreno:

...[L]a actual propensión dominante, al menos en el plano teórico, se pronuncia por la vigencia de una política criminal más acorde a las exigencias de un Estado de derecho, y más concretamente de un Estado social y democrático de derecho, que sea ampliamente respetuoso de los derechos humanos.¹²

⁹ Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, trad. de la 18a. ed. alemana por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1926.

¹⁰ Jhering, Rudolf von, *El fin del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1946, y *La lucha por el derecho*, México, Cajica, 1957.

¹¹ *Tratado de derecho penal alemán*, Hamburgo, 1802.

¹² Moreno, Moisés, *op. cit.*, nota 3, p. 137.

El tal “respeto” a los derechos humanos se hace consistir precisamente en una decisión autocontrolada por “máxima restricción” desde el poder político y con base, por supuesto, en la política pública dominante, confiados en la presencia de un Estado democrático de derecho, que se sabe, implica una expresión anfibológica¹³ y no de absoluta certeza en sus acciones legislativas, pues siempre estará presente el dato de la mera razonabilidad de la *praxis* política y el sentido ético de una parcela dominante de la sociedad.

Las distancias verdaderas en los modelos del Estado moderno ya no pueden plantearse ingenuamente en esa diferencia hallada en Estados democráticos y Estados totalitarios, sino en la manera en que resultan igualitarios y libertarios o deciden privilegiar un valor sobre el otro.¹⁴ Si bien la democracia liberal es actualmente la respuesta aceptada y adoptada o exigida a los Estados que aún no la implementan,¹⁵ el verdadero signo que la caracteriza no es su contraposición con totalitarismos, sino con entender que un valor no deriva del otro y entonces se asienta su autonomía, pues no resulta hoy válido, como plantea Roxin,¹⁶ con base en

¹³ “El hecho histórico y cultural que se puede demostrar es que no hay un concepto unívoco de Estado de derecho, aunque sí existen elementos que, en ciertas circunstancias, presentan expresiones homogéneas. Como técnica de dominación, el Estado de derecho deviene en un conjunto de reglas que vertebran el argumento jurídico de cada Estado. La invocación del Estado de derecho es tan familiar en las autocracias como en las democracias, sea porque proporciona argumentos para el ejercicio de la coacción y porque ofrece elementos para la defensa de las libertades. Desde el horizonte cultural e histórico, el Estado de derecho es un concepto anfibológico que ha probado su funcionalidad para apoyar estructuras constitucionales diametralmente opuestas”. Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

¹⁴ Véase Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 2001.

¹⁵ Véase Águila, Rafael del, “¿De nuevo el fin de las ideologías?”, en Antón, Joan (coord.) y Vallbé, Joan Josep, *Las ideas políticas en el siglo XX, aportación a las ideas políticas en el siglo XXI*, Barcelona, Ariel, 2002.

¹⁶ “Pero, dado que la ley penal limita al particular en su libertad de acción, no está permitido prohibir más de lo necesario para conseguir la coexistencia pacífica y libre. El que con ello tenga que respetarse la dignidad humana y la igualdad de todos los seres humanos también constituye un resultado del pensamiento ilustrado, según el cual la dignidad humana y la igualdad son condiciones esenciales de la libertad individual”.

Sin embargo, la tarea penal de asegurar la pacífica coexistencia en la sociedad está vinculada a un presupuesto limitador: solamente puede conminarse con pena cuando es imposible conseguir este resultado a través de otras medidas menos incisivas. Allí donde

los ideales del ya rebasado Estado liberal-burgués, someter la prevalencia de la libertad a la igualdad, pues hoy es ampliamente reconocido el llamado “derecho de diferencias”, que implica libertad ante la decisión de no igualarse a otros, y, por ende, el tan importante principio de tolerancia.

III. LA APORTACIÓN DEL SISTEMA JURÍDICO ALEMÁN

Para fijar una respuesta a la dogmática alemana, ahora representada por Roxin y sus textos en revisión, debe afirmarse desde el modelo constitucional alemán que tiene sus peculiaridades, y el no abordarlas es causa de defectos de comprensión desde los miradores del sistema jurídico mexicano o en su caso, latinoamericano, que el punto central en el constitucionalismo de ese país es la *dignidad humana*, tenida por intocable, y su preservación y cuidado es obligación (principio de vinculatoriedad) de todo poder estatal. De ahí que el desarrollo de los derechos fundamentales ya en la legislación ordinaria, se rija por el *principio de irradiación*,¹⁷ que por supuesto se alarga hasta las relaciones intersubjetivas (*Drittwirkung der Grundrechte* o efectos ante terceros de los derechos fundamentales).

De ello, que Roxin proponga según su propio sistema jurídico constitucional a la dignidad humana en tanto condicionante de la propia libertad, por ser ese derecho fundamental no uno más entre los reconocidos y positivados, sino, a manera de heliocentrismo, como astro que irradia su protección a todos los demás. Pero de ahí a condicionar la libertad a la igualdad no resulta correcto, pues ya se advirtió que las modernas distancias en el Estado moderno se hallan en el tratamiento diferencial o no entre igualdad y libertad. Entre los alemanes, el tema de la “coexistencia pacífica” que invoca el mismo autor, como finalidad del derecho penal, puede acomodarse a la concepción de seguridad pública que ellos com-

puede garantizarse la seguridad y la paz jurídica mediante tribunales civiles, una prohibición de derecho público o también con medidas preventivas extrajurídicas, no existe necesidad del Derecho penal” (Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 323).

¹⁷ Artículo 20.3 de la Ley Fundamental alemana: *la producción legislativa está atada al orden constitucional, el Poder Ejecutivo y la jurisprudencia están atados al derecho (reglas no legislativas) y a las leyes.*

prenden y que se mira como una especie de incolumidad o el mantenimiento de los derechos fundamentales positivados, ilesos, y entonces ellos logran mezclar con cierta solvencia ese concepto de incolumidad de libertades con la regulación legislativa penal, y de ahí sus construcciones en torno a un derecho penal preventivo, o montado en un teleologismo funcional tan proclamado.

Bajo esas consideraciones, se explica el aserto de Roxin:

Según esto, el derecho penal debe asegurar las condiciones para una coexistencia pacífica, libre, que respete la igualdad de todos los seres humanos, en tanto esto no sea posible mediante otras medidas rectoras sociopolíticas menos graves.¹⁸

Concebido el sistema jurídico alemán como un todo, resulta entonces de relevancia indicar que desde ese principio de irradiación, que establece a la dignidad humana como epicentro de ese sistema, su *Rechtswidrigkeit* implica esa “declaración normativa”, con base en juicios de valor, que informa sobre la presencia o no de algún acto humano que ha contravenido el orden jurídico, por lo que se habla de una “desilusión” en torno a “comportamientos relevantes esperados” por el propio sistema, y ese juicio ha de resultar proporcionalmente lógico al *Rechtsordnungswidrigkeit* (juicio de ilegalidad) que responde, en esa lógica, al concepto superior de inconstitucionalidad (*Verfassungswidrigkeit*). Ya reunidas todas estas piezas —mínimas— del sistema constitucional germano, puede decirse que un delito violenta una norma jurídica positiva, en tanto ésta a su vez ha establecido lo “ilegal”, o sea, lo que finalmente lastima derechos fundamentales (orden constitucional), y entonces en esa lógica, la decisión de lo ilícito se funda tan sólo en ese principio de irradiación y sus derivados protegidos (dignidad humana y derechos fundamentales).

Ante tal, Roxin expresa:

...[N]o está permitido deducir prohibiciones penales de los principios de determinada ética. Y, es que, en primer lugar, no toda conducta éticamente reprochable perturba la coexistencia de las personas. Y, en segundo lugar, muchos principios éticos son cuestión de fe que, en aras de preservar la libertad, no deben imponerse por la fuerza al individuo. Por motivos simila-

¹⁸ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 322.

res no está permitido querer imponer, con ayuda del derecho penal, determinadas premisas mundanas, ideológicas, filosóficas o religiosas. Es conocido que aún hoy en día existen muchos Estados que proceden de manera diferente.¹⁹

Se hallan pues, tanto “límites negativos” cuanto positivados, en el accionar antes tan libérrimo del legislador penal. De estos últimos —los positivados— encontramos esa correlación lógica entre declaración de ilegalidad y principios constitucionales, pues no todo comportamiento éticamente reprochable “perturba la coexistencia pacífica” de las personas y, por tanto, desde el concepto de incolumidad de derechos fundamentales (seguridad pública), determinadas conductas, por aberrantes o intolerables que resulten para algunos, no podrían resultar reguladas por un orden subsidiario, de extremo — *última ratio*— como es la ley punitiva. Entre los “límites negativos” ya no se buscan aquellas “estructuras lógico-objetivas” de Welzel, como datos de la onticidad, de orden prejurídico, ni se trabaja con el concepto de “naturaleza de las cosas” que tan bien desarrolló en la segunda posguerra Radbruch y tan bien critica Garzón Valdés,²⁰ sino decisionismos de políticas públicas, frente a ese criterio de subsidiariedad que se aplica al derecho penal.

IV. EL ARGUMENTO POLÍTICO COMO SUSTENTO DE LA LEGISLACIÓN

Roxin aporta, entonces, ese sentido de límite:

La metodología referida a los valores del neokantismo —que en los años veinte se hizo predominante— hubiera podido conducir desde el punto de vista normativo a una “imagen completamente nueva del sistema jurídico-penal”, si se hubiesen elegido las directrices político-criminales como criterio al qué referir todos los fenómenos dogmáticos. Pero sobre estas

¹⁹ *Ibidem*, p. 324.

²⁰ Garzón Valdés, Ernesto, “La *polis* sin *politeia*. Ernst Bloch y el problema del derecho natural”, *Derecho, ética y política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

bases no se ha formado nunca un sistema que se haya impuesto a la estructura de la anterior teoría del delito concebida de un modo formal.²¹

Al traer a la política criminal en tanto límite negativo a la legislación, complementa su aserto, con algo ya comentado:

Para decirlo una vez más con otras frases de Liszt, que pertenecen hoy a las citas clásicas del penalista:

La “idea de fin en derecho penal”, bajo la que Liszt había colocado su famoso programa de Marburgo, es la meta de la política criminal; mientras que el derecho penal, como “magna carta del delincuente”, según expresa confesión de Liszt, protege no a la comunidad, sino al individuo que “se rebela contra ella”, garantizándole el derecho “de ser castigado sólo bajo los presupuestos legales y únicamente dentro de los límites legales”.²²

Y se deriva su estrecha conexión entre orden jurídico penal y concepto de seguridad pública, según lo explicado en torno al sistema de protección de derechos alemán, con la siguiente expresión:

Según éste (modelo ilustrado del contrato estatal), los ciudadanos traspasan potestades penales al Estado, pero limitadas solamente a lo que sea indispensable para preservar una coexistencia pacífica y libre. Puesto que la punición es la más grave de todas estas intervenciones estatales, solamente puede amenazarse con ella cuando no estén a disposición otros medios más leves que permitan alcanzar el estado de cosas deseado.²³

Con esto es posible ya establecer que la teoría de Roxin funda la legislación penal, en tanto instrumento de seguridad pública (incolumidad de derechos fundamentales), a partir de las “directrices político criminales” que se emitan por el Estado, bajo el conocido principio de “máxima restricción” derivado del Programa de Marburgo, lo que implica ese “auto-control” democrático del legislador penal, siempre sujeto al principio de irradiación ya planteado, desde el concepto tan amplio de *dignidad hu-*

21 Roxin, Claus, *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2a. ed., Argentina, Hammurabi-Depalma, 2000, p. 52.

22 *Ibidem*, p. 33.

23 Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 323.

mana, pues desde la Ilustración es preciso conocer un “Estado que se limita” ante los derechos fundamentales de los hombres.

El planteamiento es correcto, pero incompleto. Al fundar los verdaderos límites a la legislación penal, en la llamada política criminal, concebida como manifestación del poder estatal, según expresión ya revisada *supra* con Moreno, que emerge desde ese *objetivo de luchar contra el delito para lograr la vida ordenada en comunidad*, según el mismo autor mexicano advierte, no se logra construir un derecho penal *ex parte populi*, que en verdad se dedique a la *protección* de derechos fundamentales, pues se continúa viendo su finalidad, en la supuesta prevención y represión del delito, aunque de manera limitada ante esos derechos y libertades, con lo que todo se estaciona en una propuesta *ex parte principis* que implica una auténtica pretensión de poder, y con ello el respeto a la *dignidad humana* se mira muy comprometido, y basta recordar las consecuencias de esta posición en el radicalismo de Jakobs²⁴ y su “derecho penal del enemigo”, pues la autocontención está en el poder y no en el derecho y sólo visto en tanto un deslucido garantismo punitivo en relación el infractor, pero que se ubica ante un aparato represor que no contempla una emisión legal por verdadera *necesidad* ferrajoliana,²⁵ que implica racionalidad jurídica, sino por decisión política del príncipe.

Esto es, el Código Penal en tanto instrumento de política criminal inscrito en el amplio concepto alemán de seguridad pública, resulta ser un ordenamiento amenazante, a fin de lograr esa coexistencia pacífica entre personas, y su limitante es el autocontrol político del legislador, que busca prevención del crimen y represión al infractor bajo principios de “máxima restricción”, que logran contener una casi absoluta pretensión coactiva como única propiedad esencial del derecho, tan sólo limitada por una “pretensión material de corrección”, a su vez implicada en decisiones políticas sobre necesidad o no de pena, al atribuirse a ese infractor, desde criterios objetivos de imputación y presencia de *tipos valorativos*, una culpabilidad ya vacía y sin posibilidades de una auténtica corrección normativa o axiológica, sino sólo derivada de su sentido material hallado en esa incolumidad por seguridad pública, de los derechos de todos.

²⁴ Jakobs, Günther, *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*, trad. de Teresa Manso Porto, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001. *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*.

V. EL RADICALISMO FUNCIONALISTA

Hay alteraciones sustanciales en las ligazones intelectuales entre la finalidad (función social normativa) del derecho de Jhering y su concepto de *responsabilidad subjetiva* y ese criterio restrictivo de autor e *imputación objetiva*, por más que Lesch,²⁶ uno de los más significados defensores del llamado *radicalismo funcionalista* en derecho penal, seguidor indiscutido de Günther Jakobs, al plantearse la dicotomía entre dogmática naturalista y normativista bajo el capelo de aquel famoso dilema que se ha colocado corrientemente para distanciar a Welzel²⁷ de estos pensadores, visto en esa confrontación de *ontologismo versus normativismo*, afirma cuando alude a la *función* que debe adornar al derecho penal en búsqueda de su ejercicio razonable —dice— consiste en la *garantía de las condiciones fundamentales de la vida en común del ser humano*, valiéndose para esa afirmación de una cita puntual a la obra de Jhering.

Por otro lado, si la preocupación central de Roxin es el innegable principio de igualdad entre las personas, él mismo compromete su auténtica vocación al plantearse un concepto de imputación objetiva, esto es, desde el legalismo y no desde razones justificativas del autor, con lo que esa igualdad pretendida queda bajo un rasero inadmisibles, que desconoce la desigualdad entre los hombres y que en el acto de justicia²⁸ se anhela un acto de igualación entre desiguales al conocer y resolver con base en una apreciación axiológica y no meramente objetiva.²⁹

Es encomiable el empeño de estas teorías funcionalistas del derecho penal que buscan un sistema punitivo sistematizado y aplicable a una

²⁶ Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, trad. de Javier Sánchez Vera, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

²⁷ Welzel, Hans, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma Editores, 1956; *El nuevo sistema del derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1964.

