

PRINCIPIO DE JERARQUÍA NORMATIVA Y LEGISLACIÓN PENAL: UNA CORRELACIÓN NO RESUELTA EN HISPANOAMÉRICA

René GONZÁLEZ DE LA VEGA

Entre los temas de mayor relevancia y más ventilados por la ciencia jurídica en estos días, a la sombra de un consolidado Estado social y democrático de derecho, se hallan el relativo al acto creativo legal y el mirado en el principio de legalidad estricta. Hemos dejado muy atrás los tiempos heredados por el pensamiento decimonónico, que en sus afanes liberales miraba simplemente a un Estado abstencionista frente a las potestades de los individuos, emisor de leyes vigorosas y válidas a un tiempo ante el desconocimiento de la supremacía constitucional, y asumido en su pedestal de legislador omnímodo. Al Estado de derecho se le comprendió —ingenua, pero perversamente— como aquel que —con simpleza digna de mejor causa— fuera capaz de respetar los derechos humanos (lo que nunca se duda), y por Estado democrático entendieron el que puede asumir alientos humanizadores —populares o simpáticos— en los contenidos normativos.

Visiones como esas fueron propicias para levantar al Estado del siglo XX, tan necesitado, por circunstancias geopolíticas —Primera Guerra Mundial—, ideológicas —Segunda Guerra Mundial— o de modelos socioeconómicos —bipolaridad de la Guerra Fría—, de erigirse en Estado de derecho, sí, pero detentador del poder autoritario, con base en un supuesto orden jurídico que regulaba —amenazaba— conductas o comportamientos individuales o grupales, en búsqueda de ese precioso y anhelado control social. El Estado del siglo que se fue, aun el más civilizado, hubo de montar sus despliegues en ideas como esas, pues al príncipe, cualquiera que fuera —poder político de dominio—, le interesaba tener y mantener un circuito cerrado de soberanía, a fin de garantizar su propia sobrevivencia.

Esas circunstancias jurídico-políticas del Estado moderno fueron alimentadas, a su vez, por cimientos muy firmes de orden filosófico-jurídico, que lograron edificar monumentos inmovibles en torno a la idea de derecho y su funcionamiento. Las corrientes del pensamiento filosófico, provenientes desde el siglo XVII y florecientes en el siglo XIX, permitieron al hombre ubicarse frente al mundo, y como ser crítico le autorizaron ideas innatas e impulsos constructivistas, básicamente en el ordenamiento social, y reclamaron individualismos, potestades de los hombres y de ellos como miembros de ciertas comunidades políticas y con un andamiaje *iusnaturalista*; en su hora, fueron laicizados y positivados para su protección; más tarde, los avances científicos y la Revolución Industrial, comprendida como movimiento irreversible del progreso humano, adujeron que tan sólo era real lo racional y viceversa. El positivismo logró impregnar el pensamiento político e influyó el quehacer estatal de manera importante, hallando, entre los individuos cuya conducta debía regularse, algunos determinados a la vulneración de derechos de otros, ya por origen, comunidad o pertenencia a cuestiones como la llamada “mala vida”.

El derecho, en tanto ciencia, debía ser rescatado pronto y bien de esas corrientes politizadas, plenas de ideología y desneutralizadas como factores fijos de análisis serios y sustentables. Esa ciencia, pues, se refugió en una visión salvadora de su propia autonomía científica, hallada en la jurisprudencia conceptualista y fundada en un par de aportaciones muy significadas: la teoría pura del derecho y el relativismo axiológico kelsenianos y la escuela dogmática alemana. Ésta propuso dejar toda ideología e influencia políticas para enderezar un edificio jurídico-dogmático que asumiera el *concepto fijado* helénico, en tanto dogma, mirado en la norma jurídica; nada fuera de ella, para el abordaje sincero y científico de la experiencia jurídica. Ante tal, el legislador cobraba una posición de extrema relevancia, pues a él se debía la creación y emisión de ese dogma, y recordemos el caso de Weimar y la *interpositio legislatoris*. A la escuela de Viena debemos la aportación perdurable de emprender el estudio del derecho, siempre y únicamente, desde la más pura y *aislada sustantividad normativa* que permitió toda una panacea jurídica, aislando esa experiencia jurídica de toda noción de valor, incluida la potestad jurisdiccional y el acto de justicia —*relativismo axiológico*— y planteó una estática jurídica, fundiendo los conceptos de protección jurídica y no-

