

EL IMPACTO DE LA DOCTRINA ALEMANA EN EL ACTO CREATIVO DE LEYES PENALES EN MÉXICO

René GONZÁLEZ DE LA VEGA *

*A Olga Islas, admirada colega
y muy querida y respetada amiga.*

SUMARIO: I. *El método dogmático y su ideologización, desde la incompletitud de su discurso.* II. *Crítica de las escuelas penales del siglo XX y sus modos de producción del derecho.* III. *El Estado legalista que influye lo teleológico funcional.* IV. *Estado constitucional y necesidad de justificación de la norma jurídica.* V. *La base para la legislación penal en la doctrina mexicana.* VI. *El acto creativo legal, desde doctrina en México.* VII. *Una propuesta en torno a legislación racional.* VIII. *Iusfilosofía penal.*

I. EL MÉTODO DOGMÁTICO Y SU IDEOLOGIZACIÓN, DESDE LA INCOMPLETITUD DE SU DISCURSO

En nuestros medios doctrinarios, en referencia al caso específico de México, el abordaje al estudio del derecho penal ha implicado la confrontación a un tema lleno de puntas y también de pliegues, y no siempre se ha logrado acuerdo o consenso, pero se distingue con claridad una fuente de inspiración básica, vista en la doctrina jurídica alemana o, al más, ubicada en el llamado pangermanismo.

Aparentemente hay coincidencia en el método, asumido desde la dogmática jurídica, que en mucho ha ayudado a solventar problemas de muy difícil comprensión. Sin embargo, las distancias entre los diferentes y

* Miembro de la Academia Mexicana de Ciencias Penales y profesor de asignatura del Instituto Nacional de Ciencias Penales.

muy distinguidos cultivadores de la disciplina punitiva son grandes, pues si en las rutas del conocimiento hay acuerdo, no así en los acercamientos a factores políticos y morales, a teorías en lo general y particular y en los niveles de razón práctica, que al final a todos importan.

El método positivista en el estudio del derecho es una vía totalmente aceptada, incluso para quienes desde ideología o teoría de la justicia se muestran como iusnaturalistas, desde luego no en cuanto al origen o procedencia del derecho positivo, sino, mejor, desde el concepto de validez normativa. Eso, en tanto que el iuspositivismo permite al analista no perder de vista su objeto epistemológico: la norma jurídica misma y continuar apuntando al derecho en su carácter de conceptualización sistemática.

Prácticamente todos los autores mexicanos, en el campo del derecho penal, se afilan sin reticencia alguna a la metodología dogmática jurídico-penal, para la realización de sus propuestas, y se mueven con soltura dentro de las distintas doctrinas o escuelas penales, terreno en el que la comprobación científica de los postulados no suele ser tan exigente, pues como bien afirma Bunge, “una mera doctrina...es menos precisa que una teoría. Por consiguiente sus predicciones, sí está en condiciones de hacerlas, son imprecisas”,¹ pues para llegar a esos alcances habría que aspirar a teorización, general y particular, en el iuspenalismo y, por supuesto, llevar los argumentos hasta las cuestiones mismas de esa razón práctica mencionada y a hurgar en las razones subyacentes a la propia norma jurídica, desde juicios deontológicos.

Lo reconozcan o no expresamente, esos autores trabajan con una dogmática jurídica desde el positivismo más tradicional, y a partir de ahí, levantan sus propuestas, acercándose al conocimiento jurídico desde la norma positiva y, así lo dejan ver en sus definiciones. Esto, porque se atienen a una concepción clásica, en la que a la dogmática jurídico-penal se le tiene por “*el resultado de una elaboración conceptual sistemática, realizada por los juristas, que tienen como objeto de conocimiento el derecho positivo y que se obtiene mediante el empleo de procedimientos lógico-abstractos*”.²

De esa manera, desde las doctrinas: causalista, en sus versiones clásica o axiológica; finalista; o funcionalista, ya de orden teleológico, ya radical

¹ Bunge, Mario, *Epistemología*, Barcelona, Siglo XXI Editores, 2002, p. 167.

² Polaino Navarrete, Miguel, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, Bosch, 1990, t. II, p. 33.

(como se ha dado en llamar la posición de Jakobs), asumen sus estudios a partir del derecho positivamente válido, y se ocupan por retomar, con ciertas variantes, la teoría purificadora kelseniana, o bien, parcelas de la teoría del discurso, que mira con buenos ojos la generación de una conciencia de lo real, impuesta a la sociedad y los individuos desde un lenguaje positivado con criterio de verdad; no desdeñan desde sociología jurídica, la teoría del control social, para atender con eficacia el comportamiento desviado y especialmente, las motivaciones desviantes, con respuestas punitivas, que se dirigen, más que a una conformidad con los modelos aceptados, a una mera abstención de conductas, a través del encierro u otras acciones que no constituyen respuestas, como la pena de muerte. La teoría general de sistemas ha sido, desde hace unos años, fuente de inspiración evidente para los penalistas del funcionalismo, que desean un derecho incorporado a esa “sistematización de sistemas”, tan útil en las ciencias robustas y tan invocada desde tiempos remotos, en abandono de otras posiciones como las es-structuralistas.

Por supuesto que en los entretiempos, los penalistas abrevaron, siempre en beneficio de sus postulados, del positivismo científico, de la filosofía de valores, de la fenomenología, de la ontología y de aportaciones científicas como la homeostasis y la autopoiesis. Todo provocó un verdadero “mercado de teorías”, que a partir de la sospecha ideológica, ya no en el mero entendimiento al estilo kantiano, abrieron senderos de duda y crítica a sus opositores teóricos.

La verdad es que esa escuela dogmática del derecho penal, a pesar de la validez intrínseca de su metodología, no logró separarse de ese positivismo jurídico más crudo, que no sólo se asumió, según se dijo, como forma de acercarse al estudio del derecho, sino como teoría ya sistematizada, a partir de la concepción de un aparato coactivo, mirado en el orden jurídico y en el Estado kelseniano. También se ideologizó y cayó en ese perspectivismo normativo tan conocido en la secuencia: norma expedida según reglas de producción normativa>norma vigente>norma válida = norma justa y de ahí, a presumir por aplicación del silogismo lógico-formal, el acto de justicia mismo.

Nunca dejaron de insistir en un discurso meramente empírico-analítico, lo que les impidió abordar los juicios normativos con los que se hubieran permitido conocer las razones justificatorias de las normas jurídico-penales.

II. CRÍTICA A LAS ESCUELAS PENALES DEL SIGLO XX Y SUS MODOS DE PRODUCCIÓN DEL DERECHO

Cuando se acerca al estudio del derecho, el tratadista, desde la norma jurídica misma, logra construir una teoría del delito, para asumir uno de sus rasgos más relevantes, que debe montarse en cuestiones de facticidad evidente, esto es, elementos objetivos tan claros en su onticidad, como la conducta criminal misma, que pudo explicarse desde lo naturalístico³ o desde comportamientos, como los introducidos por Mezger,⁴ para acudir a filosofía de valores, o bien, desde finalidades advertidas en la acción delictiva,⁵ para introducir la noción de razones justificativas en los aspectos internos del delito, o modernamente, tenida esa conducta desviada, como una desafección al orden jurídico, por déficit objetivos en el conocimiento del agente comisor, que quiere verse en tanto factor jurídico que lastima juridicidad,⁶ lo que, desde las propuestas de la teoría particular del tipo penal, se debía “adecuar”, o sea, confirmar “ponderadamente” ese ingrediente objetivo (*Tatbestandsmässigkeit*), con el elemento de orden contrafáctico, advertido, en estos menesteres, en la norma jurídico-penal precisamente aplicable, por elemental principio de legalidad.

El hacer referencia a la correlación de lo fáctico con lo contrafáctico es intencional, a fin de ir acomodando el argumento en la noción epistémica de discursos diferentes, aun cuando se trabaje desde el mismo objeto, pues en esa correlación deben realizarse esfuerzos en los juicios de hecho y en los juicios de valor.

El no atenderse esto, por el método dogmático, llevó a enfrentamientos severos entre las diversas escuelas penales, al realizarse los ejercicios sobre tipicidad, en unión de elementos relativos al injusto, que pudo ignorarse como en Liszt o Beling, o elevarse hasta cuestiones axiológicas inválidamente, como en el “normativismo axiológico” de Mezger; o, llanamente confun-

³ Véase Liszt, Franz von, *Tratado de derecho penal*, traducción de la 18a. edición alemana por Quintiliano Saldaña, Madrid, Reus, 1926, 3 ts.

⁴ Mezger, Edmundo, *Derecho penal*, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958.

⁵ Welzel, Hans, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Roque Depalma Editores, 1956.

⁶ Véanse Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal*, Buenos Aires, Depalma, 1979; Jakobs, Günther, *Derecho penal*, Madrid, Marcial Pons, 1997; Lesch, Heiko H., *Intervención delictiva e imputación objetiva*, traducción de Javier Sánchez-Vera, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1997.

dir el planteamiento, al influenciarse el tipo penal de los subjetivos del injusto y llevarlo hasta una concepción “personal”, o recuperarse el llamado “tipo valorativo”, que se une con el factor de lesión jurídica, para, entre todos, generar una naturaleza del derecho penal, confundida con finalidades que no le tocan.

Es de reconocer que a partir de la teoría purificadora de Kelsen, que mantiene a raya toda noción axiológica o sociológica, para no perder su propósito de estudiar el derecho como mera estructura lógico-formal, esto es, desde la más aislada sustantividad normativa, que lo empuja a presentar su conocido relativismo axiológico, y entonces, emprender lo más relevante de su aportación, que es la montadura de un discurso estrictamente descriptivo de la experiencia jurídica, para enfocarse en un notable juicio analítico jurídico, en el que la autopoesis se apodera del acto creativo legal, para desde lo que él mismo llamó su dinámica jurídica, contemplar procesos reglados de producción normativa, que no reparan en los contenidos mismos de esa estructuración lógico-formal, pues si tal se admitiera, el derecho se perdería en su empeño de pureza, con factores de naturaleza valorativa, se fortaleció el trabajo de la escuela dogmática, para acercarse al conocimiento del derecho penal, sólo y tan sólo, desde el objeto asumido, visto en el derecho positivo, el que por procedimientos lógico-abstractos puede elaborar su conceptualización sistemática, según ya se asentó previamente.

Desde esa metodología dogmática, el penalismo quiso levantar sus teorías generales y particulares, con base en la fórmula neokantiana tenida en la realización de puros juicios empírico-analíticos, esto es, descriptivos y sintéticos, a fin de trabajar con ese deber ser, que se ontologiza hasta convertirse en un ser, y desde ahí, estudiar la secuencia fenoménica ya sistematizada. Es correcto el ejercicio, pero es incompleto.

Al asumirse como propiedad esencial, desde la razón práctica y la conceptual, a la coercitividad jurídica como dato relevante, se trabajó sólo bajo un aspecto del concepto de derecho, en el ánimo de buscar y encontrar la naturaleza del derecho penal. La cuestión esencial sobre ese tema se halla en el descubrimiento de una correlación infaltable en las ciencias políticas y las jurídicas, vista en la ecuación fuerza-consenso, o bien, coercitividad-rectitud normativa. Se aduce a la ciencia del poder ser, hallada en la *praxis* política y a la ciencia del deber ser, para ubicar al derecho, pues el acto creativo legal, desde los miradores del relativismo axiológico, se atendió como acto político del legislador, ajeno a la teoría general del derecho. Eso autorizó, mediante el método dogmático, al tomarse la norma positiva,

precisamente como dogma inconmovible, el sólo mirar la esencia coactiva del derecho, y el penalista, entonces, realiza una resignada tarea de analista *ex post*, que admite como válida y vigente a una norma por su debido proceso de creación reglado, que no repara en los contenidos, con lo que suceden dos cosas: se admite un legislador omnímodo en lo penal, pues le preocupa el daño a juridicidad y se puede tener a cualquier arbitrariedad, como derecho positivamente válido.

Es reconocido, en iusfilosofía, que el derecho es evidentemente autoritativo y coactivo en su naturaleza esencial, desde su creación y aplicación, pero es, también, crítico e ideal en sus relaciones específicas con la política y la moral. Hoy se reclama con viveza un sistema jurídico, tenido como sistema abierto, que admite interconexiones con otros sistemas y subsistemas, para lograr totalidad epistemológica, pero también apreciación de jerarquías y límites entre ellos, a fin de lograr retroalimentaciones circulares y no sólo lineales en su propio ambiente y, entonces, las necesarias correcciones del sistema, asumiendo los distintos momentos hegelianos, para lograr no sólo sincronía, sino diacronía y prospectiva, que afinen la requerida funcionalidad jurídica, pero esas correcciones materiales pretendidas ahora por las tesis teleológico-funcionales no pueden basarse exclusivamente en un dato de puras hechuras del poder (saber-poder), que se miran en las políticas públicas dictadas (oportunidad política para legislar de Luhmann) para contener y reprimir el delito, pues entonces la estabilidad del orden está basado sólo en pretensiones de poder (*ex parte principis*), que no admite usos alternativos del derecho, *ex parte populi*, que en su caso, inscribirían a la moral-ideal, en ese discurso jurídico, estimándose que si toda política debe ser moral, no toda moral es política.