²⁸ Véase González de la Vega, René, *Justicia e ideología*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, serie doctrina. Los hombres son iguales ante la ley, pero siempre debe reconocerse la desigualdad entre ellos ante la alteridad que implica el acto de justicia, en el que se aspira a un acto de igualación entre desiguales.

²⁹ Es preciso decir también que, por otro lado, el criterio restrictivo de autor, que deriva en la cuestión de la imputación objetiva, que halla uno de sus sostenes más relevantes en la estimación de que los tipos penales son tipos de autoría y no de acto, ante las aportaciones roxinianas sobre coautoría y dominio del hecho, se pronuncia por crear tipos penales específicos para los autores laterales en la comisión delictiva (incitador y apoyador doloso), con lo que sí fractura el principio de igualdad ante la ley, frente a una misma comisión criminal.

compleja realidad social, en la que los defectos de comportamiento de las personas, que colocan en situación de riesgo o daño esa coexistencia pacífica son distintivas de las sociedades modernas, sin embargo, su empeño las lleva a un sistema penal que abandona, a pesar de las exigencias del principio de irradiación ya explicado, el sentido de lo humano (dignidad) si a contenidos de sus acciones se hace referencia, esto es, a sus propias razones explicativas y justificativas en el comportamiento, pues ven defectos objetivos.

Bien afirma García Amado,³⁰ “es como si aceptaran que se trata de jugar un juego en el que todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmitificado en cuanto a pretensiones últimas”.

Explíquese con el propio autor que el radicalismo funcionalista pretende realizar un par de análisis diferentes, atendiendo, por un lado, la mera explicación de la *razón de ser* con el fundamento de su sistema jurídico-penal para ubicarse en la *visión externa* de su teoría, y, por otro, un *discurso interno* que admite el primer punto de vista en sus consecuencias para fundarse:

El hecho de que Jakobs y sus seguidores no distingan entre esos dos niveles de su discurso o análisis y de que más bien pretendan fundar el segundo en el primero, les conduce a verdaderas aporías y a más de una inconsecuencia. En el trasfondo quedará la pregunta de cuánto podría aportar a la teoría del derecho penal una asunción más profunda y rigurosa de los planteamientos de Luhmann.³¹

Bajo esas tendencias se retorna a aquel mito de la experiencia purificadora de Kelsen que se asentó como: *cualquier contenido arbitrario es derecho*, al colocarse lo relevante de la producción normativa en los procedimientos legislativos y no en los contenidos de la ley, pues con los funcionalistas se abren vías anchurosas para justificar *cualquier tipo de*

³⁰ García Amado, Juan Antonio, “¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal”, *DOXA*, núm. 23, Alicante, 2003, p. 233.

³¹ *Idem.*

*sistema penal*³² que sometiendo al hombre logre su anhelado mantenimiento de lo colectivo o la coexistencia pacífica.

Jakobs explica esto afirmando que su discurso es meramente descriptivo y no alude a ninguna utopía, buscando resultar *neutro*, lo que desde luego se pone en duda, pues un sistema así, bajo los modelos de dominio actuales desde el poder político y económico, no es congruente con esa aspiración, circunstancia que bien se explica con las teorías del discurso y del control social.

Al retrotraer lo revisado, precisamente, en materia de *teoría del discurso*, por doctrina, dentro de esta concepción luhmanniana del derecho penal en la que la *teoría de sistemas* advierte al sujeto sólo como vehículo de la comunicación para construirlo según convenga al propio sistema social, es de decir entonces con el propio García Amado que: "...no se castigaría penalmente al individuo que realmente delinque (con su impuntabilidad, su culpabilidad, etcétera, en cuanto atributos de su específica individualidad que lo hacen por sí mismo acreedor al castigo), sino al sujeto que el sistema edifica como delincuente".³³

Esto obliga a revisar la concepción del acto creativo de la ley penal a partir de las consideraciones de Luhmann,³⁴ según consejo del autor español precitado. Este autor alemán que supuestamente funda el argumento jakobsiano, resulta ser un eslabón fundamental en el objeto epistemológico que ahora se debate, pues hoy día se mira una transitoriedad entre la función normativa propiamente dicha y los procesos (políticos) de producción del derecho que se vislumbra, si así quiere verse, desde la contrastación entre Estado y sociedad civil en su modo más empirista (Locke), con el solo objeto de remarcar esta necesidad *diacrónica* en el argumento.

El autor referido tiende desde su *funcionalismo renovado* a una visión abierta en la "disponibilidad política" para retomar un óptimo oportunismo en el acto creativo legal, con lo que se injiere al derecho de ese verdadero "funcionalismo" esperado por la sociedad, más allá de su papel protector y más bien reestabilizador.

³² *Ibidem*, p. 236.

³³ *Ibidem*, p. 255.

³⁴ Luhmann, Niklas, *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, Madrid, CEC, 1983.

Es preciso luego entonces con Luhmann advertir una intermediación entre esas *expectativas normativas y cognitivas* que ante su irreductibilidad arrojan incertidumbre y la llamada *selectividad política* del derecho, con lo que se entiende esa reasunción de la *política criminal* como la auténtica conductora de la creación normativa sin reparos en la teoría del derecho más clásica.

El modo de comprender al derecho como un *sistema abierto*, implica, por tanto, mantener abierta para cada norma una suficiente capacidad de encontrar *decisiones vinculantes* de modo contingente, para hallar en ello esa pretensión de corrección material que aporta Roxin³⁵ y que, como ya se dijo, resulta ser factor de decisionismo político y no jurídico.

El *quid* del asunto debe buscarse en los defectos del comportamiento, frente a esas expectativas aludidas, ya en lo normativo (qué espera el derecho de las personas), ya en lo cognitivo (qué esperan las personas del derecho). Las complejidades del derecho penal moderno, a la luz de ese impulso de sistematización de sistemas, arroja el conocimiento del derecho a terrenos francamente autoritativos y coactivos, sin ninguna pretensión real de corrección, con base axiológica, en abandono de un derecho “que debe ser”, esto es, fundado en juicios normativos, pues ese defecto en el comportamiento no se advierte desde el ejercicio de libertades, sino desde factores enteramente objetivos.

VI. LA ESTANDARIZACIÓN NORMATIVA

Ello implica —como se sabe— forzosamente, una *estandarización normativa* que brinde la posibilidad de que los delitos de resultado se mantengan practicables,³⁶ pues según se ha mirado en las nuevas corrientes del *iuspensalismo* funcionalista, el orden jurídico garantiza esa *expectativa* de que el “otro”, el “prójimo” es fiel al derecho, o en caso contrario se comporta de manera culpable *ipso iure*, esto es, vaciado ya el concepto de culpabilidad, desde esa imputación objetiva.

Se advierte ya en Jakobs una total independencia del estado psíquico —conocimiento o no conocimiento— en ese comportamiento culpable y por ello infiel, y por lo mismo nadie en esa sociedad anónima puede pro-

³⁵ Cfr. Roxin, *op. cit.*, nota 7.

³⁶ Jakobs, Gunther, *op. cit.*, nota 24, p. 16.

nosticar y luego entonces, de tomarse en cuenta ese estado psíquico, se interferiría la tarea de orientación asignada al derecho,³⁷ según afirma el mismo Jakobs.

La determinación de ese comportamiento no permitido se logra mediante la incorporación de la categoría de la *imputación objetiva* a la propia teoría de la imputación sin atender el resultado ni menos aún esas *razones justificativas* del agente comisario a consideración de la potestad jurisdiccional.

Ya se ha apuntado que estas corrientes del penalismo repugnan de la llamada *cognoscibilidad de la prohibición* y de ahí que esos déficits cognitivos que se condicionan por la predicha anonimidad se compensan mediante aquellos *estándares normativos*.

El derecho penal, entonces, tiene la función de garantizar no la protección de derechos sino tan sólo la fidelidad suficiente al orden jurídico. Esos estándares normativos de la imputación objetiva no logran tomar en cuenta las capacidades de las personas sujetas a la norma, y tan sólo refieren la interpretación de la norma misma, que por supuesto se estandariza también.

Para ello, el propio Jakobs argumenta:

Cuando se dice, por ejemplo, que hay que castigar al que lesiona a otra persona, corresponde averiguar que significa lesionar ¿lo es también, por ejemplo, alcanzar un cuchillo muy afilado a una persona de la que se sabe por experiencia que es poco juiciosa, o proporcionar sustancias sicotrópicas a alguien que es drogodependiente pero todavía responsable, o la iniciación de obras de gran magnitud en las que el riesgo de lesiones (literalmente) salta a la vista en el hecho de que se haya instalado en ella un puesto de primeros auxilios? Se trata, por lo tanto, no de trazar la frontera entre el comportamiento con significado de lesión en función de la simpatía por el riesgo o del temor hacia el mismo por parte del autor individual, sino de estandarizar dicha frontera. Y esta estandarización es necesaria, como se ha dicho, porque nadie se puede regir por un trazado individual de fronteras correspondiente a otro, debido a la anonimidad de éste último, es decir, porque sin estandarización se perdería orientación.³⁸

³⁷ *Idem*.

³⁸ *Ibidem*, p. 18.

Con el mismo autor es dable informar que la imputación objetiva ha sido concretada de manera practicable a través de institutos como el del *riesgo permitido*, entre otros bien diferenciables entre sí en esta postura funcionalista. Debe advertirse, sin embargo, que la *insuficiencia objetiva* vista en el comportamiento de cada sujeto lo lleva, en términos de esta *teoría del riesgo permitido*, a ser imputado desde la objetividad más plenaria de la ley en vigor. Aunque esto es un supuesto riesgo permitido que en verdad resulta inconmensurable por el legislador, se incrementa bajo decisiones objetivas, debe decirse que tal no puede argüirse como lesión a juridicidad en atención a los derechos y deberes que informan al hombre plenario.

Es preciso en todo caso, por razones de comportamiento ante ley heterónoma, que el supuesto de derecho se realice a fin de estar en condiciones de fundar responsabilidades ya objetivas, ya de índole subjetiva, con base en juicio de valor desde la potestad jurisdiccional.

VII. UNA CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA

Dentro del llamado “vuelo teórico” que procura emprenderse en la comprensión del derecho como ciencia humana, esto es, advertido como mero dato de cultura juridizado, para equilibrar y abordar, entre otras posturas y simultáneamente, *iuspositivismo* y *iusnaturalismo*, que desde luego no son ideologías contrapuestas, sino complementarias, según ya se decía en las primeras líneas de este documento, al atenderse no el origen de las normas jurídicas, sino sus juicios de validez y de justicia, sin soslayar la necesaria vigencia de la ley, permite al analista ubicarse mejor en una propuesta epistemológica para estudiar de manera completa, congruente y sistemática, que redunde en posibilidades de validación del conocimiento, la metodología aplicada y las estructuras y funciones de diversas doctrinas penales, teorías generales y particulares, para arribar con éxito a las cuestiones tan relevantes de la razón práctica y la argumentación jurídica.

Es claro que hoy mismo, los tratadistas del derecho penal se ocupen de la potencia del legislador en esta materia de tan grande relevancia, para procurar el asentamiento legítimo de la norma jurídico-penal. Aunque para llegar a ese conocimiento han decidido dejar el viejo método dogmático jurídico que durante el siglo XIX se propuso como medio idóneo

de contención del legislador, a través de la deducción científica de reglas desde reglas, según se impuso por la primigenia *jurisprudencia conceptualista* de Savigny; lo importante era, aducían estos primeros dogmáticos, la manipulación y combinación de los *conceptos normativos*, para no dejar a meros intuicionismos y emociones legislativas el acto creativo de la ley penal. De ahí, a argumentar en torno a la psicología del legislador para desentrañar el sentido de esos conceptos, y más tarde a buscar la llamada “voluntad de la ley”, como primer acercamiento sistemático a la aplicación del derecho. Todo esto se montaba en una concepción ideológica derivada del *iusnaturalismo* y de la carencia del principio de supremacía constitucional que dejaba al legislador ordinario en un ambiente verdaderamente libre en sus decisiones.

El preinvocado Jhering destruye este conceptualismo, pues lo importante es la vida misma de los hombres y no los conceptos normativos, según explicó y entregó su *jurisprudencia de intereses*, como medio pragmático para estudiar el derecho y mirarlo como sistema coactivo que busca finalidades sociales. En esos años del diecinueve era importante ese decir, a fin de desmitificar un derecho esencialmente dogmático, para autorizar a su discípulo Liszt a comprender una conducta criminal estrictamente causalista, pero injerida de un factor psíquico que aludía a culpabilidad, al introducirse el concepto de *responsabilidad subjetiva* aportado por su mentor Jhering.

Al ya no estacionarse el modelo *iuspenalístico* en las añejas tradiciones románicas, que comprendían sólo un concepto de *potestas* miradas en la sola responsabilidad objetiva, derivada de la normativa aplicable y comprender al hombre delincuente desde sus interioridades psicológicas, para sustentar el juicio de culpabilidad, exigieron que esa conducta criminal se distinguiera por un nexo psíquico entre el autor y el hecho reprochable mismo. Liszt logró la primera sistematización jurídica moderna del derecho penal, pero infundido por el positivismo científico de su época, que finalmente incursionó en los ámbitos del derecho para acudir a lo comprobable empíricamente, advertido en la norma positiva misma, hubo de echar mano de ingredientes extrasistémicos pero ineludibles, como la política criminal, para procurar centrar los impulsos legislativos y no volver a aquella dogmática conceptualista ya rebasada.

La combinación era exitosa y produjo el ya afamado Programa de Marburgo, para imponer el sano criterio de que el legislador penal no

puede disponer a su antojo de la creación normativa, y la misma debe sujetarse a esa política que entre sus cualidades científicas, fija “techos” de criminalización y punición a comportamientos humanos a fin de evitar desbordamientos anacrónicos en el desarrollo del derecho penal. Entonces, los ordenamientos punitivos emitidos por el legislador ordinario, en ausencia de un verdadero principio de supremacía constitucional, debían convertirse en esa “magna carta del delincuente” que ya no quedaba a merced de leyes draconianas o efectistas, desde un mirador de oportunismo político. El delincuente no podía ser sancionado más allá de esos límites legales prefijados por el orden jurídico, tenido así por garantía de sus derechos ante posibles abusos del poder.

Estos avances de fines del siglo XIX eran importantes y en su hora, ese factor extrasistémico que permitió “abrir” el sistema jurídico-penal desde política del Estado liberal burgués, se enriqueció con otro factor de esa naturaleza, aportado por Ferri y su sociología criminal, que permitía comprender mejor el quehacer y profundidad del hombre delincuente.