ción protegida —*objetivismo y subjetivismo jurídicos*— conviviendo con su dinámica jurídica, que moldeaba normas procesales para la creación normativa, desde un legislador omnímodo y un Estado gélidamente concebido, en el tono más autoritario imaginable, desconocedor del principio de legitimidad, como en su hora reprochara Heller.

Los movimientos históricos del siglo XX hallaron en esas concepciones conjeturales bases suficientes y espléndidas para desarrollar sus propias teorías y andamiajes jurídicos, a la luz de Estados autoritarios, llevados al paroxismo de regímenes totalitarios que comprendieron como único fin del derecho proteger el único fin del Estado. Les resultó fascinante poder contar con un concepto jurídico al servicio del poder político, que podía, desde la fusión de vigencia y validez normativas, emitir desde el Estado-ordenamiento catálogos regulativos capaces de presumir en silogismo lógico-formal el acto de justicia, siempre frente a los intereses de ese Estado autoritario.

No hay insolencia intelectual, cuando desde la óptica penal se afirma que Edmundo Mezger, venerado autor, lideró los trabajos nazis de orden jurídico-punitivo para sustentar el modelo preciso de persecución y represión. Sus teorías normativistas, montadas en concepciones causalistas de la conducta criminal, derrumbaron toda noción de fueros internos, de subjetivismos acusados, de profundidades psíquicas en el acontecer humano, en fin, de nociones antropológicas, para dar cabida a un puro nomologismo, que dictó: delito habrá no cuando pueda corroborarse el nexo psíquico entre autor y hecho criminal —*psicologistas*— sino cuando el orden jurídico plenario desvalore la conducta, así, objetivamente.

Esa circunstancia intelectual, aunada a la omnipotencia y libertad legislativa —el legislador está tan sólo sujeto a sí mismo— provocó un régimen atroz, dogmatizado y al servicio del Estado. Desde ahí, con matices, todos los hijos de la dogmática jurídico-penal y su supuesta parcela de programación, vista en la política criminal.

En tanto los penalistas, ingenieros del brazo represor del Estado autoritario, construían sus desarrollos dogmatizados, el proyecto científico del derecho viraba para su bien y buscaba fundamentos en ópticas novedosas y antropocéntricas. Así, en la segunda posguerra se inscribe el nuevo derrotero dentro de la llamada, por el recatado pensamiento alemán de ese momento, *jurisprudencia de intereses*, que ya no quiso distinguir entre una *ciencia jurídica* avalorativa, inspirada, entre otros, por

Nietzsche, y una *filosofía del derecho* que no tenía prohibido atender axiología y sociología —*hechos en valores*— para construir un mundo jurídico más avenido a los intereses humanos y menos sometido al dictado del poderoso. Reflexión sobre reflexión, reflexión de segundo grado, fue lo que ahora se exigió a los juristas y entonces a abreviar, ya no de un escaño normativismo, sino a escuchar lo mucho que tenían que decir los filósofos en tanto valores del hombre y sociólogos, como expertos en el fenómeno comunitario. Esa visión tridimensional de la experiencia jurídica aportó una nueva y mejor manera de comprender el fenómeno socio-jurídico, colmado de valores humanos, para dejar la plana visión de los dogmáticos, desde su aislada normativa, que, cuando más, atendía tripartitamente —norma-valor-hecho— pero bajo la regencia prioritaria de lo regulativo.