La moral es producto de la razón, si no se pierde el hilo conductor kantiano y establece el cómo conocer, no sólo el qué conocer. Si el factor ético, desde el imperativo categórico social, resulta irrenunciable, para construir el derecho, no puede dejarse a una ética particular (política criminal) la decisión del acto creativo de la norma punitiva. En realidad, la moral como ahora se entiende, es factor de correlación fundamental del derecho, para justificarlo y buscar legitimidad y eficacia.

Las relaciones del derecho con la moral pueden resultar, para algunos, ciertamente incómodas, por esa tendencia, convertida en manía, de separar moral y derecho, desde la laicización de la Ilustración. Pero ese afán tuvo su razón de ser en el desarrollo del Estado liberal burgués y laico, pero rebasadas esas épocas, hoy, la moral, tenida por el verdadero sentido deontí-

co del derecho, que busca las auténticas razones justificativas que lo informan, esto es, la ética universal irrenunciable, desde la reconocida cultura jurídica universal, básicamente en cuanto derechos irrenunciables planetariamente, como los “humanos” o los de diferencias o los colectivos, que entonces exigen, en el legislador, esfuerzos muy crecidos en el sentido de argumentar la verdadera justificación de su acto, ya no meramente político, sino visto desde la racionalidad jurídica, sobre todo en el derecho penal.

El arribar, como en su hora se hizo con el acto jurisdiccional, que a través de la jurisprudencia logró orden, sistematización, certidumbre y seguridad en las decisiones de los jueces, a una necesaria legisprudencia,⁷ se lograría un acto creativo de la norma jurídico-penal racionalista, desde la teoría del derecho, y no sólo como expresión política del poder de dominio.

Para decirlo de una vez, con prácticamente todos los tratadistas de lo penal, el método dogmático jurídico-penal asumido desde las teorías mezgerianas, básicamente, para colocar un límite de horizonte —a pesar de dogmáticas decimonónicas, como las advertidas en el conceptualismo— se basó en un contexto de descubrimiento de la norma positiva, en términos de su tradición supuestamente desideologizadora, y emprendió discursos descriptivos de alto nivel lógico, para aportar sus conocidos juicios empírico-analíticos, que permitieron levantar “su” teoría del delito, estructurante de un edificio de varios niveles, resumido en la expresión “conducta típicamente antijurídica y culpable”, dejando a la cuestión de la punibilidad, en otra vajija reconocida por otros especialistas de la ejecución de sanciones, con lo que, a querer o no, fracturaran inadmisiblemente la ecuación innegable del silogismo lógico formal, que se expresa con el consabido: Si A es, debe ser B.

III. EL ESTADO LEGALISTA QUE INFLUYE LO TELEOLÓGICO FUNCIONAL

Pero cuando alguien preguntaba en torno a la validez normativa, o sobre la legitimidad de la ley penal, o respecto de las razones que le subyacen, privaba, entonces, el silencio, pues ese discurso empírico-analítico es incapaz de brindar respuestas que superen un derecho autopoietico, pero ajeno a su sentido deontológico, para sentar no sólo el derecho “que es”, sino el

⁷ Wintgens, Luc, “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, *Doxa*, Alicante, 2003.

derecho “que debe ser”, en términos éticos, desde su acto de creación normativa.

Por razones histórico-políticas, la dogmática jurídico-penal hubo de estructurarse en esas bases de análisis del llamado “fáctico jurídico”, que desde Kelsen rezaba que el deber ser es un ser, que, a su vez, fundó su descripción de las estructuras lógico-normativas. Ese logicismo formal exigía una norma jurídico-penal, soberanamente constituida, tal como exigió Mezger, en las horas oscuras del nacionalsocialismo, a fin de evadir la justificación de su expedición, que se tenía, como ya se dijo, en tanto acto político, de un legislador ordinario, dentro de un Estado coactivo, en un ambiente de omnipotencia, montado en la razón de daño a juridicidad. La fundación del llamado “normativismo axiológico” de Mezger respondió, en primer término, a despejar cualquier asomo del psicologismo prevaleciente, que desde Liszt y sus seguidores, en tanto discípulos de Jhering, veían el concepto de responsabilidad subjetiva, para informar los aspectos internos del delito, desde el positivismo científico, como aquel nexo psíquico entre autor y hecho.

Entonces, desde la aportación mezgeriana, que ante los factores de índole normativa, aportados por Mayer⁸ y la emergencia de las nociones en torno al subjetivo del injusto, hubo de reconsiderarse aquel viejo causalismo clásico, para derrotar el psicologismo y traer un nuevo “normativismo axiológico”, supuestamente fundado en la influyente filosofía de los valores. Ese montaje absolutamente legalista, que descansó en sus fundamentos desde perversiones en la adopción del positivismo kelseniano, básicamente con el querer mirar a un legislador omnímodo (Estado legalista y no constitucional) en lo penal y sostener la validez normativa a partir de los modos reglados de producción normativa, sin atención a los contenidos de la propia norma jurídica, fue lo que autorizó a la dogmática jurídico-penal a atender tan sólo contextos empírico-analíticos, pero colmados de posibilidades de abordar valoraciones desde el tipo penal.

La revolución welzeliana vino a traer vientos de refresco en estos temas y al menos, cuando al acto creativo de la ley penal nos referimos, propuso esos límites negativos al legislador, vistos en las llamadas estructuras lógico-objetivas, pero la vuelta a normativismo, tenido por legalismo absoluto, trajo a los escenarios del iuspenalismo, con la contradicción al Welzel y su

⁸ Mayer, Max Ernst, *Filosofía del derecho*, Barcelona, Labor, 1937.

propuesta cognoscibilidad de la prohibición, y su montaje de la acción finalista, por parte de las teorías funcionalistas de Roxin y Jakobs, conceptos muy claros de objetividad en la imputación desde norma jurídica, que cubre los déficit de conocimiento del agente comisor. Esto coloca al acto legislativo, de vuelta, en los terrenos de la acción política, que tiene al derecho penal como instrumento de prevención delictiva, y busca, mediante la exaltada política criminal, guiar los pasos de la norma jurídica, cuya estabilidad es lo relevante, en búsqueda de la coexistencia pacífica o el mantenimiento del orden social.

Hoy, ante la emergencia de un verdadero Estado constitucional, que deja atrás el añejo Estado legalista, se exige un acto creativo de leyes punitivas de orden racionalista y no meramente “político” o intuicionista, o volcado a una razón de mayoría, bajo el argumento de un Estado democrático de derecho, que se “autocontrola”, en soslayo a la razón constitucional, y que se cifra en la aceptación aislada del principio de “máxima restricción”, que recuerda a Zagrebelsky,⁹ cuando informa que lo sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad absoluta, lo que vuelve a ofrecer un legislador omnímodo.

Por supuesto que entre los cultivadores más modernos del iuspenalismo ha preocupado y ocupado sus trabajos intelectuales el acto creativo legal, desde esa evidente omnipotencia legislativa. Roxin explica:

...[Q]uiero dedicar mi atención a un tema que se presenta en todos los ordenamientos penales nacionales... la cuestión de qué conductas puede el Estado prohibir penalmente. La importancia del tema se basa en que por más que se tenga una teoría general del delito cuidadosamente elaborada a la par que 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.¹⁰

Esa “manera correcta” que admite el autor debiera estar fijada en la correlación jurídica admitida en la ecuación coercitividad-rectitud; sin embargo, el teleologismo funcional asume que la creación legislativa ha de responder a criterios políticos. Veamos su propuesta concreta:

⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho díctil*, Madrid, Trotta, 1999.

¹⁰ Roxin, Claus, “El legislador no lo puede todo”, *Iter Criminis*, México, 2005, p. 321.

[E]l 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.¹¹

El maestro de Munich expresa en avance a esa afirmación, que: “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”.¹²

En obsequio a claridad en su exposición, informa:

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 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.¹³

Alivia este escrúpulo de la teoría en presentación, para tratar de definir con mayor precisión aquel principio de “máxima restricción”, que se busca en un Estado que políticamente se “autocontrola”; y entonces, refiere a ética, desde su mirador, para fundar el aserto:

...[N]o está permitido deducir prohibiciones penales de los principios de determinada ética. Y, es que, en primer lugar, no toda conducta éticamente reprobable perturba la coexistencia de las personas. Y, en segundo lugar,

¹¹ *Ibidem*, p. 322.

¹² *Idem*.

¹³ *Ibidem*, p. 323.

muchos principios éticos son cuestión de fe que, en aras de preservar la libertad, no deben imponerse por la fuerza al individuo. Por motivos similares 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.¹⁴

Explica cómo ha de funcionar su sistema político:

Si tomamos como base los parámetros arriba mencionados, 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, 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 alienarse 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.¹⁵

Es de hacerse notar, si bien se miran los párrafos de Roxin, que la concepción del derecho penal, en sus propuestas, está cifrada en una de las propiedades esenciales jurídicas, vista en la pretensión coactiva. Signo muy distintivo del método dogmático-jurídico, que, finalmente, halla sus raíces en el positivismo más clásico, y específicamente en la idea de derecho y Estado kelseniano. Alude a una “manera correcta” para decidir la punición o no, de una determinada conducta, 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, conviviendo con las axiológicas (tipo valorativo de Roxin), en el acto creativo legal esa pretensión de corrección se monta en ideas de puras hechuras políticas, alejando el 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

¹⁴ *Ibidem*, p. 324.

¹⁵ *Idem*.

de poder, para volver a colocar al derecho penal en su mera vocación *ex parte principis*, sin posibilidades de atender razones justificatorias desde lo constitucional, que, entonces sí, invocarían una decisión fuerte de injerencia moral en el derecho.

Basta tomar sus propios ejemplos. La decisión desde el poder, para sancionar penalmente o no una determinada conducta sexual desviada, consensuada entre adultos, libres e iguales, en Roxin queda a razones políticas de mero orden prudencial, pero ello permitiría que, con un posible cambio de vientos ideológicos en el Parlamento, se pudiera revisar esa “cuestión ético-política” y volverse a criminalizar esas manifestaciones de conducta sexual, bajo esa pretensión de poder.

Y es que Roxin, al hablar de libertad, la supone en la medida en que la igualdad es precondición esencial de ella; sin embargo, es ésa una concepción liberal burguesa, ya superada bajo el signo del Estado constitucional, que exige hombres libres e iguales, que recíprocamente se reconocen derechos (libertades y facultamientos), según enseña Habermas,¹⁶ y que, por ende, una manifestación de la libertad puede consistir, precisamente, en “no ser igual” (derecho a la diferencia) en determinados sentidos. Veamos el decir de Valadés, en torno a la tolerancia:

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.¹⁷

Ergo, no es posible que el poder de dominio, por razones de mayoría, desde eticidad política (príncipe dominante), esté en condiciones de decidir qué se prohíbe y qué se castiga, pues en el mismo caso de la preferencia sexual, no se trata de una cuestión de “determinada ética”, sino de una razón constitucional, que reconoce y protege la libertad (en este caso) de

¹⁶ Habermas, Jürgen, *Verdad y justificación*, Madrid, Trotta, 2002; *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 2000.

¹⁷ Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002.

las personas, y, por tanto, ningún legislador puede amenazar a estos titulares de derechos fundamentales. No es correcto asumir la decisión de punición de conductas, desde esa necesidad vista por Roxin en la coexistencia pacífica, pues el argumento, como razón, es muy débil frente a esa razón constitucional.

IV. ESTADO CONSTITUCIONAL Y NECESIDAD DE JUSTIFICACIÓN DE LA NORMA JURÍDICA

En realidad, en un Estado constitucional, la norma suprema se torna intolerante ante esas decisiones prudenciales del legislador y exige una verdadera y fuerte argumentación o razonamiento jurídico que justifique el acto jurídico respectivo, ya tenido por uno legislativo o por otro de índole judicial. La “decisión” de incriminar determinadas conductas no puede fundarse en esa débil argumentación de la búsqueda y preservación de la coexistencia pacífica, pues entonces el acto legislativo continúa viéndose en sus aspectos políticos, y no en una racional teoría del derecho.