Otra garantía se adicionó a esa conducta culpable de Liszt, buscándose un trabajo más fino de legalidad. Beling aportó su concepto del *Tatbestandsmäßigkeit*, para, en materia penal, incursionar en la necesaria declaración de relevancia jurídica del hecho, a partir de una mera “confirmación ponderada” del mismo. Esto es, un estricto juicio de hecho o de determinación que permitía la equivalencia conceptual del hecho con la norma positiva, a fin de proteger aún más al infractor. La conducta típicamente culpable era declarada ilegal desde un juicio normativo que admitía en esa “confirmación” una *ratio cognoscendi* de dicha relevancia jurídica. La “conducta típica” acusaba ya la posibilidad jurídica de montar un verdadero juicio de valor en los terrenos de la culpabilidad, vista entonces desde miradores psicológicos.

En estos avances, tras la experiencia de Weimar y un legislador reuente, emergen con fuerza inusitada las propuestas de la hoy llamada “ráfaga kelseniana”, que todo lo impregnó e influyó a partir de sus aportaciones purificadoras en el estudio del derecho. Kelsen es un dogmático si se admite que atiende en su modelo el conocimiento aislado del derecho “que es”, pues él mismo traduce desde el deber ser, un ser jurídico, que merece un abordaje meramente descriptivo de las estructuras lógico-normativas, para sumirse en un estudio abocado a la norma jurídica positiva desde su más aislada sustantividad. El modelo kelseniano es de

enorme validez científica, pues al decidir construirlo sólo desde ese contexto descriptivo evita toda tentación de caer en la emisión de juicios de valor. Su escepticismo en torno a cuestiones axiológicas o sociológicas en sus aportaciones no lo llevan a su negación, sino tan sólo a su alejamiento en su propuesta de purificación. En realidad puede estudiarse a Kelsen sin traer forzosamente su conocido *relativismo axiológico*, para atender sólo sus conceptos sobre la estática y la dinámica jurídicas. En la primera visualiza normas jurídicas objetivas continentales de derechos subjetivos, para mezclar ambas dimensiones del derecho; en la segunda habla de reglas procesales que indican los modos correctos para emitir normas jurídicas desde otras normas jurídicas, a fin de brindarle al derecho esa pureza que se busca.

Con esa postura, el *iuspositivismo* se yergue sólido en el siglo XX al estimarse que lo relevante en la normativa jurídica es el modo de producción normativa, sin acudir a sus contenidos, dado que ello llevaría a juicios de valor ajenos a esta pureza. Con Kelsen se comprende que una norma superior permite la emisión de una norma de menor jerarquía, para edificar la ya famosa pirámide legal. Esa sustentación de norma por norma va escalando la pirámide y llega un momento en el que se topa con el vértice superior. La creación de una norma suprema no interesa a la teoría pura, pues seguramente se funda en razones culturales implicantes de valores sociológicos, ajenos al conocimiento jurídico, y, entonces, Kelsen llama a ese vértice: *norma hipotética superior*. Es el austriaco entonces, como lo desenmascara Ross,³⁹ un verdadero *iusnaturalista encubierto*, pues resulta imposible concebir una Constitución histórica que nunca existió y todo debe, finalmente, de provenir de un primer momento de inmanencia, esto es, de *iusnaturalismo*.

Pero el positivismo jurídico no creyó en ello, y si hemos de hacer caso a Bobbio,⁴⁰ esta corriente ideológica puede mirarse desde un triple mirador: como forma de acercamiento al estudio del derecho sólo a través de la norma positiva; como construcción de una teoría del derecho bajo el concepto de sistema coactivo, y en tanto teoría de la justicia, que llanamente se percibe desde una norma expedida según reglas de creación normativa, que genera una norma vigorosa y válida y por ello justa.

³⁹ Ross, Alf, *¿Por qué democracia?*, Madrid, CEC, 1989.

⁴⁰ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, México, Fontamara, 2004.

Con esas bases mínimas de la purificación kelseniana el *iuspenalismo* más radical se regocijó en momentos de enorme convulsión política. El nacionalsocialismo desde 1933 a 1945 logró aportar un modelo dogmático del derecho penal que aun hoy impregna las inteligencias y promueve la concepción de lo jurídico punitivo. La brillante construcción teórica de Mezger⁴¹ apuntó a una nueva estructuración de la metodología y a la elaboración de una *teoría del delito* de corte autoritario a partir de un bien cincelado “normativismo axiológico” que derrumbó las añejas tesis psicologistas que campeaban desde el clasismo de Liszt.

A fin de dotar al Estado autoritario al que lamentablemente sirvió, de un instrumental punitivo —*ius puniendo*— verdaderamente vigoroso; válido en términos kelsenianos desde esa forma de construir una teoría de la justicia, y finalmente eficaz, confundiendo en la estática jurídica ese supuesto derecho subjetivo del Estado a castigar (*ius puniendi*) y el derecho objetivo emitido (la tipicidad se erigió en tanto *ratio essendi* del delito), le otorgó a la norma jurídico-penal capacidades de valoración que repudiaron toda injerencia de los aspectos externos del delito, para comprender que lo criminal es lo “desvalorado objetivamente”, esto es, desde la propia ley, autorizándose, entonces, una visión *nomopoiética* del derecho penal, que se miró a sí mismo como “soberanamente constituido”, sin necesidad de atender una inexistente norma hipotética superior.

Desde esas épocas es que viene esa “sensación” derivada de meros procesos de creencia y no de conocimiento⁴² en las filas del dogmatismo penal, consistente en que el código punitivo no emana, en tanto ley ordinaria que desarrolla o satura normas constitucionales, de ninguna *lex superior*, pues basta la atribución otorgada al legislador para establecer o definir delitos y fijar penalidades,⁴³ a partir de ubicar dañosidades o quebrantamientos del deber que se montan como lesiones a juridicidad y no a libertades o facultamientos humanos.

El fácil expediente tomado desde la purificación kelseniana que permite asumir al derecho positivamente válido por sus procedimientos de creación legal desde otras reglas jurídicas, sin atender contenidos normativos que versaran sobre juicios de justicia, llevó a esta Escuela a edificar un derecho profundamente injusto, aunque tenido por dogma inconmovi-

41 Mezger, Edmundo, *Derecho penal*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1958.

42 Véase, Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, España, Trotta, 2003.

43 Véase artículo 73, fracción XXI de la Constitución mexicana.

ble, que prohibía o mandaba comportamientos. Se desembocó en una realidad atroz: cualquier contenido arbitrario es derecho.

La irracionalidad de Kiel informa de estos resultados. La ley era capaz de regular los procesos causal-explicativos desde la “relevancia de las condiciones”; también de aportar nociones formales y materiales conmensurables de la contrariedad a derecho y a calcular desde la norma jurídica valoraciones en la posible permisión de conductas y resultados dañosos. El legislador se vio omnímodo y resolvió con base en los intereses del príncipe, en torno a lo dañoso y a la comprensión del deber quebrantado.

El discurso pretende ser meramente descriptivo como recomendó Kelsen, pero se agregan ahora posibilidades de juicios de valor desde un normativismo exacerbado. Esto es, traicionan al *iuspositivismo* clásico al renegar del sistema procesal de producción normativa y se refugian en las posibilidades ilimitadas del legislador ordinario y sin embargo, a partir de ello se quedan con la forma de acercamiento a la experiencia jurídica a través de la sola normativa positiva —dogma—; con esa teoría perspectivista de la justicia (norma vigorosa = norma justa), y con un sistema coactivo desde un príncipe capaz de castigar por decisionismo unilateral.

Esta Escuela dogmática jurídico-penal elevó toda una teoría del delito sólidamente construida, y heredó a la posteridad rutas de abordaje a la experiencia jurídica, muy notables, tanto que hoy mismo prevalecen muchos de sus reductos intelectuales, interesándonos ahora mismo el papel omnímodo del legislador penal. Se ha seguido insistiendo bajo moldes que procuran contener esa actividad legislativa de diversa naturaleza, en ese sentido dado al código penal de ser ley soberanamente constituida,⁴⁴ que no atiende límites positivados en lo constitucional o en el orden jurídico secundario y se emite bajo decisionismos del príncipe, a fin de lograr el cumplimiento del deber, de evitar dañosidades inaceptables, de mantener incólume la juridicidad, de preservar la coexistencia pacífica en sociedad o de sostener la identidad normativa en un sistema social.

Epistemológicamente, entonces, se parte de una posición *iuspositivista* que no admite teóricamente ni un mínimo de derecho natural,⁴⁵ pues el

⁴⁴ Mezger, Edmundo, *op. cit.*, nota 41.

⁴⁵ Véase Hart, Herbert L. A., *El concepto de derecho*, trad. de Genaró R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.

legislador es omnímodo y el analista jurídico toma su norma válidamente positiva, la erige en dogma inmovible y le atribuye capacidades normativo axiológicas, que fundan la Escuela *iuspensalista* más influyente y asume contextos discursivos intercambiables entre lo analítico, lo sintético y lo normativo, permitiéndose inválidamente aludir a cuestiones de evidente objetividad como la conducta causalista, para contrastarlos con factores normativo-axiológicos (tipo y antijuridicidad) y llegar de premisas fácticas a conclusiones deónticas en el juicio de reproche. Eso que es inválido científicamente, compone la estructura y funcionamiento de las teorías dogmáticas, que no quisieron saber de límites al legislador.

No se trata en esta crítica de proponer al legislador que desarrolle su atribución política, derivando el deber ser del ser, para imponer un límite ontológico que denuncia una infranqueable frontera entre uno y otro conocimiento. Pero sí de procurar llevar ese acto legislativo de puras hechuras políticas por decisionismo, lo que coloca al derecho penal en una posición enteramente autoritativa y coactiva, a una posición dentro de la racionalidad jurídica, que permitiría brindarle a nuestra materia un carácter ideal y crítico, que lo complemente y que entonces sí, con plena validez científica, podrían realizarse discursos descriptivos y normativos por separado, pero contemplando toda la *representación general* del evento criminoso, en términos del conocimiento kantiano.

Esa Escuela dogmática resulta entonces desde epistemología, inválida por su contexto discursivo impuro, pero también incompleta, por atenerse en todo caso a un análisis empírico-analítico con posibilidades de valoración (imposibilidad técnica) en abandono de un integral juicio normativo-analítico, que le brindaría una naturaleza distinta y verdaderamente democrática.

VIII. LOS LÍMITES AL LEGISLADOR

En las postrimerías del siglo XVIII, ya juridizados los derechos naturales correspondientes al hombre y al ciudadano, erigiéndose el Estado liberal-burgués del siglo XIX, y laicizado el derecho, emerge con toda propiedad jurídica una autoridad, ya no sólo vista como monarca imparitidor de justicia, sino ahora de manera notable, como legisladora. Un primer temor consistía, por razones de momento histórico, en la vuelta a absolutismo, apenas dejado atrás unas décadas antes, por lo que a partir de

la división de poderes en marcha, se coloca al legislador bajo límites de distinta naturaleza de alguna forma ya comentados líneas antes: deducción científica de reglas jurídicas desde conceptos normativos; conocimiento real de la psicología del legislador; emergencia de derechos subjetivos públicos necesitados de reconocimiento en derecho positivo para su protección; políticas públicas de orden criminal que orientaran la actividad legislativa; programas que asumieran al ordenamiento punitivo como garantía de máxima restricción al infractor; erección del *iuspositivismo* clásico y kelseniano, que desideologizara el estudio y comprensión del derecho; modos de producción normativa reglados por jerarquía normativa; conducción del principio de legalidad e introducción del concepto de tipicidad; una exigencia de vinculatoriedad jurídica entre los derechos fundamentales y los desarrollos legislativos.

En fin, toda una oferta de contenciones al legislador que, sin embargo, a partir de las aportaciones revisadas del derecho nacionalsocialista, se despegó de ellas y se miró omnímodo según se advirtió ya. Diciéndose *iuspositivista*, no abreva de esos principios aludidos líneas antes o los utiliza a su conveniencia; reniega del principio de jerarquía normativa, pues el legislador penal simplemente puede “establecer los delitos y fijar las penas por su comisión”, sin atenerse a criterios de desarrollo o saturación de normas fundamentales⁴⁶ relativas a libertades y facultamientos; al principio de legalidad lo ubica de manera muy genérica y deja entonces al príncipe en libertad absoluta de generar la figura típica de su antojo, para autorizar la criminalización; el viejo concepto de Estado liberal-burgués meramente legalista en contraposición a un Estado constitucional, a pesar de desenvolvimientos de esa entidad jurídico-política a estadios de orden social y democrático de derecho, no se asientan en los campos del *iuspenalismo* y se emiten leyes sin mayor justificación que se merece el nuevo Estado de este siglo. Eso se mira en las actuales argumentaciones que insisten en un “Estado limitado” por autocontrol, para fundar un exiguo principio de “máxima restricción”, tan rebasado ya por la teoría del derecho, que mira con recelo esa autocontención del poder, pues ya Zagrebelsky⁴⁷ advierte hoy, que lo sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad absoluta.

⁴⁶ Véase Constitución Española en cuanto al concepto de Ley Orgánica, destinada a desarrollar o saturar derechos fundamentales.

⁴⁷ “El segundo (El Estado-ordenamiento), en cambio, era por su propia naturaleza señor de la ley, por lo que no podía estar sujeto a ella: estar sujeto a sí mismo no es suje-

El principio de vinculatoriedad, emergente de la segunda posguerra, que obliga a los poderes públicos a conducirse en respeto a los derechos fundamentales, en el caso del legislativo se admitió sólo bajo ese criterio de “máxima restricción”, y hemos sido testigos de cómo se ha saltado ese “techo”, hasta criminalizaciones inopinadas, elevación y agravación de penas y declaración de “derechos penales del enemigo”. Los diversos controles del poder, a modo de garantías jurídicas contuvieron con éxito a los poderes Ejecutivo y Judicial, pero a pesar de tribunales constitucionales que dentro del principio de tolerancia a minorías políticas ha admitido acciones de inconstitucionalidad frente a leyes vigorosas, pero eventualmente inválidas materialmente, el Poder Legislativo no ha querido reconocer límites bajo la circunstancia ya comentada de que el acto creativo legal se corresponde al área de la ciencia política —razonabilidad— y no a la teoría del derecho —racionalidad—.

Ya en la segunda mitad del siglo XX, el pensamiento jurídico alemán se recata por razones obvias y aporta visiones diferentes, alusivas a los límites negativos o positivos al legislador ordinario. El *finalismo* de Welzel⁴⁸ se construye por razón evidente como reacción al puro naturalismo causalista y en revisión estricta a lo neokantiano. El peso de las elucubraciones filosóficas se halla —dijo— en aquellos contenidos ético-sociales (ideal constitutivo) que deben investir la experiencia jurídica (ideal regulativo) para despojarla de puros sentidos utilitaristas, dado su origen meramente causal-explicativo. En su momento, con Welzel emerge el *nexo final*, esto es la conducción entre querer, entender y motivar, para abandonar el viejo concepto de *nexo de causalidad*. Las razones justificatorias (finalidades de la acción) y las explicativas (motivaciones internas del agente) en las conductas del hombre, vienen a cobrar especial relevancia en estas cuestiones, al reconocer en el hombre *dimensión de sentido*, y, con ello, *cognoscibilidad de la prohibición*, que hoy con fuerza niegan las teorías funcionalistas en su vuelta a nomocracia.

ción, sino libertad. Desde el punto de vista del Estado como legislador, los derechos no podían concebirse como una limitación al mismo, sino sólo como una *autolimitación* y como una *concesión*. Los derechos existían en la medida en que el legislador los hubiese no ya reconocido, sino creado, y el derecho subjetivo del individuo respecto a la autoridad pública consistía exclusivamente en la capacidad de invocar normas jurídicas en su propio interés”. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 1999, p. 48.