Nos interesa ahora, en contradicción a Kelsen, no sólo el sentido axiológico de lo jurídico, sino también la justicia como única determinante del derecho, con lo que dejamos de mirarlo en tanto monumento o tótem monolítico, inamovible, cuasisagrado y dueño de la vida, pues, finalmente, lo importante es llegar mediante principios y reglas a la potestad jurisdiccional, y un acto de justicia que además de lograr proporcionalidad y equidad, le da al principio de *igualdad ante la ley* un contenido antropocéntrico, que llega hasta la igualación en trato y resultados, reconociendo la natural desigualdad entre los hombres. Nos interesa, asimismo, la labor y contenidos del Poder Constituyente y la supremacía constitucional como medio positivador de facultamientos o potestades individuales, sociales o colectivas.

El sistema jurídico universal, con una penosa salvedad hallada en lo penal, voltea, pues, a principios inderrotables del moderno constitucionalismo: sentido pluricultural de la experiencia jurídica, consistencia de *normas de cultura* superiores, división de poderes, vinculatoriedad de ellos ante la norma suprema, jerarquía normativa y legalidad estricta. Eso nos lleva a planteamientos no sólo importantes, sino influyentes en una volcadura de la experiencia normativa que habría de modificar su estudio y generación.

En primer término, hemos de atender el sentido cíclico del derecho, circunstancia que la estática jurídica kelseniana canceló. El hombre y el ciudadano, desde la Francia del siglo XVIII, gozan de potestades o facultamientos individualizados, respetables desde el poder público, derivados de la inmanencia del derecho natural; el derecho es hijo de la ética,

entre otros ascendientes conspicuos. En su hora —distinguidamente las enmiendas constitucionales estadounidenses de 1791— laicizaron y juridizaron esa inmanencia, no sólo en reconocimiento de derechos y libertades, sino como forma primaria de protección y garantía. Sin embargo, ese sentido liberal —individualista— del Estado, tan sólo logró imponer deberes de abstención a éste, frente a esas libertades y derechos individuales. Ante la falta de la noción de supremacía constitucional, permitidora del desarrollo jurídico posterior, el legislador, basado sólo en su capacidad y sensibilidad —cualquiera que ésta fuera—, asumió la regulación de la vida en comunidad, sin sujeción más que a él mismo, y hoy sabemos que lo sujeto a sí mismo no es sujeción, sino libertad absoluta, en este caso deplorable.

Todo el siglo XIX y los inicios del siglo XX fueron tiempos en que así se concibió la experiencia creativa de leyes. Pero simultáneamente se daban movimientos intelectuales de influyente presencia y el liberalismo hubo de vérselas con el marxismo, que materializó la dialéctica hegeliana y logró colocar en la mesa los derechos de clase, a partir de una lucha entre capital y trabajo. Esto y otras influencias del pensamiento social emergente en aquellos ayeres trocaron la noción de puros facultamientos privados —derechos subjetivos privados— que miraban un hombre frente a cosas y, por ende, una escuálida responsabilidad objetiva por daños en derechos subjetivos públicos, que importaron, por más individualizado que fuera ese facultamiento, el sentido social y funcionalidad de esa naturaleza, de las potestades, con lo que se conocieron las nociones de personalidad jurídica, intersubjetividad y el cimiento más relevante del derecho penal: la responsabilidad subjetiva, ante comprensividad, aceptación y liberación por inteligencia y voluntad, de hechos dañosos.

Esa edificación jurídica provocó que en los primeros despliegues del siglo XX se asumiera la existencia de *intereses jurídicos fundamentales*, sin reparar en su individualidad o colectividad, a fin de positivarlos en derecho objetivo. Esto es, los derechos subjetivos se objetivizaron, ontologizándose en norma de cultura o norma suprema, ya semantizada por el constituyente. Este poder de efímera vida, pero fundamental por esencia, asume axiología, cultura y hechos sociales de su comunidad y ya bajo esquemas positivistas en boga, materiales o axiológicos, otorga, reconoce, plasma, imbrica, esos derechos fundamentales y libertades bajo acepciones individuales, de clase social o culturales, difusos o colectivos. Esa

norma suprema, pues, implica un primer paso dentro de ese ciclo de la experiencia jurídica.