Esa “decisión” sobre cómo y cuándo castigar y prohibir a que se refiere Ferrajoli¹⁸ no puede quedar en esa débil referencia a tipos penales elementales (para una debida coexistencia pacífica, diría Roxin), o no elementales, pero necesarios, a fin de lograr esos postulados teleológico-funcionales. Debe recordarse que la doctrina más avanzada habla de protecciones “no decídibles” de determinados bienes básicos, pues el legislador no tiene la opción política en ese sentido, ni aun por razón de mayoría, pues la ética universal y la cultura jurídica imponen la protección de esos bienes del “coto vedado” de Garzón,¹⁹ en su filosofía moral, desde el orden jurídico, sin ninguna posibilidad decisoria. Los otros bienes, hallados fuera del “coto”, en referencia a esas preocupaciones de Roxin en torno a falsedades en protección de la administración de justicia o de la moneda, resultan “decidibles”, pero nunca en razón político-prudencial del legislador, que ubica como finalidad relevante la llamada coexistencia pacífica, pues un bien, ya individual, ya social o colectivo, privado o público, se protege y garantiza con base en razones constitucionales, que orillan al legislador ordinario (penal) a desa-

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 2001.

¹⁹ Atienza, Manuel, “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, Introducción al texto de Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.

rrollar o saturar normas superiores, con base en el principio de necesidad, que plantea el propio Ferrajoli, fundado en el principio de lesividad a un bien jurídico, que ha de determinarse mediante principios de legisprudencia, asumiendo cuestiones de alternatividad y densidad jurídicas y, por supuesto, hechos en valores que refuerzan el argumento.

Ahora se recuerda una afirmación ya hecha, que sentencia que la iusfilosofía mantiene relaciones permanentes con la filosofía y, por supuesto, ante una característica esencial, el derecho es autoritativo y coercitivo, pero por esa correlación aludida es también —esencialmente— crítico e ideal, y entonces se vincula a cuestiones políticas y morales. Hay un derecho “que es”, admitido en el objeto de la dogmática jurídica, que no es otro que la norma positiva, pero hay también un derecho “que debe ser”, a fin de ubicar en su debida perspectiva el trabajo dogmático. En realidad, el método dogmático-jurídico no deja de preguntarse —desde el montaje mismo del positivismo, pues él mismo habla de una conceptualización sistemática de su objeto (norma positiva), lo que implica *a fortiori*, datos empíricos, pero también axiológicos y no puramente lógicos—, qué es correcto y qué no lo es; qué es justo y qué es injusto. Esto es, se ocupa de la rectitud del derecho, con lo que ya pisa terrenos distintos a lo estrictamente empírico-analítico.

La iusfilosofía, en veces tan temida por quienes querían hacer por la vía dogmática sólo y tan sólo ciencia jurídico-penal, recobra hoy por hoy su papel crítico, para comprender que el método dogmático, como correlacionado con la filosofía en general, es analítico, empírico o sintético, pero también normativo, esto es, se ve influenciado por la moral-positiva, pero asimismo, por la moral-ideal, que aporta el factor deontico mencionado, o bien, ese juicio de rectitud, ahora exigido.

La dogmática jurídica es, pues, un ejercicio analítico o descriptivo, en términos kelsenianos, de la estructura lógico-normativa, y es, también, de orden empírico o sintético, para buscar sistematización y razones de orden práctico, como la coercitividad, con lo que obedece a Kant, pero para continuar con sus bases filosóficas no puede perderse de vista que lo sujeto a las leyes naturales se explica, pero lo relativo al hombre y su entendimiento se comprende, y en ello se retoman sus ideas constitutivas y sus ideas regulativas, según se esté en necesidad de constatar el fáctico o bien, de darle cauce al buen uso del entendimiento, respectivamente; ante eso, Ferrajoli aporta: “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”,²⁰ pues como bien se sabe, en derecho penal no juega papel la teoría de la nulidad del acto jurídico, que implica una preexistencia de la “norma constitutiva” como sucede, *v. gr.*, en materia civil, sino que en el que un hombre asesine a otro se trabaja con esas normas regulativas, venidas desde el pensamiento kantiano.

Luego, la dogmática jurídico-penal ya no se conforma con su naturaleza empírico-analítica, sino que se cuestiona sobre su rectitud. Cuando el analista se coloca en esa posición, reconoce en la dogmática jurídica su tercer e infaltable aspecto: el juicio normativo. Hacer dogmática no implica tan sólo atender un juicio descriptivo, que resulta fundamental en el conocimiento de las estructuras lógico-normativas, en el rigor exigido para montar el concepto de derecho y entender el silogismo lógico-formal, lo que conduce a la exaltación de esa propiedad esencial jurídica, tenida en la coercitividad, y tan sólo arribar al juicio sintético u holístico, para mirar la conceptualización sistematizada, a través de aquellas sucesiones fenoménicas referidas por lo kantiano, pues si la atención dogmática se estaciona en ese juicio empírico-analítico, no está en condiciones de averiguar en torno a cuestiones axiológicas, que presentarían no sólo las razones explicativas del derecho, sino también las exigidas razones justificativas, que brindarían la capacidad de conocer la legitimidad normativa, esto es, los factores morales que subyacen a esa norma jurídica.

Importa, ahora, en el seno de un Estado constitucional, la tarea de justificación normativa desde el acto creativo de ley, pues al preguntarse sobre la rectitud de la norma expedida no es suficiente el estricto positivismo que admite un legislador omnímodo al modo del principio legalista burgués, que tiene al derecho como ciencia autoritativa y coercitiva, pero en ignorancia a su naturaleza crítica e ideal. Este nuevo estado de cosas obliga, pues, a ejercitar una dogmática jurídico-penal de orden normativo-analítico, en contextos discursivos separados, pero confluentes en el conocimiento de la experiencia jurídica.

El trabajo dogmático tradicional, a lo más que ha llegado, para equilibrar, dentro de un Estado democrático de derecho, la propiedad coactiva, es a proponer una corrección material pretendida, desde las relaciones del derecho con política, al asumirse a la política criminal como la guía mejor de su desarrollo, según se pudo mirar en las propuestas de Roxin. Es fácil comprender que con esa forma de abordar, en este caso el acto creativo de

²⁰ *Op. cit.*, nota 18, p. 193.

la norma punitiva, el sistema funcional se recarga en la ya conocida vocación iuspenalística *ex parte principis*, pues todo se halla montado en una auténtica pretensión de poder.

V. LA BASE PARA LA LEGISLACIÓN PENAL EN LA DOCTRINA MEXICANA

Bastará acudir al pensamiento de un distinguido penalista mexicano para constatar esa “idea” del Estado democrático de derecho, que halla sus límites en la legislación punitiva desde el “autocontrol” anhelado y el principio de “máxima restricción” que lo sustenta, así como en la formulación de una adecuada política criminal, como política de Estado, pues se insiste en mirar tan sólo como propiedad esencial del derecho a la pretensión coactiva y en atender tan sólo principios como el de legalidad, división de poderes, reserva de ley, subsidiariedad del derecho penal e invocaciones al “derecho penal mínimo”, con lo que quedan de lado principios ineludibles, como el de jerarquía normativa, el de vinculatoriedad, el de legalidad estricta, el de necesidad legislativa, el de lesividad del bien jurídico, y, fundamentalmente, la vocación *ex parte populi* que hoy se exige en la moderna teoría jurídica y en la pretensión de una legislación racional, desde principios jurídicos y no políticos, hallados en la nueva propuesta sobre legisprudencia ya invocada.

Moisés Moreno²¹ es un buen representante de la doctrina mexicana, en los empeños de mejoría del derecho penal, desde posicionamientos “clásicos”. La dogmática jurídico-penal más extendida actualmente admite en la elaboración y conducción de una buena política criminal, la creación de un derecho penal, desde una “ideología democrática” y no autoritaria, mejor cimentado y estructurado, efectivamente legítimo y, por supuesto, eficaz. Entonces, sobre esa política criminal, nos informa el autor en comento:

...[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.²²

²¹ En esta ocasión nos valemos de su colaboración en la obra por él mismo coordinada: “La política criminal legislativa”, *Orientaciones de la política criminal legislativa*, México, ELD-Cepolcrim-Inacipe, 2005, pp. 131 y ss.

²² *Ibidem*, p. 132.

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... como, por ejemplo: determinar la legitimación y alcances de ese poder, así como los criterios o principios en que se sustenta su ejercicio.²³

Vuelve a advertirse esa teleología del derecho penal, tenida en la “vida ordenada de la comunidad”, que al tener por referente un poder político de dominio que enfrenta el “problema” de la delincuencia como “desordenadora” y encuentra en la “lucha contra el delito” su *leit motiv*, inmediatamente se centra una naturaleza del derecho penal de orden represivo y lateralmente preventivo, con lo que la pretensión de poder, asumida desde esa propiedad esencial del derecho, admitida en la capacidad coactiva, no cede, y tan sólo se busca “humanizarla” y refrenar por el principio de “máxima restricción” a un Estado democrático que se “autocontrola”, desde las ideas del Programa de Marburgo, que advirtió en el código penal a la “magna carta del delincuente”. Esa legitimidad ansiada se encuentra, entonces, en la medida en que dicha pretensión de poder se refrena a través de leyes penales que dictan los “cómo decidir”, aun cuando se desatienda el “qué decidir”, en procura de dar oportunidad al infractor a garantías procesales y límites punitivos, de cara a esa “manifestación del poder”, referida por Moreno.

Corroboramos el aserto, al invocar al propio autor, cuando refiere la función de esa política criminal:

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.²⁴

²³ *Ibidem*, p. 133.

²⁴ *Ibidem*, p. 134.

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.²⁵

Es evidente que el acto creativo legal se continúa inscribiendo en las arenas de la acción política, en tanto manifestación de la ciencia del poder, muy alejado de toda incursión de la teoría del derecho, para aspirar a legisl-prudencia, tenida por acto de racionalidad (no mera razonabilidad) legislativa. Y si es así, se entiende al ordenamiento punitivo como instrumento mixto, que lo mismo previene el delito mediante amenaza de pena, que lo reprende, con sentido retributivo, olvidándose que el legislador se distancia del juzgador, al preferir —comúnmente— un sentido utilitarista (Bentham),²⁶ aun cuando pueda resultar confuso el punto, porque, finalmente, lo relevante es la posibilidad (pretensión) coactiva del derecho positivo, que desde el acto creativo legal busca eticidad mediante esa idea central de la llamada “utilidad penal”, que permite mirar la cuestión desde un ángulo más propicio, advertido en esa posibilidad (¿cuándo y cómo prohibir?),²⁷ finalmente existente, de justificar la limitación de la esfera de las prohibiciones penales²⁸ en atención a daños a terceros, que serían los únicos reprobarables desde la laicización jurídica a que alude Prieto Sanchís,²⁹ y en cambio, al momento del acto de justicia, suele prevalecer el sentido retributivo del derecho penal (¿Cuándo y cómo castigar?),³⁰ que se monta en el principio *nulla poena, sine crimine*.

Queda claro, pues, que desde el ejercicio dogmático más tradicional no se duda en reconocer una ley penal *ex parte principis*, que busca un sentido represor, desde política del poder que toma para sí esa política criminal, y entonces, el acto creativo de la norma punitiva se tiene por acto de decisionismo político, que representa la razonabilidad política, pero no toma en cuenta la inevitable racionalidad jurídica, para contradecirse flagrantemente, en su visión positivista del conocimiento jurídico.

Recuérdese que el enorme mérito de la teoría purificadora kelseniana fue su desafección a toda noción ajena a la estructura lógico-normativa, y me-

²⁵ *Ibidem*, p. 135.

²⁶ Bentham, Jeremías, *Tratados de legislación civil y penal*, Buenos Aires, Ed. Europa-América, 1959.

²⁷ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 18.

²⁸ *Ibidem*, p. 464.

²⁹ Prieto Sanchís, Luis, *La filosofía penal de la Ilustración*, México, Inacipe, 2003.

³⁰ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 18.

diante su relativismo axiológico fue escéptico de injerencias axiológicas, sociológicas, antropológicas o llanamente políticas, en el acercamiento y conocimiento del derecho positivo. La Escuela dogmática halló fuertes anclajes en Kelsen, para “desideologizar” el estudio del derecho penal, sin embargo, como se comprueba desde el acto creativo de la ley penal, pervierten la purificación y traen elementos políticos en la decisión del legislador, abandonando la más fuerte propuesta de su inspiración, que veía un derecho creado autopoieticamente, esto es, mediante reglas que crean reglas, sin ponderables de otra naturaleza.

Una dogmática puramente empírico-analítica tendría prohibido hacer eso (recargarse en criterios políticos), pues no acude a juicios de valor o eticidad en los contenidos normativos, y se conforma con “descubrir” la norma jurídica expedida autoritativamente bajo el manto de su propiedad esencial, vista en la coercibilidad, y en ello se advierte el dogma, que se somete a esos juicios puramente analíticos y sintéticos, pero no de orden normativo, que pretenden corrección, dadas las relaciones de la *iusfilosofía* con política y moral. Incorporar a la decisión política ahora, desde esa dogmática incompleta, no resulta válido epistemológicamente y de ahí los muchos achaques de esa metodología.