⁴⁸ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 27.

El paso de una visión enteramente normativista a otra de raíces ontológicas fue en definitiva lo que en su hora los detractores de Welzel argumentaron en su contra en procura de su desprestigio, pero su propuesta prosperó en gran medida por esa aportación de límites negativos al legislador. La crítica se centró en su proposición en torno a *estructuras lógico-objetivas* conformadoras de entidades prejurídicas y antropológicas —el centro de gravedad retorna al hombre plenario— para construir un sistema de la noción ontológica de la acción que por supuesto influye al creador de leyes, y, por ende, “lo ata” (límites negativos) a esa preconcepción y le resta libertad y omnipotencia, destruyendo entonces todo el andamiaje dogmático previo y ya revisado. El razonamiento welzeliano se atrevió a decidir que dentro de las categorías del conocimiento no puede prescindirse de la noción del “ser”, pues las categorías gnoseológicas se integran también de las ontológicas.

Al final de la Segunda Guerra Mundial llegó a aceptarse que las posturas estrictamente positivistas o naturalistas resultaban insuficientes en sí mismas para fundar el conocimiento del derecho en su integridad. Para Welzel una teoría del derecho que se considerara “completa” habría de asumir lo mejor de ambas posiciones. Ésta era la única manera de poder garantizar un orden que fuera al mismo tiempo seguro y valioso, esto es, que contara simultáneamente con los medios prácticos del positivismo jurídico y con el reconocimiento al valor ético de las personas. Esta fórmula fue la única manera para conseguir el principal objetivo del derecho en este posicionamiento. Welzel argumentó: “sin la positividad, el derecho es simple abstracción o aspiración ideal de un orden posible; sin su nota axiológica fundamental es mera fuerza incapaz de cumplir con el postulado originario de toda ordenación: la protección del ser humano”.⁴⁹

Welzel no acepta, por supuesto, y bajo esas consideraciones la tesis positivista del legislador ilimitado. El científico del derecho como cualquier otro individuo, no tiene por que aceptar —informa— sin más, cualquier orden jurídico.⁵⁰ El argumento sobre la superación del caos (Hobbes) y la seguridad de todos favorece a la teoría de la decisión auto-

⁴⁹ Garzón Valdés, Ernesto, “Caracterización de conjunto de la personalidad y de la filosofía jurídica de Hans Welzel”, en Recaséns Siches, Luis, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Porrúa, 1963, t. II, p. 926.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 924.

ritaria como el mejor medio de imposición de reglas de conducta, y eso explica uno de los fundamentos sobre la existencia del derecho en los términos ya analizados, pero de ello no se deriva, según Welzel, que la autoridad legislativa no se encuentre limitada. Para este autor existen ciertos datos en el ámbito del ser que imponen obligaciones relativas y en el ámbito del deber ser que imponen límites absolutos. Los primeros asegurarían la efectividad de las normas jurídicas, en tanto los segundos, su obediencia. Los límites de carácter relativo se encuentran en las ya mencionadas “estructuras lógico-objetivas”. El único límite que puede ser considerado como absoluto, es el valor ético de las personas. Por esa razón, para nuestro autor, la libertad irrestricta del legislador sólo puede garantizar por sí sola la existencia del derecho, más no su valor obligante.⁵¹

De ahí que para poder justificar la aceptación del orden jurídico se necesita recurrir a principios morales. Con dicha concepción, Welzel quiere decir que la tesis hobbesiana era únicamente suficiente como explicación de los fundamentos de existencia del orden jurídico, pero no para justificar la aceptación por parte de los miembros de la sociedad.⁵² La tesis positivista de la omnipotencia del legislador sólo tiene en mente la preservación del orden sin tomar en cuenta el valor adicional del derecho. Es por esto que para Welzel el único y verdadero problema del positivismo jurídico es su teoría sobre la omnipotencia del legislador.⁵³ Los límites negativos aportados por Welzel al creador de leyes, se remarcan al decir: “la violación de estas estructuras (lógico-objetivas) no significa que la regulación no sea válida, sino que no logrará su fin, es decir, que se ha dictado una regulación con lagunas, contradictoria y no objetiva”.⁵⁴

Welzel acepta un límite de carácter absoluto: la autonomía ética de las personas. Para él éste es el único principio de este tipo. Para llegar a esta

⁵¹ El axioma kantiano dice: “actuar el deber no es suficiente, hay que realizarlo por sí mismo, sin mezcla de otras intenciones, como serían la felicidad, el placer o el interés; todo esto haría a la persona mezquina y egoísta. Pero actuar el deber por puro respeto al deber, eso es lo único que tiene valor moral. El fundamento de moralidad es, pues, el puro respeto al deber”. Gutiérrez Sáenz, Raúl, *Historia de las doctrinas filosóficas*, México, Esfinge, 1995, p. 149. Vale la pena recordar que en la cultura germana, en relación con el deber, lingüísticamente distinguen entre *sollen*, como deber impuesto y *müssen*, en tanto deber autoimpuesto. A la norma jurídica se le admite desde esta última acepción.

⁵² Garzón Valdés, Ernesto, *Seguridad jurídica y equidad*, México, DEP, 1992, p. 301.

⁵³ Welzel, Hans, *op. cit.*, nota 27, p. 30.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 36.

conclusión distinguió conceptualmente entre el poder y la obligación. El derecho como poder coacciona, como valor obliga. Por lo tanto, el derecho no es únicamente poder protector, sino es a la vez, valor “obligante”.⁵⁵

IX. LA INFLEXIÓN RECIENTE Y LOS DEBERES JURÍDICOS

Esa inflexión o cambio a que se refiere este apartado proviene de las aportaciones ya revisadas del emergente funcionalismo jurídico-penal, y que desde luego impacta el concepto de deberes jurídicos, colocados de cara a la protección y garantía de derechos fundamentales. Ya se analizó el sistema constitucional y normativo penal alemán en torno a su juicio de ilegalidad que resulta “proporcionalmente lógico” con el concepto superior de inconstitucionalidad, ahora fincado en ese principio de irradiación que se monta en el respeto a la dignidad humana, en tanto paraguas de toda la cobertura de libertades y facultamientos positivados, y de ahí que el ordenamiento punitivo se integre a ese propósito general de seguridad pública que tiende a la incolumidad de los derechos básicos, por lo que se entiende que un delito violenta una norma jurídica positiva, en tanto ésta, a su vez, ha establecido lo “ilegal”, o sea, lo que finalmente lastima derechos fundamentales.

Para ir diseccionando este pensamiento, deben conocerse distintos criterios; Roxin define su concepto de deber jurídico:

...podemos sostener que la esencia de los elementos del <deber jurídico> no reside en las particularidades destacadas por Welzel y Armin Kaufmann. En este sentido debe darse la razón a la crítica según la cual estos elementos sólo tendrían una <pretendida> especialidad. La esencia de los elementos del deber jurídico consiste en que el conocimiento de tales elementos, por regla general, implica necesariamente el conocimiento de la prohibición. Los elementos del deber jurídico comprenden —a pesar de su carácter descriptivo del hecho—, al mismo tiempo, la antijuridicidad. Con esta caracterización, algunos de los momentos de la antijuridicidad en el sentido de Welzel quedarán fuera del ámbito delimitado por nosotros, mientras que se incorporan otras circunstancias.⁵⁶

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 138.

Debe entonces recordarse que Welzel destruye el concepto formal y material de la antijuridicidad que había aportado el normativismo axiológico de Mezger, necesario para mensurar la contrariedad a derecho y colocar la genérica desvaloración objetiva del comportamiento o justificarlo y aporta su concepto de injusto personal, a la luz de la ya mencionada *cognoscibilidad de la prohibición*, admitida por el finalismo y repudiada por el funcionalismo. En estos terrenos más novedosos del funcionalismo, al hombre se le niega el conocimiento de esos elementos relativos a la prohibición, pues resultan ser factores del conocimiento pertenecientes al legislador.

Resulta natural plantearse la cuestión que atribula a Roxin sobre cómo actuar dolosamente a partir de un estricto conocimiento sensorial, pero sin conocer la esencia y significación de la cosa o el evento, pues ante tal circunstancia no se estaría en posibilidades de integrar el llamado *tipo total* (T + A),⁵⁷ con lo que sería imposible desvalorar objetivamente el evento criminoso.

Al negar toda dimensión de sentido en las personas y estimar entonces que esa esencia o significado es material conocido sólo por el legislador, estos autores no logran resolver sus tareas dentro de un estricto discurso descriptivo y buscan lo valorativo. Eso explica su necesidad de un dirigismo normativo visto como imputación objetiva a fin de cubrir esos déficits del conocimiento.

Véase con Jakobs este tema: “en términos usuales, se formularía probablemente: cada uno tiene el deber de no cometer ningún injusto. Ciertamente eso es correcto en la medida en que el injusto se define como aquello que uno no puede cometer; pero el derecho penal no garantiza que no se cometa ningún injusto...”.⁵⁸

Entonces para Jakobs el delincuente no muestra fidelidad suficiente por cuestiones sólo inherentes a él mismo, pues las expectativas cognitivas de los otros no han incurrido en error alguno. Por ello, el autor alemán propone que el comportamiento criminal no se llega a determinar según estados psíquicos del sujeto, *sino que se establece como baremo objetivo*. Con ello se supone que brinda al individuo un carácter “honorable de persona”, pues la pretensión normativa se dirige a ciudadanos y no a individuos *sin ataduras* vistos como “animales dañinos”.

⁵⁷ Tipo y antijuridicidad.

⁵⁸ Jakobs, Günther, *op. cit.*, nota 24, p. 14.

Si la *expectativa normativa* se confronta con un *déficit de fidelidad al derecho*, el individuo puede o no ser consciente de la insuficiencia, pero tal no interesa, pues el orden jurídico le imputa “su derecho” a la consecuencia jurídica de modo *objetivo*.

Jakobs redondea el aporte:

El derecho penal garantiza que se pueda esperar disposición para cumplir las normas; si falta disposición, ello no es una equivocación de quien la espera, sino culpabilidad del autor (lo que sólo constituye otro modo de expresar que el derecho penal garantiza la validez de las normas). En el entendimiento actual de la culpabilidad esto significa para los delitos de resultado: lo que el autor, supuesta en él suficiente disposición a ser fiel al derecho, hubiese evitado en cuanto a consecuencias maliciosas, ha sido realizado culpablemente. Al principio —se debe insistir de nuevo—, no existe nada subjetivo, sino una exigencia, a saber, la de una suficiente fidelidad al derecho y, en verdad, suficiente objetivamente.⁵⁹

Todo esto que resulta un tanto extravagante, finalmente quiere fundarse en ese sistema constitucional germano que incorpora las cuestiones *iuspenales* con las de seguridad pública, y lo que logran al exagerar y tergiversar las propuestas,⁶⁰ es hacer de lado la proporcionalidad lógica en-

⁵⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁶⁰ Debe ahora decirse que el funcionalismo radical admitido en estos autores que se revisan (Jakobs y Lesch), llega a desconocer ese principio de su régimen constitucional que se analiza, pues insisten en mirar el ordenamiento punitivo como respuesta a la necesaria recuperación de la identidad normativa perdida con la comisión delictiva. Como para Jakobs en su funcionalismo destaca la reestabilización del orden, en rigor desplaza la noción de bien jurídico y su protección, y quiere aludir a él como *unidades funcionales valiosas* para así introducir un factor novedoso que no se corresponde a la noción de orden jurídico protector.

Si bien argumenta que la finalidad del derecho en su bilateralidad va en procura de *impedir* y no sólo omitir como la moral unilateral pide, en el caso de la norma jurídico-penal no va inscrito ese propósito de *impedir la lesión de bienes jurídicos*, porque entonces el derecho penal, siendo como es un impuntual, siempre llegaría tarde; en realidad esa norma protege la *vigencia efectiva de la norma* en una posición de garantía del orden externo, para montar todo en las posibilidades de la seguridad pública, que en todo caso se complementan con la protección jurídica de derechos fundamentales.

Para lograr cimentar su posición reestabilizadora, Jakobs se lanza contra la concepción de bien jurídico pues si se eligen sólo algunos bienes como más valiosos que otros, eso, argumenta, es antidemocrático.

tre la ilegalidad (objetiva) y la lesión a derechos fundamentales de rango constitucional, para fundar su criterio restrictivo de autor e imputación objetiva, pues ese método les autoriza a salvar estimaciones subjetivas, tenidas en las razones justificatorias y un verdadero juicio normativo que alcance a mirar las razones que subyacen en verdad a la norma positiva:

La diferencia entre la dogmática penal “naturalista” y la “normativista” se puede, de esta manera, reconducir a una diversa concepción de la convivencia humana, es decir, a que se entiende por sociedad. Esta doble concepción reza: maximización de intereses (satisfacción racional y óptima de las necesidades de cada uno) *versus* mantenimiento de las condiciones de comunicación; seguridad de bienes *versus* seguridad de expectativas; o, como es más corriente: protección de bienes jurídicos *versus* estabilización de la norma.⁶¹

En recordación a Hegel, Lesch sistematiza el pensamiento afirmando:

- a) La lesión, en cuanto (se refiere) sólo a la existencia exterior o a la posesión, es un <mal>, un <daño> en cualquier forma de la propiedad o de la capacidad;
- b) La eliminación de la lesión como daño es la satisfacción civil a modo de <indemnización>, en la medida en que tal pueda tener lugar.

Entonces el autor aclara:

Pero el delito ante el que la pena reacciona es “la coacción como fuerza, ejercida por el sujeto libre, la cual... lesiona el derecho en cuanto derecho”. La única “existencia positiva” de esa lesión “es como *voluntad particular del delincuente*”. La lesión de esta voluntad particular en cuanto voluntad particular existente es, por tanto, la eliminación del delito, *que de otro modo sería vigente*, y es el restablecimiento del derecho. La pena es, en otras palabras, una “negación de la negación”.⁶²

Esta manera de concebir el derecho penal, desde luego que aspira a una sistematización de sistemas, pero en olvido lamentable del hombre,

⁶¹ Lesch, Heiko H., *op. cit.*, nota 26, p. 16.

⁶² *Ibidem*, p. 28.

quien se comporta como integrante infinitesimal de un “gran público”, para negar toda noción subjetiva o individual. El “techo” es la dignidad humana, pero reconducida a ser porción de una sociedad que se comunica y mantiene meras expectativas de derecho, con lo que en verdad logran “salvar” ese obstáculo constitucional y hacer prevalecer el mecanismo tan frío de la seguridad pública, que implica esa coexistencia pacífica o esa necesidad imperiosa del sistema de recuperar su identidad normativa, por la lesión a juridicidad y no a derechos de los hombres, que el delito implica. En este punto se recuerda el decir de García Amado, *supra*, quien afirma: *todas las reglas son puramente instrumentales para el rendimiento de ese sistema que anteriormente han desmitificado en cuanto a pretensiones últimas*, y, entonces, la creación del derecho penal se queda en ese deslucido papel instrumental, como si fuera posible en sus ámbitos materiales, reducir las soluciones a las nulidades del acto jurídico.