El segundo paso, resuelta la *interpositio legislatoris*, que hizo fracasar el esfuerzo de Weimar, y con las aportaciones de Schmitt, se da al estimar al legislador secundario —poder constituido— como detentador de la prerrogativa legislativa, sujeta a sentido de oportunidad jurídico-política del Estado; sin embargo, esa prerrogativa ni es una imposición para desatar una catarata legal ni es potestad que se ejerza a conveniencia o capricho, pues es dable decir que esos derechos positivados por el constituyente precisan, para su cabal disfrute, no sólo de un sentido abstencionista del Estado para no vulnerar, sino que es necesario que éste, por su nuevo sentido social, realice un *quantum* mínimo, desde su atalaya de poder, para lograr ese posible goce plenario de todos. Así, el Estado social de derecho, a través de su prerrogativa legislativa —Estado-ordenamiento— precisa de desarrollar legalmente derechos fundamentales no saturados para ese fin de disfrute integral.

Bajo la vigencia y validez de esa norma secundaria, se precisan supuestos jurídicos y consecuencias condicionadas, integrantes del silogismo lógico-formal, que se establece como fórmula hipotética bajo el “si A es, debe ser B”. El hombre, sujeto a una regulación heterónoma, comprende reconocidos y protegidos sus facultamientos jurídicos y decide, en su caso, colocarse bajo la realización o concreción de ese supuesto; ante esa eventualidad, al sujeto se le imputa la posibilidad de una consecuencia jurídica prevista en la norma aplicable, y previo a su desahogo o aplicación, ha menester atender derechos subjetivos y deberes jurídicos, según el binarismo jurídico, y ahí se resuelve ese ciclo del derecho ya explicado.

Debemos ahora, comprendido el ciclo jurídico, voltear a otras circunstancias no menores en la experiencia jurídica. Digamos que esa norma de derecho secundaria, emitida por el legislador ordinario en busca de desarrollo o saturación de las normas de cultura superiores, semantizadas o no —pues hoy sabemos que no es necesario el acto positivador de un derecho o libertad, si éste se halla reconocido por la cultura jurídica universal—, debe resultar a un tiempo, pero en juicios separados, vigente y válida. Ya no se comprende el acto creativo de leyes, por provenir del poder político de dominio, como una piedra sólida que muestra en un solo evento sus cualidades de fuerza y legitimidad. La vigencia de una norma jurídica se atiene a las reglas formales de creación legislativa, y entonces

es un acto que miramos viaja de arriba hacia abajo; se basa en un juicio técnico de vigencia. Las nuevas teorías sobre validez normativa nos indican que, en este caso, la norma vigorosa sólo será válida si se corresponde al orden valorativo comunitario y cobra con ello legitimidad, en viaje al revés, de abajo hacia arriba. El juicio de validez es diferente al juicio de vigencia.

Una norma jurídica secundaria se convierte, una vez semantizada por el legislador secundario, en regla vigente y válida bajo esas circunstancias y se le mira como un *consejo abstracto*, pues el derecho objetivo es de carácter general, obligatorio y coercible, generado desde lo normativo superior en ejercicio de saturación o desarrollo de derechos fundamentales y desde lo axiológico y sociológico, a fin de en verdad resultar legítima, y queda, bajo su naturaleza heterónoma, como una especie de red que criba y regula los hechos y actos humanos. Si el derecho no es más que un dato de cultura juridizado, obra del hombre para su servicio, tiene por determinante a la justicia, valor supremo de igualación.