Pero, sigamos con Moreno, quien se pregunta razonablemente: ¿cuáles son los rasgos característicos y los principios que orientan a la política criminal? Nos dice:

En la realización de sus objetivos, la política criminal observa ciertos criterios o principios y, por tanto, reviste ciertas características, dependiendo de la *ideología* que le sirva de base y, consecuentemente, del tipo de Estado de que se trate. Esa ideología es la que puede indicarnos si se trata de una política criminal que corresponde a las exigencias de un Estado democrático de Derecho o a las de un Estado autoritario o absolutista.

En virtud de lo anterior, igualmente podrá determinarse, sobre todo cuando se habla de la *política penal*, si se trata de una política criminal que admite o no límites en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.³¹

Siempre que llega a entenderse al derecho en tanto sistema abierto, que admite por ello relaciones extrasistémicas, es cuando es posible hablar de ideologías. Un sistema cerrado, como el dogmático jurídico, por su propia naturaleza y supervivencia, sólo muy difícilmente puede asociar esos facto-

³¹ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 136.

res ajenos a su “universal inclusión”. Ya animados los tratadistas inscritos en el método dogmático a “mirar hacia fuera”, atendiendo ideología, no pueden quedarse en la débil diferencia vista entre Estados democráticos de derecho y Estados autoritarios o absolutistas, pues la sistematización de ideas e ideales no se confunde con esas formas políticas, sino, mejor, como quiere Bobbio, en la medida en que tratan los conceptos de libertad e igualdad. En seguimiento al autor italiano, puede decirse que hay Estados, desde ideología, de extrema izquierda, que son igualitarios, pero autoritarios; de centro-izquierda, que son a la vez igualitarios y libertarios; de centro-derecha, que aparecen como libertarios y no igualitarios; y, finalmente, de extrema derecha, donde son antiliberales y antiigualitarios.³²

En esto debe recordarse que ante derechos fundamentales de corte civil y político, los Estados conservadores (libertarios, pero no igualitarios) se han inclinado por su refuerzo, aunque en desatención de derechos fundamentales de orden socioeconómico. Al revés, los Estados socialistas han reforzado estos últimos derechos, en detrimento de los primeros. Luego, la calificación de Estado democrático o autoritario no resulta conveniente, cuando de lo que se trata es de hacer derecho y no política.

El apellido de *democrático* de un Estado de derecho dado no tiene raíces jurídicas, sino evidentemente políticas. El Estado de derecho (sujeción de *todos* al orden jurídico), lo que hace es reconocer, proteger y garantizar derechos fundamentales, entre ellos los de orden público y político,³³ tales como las libertades de reunión o asociación, de expresión, de voto activo y pasivo, de aspiración a ocupar cargos electorales, etcétera, pero no presume la actuación democrática, pues ésta es un ejercicio político-social de las personas titulares de esos derechos. Se ejercen mediante interlocución, tolerancia e igualdad absoluta.

Es cierto que la democracia liberal resulta ser en estos tiempos la triunfadora planetaria,³⁴ y nadie puede oponerse a un gobierno del pueblo, pero confundir los mecanismos un tanto desgastados del añaño parlamentarismo, que conlleva su voluntad legislativa, con la auténtica voluntad popular, no es siempre cierto, y de ahí los mecanismos de invitación a la tolerancia. En una verdadera democracia no es el consenso lo que cuenta, sino el disenso, para confrontar ideologías. Presumir que democracia es sinónimo de libertad e igualdad es una ingenuidad mayor.

³² Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 2001.

³³ Véase clasificación de derechos fundamentales de Ferrajoli, *op. cit.*, nota 18.

³⁴ Del Águila, 2002,

En rigor, la tolerancia a minorías es una realidad vigente, y ahí están, *v. gr.*, las llamadas acciones de inconstitucionalidad, previstas en la Constitución mexicana, como en muchas otras. Dice Sartori:

La ideología en el conocimiento abre un debate epistemológico y de teoría del conocimiento; la ideología en política remite a un análisis funcional. En el primer contexto la ideología significa *doctrina ideológica*; en el segundo basta con que el referente sea una *mentalidad ideológica* (el ideologismo). La distinción entre la ideología en el saber y la ideología en la acción no es, necesariamente, una separación: existen problemas que afectan a ambas. Por ejemplo, cuando discutimos sobre el liberalismo, el socialismo, el nacionalismo y sobre otras cuestiones similares, la discusión es en parte sobre la verdad (o de validez) y en parte sobre la eficacia. Lo que no obsta para que existan problemas que afectan únicamente al aspecto gnoseológico, o únicamente a la dimensión funcional de la ideología.³⁵

Por tanto, argumentar que el derecho penal reconoce a una ideología determinada, en una simple invocación a democracia o autoritarismo, resulta incompleto, y no supera el problema de justificación de la norma punitiva. Debe insistirse desde ahora en que el derecho, al reconocer relaciones filosóficas con política y moral (si se habla de un sistema abierto), también sabe que en definitiva, toda política ha de ser moral, en el sentido kantiano, por lo que, el ingrediente básico para llegar a una legislación racional, y no sólo razonable (políticamente), es la moral, esto es, la posibilidad de realizar juicios axiológicos, sobre la eticidad o no de la normativa jurídica, en discursos normativos, distanciados de lo meramente empírico-analítico (que asume la dogmática), en búsqueda de las razones justificatorias de la ley, para equilibrar la pretensión coactiva (razón de la fuerza) con la pretensión de corrección (fuerza de la razón), que se exige en un Estado moderno, que ha evolucionado a un apellido de constitucional, exigente de argumentación jurídica desde bases axiológicas, para no contemplar un derecho sólo autoritativo y coactivo, sino también crítico e ideal, como se exige en la moderna teoría del derecho.

En definitiva, no puede sentarse la atribución legislativa en una mera pretensión de poder, así se esté ante un parlamento democrático, sin necesidad absoluta de justificar el acto creativo legal. Para volver a Roxin y sus propios ejemplos, no se sanciona penalmente la práctica homosexual, la

³⁵ Sartori, Giovanni, *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1999.

crítica al gobierno o la drogodependencia, por *razón constitucional*, que protege y garantiza libertades, pero nunca por una decisión política o de política criminal o penal, pues tal destruye la noción misma de Estado democrático de derecho.

Cuando Moreno afirma:

...[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.³⁶

En realidad está tratando de sustentar una dogmática jurídico-penal abierta a factores extrasistémicos, lo que representa un avance crucial, pero también sustenta la idea de un “Estado autocontrolado” (política acorde al Estado que menciona), desde el principio válido, pero incompleto, de “máxima restricción”, pues para aspirar a conocer un derecho positivamente válido es preciso, ahora, acudir a los juicios normativos, que autorizan a atender esas correlaciones del derecho con política y moral, en una actitud mucho más comprensiva de la moral-ideal prevalente. Esto es, el principio de “máxima restricción” parte de la propiedad coactiva del derecho, y entonces se refugia en ese “autocontrol democrático” del *ius puniendi*, pero aun en las democracias se sabe a ciencia cierta lo ya advertido por Zagrebelsky.³⁷ En olvido de juicios justificativos desde deontología en torno a la emisión de normas punitivas no se acerca el legislador a pretensiones de corrección, que lograrían equilibrar esa otra propiedad esencial del derecho, vista en su capacidad coercitiva, con lo que, en democracia o sin ella, se está frente a una mera pretensión de poder, según se ha venido insistiendo, pues se abreva de esa posibilidad autoritativa y coactiva del Estado-ordenamiento, sin comprender que la experiencia jurídica, si ya se invoca po-

³⁶ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 137.

³⁷ “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 sujeción, 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.

lítica como brújula, es, al mismo tiempo, crítica e ideal, y debe, por tanto, argumentar para justificar, con base en cuestiones de moral kantiana, que, a querer o no, deben vestir a esa política criminal.

El resultado de esta ecuación atenida a la fórmula *política criminal > dogmática jurídica = derecho penal funcional*, desde el mirador positivista, ofrece en el que se asoma a esas estructuras, cierta inquietud en torno a una “corrección”, que se ve desde la corrección material pretendida de Roxin, montada en ese alargamiento de la culpabilidad, que se construye con la sumatoria de *R* (responsabilidad penal) + *necesidad de pena*, en tanto decisión casuística, tras el juzgamiento, por parte del Estado-ordenamiento. Al estarse hablando, en todo caso, de una imputación objetiva, desde criterios restrictivos de autor, todo el montaje se presenta desde esa pretensión de poder (facticidad jurídica *plus* “poder ser” político). La norma jurídico-penal la emite autopoéticamente el Estado-ordenamiento, sujeto a sí mismo y se aplica con criterios políticos por el propio Estado-organización, desde puras cuestiones de materialidad *ex parte principis*, sin posibilidades de alternatividad en el uso de la experiencia jurídica y de ahí, reclamos incessantes por la supuesta humanización del derecho penal, que no es sino un escrúpulo moral, no reconocido. Veamos qué dice al respecto el propio Moisés Moreno:

Desde esta manera se inició, una vez más, un movimiento de carácter humanista; esto es, que tiende a la “humanización” de la justicia, tal como sucedió en otras épocas por razones análogas —algo así como se dio hace más de 200 años en contra del absolutismo—; y todo ello, nada menos que por los excesos y las irracionalidades a que nuevamente volvía a incurrir el Estado en el ejercicio de su poder penal. En este nuevo movimiento se busca, igualmente, adoptar criterios político-criminales más adecuados para poder establecerle límites a ese *ius puniendi* estatal y, de esa forma, garantizar los derechos del hombre cuando éste se ve enfrentado a los órganos del Estado.³⁸

El atender ese movimiento humanista del derecho penal, sólo y tan sólo, desde los “buenos deseos” del Estado “autocontrolado”, esto es, desde meros principios de “máxima restricción”, siempre hablará de las raíces del añojo Programa de Marburgo, que pretendía un código penal en tanto “magna carta del delincuente” —según se ha venido insistiendo— bajo el

³⁸ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 145.

manto del clasicismo causalista de Liszt. Eso, ni más ni menos, sostiene un Estado-fuerza, que va en procura de humanización, ante la siempre presente posibilidad del desbordamiento penal o inflación penal que refiere Ferrajoli,³⁹ con tendencias a un anhelo nunca logrado de contar con un “derecho penal mínimo”.

El descuido a los usos alternativos del derecho, que brindarían una expresión *ex parte populi* del régimen jurídico, lleva a ignorar permanentemente el principio de necesidad en la legislación, que el propio autor de Camerino sustenta en el *nulla lex (poenalis), sine necessitate*. Y esa *necesidad* emerge de la real o posible lesión del bien jurídico, como principio de lesividad. La dogmática jurídico-penal tradicional atiende el cuidado a derechos fundamentales del sujeto a proceso penal, “cuando enfrenta a los órganos del Estado”, lo que siempre supone a un individuo encarado al *ius puniendi*, lo que no parece muy humanizante.

VI. EL ACTO CREATIVO LEGAL, DESDE DOCTRINA EN MÉXICO

Los principios jurídicos atendidos por Moreno se reflejan en su siguiente párrafo:

En efecto, mientras que por un lado se observa la existencia de legislaciones penales que han precisado la regulación de diversos criterios y principios fundamentales, que tienen la función de limitar el poder penal (*ius puniendi*) del Estado y garantizar los derechos del hombre frente a aquél, como, por ejemplo, los principios de legalidad, de tipicidad, de acto, del bien jurídico y de culpabilidad, entre otros, o que siguen asimismo el principio de intervención mínima (de subsidiariedad o de *ultima ratio*) del Derecho penal, al ensayar procesos de criminalización o despenalización de ciertas conductas, por considerar a éstas o a los bienes jurídicos que están de por medio, de poca importancia y que, por ello, no justifican la intervención penal, recomendándose para estos casos la adopción de medidas no penales, por el otro, todavía se percibe la presencia de legislaciones con un marcado endurecimiento de los medios de reacción penal, o que incluso se apartan de los criterios garantistas, como las llamadas leyes de excepción.⁴⁰

³⁹ *Op. cit.*, nota 18.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 147 y 148.

Ésta es una muestra muy clara de la comprensión de la naturaleza del derecho penal, que se toma desde esa dogmática empírico-analítica, que nada quiere saber de otros principios también insoslayables, como el precitado de necesidad legislativa, o el de reserva absoluta de ley, basado en un principio de legalidad estricta, que propone atender los juicios de vigencia, validez y de justicia por separado y no secuencialmente, al modo del perspectivismo positivista clásico. Con el argumento de la condición de *ultima ratio* del derecho penal se sigue dejando al legislador de lo jurídico-punitivo en un ambiente cerrado de meras hechuras decisionistas, pues no se llega a comprender que el Estado constitucional moderno y no meramente legalista-burgués, no sólo exige una verdadera y fuerte tarea justificativa de los actos de poder, sino que se ve asimismo como la entidad protectora y garante de derechos fundamentales de todos, y no sólo de quienes han caído en la condición de excluidos, de desafectos, desleales o enemigos del orden jurídico-político imperante. La naturaleza del derecho penal habría que buscarla, no en esas razones de evidente debilidad argumentativa, que no ha logrado rebasar los principios decimonónicos, sino en la cuestión más fuerte que se plantea la hipótesis de cuáles son las propiedades esenciales del derecho, para estar en condiciones de equilibrar el binarismo político de fuerza-consenso, mirado en el derecho, como coacción-rectitud.