X. PRINCIPIOS DE FILOSOFÍA MORAL

Ahora, con el objeto de contrastar este pensamiento radical del derecho, ha menester invocar otros planteamientos intelectuales, primero como piezas sueltas de un tablero, para, en su oportunidad, procurar una mixtura conveniente. En cuanto a los deberes jurídicos, que aquí se analizan, no es posible dejar de lado algunos principios de la filosofía moral de Ernesto Garzón Valdéz.⁶³ En el primero de ellos refiere: *Principio de los deberes positivos generales*. “Todo individuo está moralmente obligado a realizar un sacrificio trivial para evitar un daño o contribuir a superarlo, sin que para ello sea relevante la existencia de una relación contractual previa o la identidad de los destinatarios de la obligación”.

Alejándose de *reglas constitutivas*, es posible ese *ideal regulativo* que sin *contratos previos* y en contradicción de la funcionalidad penal, sin conocerse la *identidad de los destinatarios de la obligación* por cuestiones de imputación objetiva, estos *deberes positivos generales* implican con la moral, esa obligación a toda persona de *sacrificar* su propia liber-

⁶³ Atienza, Manuel, “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdéz”, introducción al texto de Ernesto Garzón Valdéz, *La filosofía del derecho en Argentina actual*, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 21-32.

tad dentro del sentido de límite de cada norma continente de derechos fundamentales, a fin de evitar por ejercicios abusivos de sus propias libertades, daños o vulneraciones a otro en sus propios derechos.

La positivación de los derechos fundamentales se logra mediante la semantización de normas superiores de corte minimalista, que llanamente reconocen y protegen alguna libertad o facultamiento, y pueden expresar simplemente: *todos tienen derecho a la libertad*; de ahí que esa expresión normativa mínima contenga un “núcleo de valor”, ya en la dignidad humana, ya en la vida o en la libertad de cada cual, para ejemplificar, y ese es el “protegido” de la protección normativa. Lleva implícito su propio “sentido de límite”, pues al incorporar a todos o a toda persona, en el goce de ese derecho, con lo mismo, en realidad está limitando el derecho mismo, en búsqueda de no lastimar el de terceros, con lo que continuamente cada quien realiza ese “sacrificio trivial” de evitación de daños.

No está entonces en el derecho penal, prohibir o preceptuar comportamientos, pues tal resulta inválido por razones morales y, mejor, está en su naturaleza reconocer la ausencia de sacrificio en ejercicio de libertades que ha implicado un daño a derechos de tercero que están protegidos normativamente, con lo que se encara la bilateralidad tradicional jurídica, entre derechos fundamentales y deberes positivos generales.

Garzón apunta su segundo principio, bien diseccionado por Atienza: *Principio de la tolerancia*. “Nadie tiene derecho a prohibir acciones de los demás por la simple razón de que vayan en contra de alguna de las normas de su sistema normativo básico”. Con lo que se derrota esa condescendencia tan elemental, apuntada por Roxin, que mira tan sólo una tolerancia “cultural” o negativa y no de manera positiva, según enseña Valadés:

Los argumentos conservadores se acogen en una hipotética defensa del derecho a la integración nacional de los grupos minoritarios, sobre todo en el orden cultural. Como consecuencia se les niega el derecho a la diferencia. Por eso creo que en lugar de actuar en sentido negativo, se debe partir del reconocimiento de este derecho, sin que por ello se les prive de conocer y decidir libremente acerca de su incorporación al contexto predominante.

El reconocimiento de los derechos culturales de las minorías es una forma de tolerancia que, en ningún caso, implica desentenderse de esos

grupos. Si así se hiciera, la tolerancia se convertiría en una forma elíptica de segregación: “ni me entrometo en tus asuntos ni te inmiscuyes en los míos”; “te quedas con lo que tienes y yo conservo cuanto poseo”. Esto sería una inversión del concepto de tolerancia, y en su nombre se erigirían nuevas y más duraderas barreras entre los supuestos tolerantes y tolerados.⁶⁴

Cuando el Maestro muniquense informa que por razones de política criminal no se sanciona más la práctica homosexual adulta y consensuada o la drogodependencia (véase *supra*), en realidad está sujetando la emisión de una norma punitiva en sentido contrario (sancionadora de esos comportamientos), por una cuestión de tolerancia negativa, esto es, basada en una *razón de mayoría* que informa al órgano legislador, pero tan veleidosa como los vientos políticos, cuando en realidad no se prohíben dichas acciones por una *razón constitucional* (tolerancia positivada de los derechos culturales de minorías), que reconoce en *todos* la libertad desde dignidad humana, con lo que los “derechos de diferencias” cobran presencia activa y no meramente negativa, pues están reconocidos y protegidos en el orden jurídico.

Una restricción a estos principios primeros de Garzón, que regula la acción legislativa, se funda en: *Principio del paternalismo jurídico justificado*. “Los órganos estatales deben tomar medidas que se impongan en contra de la voluntad de sus destinatarios, si estos están en una situación de incompetencia básica y las medidas están dirigidas objetivamente a evitarles un daño”. Y eso es una autorización, pero también un límite al acto creativo legal, pues antes de su emisión, han de conocerse casos expresos de “incompetencia básica”, que merecen la atención de la norma punitiva, sin generalizaciones que dispersan su prescripción a todas las personas. Si el homosexual o el drogodependiente ejercieran sus comportamientos en detrimento del derecho de otros, por incontinencia conductual, tal comprendería esa “incompetencia básica” regulable.

Dentro de esta contrastación, la propuesta de un derecho penal reconducido a criterios político criminales que aporta Roxin, le lleva a afirmar, en cuanto a las posibilidades y alternativas del legislador, lo siguiente:

Si tomamos como base los parámetros... entonces puede explicarse sin problemas la mayoría de los tipos penales elementales que rigen de igual o similar manera en todos los países. El homicidio o las lesiones corporales,

⁶⁴ Valadés, Diego, *op. cit.*, nota 13.

el hurto y la estafa deben penarse porque si tales hechos no fueran prohibidos como criminales, sería imposible una pacífica coexistencia humana. Pero una sociedad moderna tampoco es viable, por ejemplo, sin una administración de justicia en funcionamiento y sin una moneda intacta. De ello resulta que, junto a bienes jurídicos individuales como la vida, la salud, la propiedad, el patrimonio, también tienen que alinearse bienes jurídicos de la generalidad como la administración de justicia y el sistema monetario, de manera que, entonces, con razón se someten a pena tanto las falsas declaraciones ante los tribunales como la falsificación de moneda.⁶⁵

Con esto deja a meras sensibilidades políticas o de “sentido común” en el legislador, la decisión de prohibir o no determinados comportamientos, bajo un rasero, en el mejor de los casos *razonable*, desde *praxis* política, pero no *racional*, desde los marcos de la teoría del derecho, que en un Estado constitucional se tornan mucho más exigentes en cuanto a la justificación de los actos del poder público. Esa concepción roxiniana de determinación del material prohibido a partir de consideraciones de “elementalidad” o de circunstancias “innegables” en su protección, se funda en una ya rebasada concepción de un Estado legalista de corte liberal-burgués y no en la presencia de ese Estado constitucional.⁶⁶

Ante ello, Garzón aporta otro aserto: *Principio del coto vedado*. “Las cuestiones concernientes a la vigencia plena de los bienes primarios o básicos no pueden dejarse libradas a procedimientos de discusión en los que juegue algún papel la voluntad o los deseos de los integrantes de la comunidad”. Axioma que se integra con el infaltable: *Principio de legitimidad*. “Debe procurarse que todos los seres humanos vivan en un sistema político que posea legitimidad”.

⁶⁵ Roxin, Claus, *op. cit.*, nota 7, p. 324.

⁶⁶ “La contradicción entre el constitucionalismo y el positivismo ideológico en su versión extrema resulta patente y no requiere mucha explicación. Como se ha indicado, este género de positivismo, que tan pocos adeptos ha cosechado, supone que la ley positiva, por el solo hecho de ser fruto de la voluntad dominante, es justa y ha de ser obedecida en virtud de un deber moral o de conciencia. El constitucionalismo, por el contrario, representa tal vez la fórmula política históricamente menos complaciente con quienes ejercen el poder, sometiendo su actuación a múltiples condiciones formales y sustanciales; de manera que ninguna norma o decisión es válida ni, mucho menos, justa por el simple hecho de proceder de una autoridad legítima, si no resulta además congruente con el conjunto de principios y reglas constitucionales”. Prieto Sanchís, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, México, BEFDP-Fontamara, 1999.

No está en la decisión política del órgano legislativo el atender o no a la protección de determinados bienes, pues a partir de la racionalidad jurídica que atiende el deber ser, no resulta soslayable por ese órgano estatal la necesaria protección de derechos fundamentales inscritos en ese “coto vedado”, que no se miran como “elementales” o de “mayor importancia”, sino a una consecuencia de ese juicio deontológico (deber ser). No resultan “decidibles” por razón de mayoría esas protecciones, fundamentalmente las que tienen que ver con la dignidad humana, pues no es por criterios político-criminales como se resolverán los contenidos del ordenamiento punitivo, ya que el valor primordial no puede hallarse en la coexistencia pacífica de la comunidad, sino en la relevancia de un derecho fundamental individualizado investido de función social.⁶⁷ En rigor, el principio de seguridad pública en el sistema constitucional alemán, que

⁶⁷ En esto, debe citarse a Häberle: “entre cada uno de los bienes de carácter constitucionales subsisten relaciones de recíproco condicionamiento. Que los derechos fundamentales sean bienes jurídicos necesarios para la «existencia de la comunidad» tutelada por la Grundgesetz, resulta de la reflexión sobre la interacción que hay entre el individuo y la comunidad. Viceversa, los derechos fundamentales están condicionados por la existencia de la comunidad... Pero se puede demostrar, por otro lado, que los mismos y también otros derechos fundamentales del individuo se hallan en una relación de recíproco condicionamiento con los derechos fundamentales de sus conciudadanos. Cuando se impide a un ciudadano el ejercicio de un derecho fundamental, la comunidad entera resulta afectada. Relaciones de condicionamiento subsisten, por otra parte, entre los diversos derechos fundamentales de cada titular de esos derechos, entre los derechos fundamentales y el derecho penal, entre los derechos fundamentales y el Estado social (y este último es, por lo demás, una consecuencia del concepto de derecho fundamental), así como entre los derechos fundamentales y otros bienes constitucionales, por ejemplo las relaciones de supremacía especial, o bien la administración de justicia por parte del Estado. Todos estos bienes jurídicos son el presupuesto de la «coordinación en función unificante» («einheitsbildende Zusammenordnung», Hesse) que la Constitución propone alcanzar.

Es fácilmente demostrable que los diversos derechos fundamentales, incluso en relación a cada uno de los titulares, se condicionan recíprocamente. Al objeto del pleno desarrollo de la personalidad, debe ofrecerse al individuo la oportunidad de hacerse de una propiedad. La acumulación de propiedad contribuye a incrementar la seguridad, la que a su vez reforzara el sentido de libertad. A los fines del pleno desarrollo de la persona, el individuo necesita de la libertad de elegir profesión y, para la seguridad de su existencia, debe serle garantizada la posibilidad de concluir contratos y acuerdos semejantes. En el momento en que falten la libertad de elegir profesión, la libertad contractual y el derecho a la propiedad, el individuo estará amenazado en su ser espiritual. La libertad de conciencia constituye el fundamento de los otros derechos fundamentales, incluso si en la vida cotidiana no emerge de manera constante y actual”. Häberle, Peter, *La libertad fundamental en el Estado constitucional*, Granada, Comares, 2003. pp. 40 y ss.

recomienda la incolumidad de esas libertades y facultamientos, no se ubica como regente de la ordenación punitiva, sino como su sucedánea, en tanto que primero se protege jurídicamente el bien y en seguida se monta ese sistema de seguridad comunitaria, cuestión que según ya se advirtió, se mira al contrario por Jakobs, quien entiende a la ley penal como “impuntual” si se le toma como protectora de derechos y entonces prevalece en él, esa regencia de la seguridad pública, que admite el mantenimiento del orden social.

XI. IDEAS CONSTITUTIVAS Y REGULATIVAS

Lo revisado es lo que impulsa a la teoría que se critica (funcionalismo penal) a plantear ese falso dilema ya transcrito de las letras de Lesch, que contrapone: estabilidad de la norma *versus* protección de bienes. El darle al derecho penal una teleología consistente en *conseguir la coexistencia pacífica y libre* de los hombres en sociedad, parece más un mensaje a las milicias o Estados-policía, que un orden jurídico que se contenta más modestamente con garantizar derechos de cada cual. Si para estos autores, el delito es negación de la identidad normativa (pura lesión a juridicidad) y entonces la pena como finalidad jurídica esencial es la negación de esa negación, según se advirtió en ese juego dialéctico presentado por Lesch *supra*, quiere advertir cuestiones no admisibles en derecho penal, como la incursión de la *teoría de las nulidades*.

Se puede afirmar ahora con Ferrajoli,⁶⁸ que *aplicando al derecho penal una distinción recientemente elaborada por la teoría general del derecho*, (diremos) *que el principio de estricta legalidad no admite “normas constitutivas”, sino sólo “normas regulativas” de la desviación punible*, esto es, en términos kantianos desde las *ideas regulativas* la reserva absoluta de ley ha de comportarse ante el legislador como regla que dicta el “uso del entendimiento” para conocer la posible desviación punible, pero no admite la atención a las *ideas constitutivas* que se advierten en procesos estrictamente dedicados a constatar hechos (onticidad formal, en su caso), pues esa posibilidad monta escenarios de respuestas represivas y no protectoras al no preverse reflexión sino reacción, en donde la dog-

⁶⁸ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 25.

mática jurídico-penal quiso encontrar la supuesta “contrariedad o torcedura de la ley” como antijuridicidad desde factores meramente institucionales, según ya se advirtió *supra*, en las propuestas roxinianas en rededor de su “tipo valorativo”.

Esta argumentación nos lleva de la mano a un razonamiento impecable:

Y es que predicados como “nulo de pleno derecho”, y, en general, los derivados de las nociones de validez y nulidad, sólo operan con sentido para calificar acciones (y resultados de acciones) institucionales, entendiendo por tales, de acuerdo con la ya clásica caracterización de Searle, aquéllas que no son posibles en ausencia de reglas constitutivas, esto es, de reglas que crean la posibilidad de dichas acciones y resultados, acciones y resultados cuyo concepto es lógicamente dependiente de la regla en cuestión. Tal es lo que ocurre con acciones y resultados no como matar y estar muerto (posibles en ausencia de regla alguna y cuyo concepto no depende de ninguna regla) sino con acciones tales como celebrar un contrato, aprobar una ley o dictar una sentencia y con sus correspondientes resultados.⁶⁹

Siempre que el hecho en su comisión no requiere de regla constitutiva alguna para la producción de acciones y resultados, como el que alguien asesine a otro, las estructuras de la “universal inclusión”⁷⁰ dejan de atender esas cuestiones (según la tradición dogmática) y dada su ceguera al exterior, expulsan al protagonista del evento en tanto agente no dispuesto a obedecer y se le manda a la “universal exclusión”, pues no resuelve nada la *teoría de la nulidad*.

Con el pensamiento trascendental, con mixtura de empirismo y racionalismo, el legislador atiende la creación de esas normas regulativas que indican precisamente *el cómo usar el entendimiento* en el afán de conocer la desviación punible y semantizarla, pero el mecanismo ha sido abusado para llevar hasta la “universal exclusión” normas de derecho penal

⁶⁹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “Seis acotaciones preliminares para una teoría de la validez jurídica”, *DOXA*, Alicante, 2003, p. 719.

⁷⁰ Dentro de la *teoría de sistemas* se advierte al derecho como una “universal inclusión” que pretende tenerse por una construcción de diferencias desde la *conciencia de lo real* impuesta, alimentada por ideología; de esa manera el derecho es *ciego hacia fuera* ateniéndose a su sentido autopoiético, con lo que en la “universal exclusión” se hace vivir a los distintos grupos no comprendidos en ese sistema cerrado, entre ellos los delinquentes.

soberanamente constituidas sin más baremos de medición que los decisionismos *ex parte principis*, por lesiones a la juridicidad percibidas desde el vértice de la jerarquía social.

El *Estado-ordenamiento* que supuestamente al ser democrático se autocontrola mediante dogmática como método, y política criminal como ideología, administra ambas esferas, la inclusiva y la de exclusión, y en el trasiego los sujetos que incursionan en la compleja red jurídica se atienden desde reglas constitutivas o desde normas regulativas que aportan un entendimiento utilitarista, ya resolviéndose por cuestiones de validez y nulidad o ya confrontando normas punitivas por no contar con disposición para la obediencia. ¿Pero obediencia a qué?, si no se hallan normas constitutivas de previa existencia que den sustento por vía imperativa o prohibitiva a la reacción jurídica.⁷¹

Y es que esas normas regulativas que exponen el sentido del derecho penal se atienen a actos prudenciales del legislador omnipotente a partir de principios como el de *reserva absoluta de ley* o de *necesidad*, según aporta Ferrajoli en anhelo de control y no mero “autocontrol” estatal o en el peor de los casos desde *eticidad* perfilada por política del príncipe, según aconseja lo teleológico-funcional.

Por tanto, un hecho que es capaz de producir acciones y resultados en ausencia de normas constitutivas (universal inclusión) es regulado por la tónica de la “universal exclusión”, definitivamente impactada por lo extrasistémico, reconocido en la ideología desde el poder, y se plantea un

⁷¹ Aquí vale la pena recordar que en la teoría del derecho purificada y más clásica, se distinguía claramente entre el silogismo de la endorma, bien conocido en la ecuación: *si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C*. Con ella se trataron los temas del acto jurídico y la teoría de las nulidades, pues en determinadas materias jurídicas, *v. gr.*, derecho civil, se dan esas *reglas constitutivas*, que bien pueden mandar o prohibir, como “nadie puede contraer matrimonio antes de los 14 años”. Al darse el supuesto jurídico (A), bajo esa prohibición y llegarse a B, mediante C, es posible anular el acto jurídico ilícito. También se planteó, precisamente pensando en normas jurídico-penales, la norma secundaria o perinorma, que no atendió *reglas constitutivas*, sino mejor, un *ideal constitutivo* de orden kantiano, que se erigía en tanto *imperativo categórico social*, que todo mundo asumía: *A no debe ser*. Al no existir ninguna regla de mandato que dijera “no matarás”, ese principio sociocultural, se debía desarrollar con un silogismo que dice: *Si A es* —a pesar de ese imperativo social— *debe ser B*. Con esto, el derecho penal funciona a través de *ideas regulativas*, según ya se vio con Ferrajoli *supra*, para no “buscar” la mera constatación (onticidad formal) de un fáctico (*regla constitutiva*), sino “usar el entendimiento” bajo ese aspecto perinormativo y construir el derecho penal correctamente.

acto de contrariedad no anulable por invalidez, lo que produce el concepto tan agobiante para los penalistas de viejo y nuevo cuño admitido en la antijuridicidad, como posibilidad de valoración normativista para calificar las dimensiones de la fractura jurídica y si en su caso es justificable.

Esto a querer o no, dispone una naturaleza del derecho penal siempre represiva con tintes preventivos por amenaza de pena y, por ende, mortificante, así se diga que se puede construir una prevención general positiva o una lábil decisión sobre la *necesidad de pena*.

Además se presentan otros problemas desde esa visión:

- a) La admisión del acto creativo legal como materia de la ciencia política que admite siempre el dato oculto del legislador.
- b) Una estructura jurídico-penal dañada por mezclar contextos discursivos y silogismos lógicos sin advertir en vías distintas lo meramente analítico de lo sintético y finalmente del juicio normativo.
- c) Un concepto de antijuridicidad que genera complicaciones conceptuales innecesarias y que implica una declaración de infidelidad en tanto rótulo mortificante capaz de despersonalizar al individuo desde lo jurídico y negarle toda posibilidad anímica, hasta caer en la concepción de meros déficits de conocimiento de lo prohibido y sujetarlo a un dirigismo normativo desde una inválida imputación objetiva que niega principios inderrotables como el de igualdad ante la ley y responsabilidad subjetiva por comprensión.

El debate está ubicado en la *naturaleza del derecho penal*, circunstancia que puede plantearse desde el acto creativo de la ley y decidir si se incorpora ese ramal jurídico a los alcances y efectos de la *teoría del derecho* o permanece como instrumento de capricho decisionista *ex parte principis*.

XII. RAZONES EXCLUYENTES Y SUBYACENTES

En la preanunciada —en el inicio de este documento— confrontación entre *iuspositivismo* y *iusnaturalismo*, uno de los temas de mayor conflicto ha sido el que la tesis central del positivismo consiste en la separación conceptual entre derecho y moral. La Escuela dogmática del derecho penal tomaba de ahí su punto de partida en un primer empeño válido

de no ideologizar sus estudios con argumentos morales, pero ya en el curso de sus desarrollos durante el siglo pasado, según se miró, hubieron de ir renunciando a tan pretenciosa posición, que todo lo relativizaba y no permitía incursiones mejores a escabrosidades por ella misma planteadas, como la del normativismo axiológico, que al ingresar al capítulo de la antijuridicidad, la implicaba como factor mensurable por sus aspectos materiales, y, por ello, en el descubrimiento y argumentación en su momento de cuestiones tan complejas como las de defensa legítima, acababan fundándose precisamente en la moralidad.

El rechazo furibundo del funcionalismo penal actual a las tesis de Welzel en torno al factor ético como fundamento de lo obligante en la normativa penal, y a su visión de completitud en el abordaje al derecho penal lograda sólo con la utilización de lo mejor del positivismo, para aspirar a seguridad jurídica y del *iusnaturalismo*, para cimentar lo valioso de la experiencia jurídica, no ha alcanzado ese divorcio añejamente pretendido, ahora por Roxin y Jakobs, quienes buscan en la política criminal y en el sistema social estabilizado, sus fuentes de construcción ideológica, pero acaban cayendo en conceptos de “tipo valorativo”; de personas como factor autoreferente; de deslealtades o enemistades con el orden jurídico; de cálculo de riesgos sociales; etcétera, que finalmente, a pesar de su imputación objetiva, los conducen a estimar el factor moral, por más que lo repudien. No escapan a la sentencia de que en definitiva, toda política ha de ser moral, pero no viceversa, con lo que la moral adquiere una posición de amplitud conceptual mejor ubicada.

No puede, para aclarar de inicio, colocarse a los aspectos morales en el exclusivo mundo externo, y a los positivos en el interno. No es ahí, en ese debate ya muy explorado, donde debe situarse el objeto ahora anhelado de lograr un buen maridaje entre positivistas y *iusnaturalistas*, pues no se trata de hurgar en el origen de las normas jurídicas, donde evidente chocaban ambas posiciones, sino en el ámbito de la validez normativa. Cuando los mismos positivistas se colocan en la posición de conocer la justificación de una norma jurídica, para decidir si aportan esta norma “X”, en vez de esa otra “Y”, se están colocando en razones de naturaleza moral; esto es, se busca la *razón subyacente* a la norma jurídica. Cuando simplemente analizan la norma jurídico-penal misma, entonces se ubican en el terreno de las *razones excluyentes*.

En las novedosas comprensiones del derecho en tanto sistema abierto, de las que no escapan y más bien se alimentan los funcionalistas, al seguir en esto a Luhmann, se entiende a la moral como ingrediente incorporado a la semantización legislativa, lo que necesariamente indica que para hallar las pautas de validez de determinada norma sea preciso depender de la moral, y entonces en el acto de justicia, el juzgador no actúa por mera discrecionalidad —como temían los dogmáticos más tradicionales—, sino que asume pautas morales que el propio derecho inscribe.

Ya en la concepción del derecho que ahora interesa, ha de afirmarse con Raz,⁷² que las *razones excluyentes* son normas válidas, pues arreglan nuestro propio balance de razones. La norma jurídica es una vía práctica de la autoridad legítima, para deslindar ese cúmulo de razones individuales o grupales, que fundadas en intereses, en éticas, en cosmovisiones, podrían intentar resolver alguna cuestión de convivencia de una o de otra manera, pero la *razón excluyente* será prevalente, y deja al margen todas las demás. El complicado pensamiento raziano se suaviza con la precisa intervención de Ródenas:⁷³

Precisamente, otro de los elementos nucleares de la teoría raziana del derecho lo constituye su análisis de las normas —y de manera especial de las normas de mandato— desde el punto de vista de las razones para la acción. Dicho análisis le lleva, como es bien sabido... a diferenciar entre razones de primer orden y razones excluyentes, y a postular la caracterización de las normas de mandato en términos de razones excluyentes. De manera que la noción de razón excluyente sirve a nuestro autor para dar cuenta de la forma en la que se desenvuelve la pretensión de autoridad del derecho.

En la deliberación práctica, Raz distingue dos niveles: uno muy elemental, con razones de primer orden, que bien pueden tener un carácter operativo o simplemente auxiliar. Ródenas acude para explicar esto a dramatizaciones que el propio autor propone. En la parte operativa de las

⁷² Raz, Joseph, *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

⁷³ Ródenas, Ángeles, *Razonamiento judicial y reglas*, México, BEFDP-Fontamara, 2000.

razones encontraremos deseos personales del intérprete, valores o intereses, y eso implica, se nos dice, *tener una actitud crítica práctica*. En esto, hay que decirlo, no intervienen cuestiones morales de aprobación o no; *la actitud crítica práctica* —nos afirma Raz— *se dirige a la racionalidad, fuerza de voluntad y eficacia de las personas de que se trata*. En esto y para esto, todo se ubica en razones excluyentes, pero aún no en las llamadas *razones subyacentes*, que se analizarán. Afirma Ródenas, para despejar estas propuestas: “que las reglas sean razones perentorias no implica que sean razones absolutas. Como ya sabemos, hay dos tipos de situaciones ante las cuales los jueces pueden decidir dejar de lado una regla en principio aplicable, a las que me he referido, respectivamente, como «errores de primer» y «de segundo grado»”.

Con ésta primera afirmación en torno a la carencia de absolutidad de esas reglas para la acción de modo perentorio en tanto *razones excluyentes*, se llega a un punto crucial, revirando hacia aquella *reserva de ley* que Ferrajoli ya aportó, dirigida a los juzgadores, pues su capacidad de decisión al asumir la potestad jurisdiccional como acto básico de igualación, les autoriza a “dejar de lado” una regla aplicable por errores de diverso grado presentes en la confronta del fáctico y del contrafáctico específicos que distingue la alteridad que se juzga.

Ello no quiere decir otra cosa que en la interpretación normativa, ya doctrinaria, ya de orden positivo, debe hurgarse en las llamadas *razones subyacentes* a la norma jurídica aplicable, para pensar en torno a su justificación, esto es, bordar en cuanto a eticidad y deontología normativa, que desde luego no es algo “oculto” sólo accesible al creador de la ley, con lo que se implicaría un *dirigismo normativo* inadmisibles, pues el hombre ha actuado conforme a meras circunstancias objetivas, pero también y siempre con base en motivaciones (explicativo) y finalidades (normativo) que lo conducen y resuelven, pues sabe de un “suceder” pero siempre apegado a un “pensar”. Y agrega la autora española:

Los errores de primer grado se deben a <experiencias recalcitrantes> causadas por la autonomía semántica de los enunciados mediante los que se expresan las reglas. Haciendo una suerte de síntesis entre el aparato conceptual desplegado por Raz y el desplegado por Schauer, podríamos decir que, cuando el significado de una formulación normativa es supraincluyente en relación al compromiso o juicio de prevalencia entre razones de primer orden que la regla expresa, el juez puede apreciar una excepción a

la regla o un límite en su alcance, y dejar de lado la misma, sin cuestionar su carácter de razón protegida para la acción.

Luego entonces, ante las reglas de tráfico vehicular, por ejemplo, puede tomarse como una “experiencia recalcitrante” el que una ambulancia en ejercicio de su función decida no respetar una señal roja que le ordena detenerse. Esto, en tanto que la formulación normativa en este caso bajo signos evidentes, implica una *prevalencia* respecto de la razón de primer orden —detenerse— y tal implica inmediatamente, ante la *reserva de ley*, imponerse la excepción en su límite de alcance, anulándose la naturaleza de ser una razón protegida para la acción, pues se ha argumentado en torno a otra *razón subyacente* a la misma. En cuanto a los “errores de segundo grado”, nos explica:

La otra situación en la que los jueces podrían dejar de lado una regla aplicable se produce cuando aprecian un error de segundo grado. Estos errores ya no se deben a experiencias recalcitrantes relacionadas con el significado de la formulación normativa, sino que los produce el propio juicio de prevalencia entre razones de primer orden que la regla expresa. En estos casos lo que se cuestiona es el propio carácter de razón protegida para la acción de la regla.

En estos casos la cuestión de la *razón subyacente* resulta mucho más fuerte en el momento de la interpretación y aplicación normativas, pues todo se aleja de un criterio dirigista o de orden objetivo, asumiéndose que en la regla correspondiente pueden hallarse problemas en el lenguaje positivado, pero no por su formulación misma, sino ante prevalencias entre razones, cuestionándose en el acto de justicia el carácter de la regla misma. Supóngase que en altas horas de la noche un conductor detenido en una señal roja advierte que va a ser asaltado y decide avanzar en prevención a ese hecho violento. Este “error de segundo grado” hace que el juez “deje de lado la regla aplicable” por un *juicio de prevalencia*.

Ya revisado a vuela pluma todo esto, que conmueve el derecho moderno, lo que queda finalmente es una necesidad por conocer la verdadera naturaleza del derecho penal, lo que autorizaría a argumentar desde miradores positivistas, pero combinados con mínimos de derecho natu-

ral,⁷⁴ que se injieren para conocer en verdad la cuestión tan inquietante de la validez normativa.