En efecto, sobre la decisión de cuáles son esos bienes jurídicos de poca importancia, lo que implica bienes jurídicos de “muchas importancia”, se trae a colación otra vez la pregunta sobre el origen del concepto de bien jurídico, dicho sea de paso, tan despreciado por la dogmática jurídica, o de plano negado por el llamado funcionalismo radical de Jakobs, que—insiste—no debe aparecer en los trabajos legislativos, pues resultaría antidemocrático. Ante ello, vuelve a surgir la cuestión ya mencionada sobre la naturaleza del derecho penal, desde sus propiedades esenciales, a fin de decidir si todo se resuelve desde contención política de la propiedad coactiva o se estima la presencia del factor moral, a fin de incorporar una legislación no sólo razonable, sino racional, a partir de pretensiones de corrección que sólo se ventilarían en juicios de orden normativo-analítico, para dejar en claro el empeño justificatorio de lo normativo.

La intrigante pregunta sobre el origen del concepto de bien jurídico quedaría a meras decisiones del poder estatal, desde juicios políticos de “poca o mucha” importancia, a la luz de lograr esa anhelada coexistencia pacífica, que no es sino una pretensión de poder, o, se trata de admitir que el derecho, al estar conformado por la fuerza de la razón y no al revés, debe proteger y

garantizar derechos fundamentales, en tanto libertades y facultamientos de todos, que en su vulneración entre sujetos, desde luego libres e iguales, reacciona ante los distintos protagonistas del llamado drama penal, como instrumento de protección o garantía. Entonces, el bien jurídico, al mirarse como lo “protegido” desde “protección” normativa, no surge *ex nihilo*, desde política criminal decisionista, sino que se reconoce en “cuestiones protegibles”, que no son sino los derechos fundamentales, positivados o no, pero necesitados de garantía. Por ello, el ordenamiento punitivo halla su primer dato sobre necesidad legislativa, en el sentido de desarrollar o saturar para protección, determinados derechos fundamentales, de entre los cuales, los llamados “básicos” (tipos elementales de Roxin), resultan “no decidibles”, ni aun por razón de mayoría, y el resto se protegen, al estudiarse el acto legislativo, desde normativa (superior, positiva o cultural), cribada por hechos en valores.

Luego, la connotación de *ultima ratio* que Moreno asigna, con sus co-religionarios, al derecho penal, no responde a ese débil argumento de subsidiariedad, por existir “otras vías jurídicas menos incisivas”,⁴¹ para tratar los problemas de convivencia, sino a la circunstancia de que el derecho penal precisa de una positividad mínima previa, o de consideraciones sobre bienes del “coto vedado”, para emerger como instrumento protector, y sólo por ello es de *ultima ratio*.

Tras abundar en torno a los problemas político-criminales del presente siglo, nuestro autor cuestiona la vigencia de los criterios clásicos o positivistas y lo que “conllevan”, pues continúa, afirma, la ideología autoritaria, y entonces, resuelve:

No obstante, en la medida en que con relación a cada una de estas opciones está de por medio la consideración del hombre y la posibilidad de establecerle o no límites a la potestad punitiva del Estado, en esta búsqueda de disyuntiva habrá que optar por aquellas que conciban al hombre como persona y como fin en sí mismo, como ser capaz y libre y que, por tanto, respetan su dignidad humana; pues, aun cuando se trate de categorías metafísicas, ellas son las que garantizan de alguna forma que el *ius puniendi* estatal se ejercente con mayor racionalidad y no se desborde en detrimento de los derechos del hombre.⁴²

⁴¹ Roxin, *op. cit.*, nota 6.

⁴² Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 150.

Vemos dudas serias en el autor que se comenta, seguramente compartidas por quienes se afilian a esa escuela dogmática, pues si bien asumen una decisión de poder, como la admitida en la política criminal, también miran un derecho penal que tiene por finalidad la prevención y/o represión del delito, desde la atalaya del Estado-ordenamiento, con lo que exaltan la institucionalidad, esto es, una formación nomocrática, que tiende a lograr esa coexistencia pacífica, ese orden social dado, que no admite desafecciones o no tolera desestabilizaciones a la identidad normativa, y, todo, porque el delito consiste en un daño a juridicidad, sin reparar en vulneraciones a facultamientos o libertades de las personas. Las dudas se evidencian, al hablar del hombre frente a esa potestad punitiva estatal, pues “ese hombre” es el hombre delincuente, para insistir en una visión de mera restricción limitada, por “autocontrol” del “Estado democrático”, pero admite al hombre como “capaz y libre”, pero su sentido conservador le impide hablar de igualdad. El escozor escondido en ese “aun cuando se trate de categorías metafísicas” evidencia su inscripción en las filas del más evidente positivismo ideológico, que sirve de cimiento a esa dogmática jurídica puramente empírico-analítica, ignorante de sus vertientes normativo-analíticas, que le autorizarían a ingresar a juicios de valor con mayor soltura.

Esa escuela dogmática ha venido aludiendo al concepto de bien jurídico sin precisión ni alcance en sus connotaciones y efectos jurídicos, pues se le tiene por noción conocida y decidida por el legislador, en cuanto éste mira posibilidades o realidades de conductas desviadas, que atentan contra alguna unidad funcional valiosa. El concepto de bien jurídico debe responder a razones de racionalidad jurídica y no meramente de razonabilidad política, para dejar al acto creativo de la ley penal en tanto material de la ciencia política, e inscribirlo en los terrenos de la teoría del derecho. Veamos un párrafo del propio Moreno, en estas cuestiones de tanta relevancia:

En efecto, si partimos de la base de que la misión fundamental del sistema penal, y prácticamente del Derecho penal, lo es precisamente la protección de los bienes jurídicos, entonces, ante la observancia de la realidad actual, de que esos bienes jurídicos no son debidamente protegidos —crisis de la funcional instrumental— o de que ahora empiezan a proliferar en las legislaciones penales los llamados delitos de peligro abstracto —extensión del Derecho penal—, hay razón para cuestionarnos si el principio del bien jurídico es realmente el que orienta al sistema penal de ahora, o si, por el contrario, solamente se le utiliza como un mero pretexto,

con una función simbólica, para hacer uso del Derecho penal y de todo el sistema penal, para efectos de mantener un determinado *status* por medio del ejercicio del poder.⁴³

Hay en esto una contradicción de primer grado, pues aun cuando se estime que la misión del sistema penal y “prácticamente” del derecho penal, es la “protección de los bienes jurídicos”, ya con anterioridad el mismo autor nos insistía en que:

Por lo que hace a la función de la política criminal... ésta consiste en enfrentar al delito, ya sea previniéndolo o reprimiéndolo... 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.⁴⁴

Por lo que, o se funda una naturaleza del derecho penal “protectora” o bien, de orden represivo-preventivo, pues en ello se advierte que al trabajarse tan sólo con la propiedad coactiva del orden jurídico no se logra superar el acercamiento a la razón subyacente al derecho penal, que no puede ser otra, desde deontología, que la protección de derechos fundamentales, y, ello exige una pretensión de corrección que equilibra la fuerza coactiva, con la noción de rectitud normativa.

Esto, a pesar de que Moreno en su pensamiento quiere distinguir las “funciones”, como podría serlo la creación del derecho, de los “fines”, que se hallan determinados a un objetivo, y desde ahí diría que la “función de la política criminal” es enfrentar el delito y “la misión” o fin del derecho penal es proteger bienes jurídicos y entonces, la crítica no sería válida. Afirma, sin embargo, que “entre el concepto de ‘función’ y la idea de ‘fin’, existe una conexión muy estrecha”. Si no hubiera fines en la actividad estatal, los conceptos políticos aparecerían vacíos y la función es la realización de una serie de fines análogos y de manera continuada, nos informa en cita a Bustamente. Nosotros diríamos, en adelanto a líneas *infra*, que en esa distinción existe una falacia argumentativa, pues en la experiencia jurídica podemos, por una parte, aludir a cuestiones estructurales, funcionales y de legitimidad normativa, y en este caso se desea mirar a la política criminal, en tanto una función estatal (de fines análogos y continuados), pero se

⁴³ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 152.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 135.

quiere cotejar con los “fines” del derecho penal, que desde epistemología se ubicarían en tanto razones justificativas en un contexto normativo, implicantes de cuestiones morales, como sería la “protección de derechos fundamentales”, por lo que la crítica inicial, como contradicción de primer grado, la sostendemos.

Debemos extender el argumento, pues encierra el *quid* de este debate doctrinario; cuando se comprende que el derecho penal, desde sus propiedades esenciales, ya desde lo conceptual y desde la razón práctica, es autoritativo y coactivo, pues ¿quién imaginaría un orden jurídico sin posibilidades de hacerse cumplir?, y emerge desde el Estado-ordenamiento, se monta la idea de un instrumento funcional dedicado a la prevención de la desviación por amenaza de pena, a fin de ponderar las actitudes prudenciales de los individuos y a la represión, a fin de darle entrada al principio retributivo, mirado en el *nulla poena sine crimine*, lo que provoca, en la secuencia axiomática de Ferrajoli,⁴⁵ el surgimiento del consabido principio de legalidad: *nullum crimen sine lege*.

En ese par de principios se basa el análisis de la pregunta ferrajoliana sobre el ¿cuándo y cómo castigar? Pero el propio autor italiano, puesto en la posición de un derecho represivo, exige en el legislador penal, atender la llamada reserva absoluta de ley, que exige la consideración del carácter formal o legal del criterio de definición de la desviación, pero también e indisolublemente, el carácter empírico o fáctico de las hipótesis de desviación legalmente definidas, con lo que se arriba al desarrollo de un principio de estricta legalidad, que, desde luego, separa los juicios de vigencia, de los juicios de validez normativa, y en eso se hallan cuestiones de técnica legislativa y de sensibilidad en el creador de normas jurídicas, que le imponen desechar prescripciones arbitrarias o caprichosas y se repite con el mismo autor, 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”,⁴⁶ 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 he-

⁴⁵ *op. cit.*,

⁴⁶ Ferrajoli, *op. cit.*, nota 18.

chos (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 dogmática jurídico-penal quiso encontrar la supuesta “contrariedad o torcedura de la ley”, como antijuridicidad, desde factores meramente institucionales, según ya se ha advertido en las propuestas roxianas en rededor de su “tipo valorativo”.

Las preocupaciones de Moisés Moreno sobre “humanización” del derecho penal y fortalecimiento de su carácter “protector” de bienes jurídicos queda en un plano de buenas intenciones políticas, pero no es un argumento fuerte para denotar con precisión la auténtica naturaleza del derecho penal. Él mismo afirma⁴⁷ que “hay razón para cuestionarnos si el principio del bien jurídico es realmente el que orienta al sistema penal de ahora”, y sin embargo, anteriormente se inclina por informar qué es lo que denomina *política criminal legislativa*, la guía orientadora del régimen jurídico punitivo.

Ferrajoli,⁴⁸ tras plantear sus axiomas relativos a la cuestión del castigo penal, se va a la pregunta ahora crucial, vista en el ¿cuándo y cómo prohibir? Un positivista como él invoca otro par de axiomas fundamentales: *nulla lex (poenalis) sine necessitate* y *nulla necessitas sine iniuria*.

Esto es, la decisión política de legislar penalmente no puede quedar al capricho o imposición del legislador ordinario, tan sólo sujetado por ese manido principio de “máxima restricción”, que supuestamente “autocontrola” el poder estatal, con base en la reiterada versión del Programa de Marburgo, sino que la verdadera contrariedad a la llamada por el autor italiano *inflación penal*, se dará en la medida en que ese principio de necesidad se convierta en la verdadera guía positivada para el acto creativo legal, que entonces sólo podría darse ante el otro principio aludido de lesividad del bien jurídico.

El llamado “derecho penal mínimo” o principio de mínima intervención no puede entonces contentarse con una mera razón de mayoría, que supuestamente informa un Estado democrático de derecho, pues siempre, según ya se advirtió, estará presente esa tendencia al desbordamiento normativo y a un legislador sujeto a sí mismo, que resulta absolutamente libre.

Si en verdad la dogmática jurídico-penal halla sus bases doctrinarias en el positivismo jurídico, que se mira como forma de acercamiento al conocimiento del derecho y es capaz de elevar teorías fundadas en una concep-

⁴⁷ Moreno, *op. cit.*, nota 21.

⁴⁸ *Op. cit.*, nota 18.

tuación sistemática de un orden coactivo, desde el punto de mira ideológico, o si se quiere, como una teoría de la justicia, no puede alejarse de la presencia de un Estado constitucional, que ya no presume el acto de igualación en la actividad jurisdiccional, por un mero perspectivismo normativo, pues hoy día se exige que la norma jurídico-penal sea justificada desde una argumentación ética y axiológica, que pondere su validez material y su legitimidad, dado que la presencia de un escueto Estado legalista-burgués ha sido ampliamente superada.

De todo ello se desprende que si el ordenamiento jurídico-penal tiene por verdadera misión la de proteger bienes jurídicos, eso lo viene a ubicar en una razón fuerte de orden moral, pues desde ahí, dicho ordenamiento no puede resultar soberanamente constituido, como quiso el “normativismo axiológico” o basado en dictados políticos desde el poder estatal, pues ello contrariaría dicho fin. En rigor, y si en verdad se trabaja desde el iuspositivismo como metodología, para no perder el objeto epistémico planteado (norma jurídica), debe entenderse que el orden penal en tanto legislación ordinaria emana de la norma suprema, y tiene por propósito desarrollar o saturar derechos fundamentales (positivados o inscritos en la cultura jurídica universal), para su protección desde garantía legal punitiva, arribando a la selección de lo “protegible”, desde nociones como el del “coto vedado” de Garzón, o bien, descendiendo desde norma suprema el facultamiento o libertad a proteger, cribando el ejercicio a través de hechos sociales en valores. No es decisión o indicación u orientación política, como quiere Moreno, sino acto racionalista que se corresponde a la teoría del derecho.

La “única respuesta posible” que Moreno anota como instrumento funcional para fundar una legislación penal razonable es la que él denomina como *política criminal legislativa*, y su imposibilidad para admitir un ideal comprensivo en el conocimiento del derecho lo llevan a párrafos angustiantes:

Podría decirse que sólo excepcionalmente se formulan críticas a la actuación del legislador, por lo que hace a las medidas legislativas que da origen, aun cuando con cierta frecuencia los contenidos de la ley penal o de la procesal penal son bastante deficientes y constituyen la causa de las extralimitaciones o excesos en el ejercicio del poder penal de los otros órganos del Estado, o de que éstos no cumplan eficazmente con su función.⁴⁹

⁴⁹ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 160.

He ahí el defecto mayor del método dogmático desde sus miradores exclusivamente empírico-analíticos que resultan necesarios en el conocimiento del derecho, pero siempre son incompletos si no se es capaz de acudir a un contexto normativo-analítico, que procure precisamente esas críticas (moral-ideal) a la norma expedida o por expedir y a atender con sentido prioritario y no siempre en resignado ejercicio *ex post*, los contenidos normativos, que desde la teoría inspiradora de Kelsen, por su relativismo axiológico, fueron ignorados, dado ese escepticismo moral del discurso descriptivo sobre la estructura lógico-normativa. Los argumentos de Moreno no logran, pues, superar los inconvenientes de incompletitud e incongruencia del sistema actual, sostenido por ese método dogmático ciego hacia fuera, pues son de orden político y sujetos a que sus interlocutores, los legisladores, escuchen y se formen en las verdaderas necesidades del derecho penal.

Cuando refiere el orden constitucional, lo hace más desde fuente de inspiración, al modo decimonónico, que como auténtico instrumento jurídico, que se expresa desde principios básicos, como el de supremacía constitucional y jerarquía normativa; vinculatoriedad y, por supuesto, legalidad estricta o reserva absoluta de ley. Veamos:

...[S]i el legislador atiende a la ideología contenida en la Constitución y a la que se deriva de ciertos instrumentos internacionales, que parten del reconocimiento y respeto de los derechos del hombre como criterios limitadores de las potestades gubernamentales, entonces es muy probable que la legislación penal que dé origen tenga un contenido que ofrezca seguridad jurídica y garantice el acatamiento de los derechos humanos.⁵⁰

Es de alabar el empeño y el argumento, aun cuando resulte muy débil y montado en buenos deseos políticos. No es cuestión de implorar al legislador que conozca y abreve de la ideología constitucional, pues eso es echar por la borda el ineludible principio de jerarquía normativa, como exigencia iuspositivista del acto creativo de ley y el de vinculatoriedad, nacido en la segunda posguerra mundial en la Ley Fundamental de Bonn, de esas épocas, que impone a los tres poderes (o ramas o funciones del poder público), el desarrollo y respeto de los derechos fundamentales reconocidos, protegidos y garantizados por el Estado constitucional.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 164.

De lo anterior puede desprenderse que a los autores afiliados a esta visión dogmática de corte empírico-analítico, influenciados por la doctrina alemana más difundida, les impacta en su sensibilidad la escasa funcionalidad o franca infuncionalidad de las medidas político-criminales emprendidas, que en mucho se han desbordado, tendiendo a una mayor dosis de represividad que de preventividad,⁵¹ con lo que han sido muy cuestionados. El mismo autor mexicano manifiesta sus opiniones en torno a ello, en sendos párrafos a pie de página:

El encontrar dónde está la causa real de esa infuncionalidad es tarea de la teoría de la política criminal, tarea de la dogmática penal, tarea de la criminología y de otras disciplinas y, por supuesto, tarea del legislador y de otros órganos del Estado.⁵²

Pero no es común observar que el órgano legislativo —o sus electores— reaccione en este sentido, procurando seleccionar mejor a sus representantes (diputados o senadores), o que se les imparta cursos para desempeñar mejor su función legislativa.⁵³

Se comprende la preocupación del penalista mexicano, pero el defecto no puede hallarse en el “factor humano” de una representación popular en el seno de una democracia, que por definición es plural y no tiende a generar “élites” legislativas, para desde ahí imponer ese “saber-poder”, que desde los miradores más conservadores emitirían esa conciencia de lo real, desde lenguaje positivado, para construir el derecho, pues sólo ellos tienen la capacidad intelectual y la comprensión de los problemas, para trazar esa política legislativa de Estado, que propondría las soluciones. Eso sucede desde el momento en que se sigue mirando al acto creativo de ley como uno de hechuras políticas, alejado de la racionalidad legislativa.

VII. UNA PROPUESTA EN TORNO A LEGISLACIÓN RACIONAL

El estudio del derecho penal, desde la metodología dogmático-jurídica, no ha concebido el acto creativo de la ley penal como punto de confluencia de sus reflexiones, pues su tarea consistió en esforzarse por realizar procesos lógico-abstractos, en torno a una conceptualización sistematizada de su

⁵¹ *Ibidem*, p. 148.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Ibidem*, p. 160.

objeto epistémico único, tenido por la norma positivamente válida. Entonces, últimamente, pretende aspirar a una correlación feliz entre política de Estado (política criminal) y dogmática penal, en tanto quehacer empírico-analítico, con lo que no logra comprender las relaciones del derecho con política y moral, desde congruencia científica, pues confunde los contextos y genera un instrumento de poder, que sólo exacerba la pretensión de poder estatal, sin lograr equilibrio entre la fuerza (coacción jurídica) y el consenso (rectitud jurídica). De ahí sus muchas preocupaciones y sus muchas frustraciones, que echan la culpa a un legislador omnímodo y muchas veces ignorante, productor de reglas jurídicas desbordadas, incompletas, incongruentes, extendidas, y por ello, deslegitimadas, ineficaces, cuestionadas en su exigibilidad y obediencia, con lo que lamentan el papel ya caduco del elemento “culpabilidad”, dado que no hay conexión entre política-derecho-justicia, y no les falta razón en esto último.

Debe llegarse a comprender que en el seno social existen y deben existir limitaciones externas de la libertad, pues la verdadera funcionalidad jurídica se halla en la concepción de los derechos fundamentales. La norma constitucional (en sentido lato, pues puede no existir una Constitución formal), al positivar, para proteger, esos derechos fundamentales, no aporta tan sólo una ideología constitucional, lo que es importante, sino, además, instrumental jurídico vigoroso y válido, que debe desarrollarse legislativamente. La positivación de esas libertades y facultamientos implica semantizaciones “minimalistas”, que se integran por su núcleo de valor y su propio sentido de límite, dado que esa libertad en una convivencia social no puede ser absoluta, y se limita ante las mismas libertades de los otros, que finalmente son reconocimientos que entre sí se hacen los hombres libres e iguales que la conforman.

Esos facultamientos y libertades guardan una propia funcionalidad jurídica, en su respectiva dimensión y densidad social, con lo que, en caso de una lastimadura, vulneración, lesión a uno de ellos, se cancelan, merman, anulan, en su propia funcionalidad. Esto es, la “cadena” de libertades no se coloca en sentido vertical, según “importancia o no”, por lugar y tiempo, que orientaría esa política criminal, para “decidir” esa pretendida finalidad iuspenalista de protección, sino que se coloca la “cadena” en sentido horizontal, pues cada núcleo de valor tiene una jerarquía equivalente, pero con diferente potencial funcional, uno respecto del otro. En caso de lesión de una libertad colocada funcionalmente al inicio de la “cadena”, ello impli-

caría impactos a la propia libertad, pero también a las subsiguientes, en razón, precisamente, de esa calidad funcionalista.

Luego, si han de existir esas limitaciones externas a la libertad, entre ellas las de orden jurídico, las mismas deben ser justificadas, y a tal no es ajeno, en la teoría del derecho, 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.

Esa estructura de principios, aportados por Wintgens,⁵⁴ admite cuatro versiones dedicadas a una legislación racional; esto es, justificada en un discurso normativo:

- a) Alternatividad;
- b) Densidad normativa;
- c) Celeridad, y
- d) Coherencia.

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 mira, no se halla en el sistema, sino en la libre acción de los sujetos, desde una concepción de libertad como principio. Este dilema de la absolutidad de la libertad se ha expuesto ya, en líneas precedentes, y se conoce del “sentido de límite” de los derechos, en un seno social determinado, y, ante la posibilidad de fracaso de esa interacción social, por ejercicios abusivos de libertades, se relativiza el posicionamiento.

Desde el principio de alternatividad resulta que siempre será mejor una limitación externa de la libertad por parte del poder que una ausencia de ella, según afirma Wintgens, 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 principio y la creencia de los sujetos en ello, con lo que podría volverse a aquel dogmatismo jurídico ya revisado, que se conforma con un mero discurso descriptivo del derecho, sin alusiones a cuestiones morales.

⁵⁴ Wintgens, Luc, “Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación”, *Doxa*, Alicante, 2003.

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), ellos mismos son los que crean el significado de las distintas prácticas sociales y tal genera reglas constitutivas de dichas prácticas.

Por principio de alternancia se evita que a través de esas reglas constitutivas se anule al sujeto, pues el principio 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”,⁵⁵ asumiendo ese posible fracaso de la interacción social.

Ahora bien, ¿cuál es la densidad del impacto normativo?, y ¿cómo justificarlo?, para no caer en ese escueto juicio analítico de la estructura lógico-formal y tender, mejor, al conocimiento de las razones subyacentes a la norma punitiva. Cuando se está frente al derecho penal, donde se halla esa necesidad práctica de coerción mediante aplicación punitiva, es preciso contar con instrumentos que autoricen y brinden viabilidad a la pretensión de corrección, desde un juicio normativo, por lo que debe afirmarse con Wintgens, que “las sanciones necesitan de una «justificación especial»”, pues en ellas se halla una doble restricción de la libertad, y es preciso levantar el ideal comprensivo necesitado en una teoría normativa del derecho penal.

Restringen, porque excluyen una acción, dentro de una concepción de libertad, y al hacerse acompañar de una consecuencia jurídica de orden punitivo, eso exige que la teleología normativa se cumpla en la forma prescrita, con lo que se observa esa dualidad restrictiva, que quiere verse como principio de “máxima restricción”, pero que debe abonarse esa finalidad, mejor, a la presencia de razones justificatorias, para no sustentar el derecho penal, en puras razones prudenciales, sino de acatamiento moral. Si esas limitaciones externas a la libertad, desde el poder, fueran por sí mismas razones excluyentes para la acción, se montaría nuevamente el modelo dogmático de autoritatividad y coerción. Ante esa sociedad de reconocimiento mutuo de libertades, el derecho, sin pretensiones preventivas ni represivas, sino dotado de finalidades más modestas, como la protección de derechos fundamentales, tiene una finalidad moral, y tal autoriza a comprender que

⁵⁵ *Ibidem*, p. 273.

siempre habrá esa posibilidad de corrección, desde un discurso normativo, ante la cuestión de qué es preferible, y la imputación de la posibilidad de aplicación de una consecuencia punitiva.

Desde una regla regulativa, que en general debe distinguir al derecho penal, la correlación entre ella y una sanción siempre debe justificarse, pues el caso, ante reglas constitutivas y derecho penal, precisa lo mismo, pero de modo mucho más claro. Por ello, en un Estado constitucional, el legislador penal debe argumentar el porqué es necesaria esa limitación extra de la libertad, desde protección a derechos, en ambos sentidos: vulnerador-vulnerado. Esa pena no puede seguirse mirando como un máximo de restricción —*ultima ratio*—, sino en tanto factor sujeto a corrección desde justificación.