XIII. NATURALEZA DEL DERECHO PENAL

En Alexy⁷⁵ el carácter *específico* del derecho, por presentar problemas *específicos* de la filosofía, se halla no sólo en su naturaleza autoritativa y general, sino también en que es de tipo *crítico e ideal* —según ya se había argumentado *supra*— y por ello guarda la *iusfilosofía* relaciones especiales con la filosofía general en áreas tan significadas como la *moral* y la política, y de ahí que dicho autor, al emprender su tesis del *ideal comprensivo*, requiera de una *decisión fundamental* que hoy debe estarse dispuesto a tomar, pues el derecho reconoce como la política, en el centro de factores éticos, una esencia binaria, vista en la ecuación fuerza-consenso, que en esto se traduce como *propiedad esencial* a la luz de la fuerza coercitiva y de la rectitud del propio orden jurídico advertida como *corrección*.

Si bien la naturaleza coactiva del derecho se presenta como una *necesidad práctica*, también es sostenible que es una *necesidad conceptual*, con lo que el factor coactivo resulta ser una *propiedad* ineludible, pero contrastada con la *pretensión de corrección*, pues sin esta oposición que equilibra, todo lo que habría sería una *pretensión de poder* como se ha visto en la construcción de la dogmática-jurídico-penal y específicamente en las propuestas de Roxin, pues el caso de Jakobs, dado su radicalismo extremo, no merecería consideración en este apartado.

La *pretensión de corrección* es como la coerción, una *necesidad práctica* y puede resultar *conceptual* siempre que se comprenda la inclusión de la *moral* en la solución de problemas abocados a la *evaluación básica* que se implica en la fundamentación y justificación del derecho, lo que a su vez impacta el acto creativo legal, su aplicación y el reconocimiento de sus límites. La incorporación de las cuestiones morales al derecho que autorizarían a contextos normativos en la teoría, no queda pues en una

⁷⁴ Hart, Herbert, *op. cit.*, nota 45.

⁷⁵ Alexy, Robert, *La naturaleza de la filosofía del derecho*, trad. de Carlos Bernal Pulido, DOXA, Alicante, 2003.

débil alusión a la naturaleza humana, sino que, como quiere Alexy, es preciso acudir a finalidades *protectoras de derechos fundamentales* para brindarle fuerza al argumento.

Para poder llegar a eso, nada mejor que traer a este texto las *reglas del juego del derecho penal*, como Ferrajoli⁷⁶ refirió sus *axiomas garantistas*, pues desde su planteamiento inicial queda plasmada una cuestión fundamental en el ¿cuándo y cómo castigar?

Se afirma: *nulla poena sine crimine*, y entonces se monta un principio que el propio autor de Camerino llama *retribucionista*. Ese significativo lleva a un significado coaligado con el pago, una especie de indemnización a que ya se refirió Lesch (véase, *supra*, cita), o bien, llanamente a recompensa por algo.

En este sentido específico, tal vez sólo de nomenclatura, no puede estarse muy de acuerdo con Ferrajoli, quien presentando un modelo garantista propone una retribución a cambio del delito cometido.

Claro está que desde el *cálculo hedonista* de Bentham, la humanidad ha de conducirse a través del castigo y del placer para lograr sus cometidos en convivencia y que al brindarle a la pena un carácter tasado irrebalsable por el poder coactivo, se logra eticidad por utilitarismo donde aparece aquél principio de “máxima restricción”.

En esto, el mismo Ferrajoli convoca a *justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales*,⁷⁷ y con ello el caso primero fue el derivado de la laicización emergente de la *Ilustración* para sólo referir la reacción penal a daños entre personas, dejándose atrás toda cuestión reli-

⁷⁶ El referido autor (Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 25) expone, como el mismo indica, siguiendo una tradición escolástica, sus axiomas (debe aclararse que el concepto de *derecho penal*, no se inscribe en su aislada connotación de *derecho sustantivo*; se encierra en el concepto todo el tramo de sustantividad, adjetividad y ejecutividad):

A1 *Nulla poena sine crimine.*

A2 *Nullum crimen sine lege.*

A3 *Nulla lex (poenalis) sine necessitate.*

A4 *Nulla necessitas sine iniuria.*

A5 *Nulla iniuria sine actione.*

A6 *Nulla actio sine culpa.*

A7 *Nulla culpa sine iudicio.*

A8 *Nullum iudicium sine accusatione.*

A9 *Nulla accusatio sine probatione.*

A10 *Nulla probatio sine defensione.*

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 25, p. 464.

giosa inabordable por el derecho penal. Pero en estos días ese *lenguaje positivado* que impone una *conciencia de lo real*,⁷⁸ en tanto discurso desde el poder, debe modificar sus *significados* desde el significante: pena.

Muchos reductos quedan en el vocablo de sus épocas de inquisición religiosa que recuerdan el agobio, la mortificación, la expiación, el sufrimiento como correlato al pecado cometido y esas reliquias a querer o no han trascendido hasta estos días.

La pena no es sino una consecuencia de derecho que se aplica tras la concreción del supuesto jurídico y a través del desahogo de distintos derechos subjetivos y deberes jurídicos que emergen a los protagonistas del *drama penal*, inmediatamente después de imputarse la posibilidad de aplicación de aquélla.

El principio ferrajoliano debe cambiar en nomenclatura y contenido a otro mirado como simplemente *consecuencialista*, para evitar cargas discursivas distintas a las deseadas en estos menesteres.

La consecuencia jurídica en derecho penal se denomina “pena”, pero debe realizarse un esfuerzo importante a fin de desembarazar al concepto de toda noción retributiva, pues ¿a quién se recompensa y por qué?

Si en algún renglón del derecho se visualiza mejor el *ideal comprensivo* que tiende a *pretensiones de corrección* en ponderación necesaria a ese Estado “autocontrolado” por una “máxima restricción” montada en política criminal o en búsquedas de negación de la negación del sistema, es en éste de la aplicación de una consecuencia punitiva.

No puede estacionarse el anhelo en una más o menos caprichosa *necesidad o no de pena*, pues ello únicamente exacerba el sentido autoritario del *Estado-organización* por estimar su denominado *ius puniendi* como un derecho penal subjetivo, que puede ejercerse o no a criterio del poder.

Menos aun a esas *prevenciones generales positivas* que atribuyen a un sujeto infiel o desafecto al orden jurídico “su derecho” a ser castigado, en resolución que desmarca a la sociedad de la *expectativa normativa y cognitiva*, y reacciona por meras reglas enteramente objetivas.

⁷⁸ La “conciencia de lo real” es la relación determinada del yo, con un objeto (Hegel, 1963), que comienza con el conocimiento aparente de los entes que constituyen el universo y que da al individuo la visión de una realidad con criterio de verdad. Sánchez Sandoval, Augusto *et al.*, “La construcción «particular» de la realidad y los sistemas de control social”, *Política criminal y sociología jurídica*, México, UNAM-ENEP Acatlán, 2004, p. 331.

Así, al hablar de la consecuencia jurídica en derecho penal se presenta el *momento* más relevante en el equilibrio deseado entre la *propiedad coactiva* del derecho que resulta imprescindible, a fin de asegurar la protección de derechos fundamentales de las personas, frente a ejercicios abusivos de libertades o facultamientos de “otro”, siempre comprendiendo la obediencia al derecho por actitudes *prudenciales* en virtud de la teleología de las reglas punitivas y por cuestiones *morales*, desde los fueros internos de cada cual y la ya conocida *pretensión de corrección* que significa, asimismo, una respuesta prudencial y moral del aplicador normativo.

Al arribarse al acto conclusivo del silogismo jurídico-penal, el intérprete de la norma correspondiente acude por *reconocimiento* de derechos a un ejercicio deóntico que se presenta ya individualizada la alteridad, como un “debiendo ser”, por lo que no se conforma con una aplicación legalista de estricto orden lógico, pues el derecho no sólo resulta “verdadero o falso” (juicio de vigencia), sino que puede ser “justo o injusto”, “correcto o incorrecto” (juicio de justicia), y ahí el juzgador en *pretensión de corrección*, busca la *razón subyacente a la norma* que tiene que ver con sus verdaderos contenidos y se funda en vulneración de derechos fundamentales y no sólo en una lesión a juridicidad.

En el ¿cuándo y cómo castigar?, desde las hipótesis ferrajolianas en sucesión axiomática, esa consecuencia de derecho (pena) tan sólo podría justificarse ante la efectiva realización del supuesto jurídico correspondiente, esto es, ante la comisión de un delito que resulta ser finalmente un instituto jurídico que consiste en la vulneración de algún(os) derecho(s) fundamental(es) en afectación a su *funcionalidad*,⁷⁹ y en ese mismo tenor funcionalista es que ha de hacerse consistir y aplicar.

XIV. LA NATURALEZA DE LA PENA

Si el derecho penal mantiene una naturaleza binaria que se integra por su propiedad coactiva, pero la equilibra mediante su propiedad correctiva, dentro de un ideal comprensivo (fuerza-rectitud) y no tan sólo de “máxima restricción” (Programa de Marburgo), la pena en su previsión normativa y en su contenido y teleología es un instituto jurídico colmado de *moral*, por lo que siempre debe atenderse desde el *ideal comprensivo*

⁷⁹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 67.

alexyniano para no estacionarse en un *ius puniendi* montado en limitaciones de “máxima restricción” que volvería a dejar todo en decisionismos del poder.

Esa primera hipótesis de Ferrajoli expuesta para explicar el castigo penal no estaría completa sin acudir al *principio de legalidad* tan conocido en el *nullum crimen sine lege*.

Y aquí vuelve a presentarse de modo crucial la noción del *deber ser* con sus contenidos morales, esto es una exposición *normativa* del derecho y no sólo descriptiva.

Es de recordarse las alusiones del mismo autor en torno a la *reserva de ley* acotada a los campos del juzgador y a la *reserva absoluta de ley* o *principio de estricta legalidad*, que, entre otras características, busca diferenciar los juicios de vigencia (técnica legislativa; modos autopoiéticos de creación del derecho) y los juicios de validez normativa fundamentalmente en su orden material.

Se insiste en el dicho del autor:

...[R]esulta totalmente insuficiente en los modernos Estados constitucionales de derecho, en los que la validez de las normas —así de las leyes como de los reglamentos, sentencias y actos administrativos— reside en su conformidad no sólo formal sino también sustancial con normas de rango superior, que no sólo regulan las formas sino que dictan también limitaciones de contenido al ejercicio del poder normativo.⁸⁰

Y es muy útil retrotraer a Atienza:⁸¹

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos y, por tanto, una mayor demanda de argumentación jurídica (que la requerida por el Estado liberal —legislativo— de derecho). En realidad, el ideal del Estado constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza. Parece por ello bastante lógico que el avance del Estado constitucional haya ido acompañado de un incremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.

⁸⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 25.

⁸¹ Atienza, *op. cit.*

Esto es, que el *principio de legalidad* si quiere verse en el acto creativo de la ley punitiva, no consiste en un mero dictado *ex parte principis*, sino que, desde una visión mucho más fuerte o estricta de él mismo, debe estar basado en cuestiones morales evidentes como la debida protección de derechos fundamentales (*ex parte populi*) que se decide desde esa *reserva absoluta de ley* ferrajoliana, lo que conlleva una argumentación justificatoria imprescindible según ya se aclaró.

Para estimar como criminosa una acción desde la norma jurídica, será necesaria, entonces, esa argumentación justificatoria, a fin de despejar cualquier otra posibilidad alternativa de reacción jurídica. Es de concluir que efectivamente es la *moral una propiedad esencial del derecho* como *necesidad práctica* para la *pretensión de corrección* y como *necesidad conceptual* al incorporarse finalidades *protectoras de derechos fundamentales* al derecho penal.

El derecho penal en sus contenidos normativos conlleva *razones justificatorias* que le brindan no sólo la fuerza o vigor necesarios, sino también la validez tanto formal, como material, requeridas, lo que implica su legitimidad a fin de lograr un orden jurídico punitivo obedecible por su exigibilidad desde creación; el ejercicio justificatorio del legislador dentro de un *Estado constitucional* para emitir la norma penal no omite el carácter coactivo de la regla, pero permite compensarlo con una fuerte *pretensión de corrección* que emerge desde la *reserva absoluta de ley*, misma que guía los pasos de ese legislador, quien ha tomado en cuenta para su acto jurídico-político la protección de derechos fundamentales cribados desde hechos en valores, con lo que el juzgador ya no se contenta con una aplicación de “máxima restricción”, sino que basándose en las *razones subyacentes* a la norma en cuestión, sabiendo que lo que está en juego es la vulneración o no de ese derecho fundamental protegido, asume a la *moral-positiva* en su juicio y va en procura de igualación de los protagonistas desde un juicio descriptivo, en primer término, para determinar el injusto punible y otro de orden normativo, que monta las *razones justificatorias* del comportamiento humano en consideración a esas *razones subyacentes* a la norma jurídica, para emitir su juicio de valor en la culpabilidad, que entonces no se resuelve por una estricta respuesta coactiva ante “máxima restricción”, sino que asume esa *pretensión de corrección* desde contenidos morales en lo jurídico, asentándose esa *ra-*

zón subyacente al derecho penal, lo que desplaza la enteca “corrección material pretendida” de Roxin, vista en la propuesta decisionista (política) de “necesidad o no de pena”, con lo que en verdad, por su imputación objetiva, deja exangüe a la culpabilidad y todo juicio de valor.

El planteamiento, ahora mismo, debe ser relativamente sencillo ante el dilema de apuntar por un extremo, a un derecho penal puramente dogmatizado, esto es, encerrado dentro de un sistema que se resuelve desde lo interior con una teleología preventivo-represiva que busca el control social mediante mensajes prohibitivos o preceptivos en tanto mandatos, a fin de lograr *coexistencias pacíficas* o bien la *estabilidad del orden* y que se recarga sólo en la propiedad coercitiva del orden jurídico atendiendo un *Estado-organización* “autocontrolado” por el principio de “máxima restricción”, o bien, por el otro lado, un derecho penal protector de derechos fundamentales, con lo que asume una posición fuerte de orden comprensivo, esto es, como *sistema abierto* que reconoce relaciones específicas con la *moral* y la política e ideología, sin pretensiones de prevención del delito, y dada su naturaleza, atento a la *corrección* de la reacción jurídica bajo el manto de las *razones justificatorias* de la norma legal.

XV. LA CUESTIÓN DE LA PROHIBICIÓN EN LA CREACIÓN NORMATIVA

Eso coloca al acto creativo de la ley penal en distintas posiciones, pues en el primer caso, a la luz de un contexto meramente descriptivo, el legislador se ubica ante un evento de puras hechuras políticas, lo que le faculta a emitir autoritativamente un orden jurídico represivo desde dañosidades percibidas por el poder (atentados a la coexistencia pacífica), con lo que sólo muy difícilmente podría incorporarse al estudio de la experiencia jurídica el necesario ingrediente *moral* en su construcción, estructuración, funcionamiento y legitimación y desde ahí puede colegirse, que si se asume un contexto normativo y no meramente descriptivo en dicha experiencia, se estará en condiciones mejores de arribar a ese *ideal comprensivo* ya anotado, para no estacionar el desarrollo epistemológico en una exigencia escueta de “máxima restricción”.