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. Esto es, si el comportamiento debe ser castigado, eso será en tanto *vulnerare* (daño o riesgo) un facultamiento o libertad de otro, que ya, se sabe, al lastimarse, lo que resulta afectada es su funcionalidad social más o menos importante, y, por ello, la pena, su aplicación y finalidad, debe estar sujeta a alternativas viables, que autoricen esa corrección; por ejemplo, informando sobre cuestiones de “sexo seguro”, daño por uso o abuso de drogas, infuncionalidad familiar, etcétera, pues esa consecuencia jurídica (pena) no es la única opción posible, y siempre, para insistir en ella, la justificación legislativa es imprescindible. En esto mismo debe retrotraerse el concepto de deberes positivos generales y de “incompetencia básica” de Garzón,⁵⁶ para fundar en filosofía moral dicha decisión legislativa.

De ahí que la corrección material pretendida 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.

⁵⁶ Atienza, Manuel, “La filosofía moral de Ernesto Garzón Valdés”, Introducción al texto de Ernesto Garzón Valdés, *Derecho, ética y política*, Madrid, CEC, 1993.

Ya en los campos de la temporalidad (principio de celeridad), puede afirmarse que no es que las normas jurídicas puedan resultar verdaderas o falsas, pues en ese sentido resultan a-lógicas, pero sí pueden ser justas o injustas, válidas o inválidas, y entonces no puede sentarse esta visión en algo “ontológicamente verdadero”, si es el caso, pues ni aun a partir de factores extrasisémicos como moral o política, podría darse esa certificación. Por tanto, el único instrumento útil para “describir” la posible falsación o no de una norma se halla en la posible justificación de la acción, pues la “verdad” encerrada en ella justifica la “creencia”, no el conocimiento, pero éste emerge si se es capaz, no de querer conocer la realidad desde un juicio analítico, sino desde la capacidad humana de cognoscibilidad temporal de la prohibición. Y conocer la acción, es referir, forzosamente, a las adhesiones del sujeto con relación a las razones, no sólo explicativas, sino justificativas de su comportamiento. Esto contradice seriamente el funcionalismo penal expuesto por Roxin o Jakobs, y entonces el legislador no tiende a dirigismos normativos, sino que presenta alternativas, atiende densidades normativas y conoce lo preferible y se halla consciente de los contenidos temporales en su justificación. De esta manera, es posible comprender que lo justificado en un momento puede resultar injustificado en otro, y presentar irracionalidades.

El derecho exige, en fin, coherencia, pues se está ante una estructura dinámica, y, por tanto, resulta necesario insistir en que la democracia, desde su razón de mayoría, puede resultar esencialmente autodestructiva, como indicador de su existencia, por lo que no puede asumirse como argumento único en el acto legislativo, pues al detentarse el poder político, existe una tendencia natural a su conservación, y, por tanto, al mantenimiento del *statu quo*, o que puede llevar, como de hecho ha sucedido, a la pretensión de poder que teleológicamente lleva al colapso de la democracia. Lo mismo sucede con las leyes del libre mercado, en su tendencia a probar de su propio “veneno”, visto en el monopolio, con lo que “desde dentro” surge la razón de su destrucción. El modo de confrontar ese riesgo radica precisamente en los “modelos éticos”, pues sin ellos se recae en estadios meramente legalistas, en contrapunto, para esta cuestión, con la presencia de un verdadero Estado constitucional.

Para reforzar estos argumentos debe revisarse la aportación de Alexy,⁵⁷ autor alemán de enorme influencia actual, en las cuestiones de razo-

⁵⁷ Alexy, Robert, “La naturaleza de la filosofía del derecho”, traducción de Carlos Bernal Pulido, *Doxa*, Alicante, 2003.

namiento y argumentación práctica, pero también, en sus aportes sobre el nuevo y vigoroso papel de la iusfilosofía, en la comprensión del derecho penal moderno, y que nos sirve de paradigma en esta presentación.

VIII. IUSFILOSOFÍA PENAL

Debe iniciarse por averiguar sobre la naturaleza del derecho penal, función irrenunciable a la filosofía del derecho, para desde ahí cimentar las inferencias de la teoría jurídica, en el acto creativo de la norma punitiva.

Ya se ha venido insistiendo en la necesidad imperiosa de distinguir, con toda claridad, los contextos de los discursos que se toman en el abordaje de los objetos desde epistemología, a fin de no caer en invalidez científica o en falacias de distinto orden, o bien, en simples contradicciones. Así, es preciso distinguir las diferentes dimensiones que adopta la filosofía en general, para discurrir; siempre que se hacen alusiones a la habilidad para distinguir lo correcto de lo incorrecto, para, desde lo que existe objetivamente, incursionar en su justificación, se estará ante un contexto normativo. La dimensión analítica, que se ha venido ubicando como el discurso descriptivo, consiste en el intento de identificar y explicar las estructuras fundamentales del mundo, en el caso de esta propuesta, de orden social, y, también, los conceptos y principios fundamentales a través de los cuales se comprenden esos mundos natural y social. Finalmente, hay una dimensión holística o sintética, que guarda el intento de unir todo el material analizado, de forma coherente.

Desde los conceptos básicos de la definición general de filosofía (reflexiva, general y sistemática), se obtienen sus corolarios: es normativa, es analítica y es sintética. A ello, Alexy agrega: “La filosofía del derecho, en cuanto filosofía, es una reflexión de índole general y sistemática, y tiene, exactamente como la filosofía general, una dimensión normativa, otra analítica y otra holística. Su *differentia specifica* consiste en su objeto: el derecho”.⁵⁸

Luego, explica el autor que esa filosofía del derecho no se dirige en general a realizar las preguntas acerca de lo que existe, lo que debe hacerse o es bueno, o lo que puede conocerse, sino que se dirige a dar respuesta a estas preguntas en relación con el derecho mismo. Por tanto, realizarse esas

⁵⁸ *Ibidem*, p. 147.

preguntas en torno al derecho es, en rigor, preguntarse sobre la cuestión que ahora inquieta: *la naturaleza del derecho*, en este caso penal. Los iusfilósofos se ocupan, pues, de definir su tarea como un razonamiento en rededor de esa naturaleza tan anhelada en su conocimiento.

Alexy advierte sobre un problema básico en este razonamiento, sobre la circularidad, que si no se atiende bien, puede caerse en una situación viciosa:

...[P]or una parte, la filosofía del derecho no puede definirse sin usar el concepto de derecho, mientras que, por otra parte, en cuanto razonamiento acerca de la naturaleza del derecho, tiene la tarea de explicar que es el derecho. ¿Cómo puede la filosofía del derecho comenzar a explorar qué es el derecho, si es imposible decir que es la filosofía del derecho sin saber de antemano qué es el derecho?⁵⁹

De esta afirmación certera puede analizarse la posición de la dogmática tradicional, en torno al conocimiento del derecho, a fin de contrastarlas y determinar el punto de alejamiento, lo que podría aclarar las diferencias; en efecto, Moreno, inquietado por distinguir entre “el estudio del objeto” y “el objeto de estudio”, como él mismo refiere, dice:

Con relación a la cuestión de que es política criminal, podríamos encontrar respuestas semejantes a las que se dan cuando se trata de definir al Derecho penal, como objeto de estudio, y se le trata de diferenciar de la ciencia del Derecho penal, como el estudio que es de dicho objeto, ya que con frecuencia se dan respuestas diversas o se confunde el objeto del conocimiento con el conocimiento del objeto.⁶⁰

Dicha circularidad no es un problema, según podría desprenderse del apunte de Moreno, pues en el abordaje del conocimiento del derecho, hoy día, se celebra su planteamiento, y el propio Alexy, con enorme entusiasmo, aclara que, a pesar de todo, la misma circularidad no resulta viciosa, sino al contrario, virtuosa en su carácter. Esto, en tanto no se separa finalmente de la hermenéutica —nos dice— y ha de resolverse como todas las variantes del propio ciclo, iniciándose por una precomprensión desde la práctica establecida, y más tarde llegar a la elaboración de la misma, desde reflexión

⁵⁹ *Ibidem*, p. 150.

⁶⁰ Moreno, *op. cit.*, nota 21, p. 132.

crítica y sistemática, lo que precisamente se halla ausente en la visión empírico-analítica, y de ahí los cuestionamientos del autor mexicano.

Para arribar a esa precomprensión de lo jurídico no es posible, insiste el autor alemán, partir de variantes específicas, pues tal llevaría a la irracionalesidad del trabajo y, por tanto, resulta imprescindible valerse de un análisis sistemático de todos los argumentos que integran la discusión sobre la naturaleza del derecho.

Para él, los argumentos sobre esa naturaleza del derecho se montan en tres problemas diferentes:

- a) El concepto de norma y sistema normativo;
- b) La dimensión real o fáctica del derecho; esto es, positivismo, que a su vez admite dos polos: el concepto de expedición autoritativa y la eficacia social, y
- c) La legitimidad del derecho, que conecta con las cuestiones morales.⁶¹

Con la primera cuestión a), es preciso preguntarse, desde Alexy, ¿en qué clase de entidades consiste el derecho, y cómo están conectadas estas entidades de tal modo que conforman la entidad global que llamamos “derecho”? En los puntos b) y c) se inmiscuyen problemas en torno a la validez del derecho; el problema, ahora, es superar dichas cuestiones, para llegar al núcleo planteado en la naturaleza del derecho penal.

Para corroborar “su modelo”, Alexy plantea un cuarteto de tesis:

- a) La filosofía del derecho incluye sustancialmente los problemas de la filosofía en general (tesis de la naturaleza general);
- b) El derecho es autoritativo y general, así como crítico e ideal, y presenta problemas específicos de filosofía (tesis del carácter específico);
- c) Existen relaciones especiales entre la iusfilosofía y la filosofía práctica, en sus áreas de moral y filosofía política (tesis de la relación especial), y
- d) La reunión de las tesis anteriores deja un trasfondo que implica la coexistencia, para el éxito del modelo, de las tres tesis anteriores, simultáneamente (tesis del ideal comprensivo).

⁶¹ Alexy, *op. cit.*, nota 48, p. 151.

Los tres primeros problemas enunciados resultan, según ya se afirmó, “neutrales”, y, en cambio, estas tesis no lo son, dado que implican decisiones para la solución de lo referido. La cuarta tesis vista en ese ideal comprensivo, se contrasta con el “máximo restrictivo”, tan mencionado líneas antes, que en un extremo radical dice que la filosofía del derecho no debiera inmiscuirse en problemas genuinamente filosóficos, y debe concentrar su esfuerzo en el mero carácter institucional y autoritativo del derecho, y, desde ahí, la iusfilosofía delegaría las preguntas normativas críticas a la filosofía moral y política. Ésta es precisamente la posición que se trata ahora de combatir, de la dogmática jurídico-penal más tradicional y que ha sido expuesta.

Esa “decisión” para elegir entre el ideal comprensivo y el “máximo restrictivo” resulta ser, en Alexy, de orden fundamental, pues si la selección se inclina por la segunda opción restrictiva, vuelve a caerse en aquel sincretismo jurídico ya comentado.

Dígase que no puede aspirarse a superación epistémica de la problematización ahora planteada, si se renuncia, en el conocimiento de la naturaleza del derecho, a involucrar ese concepto con la filosofía general. Véase Alexy: “[...] el razonamiento jurídico estará determinado por estructuras que son las mismas del razonamiento práctico general. Esta es una importante razón para no concebir al razonamiento jurídico como un ámbito con derecho propio, separado y distinto de otros ámbitos de la razón”.⁶²

Para ir cincelando mejor el discurrir de este trabajo es necesario, desde ahora, aludir a las cuestiones tan importantes hoy día, relativas a la “argumentación o razonamiento jurídico”:

Parece obvio que la argumentación es un ingrediente importante de la experiencia jurídica, prácticamente en todas sus facetas: tanto si se considera la aplicación como la interpretación o la *producción del Derecho*; y tanto si uno se sitúa en la perspectiva del juez como en la del abogado, el teórico del Derecho, el *legislador*... Lo que quizás sea menos obvio es aclarar en qué consiste —o en qué se traduce— exactamente esa importancia y, sobre todo, mostrar de qué manera la perspectiva argumentativa permite entender a fondo muchos aspectos del Derecho y de la teoría jurídica y proveer, en fin, de instrumentos sumamente útiles para operar con sentido en el Derecho; particularmente, en los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales.

⁶² *Ibidem*, p. 154.

Una cierta dificultad para lograr todos esos objetivos surge de la oscuridad que rodea a la expresión “argumentación jurídica” y a muchas otras que pueden considerarse más o menos sinónimas (o parcialmente sinónimas): “argumento”, “razonamiento jurídico”, “lógica jurídica”, “método jurídico”.⁶³

El argumento o función argumentativa, que se asocia irremediablemente a aquel concepto del “razonamiento jurídico”, cobra hoy una muy especial relevancia, para que las dimensiones justificativas o normativas, ya no sólo analíticas o restrictivas, se presenten, incluso en cuestiones de razón práctica muy evidente, como pueden serlo los actos legislativos o jurisdiccionales, Atienza, con todo rigor, hace saber que un factor sustancial, entre otros:

...se vincula con un cambio general en los sistemas jurídicos, producido con el paso del “Estado legislativo” al “Estado constitucional”. Por Estado constitucional, como es obvio, no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución (que puede no serlo en sentido formal: puede no haber un texto constitucional) contiene: a) un principio dinámico del sistema jurídico político, o sea la distribución formal del poder entre los diversos órganos estatales (Aguiló, 2002), b) ciertos derechos fundamentales que limitan o condicionan (también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del Derecho, c) mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes. Como consecuencia, el poder del legislador (y el de cualquier órgano estatal) es un poder limitado y que tiene que justificarse en forma mucho más exigente. No basta con la referencia a la autoridad (al órgano competente) y a ciertos procedimientos, sino que se requiere también (siempre) un control en cuanto al contenido. 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 in-

⁶³ Atienza, Manuel, “El derecho como argumentación”, *Doxa*, Alicante, 2004 (las cursivas no son del original).

cremento cuantitativo y cualitativo de la exigencia de justificación de las decisiones de los órganos públicos.⁶⁴

Por supuesto que al autor español lo agujonea también, al intentar conocer las concepciones del derecho, o visto desde los intereses actuales de este documento: la naturaleza del derecho, como se vio en Alexy, ya, las siguientes hipótesis de trabajo:

Por concepción del Derecho entiendo un conjunto de respuestas, con cierto grado de articulación, a una serie de cuestiones básicas en relación con el Derecho (Atienza, 2000): *a*) cuáles son sus componentes básicos; *b*) qué se entiende por Derecho válido y cómo se trazan los límites entre el Derecho y el no Derecho; *c*) qué relación guarda el Derecho con la moral y con el poder; *d*) qué funciones cumple el Derecho, qué objetivos y valores deben —o pueden— alcanzarse con él; *e*) cómo puede conocerse el Derecho, de qué manera puede construirse el conocimiento jurídico; *f*) cómo se entienden las operaciones de producción, interpretación y aplicación del Derecho; *g*) y quizás algunas otras.⁶⁵

Lo que ya estimará el lector, en mucho contradice la añeja posición sincrética de la dogmática jurídico-penal más tradicional o conservadora. Todo lo revisado *supra* arrojó a una concepción de la naturaleza del derecho penal, cifrado en su estricto carácter represivo, desde una metodología dogmática, esto es, restrictiva y no basada en el ideal comprensivo de Alexy, que al menos, permitiría una construcción novedosa del derecho punitivo, desde cualidades protectoras de derechos, lo que sensiblemente modificaría su naturaleza hacia un uso alternativo *ex parte populi*.

Las “propiedades necesarias” del derecho, en su postulación, permitirán contestar esa pregunta clave sobre la naturaleza del derecho. Ya ahí, bajo ese concepto de necesidad, aportado por el autor alemán ahora en seguimiento, se conduce, como él mismo afirma, al corazón de la filosofía. Luego, desde la aportación alexyniana, la pregunta: ¿cuál es la naturaleza del derecho?, debe sustituirse por otra más precisa: ¿cuáles son las propiedades necesarias del derecho?

⁶⁴ *Ibidem*, p. 6.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 9.

“Cuando se conecta con la pregunta de qué es necesario, la pregunta de qué es específico se convierte en la pregunta de qué es esencial. Esta es el área de la tesis del carácter específico.”⁶⁶

El derecho es bilateral, al ser su misión la de impedir ciertos comportamientos y resultados, más que sólo evitarlos, al modo que la moral aislada intenta, y esa bilateralidad se admite con la presencia cooriginal de derechos subjetivos y deberes jurídicos, emergentes al momento en que a un sujeto se le imputa la posibilidad de aplicación de una consecuencia de derecho, por haberse situado en el supuesto jurídico correspondiente. Por tanto, como en política, también se admite un carácter binario, resultante de la ecuación fuerza-consenso; en derecho son propiedades de orden esencial la fuerza, vista como coerción, y la rectitud, como corrección. El derecho, visto como orden normativo, es una “protección” de un “protegido”, mirado en esos derechos fundamentales, y la protección misma —la norma jurídica que positiva el facultamiento— precisa, en combinación tríptica completa, de resultar “legal”, en verdad de Perogrullo, corresponderse al principio de legalidad, pero también “legítima”, correspondiente al orden valioso de la comunidad reglada y, por supuesto, “eficaz” socialmente, para lograr una verdadera vida y ser obedecida por ser exigible y esto se logra mediante fuerza o coerción. El concepto de rectitud alude a cuestiones conectadas con la dimensión justificativa del derecho, al averiguar sobre sus razones subyacentes y hacer juicios críticos en torno de ellas.

Ahora debe preguntarse en qué medida se vinculan coerción y corrección con el derecho. La ciencia jurídica reconoce argumentaciones varias en rededor de esa vinculación, y de su fuerza o debilidad dependerá, finalmente, sentar una determinada naturaleza del derecho.

Por cuanto hace a la propiedad coercitiva, se trae la siguiente cita de Schmill:

El Estado se ha considerado tradicionalmente como un poder, como un sistema de dominación y a sus órganos, tomados en conjunto, como formando un cuadro coactivo. Generalmente se entiende tanto al poder como a sus órganos colocados en el ámbito de la realidad natural, es decir, sociológica y, por lo tanto, como fenómenos explicables por la ley de la causalidad. Así comprendidos no es posible su utilización desde el punto de

⁶⁶ Alexy, *op. cit.*, nota 48, p. 155.

vista de una teoría normativa del Estado y del derecho. La introducción del acto coactivo dentro de la norma jurídica entendida hipotéticamente, permite la conceptualización del cuadro coactivo como un problema jurídico y los procedimientos correspondientes relativos al establecimiento de la coacción, como actos jurídicos.⁶⁷

Por tanto, dentro de los procesos de creencia integradores de la mitología jurídica actual, la cuestión de la propiedad coercitiva del derecho es asunto de fácil integración. Se asocia la existencia misma del derecho, como sistema de reglas, a la presencia ineludible de su capacidad coercitiva o sancionadora, pues ¿quién imaginaría un sistema jurídico que no pudiera obligar? Sin embargo, afirma Alexy, siendo eso cierto, “las razones conceptuales de este tipo tienen poca fuerza por sí mismas”.

En consecuencia, han de modificarse el lenguaje y los conceptos, a fin de lograr solidez argumentativa. *Prima facie*, la asociación de coerción con derecho resulta congruente con el objeto mismo de éste, ya que refleja una necesidad práctica en la vida social, dado que es preciso contar con seguridad y certidumbre jurídicas, y a ello se acerca definitivamente esa necesidad. Ahora bien, ya en una segunda fase, debe comprenderse cómo se conecta esa necesidad práctica a una necesidad conceptual, según se desprende de la cita anterior, pues sólo introduciéndose a esa fórmula será posible decidir si la coerción es una propiedad necesaria del derecho.

Llegar a esa decisión implica, primero, insistir en que esta propiedad coercitiva se halla en oposición a la llamada *pretensión de corrección* y, desde luego, la comprensión de las distancias conducirá a conocer esa naturaleza del derecho que hoy, con afán, se trata de precisar. Esa binaridad funciona en estos casos, no como la bilateralidad facultamiento-obligación, sino bajo las perspectivas de la ciencia política, en la que el factor fuerza se opone al factor consenso.

También, *prima facie*, la pretensión de corrección en derecho se asocia a una necesidad práctica. Su carácter teleológico implica una correlación de medio a fin buscado, y emana de los propios razonamientos jurídicos. En virtud de ubicarse en los contextos del discurso normativo, su carácter es deontológico, y procura hallar razones subyacentes en el derecho, para lograr su predicado correctivo.

⁶⁷ *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*, introducción de U. Schmill, México, UNAM, 1987, p. XX.

Hay cosas siempre implícitas, no necesariamente explicitadas en derecho, hay cosas ocultas o latentes en los discursos positivazos, y la pretensión de corrección busca los métodos válidos para penetrar a ese conocimiento. El medio mejor, afirmando con Alexy, es la realización de la justicia, pues desde la potestad jurisdiccional es dable la realización de esos juicios normativos que explican lo subyacente, para corregir, con lo que se equilibra de mejor manera la ecuación legislador-juzgador, que esa prepotencia dada por el dogmatismo al creador de normas jurídicas.

Si se negara la pretensión de corrección, lo único que se alcanzaría sería el montaje de una pretensión de poder, que es la intentona real de la dogmática “pura” y, por ende, se va al opuesto, mirado en la necesidad práctica de la coercitividad. La fuerza vence a la razón o la razón de la fuerza se acaba imponiendo. Desde luego, se afirma con Alexy que “aquí basta decir que la discusión sobre las estructuras deontológicas necesarias implícitas en el derecho pertenece a lo más profundo de la naturaleza de la filosofía del derecho”. Y, en esto, recuérdate la última invocación hecha a Atienza.

Aquí ingresan las cuestiones de la eticidad en lo jurídico, vistas desde las lentes alexynianas así:

La inclusión de la moral en el derecho ayuda a resolver algunos problemas, pero crea también varios inconvenientes que sería posible sortear si se siguiera la tesis positivista de la separación. Los problemas que la inclusión de la moral puede ayudar a solucionar son, en primer lugar, el problema de las evaluaciones básicas que se encuentran al fundamentar y justificar el derecho; en segundo lugar, el problema de realizar la pretensión de corrección en la creación y la aplicación del derecho, y en tercer lugar, el problema de los límites del derecho.⁶⁸

Esto resulta de fundamental importancia en el caso del presente trabajo, pues no sólo permite profundizar, cuando de derecho penal se trata, en las distancias rigurosas de los contextos discursivos, según se ha mirado en líneas previas de esta opinión, para evitar caer en falacias y contradicciones que tanto afectaron al método puramente dogmático. En cuestiones de la razón práctica, la necesidad de corrección en derecho puede aparecer como un argumento muy débil, si tan sólo se asumen relaciones de medio a fin en lo fáctico o lo hipotético, y se fijan teleologías jurídicas en generaliza-

⁶⁸ Alexy, *op. cit.*, nota 48, p. 157.

ciones muy vagas, observadas en la pura naturaleza humana, como ha sucedido ya, ante un derecho penal que anhela control social, coexistencia pacífica, retribucionismos ante el “gozo del delito”, etcétera, montado en una naturaleza estrictamente represiva, por decisión del principio. En cambio, para reforzar las aserciones que han venido haciéndose en búsqueda de un derecho penal protector, el propio Alexy apoya afirmando:

No obstante, el panorama comienza a cambiar si los fines generales del derecho, como la certeza jurídica y la *protección de derechos fundamentales*, son considerados como exigencias de la razón práctica, y cambia completamente, si estas exigencias son consideradas como elementos necesarios del derecho. Una interpretación fuerte como ésta del concepto de necesidad práctica constituiría una base evaluativa o normativa del derecho.⁶⁹

Con este arsenal argumentativo, sería posible intentar el montaje de una nueva perspectiva sobre la naturaleza del derecho penal. Ya se sabe que han de solventarse, a lo menos, tres problemas básicos, ya revisados y advertidos en la obligada atención, por una parte, de juicios sintéticos que aborden la cuestión del concepto de norma penal y el sistema punitivo; de juicios analíticos, por otro lado, que lleven a develar la dimensión fáctica, arropados en el método positivista, que autoriza a “medir” en cuanto dimensión, el sentido “autoritativo” y, en definitiva, la eficacia del derecho emitido; y, por último, un juicio normativo, que incorpora, con inconvenientes sabidos, pero argumentos a favor sólidos o fuertes, según ya advirtió Alexy, a la moral, pues la calidad protectora de derechos viene a ser un “elemento necesario del derecho”, que se justifica desde ella.

En definitiva, es válido afirmar que el derecho moderno ha de mirarse desde una teoría normativa, que dentro de un Estado constitucional exige con gran fuerza la justificación de las normas penales, con claras pretensiones de corrección ante su evidencia coactiva, estimulando las fases analíticas, en ejercicios prácticos ex profeso, pero no como modelo de sistematización, que se recarga en una noción purificadora, hoy innecesaria; tal, exige adoptar una ideología iusnaturalista, si mucho se apura una definición, para conocer el derecho que debe ser, pero desde una metodología iuspositivista, a fin de no perder el objeto epistemológico, mirado en la norma jurídica y su paradigma de creación.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 158. Las cursivas no son del original.

Pareciera, pues, que las influencias no siempre felices de la doctrina penal alemana en México pueden superarse en el conocimiento del derecho y en la fijación de la verdadera naturaleza del derecho penal, a partir de otros autores, algunos de ellos también alemanes, pero que fijan su posición en un trabajo mucho más completo, admitido en una dogmática normativo-analítica, para estructurar una auténtica crítica jurídica y no continuar insistiendo en metodologías ya rebasadas y anacrónicas.