Si en estos momentos existe un área del derecho precisamente necesitada de ese *ideal comprensivo* que autoriza el ingreso de cuestiones valorativas desde axiología y eticidad en su creación, interpretación y aplica-

ción, esa es el derecho penal, en el que últimamente se miran tendencias fuertes a un discurso de absoluta represión sin estimaciones valorativas, por recargarse en criterios estrictamente objetivos.

Por tanto, es necesario ahora acudir a ciertas explicaciones y desarrollos desde filosofía moral y axiomas garantistas, pues está a la vista el fracaso de la normativa penal que tan sólo exige acciones prudenciales por amenaza, dado que sus carencias en la justificación de su expedición impiden una adhesión moral a sus disposiciones.

Se sabe ya axiomáticamente con Ferrajoli, que no habrá aplicación de la consecuencia de derecho penal si no se ha erigido la figura jurídica del delito; no habrá *pena* sin *delito*, y eso encierra ya un principio deontológico que orienta al legislador y por supuesto al juzgador, pues en regímenes de orden estrictamente autoritativo, el principio diría inválidamente: *no hay delito sin pena*, lo que choca con toda *pretensión correctiva* en lo jurídico.

Ahora, si la norma jurídica es una *razón perentoria para la acción*, ésta misma implicaría irse de la comisión delictiva a la aplicación de la consecuencia punitiva sin mayor rigor deontológico, como una mera respuesta desde el *Estado-organización*; sin embargo, por esos factores morales que invaden la experiencia jurídica, eso no puede funcionar de esa manera de pura *objetividad* positiva.

Pero tampoco podría sustentarse el *castigo* con una concepción suprapositiva del delito, pues éste ha de hallarse inscrito en el catálogo normativo correspondiente por *principio de legalidad*, ya en su versión genérica, ya en la estricta.

La erección de una descripción conductual en delito a través del acto legislativo no puede darse en términos de validez normativa por el sólo cumplimiento del proceso jurídico para la creación de leyes, sin reparar en sus *contenidos* éticos o justificatorios, pues tal llevaría a un acto creativo legal de puras hechuras políticas bajo la versión unilateral del legislador.

El principio aludido, que con el *consecuencialista* permite abordar la hipótesis ferrajoliana del ¿cuándo y cómo castigar?, exige para el legislador un acto racional que conjuga el sentido de oportunidad política con el impulso deontológico exigido; sólo de esa manera el legislador atendería el principio de *reserva absoluta de ley* bajo una mente trascendental que tiene en cuenta las cuestiones empíricas (hechos en valores) para fundar un producto estrictamente racionalista, lo que está lejos de una

tendencia a derivar el deber ser, del ser, por sus infranqueables fronteras, pero sí se acerca a la *representación general* kantiana de la secuencia fenoménica, que se funda, en estos casos, en una *percepción objetiva*, que no atiende meros intuicionismos o “sensaciones” políticas o de otra naturaleza.

La ley penal continente de una figura delictiva exigirá pues, por separado: *juicios de vigencia* que se atienen a factores técnico-jurídicos y que se resuelven desde el poder, por atenerse el acto creativo legal a los procesos normados correspondientes, lo que aporta ese ingrediente de *objetividad* tan importante en el orden jurídico positivo y *juicios de validez* que exigen correspondencias precisas entre la norma jurídica y el orden constitucional, y por último, *juicios de justicia* que tienen que ver con el contexto axiológico y sociológico que entorna su ámbito de aplicación.

De esa manera, si la norma punitiva no se conforma con una teleología estrictamente restrictiva ante dañosidades de la juridicidad, incumplimiento de deberes, desestabilizaciones del orden, fracturas a la convivencia pacífica, desvaloraciones objetivas, y se atuviera a ideales morales más elevados como su función *protectora de derechos fundamentales*, tal la ubicaría en la necesidad de buscar contextos normativos para conocer de sus *razones justificatorias*.

La llamada *razón perentoria para la acción* vería en la norma penal no sólo una reacción automática ante la realización del *supuesto jurídico*, y tal *acción* reconocería su falta de *absolutidad* por aquellas *experiencias recalcitrantes* ante *errores de primer grado* y los de *segundo grado* que ya explicaba Ródenas; esto es, el legislador no está en condiciones de constituirse en un dirigente normativo de comportamientos humanos bajo reglas funcionalistas del orden jurídico objetivo, sino que para generar normas jurídicas obedecibles por todos, es precisa la regla de abstracción y generalidad, normativas, con lo que se aspiraría a acciones prudenciales de los sujetos, pero bañadas de adhesión moral a la norma jurídica.

Por eso mismo la norma jurídico-penal deja de ser un instrumento del poder, generada o constituida soberanamente por el legislador ordinario que ha permitido *castigar* por decisionismo ante una visión *inclusiva* y *exclusiva* del universo humano, para tornar en regla de un *sistema abierto* que establece retroalimentaciones desde lo extrasistémico como ideología, filosofía y *praxis* política, que se establece como norma que desa-

rolla o satura normas superiores continentales de *derechos fundamentales* para protegerlos ante vulneraciones de ellos mismos, entre personas.

Si la ley penal tiene por misión la, muy importante, de proteger esos facultamientos o libertades desde un *iusnaturalismo* reconocido como ideología, pues esos *derechos fundamentales* no precisan de catalogación constitucional, en ello se implica a su vez un método *positivista* que aleja cualquier capricho o decisionismo, pues el legislador penal emite normas punitivas desde una *positividad mínima previa* que se mira en valores jurídicos o llanamente existentes en la *cultura jurídica universal*, pero que reconocen a la dignidad humana como su centro de irradiación.

Entonces puede así estarse en condiciones de abordar la hipótesis ferrajoliana ya referida en cuanto al sustento temporal y procesal del castigo, pues se respondería al ¿cuándo?, desde la percepción en tiempo y espacio de un *derecho fundamental* insaturado que requiere de *protección* penal dados los impulsos empíricos de riesgo o daño con base socioaxiológica; el ¿cómo?, referiría a imponer un castigo sólo ante una ley penal preestablecida que define un delito, y conforme a sus propias reglas y principios.

Con ello puede construirse una teoría de los deberes jurídicos basada en *razones morales* y no tan sólo prudenciales ante una regla prohibitiva amenazante y que logre equilibrar la bilateralidad jurídica entre derechos fundamentales y deberes generales.

Para insistir con afán de claridad, se deja de una vez esa débil argumentación jakobsiana en torno a la “disposición de obediencia del derecho”, cuyo desconocimiento por parte del infractor lo coloca en un déficit de conocimiento de la prohibición de orden objetivo, anulándose su carácter de persona y es preciso indicar que en la medida en que el derecho penal resulte producido bajo argumentaciones de justificación fuertes, en tanto medida jurídica protectora que existe en alternancia con otras respuestas del derecho por comportamientos desviados, los deberes emergentes de esa protección jurídica bajo su manto deontológico y no meramente autoritativo, se asumen desde cuestiones morales y no estrictamente prudenciales, para lograr un derecho más eficaz y por ello exigible, al importar el individuo y no otras manifestaciones de la *trascendentalidad* del entendimiento para recuperarlo y no extraviarse en la sobre atención de sus obras racionales.

XVI. LEGISLACIÓN PENAL RACIONALISTA Y NO MERAMENTE POLÍTICA

Si el acto creativo de leyes penales no se corresponde a un libérrimo acto de prohibición desde lesiones a juridicidad, sino a un acto jurídico que con base en principios insoslayables como el de jerarquía normativa, división de poderes, vinculatoriedad, estricta legalidad (reserva absoluta de ley) y justificación desde contextos normativos, por la presencia de un Estado constitucional que asume un “núcleo de valor”, en tanto contenido de una norma jurídica imbricado de su propio “sentido de límite”, tenido por derecho fundamental bajo distintas versiones y manifestaciones ya universales, ya correspondientes a cada cultura jurídica, según clasificación ferrajoliana, que se halla insaturado o carente de desarrollo legislativo para su debida protección y garantía, en el medio penal ese desarrollo legislativo es un acto de metodología positivista y no decisión unilateral del legislador secundario, pues el delito como instituto jurídico se erigirá jurídicamente sólo bajo la condición de ser instrumento de protección de un *bien jurídico*.

El acto creativo legal en lo penal, sólo se justifica si tiene por misión esa tarea protectora desde una *positividad mínima previa*, y entonces la decisión para convertir determinado *derecho fundamental* en su calidad de *bien jurídico* requiere de un acto racionalista, que si bien descende de otra norma positiva, necesita, además, calcular los circunstancias de justificación necesarios hallados en el entorno socioaxiológico correspondiente.

El derecho penal es de naturaleza protectora de derechos fundamentales, con lo que reconoce a la moral-positiva como una necesidad práctica y conceptual, y, por ende la pretensión de corrección es propiedad esencial del derecho, a fin de ecuilibrar la propiedad coercitiva que siempre lo ha distinguido.

No se rige exclusivamente por una cuestión de “máxima restricción” como medida “ética” *ex parte principis*, sino por ese *ideal comprensivo* ya repasado y que le otorga a este ramal punitivo del orden jurídico su carácter inclusivo a la moral-ideal y no exclusivo para el sujeto vulnerante, que es protegido a su vez por el propio derecho y sus garantías jurídicas.

Así se está en condiciones de fincar una vocación *ex parte populi* del derecho penal moderno (juicio de justicia y protección de la dignidad humana).

El derecho penal al trocar a una naturaleza protectora de derechos y asumirse como parte incluida en el concepto de Estado constitucional, requiere cada vez más de argumentaciones sólidas en torno a su justificación desde sus contenidos morales, pues ya no se concibe un derecho punitivo meramente legalista y “soberanamente constituido” como quisieron los cultivadores de la dogmática penal.

Desde las estructuras y funcionamiento moderno del derecho penal también se exige una “estética” jurídica (además de las cuestiones meramente estructurales y funcionales) que se propone contemplar como legitimidad, pues los análisis ya no viajan desde positividad jurídica a principio de legalidad para cobrar vigencia, esto es fuerza coercitiva y brindar cumplimiento a un “deber ser” mirado como onticidad formal. Hoy ese “viaje” resulta tridimensional, pues se atienden además otras rutas imprescindibles: axiología-legitimidad-validez normativa-“poder ser”, y, por otro lado la realidad social que parte de los hechos sociales, va a eficacia legal, se fija en el perspectivismo normativo desde aplicación consuetudinaria de la ley y concluye con la institucionalización del ordenamiento jurídico.

De ahí que la propuesta aquí contenida resulte capaz de superar las concepciones actuales de la creación del derecho penal, que busca en verdad montar el juicio de normatividad con ese sentido de proporcionalidad lógica entre ley y derecho fundamental, a partir de un auténtico sometimiento al principio de dignidad humana en ambos sentidos (vulnerante-vulnerado), y de ahí al resto de libertades y facultamientos y empatar la noción de seguridad pública (incolumidad de derechos), que implica la función preventiva de delitos, que no toca al ordenamiento punitivo.

Estas afirmaciones deben asentarse ahora en el acto de creación legal, momento de la experiencia jurídica que desde el inicio de este trabajo se fijó como punto de partida del mismo, y así a estas alturas puede ya decirse que existe un *deber de justificación* de las normas jurídico-penales si lo que se desea es proteger la dignidad humana como principio, y, para ello, se exige de esa teoría racional de la legislación.

A pesar de presencias de sociedades complejas y de sistemas de comunicación existentes entre los miembros de ellas, debe reconocerse que

en la interacción comunitaria existen defectos (no en el sentido objetivo de Jakobs), pues la prioridad desde este punto de vista no se halla en el sistema sino en la libre acción de los sujetos, desde una *concepción de libertad como principio*.

Así, resulta que siempre será mejor una *limitación externa* de la libertad por parte del poder que una ausencia de ella, según afirma Wintgens,⁸² y teniendo en cuenta siempre la asimetría que existe entre ese poder político y los sujetos, se hallará una distancia entre la demanda de legitimidad del príncipe y la creencia de los sujetos en ello, con lo que podría volverse a aquél dogmatismo jurídico ya revisado (véase *supra*, Moreno, quien busca el acto legitimador de su política criminal legislativa) que se conforma con un mero discurso descriptivo del derecho sin alusiones a cuestiones morales, si hay descuidos en la atención de los paradigmas.

Debe suponerse contrariamente a los radicales del funcionalismo, que los sujetos cuentan con capacidad para actuar dentro de esas *concepciones de libertad* a la luz de los “núcleos de valor” protegidos por positivación y sus respectivos “sentidos de límite”, pues si dichos sujetos se saben miembros de una sociedad de hombres libres e iguales que mutuamente se reconocen derechos (Habermas),⁸³ ellos mismos son los que crean el significado de las distintas prácticas sociales, y tal genera *ideas constitutivas* de dichas prácticas (A no debe ser).

Por principio de alternancia se evita que a través de esas *ideas constitutivas* se anule al sujeto, pues el príncipe podrá en todo caso intervenir regulando sólo a condición que se argumente que su *limitación externa es preferible a una limitación interna de la libertad como una razón para la acción*,⁸⁴ asumiendo ese posible fracaso de la interacción social. Este principio de alternatividad anula la propuesta política de Roxin, que se conforma con insertar la ley penal, siempre que no existan medios menos incisivos.

Para justificar la legislación penal se hace necesario un esfuerzo de balance de la moral implícita y de conocimiento de los límites políticos

⁸² Wintgens, *op. cit.*, nota 2.

⁸³ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2000.

⁸⁴ Cfr. Wintgens, *op. cit.*, nota 2, p. 273.

de la libertad, según ya se advirtió a la *iusfilosofía* y sus relaciones especiales con lo ético-político.

Cualquier limitación externa de la libertad *debe ser justificada*, y de ello precisamente trata el derecho penal, y para lograr que la norma jurídica respectiva que importa sanción pueda ser justificada, se necesita de una *estructura* que la legitime, si no de una vez y para siempre, sí en su proceso de aplicación.

Al “pesarse” las alternativas jurídicas frente a una determinada densidad normativa, es posible integrar un *juicio de valor* que interesa el hallazgo de las *razones subyacentes* a la norma en cuestión, lo que logra el montaje de un discurso normativo fundante de argumentos bastantes para sustentar —justificar— la eticidad del derecho. De ahí que la *corrección material* apuntada por Roxin desde política criminal derivada desde una supuesta o no “necesidad de pena”, no logre fortaleza y se conciba como un argumento débil, pues en rigor las decisiones se *justifican* desde comprender la *alternativa normativa y su densidad*, de donde siempre por rigor normativo y no decisionismo, se inclina el *juicio normativo por la regla de menor densidad*, pues a mayor densidad punitiva se exige una mayor justificación legal.

En definitiva, el derecho penal, al mirarse en tanto objetividad normativa, se crea mediante racionalidad jurídica y finalidades protectoras de esa dignidad humana que irradia al resto de libertades y facultamientos y no se queda en ese decisionismo político, que tan sólo admite la propiedad coactiva, anula el sentido de libertad del hombre y no atiende a la rectitud del orden normativo (pretensión de corrección en un discurso axiológico), pues no supera su estrecho discurso empírico-analítico, para llegar a una imprescindible comprensión de la dogmática jurídico-penal, como contexto normativo-analítico.