El acto de justicia, que se basa en la alteridad, la noción de lo debido como objeto y la igualdad material, atiende desde luego el silogismo jurídico y sabe que “si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C”; este último paso implica, ante incumplimiento, la coercibilidad jurídica bajo la potestad jurisdiccional. El acto de justicia, para lograr equidad, proporcionalidad e igualación, no se conforma con un mero ejercicio silogístico y voltea, otra vez, ante el conflicto de intereses particular, a hechos en valores para resolver desde aquel consejo abstracto vigente y válido en ciencia y conciencia.

Sabemos distinguir, entonces, entre el sustantivo constitucional —derechos fundamentales— y el adjetivo constitucional —garantías jurídicas—, con lo que nos es dable asumir otros desarrollos de la experiencia jurídica. En efecto, los derechos y libertades fundamentales presentan diversos caracteres y ya no se quedan en aquella clasificación individualista del liberalismo avejentado. Esos derechos positivados o injeridos ontológicamente en la cultura jurídica universal tienen naturaleza sustancial o simplemente instrumental y están direccionados a personas sin cualidad o peculiaridad específica alguna y a personas con calidad de ciudadanos, según su capacidad o no de obrar; estas reflexiones ferrajolianas nos sirven de asidero para insistir en la diversidad jurídica que confrontamos, en la que no todo se resuelve, como quieren los dogmáticos del

derecho, bajo un simplón “Estado de derecho que respeta derechos humanos”.

Nos invita el autor de *Camerino* a estimar esos ejes de reflexión y a cruzarlos entre sí para lograr perfiles más acabados de esas naturalezas jurídicas, y así, cuando asumimos a una persona —un ser humano sin reparar en cualidad ninguna, ni peculiaridad específica— y la atendemos desde la sustancialidad de sus derechos, entonces sí hablamos de derechos humanos, que le permiten vida digna e integral intocable (derecho a la vida, la libertad, la dignidad, el honor, su patrimonio, etcétera), pero si en esa persona vemos la instrumentalidad y no sustancialidad de derechos, que le requieren cierta capacidad de obrar, estaremos frente a derechos civiles o negociales, que nos hablan de capacidad de obligarse, trabajar, generar actos jurídicos.

Al dejar a la persona en general y acudir a los ciudadanos —personas miembros de una determinada comunidad política— sus derechos sustanciales le autorizan determinados facultamientos acotados a su condición —derecho de libre tránsito, de residencia, de reunión o asociación, de expresión, etcétera—, y ante tal, nos hallamos frente a los derechos públicos. A ese ciudadano, si le observamos desde su capacidad de obrar, ante la instrumentalidad de sus potestades, le reconocemos derechos políticos —voto activo y pasivo, asociación política, ocupar cargos de elección popular, etcétera—.

Existen además, por supuesto, derechos individuales, los de clase social y los llamados colectivos o difusos, y ante tal debemos reconocer titularidades de facultamientos en personas colectivas, ya desde la atalaya pública, donde encontramos los derechos del Estado y las potestades gubernativas, así como los derechos de sustentabilidad del desarrollo, donde el equilibrio ecológico, para ejemplificar, juega un papel destacado y los derechos de minorías, ante su posible vulneración por intolerancia o desigualdad acusada.

Esta colección de derechos fundamentales compone el material a desarrollar o saturar por el legislador secundario y, previo a su acto creativo de leyes, que el penalismo dogmático no atiende, debemos ahondar en sus naturalezas, contenidos y comportamientos. Los derechos fundamentales se semantizan por el constituyente u ontologizan desde la cultura jurídica universal, para su reconocimiento y protección primaria e integran ese sustantivo constitucional ya mencionado. Integran, para graficar la ex-

presión, una cadena de derechos, mirada horizontalmente, para no establecer jerarquías de un derecho a otro, pues todos valen lo mismo, desde el orden jurídico. Lo que los diferencia es, precisamente, la *funcionalidad social* de que está dotado cada derecho y libertad, pues ya vimos que incluso los de corte más individualista mantienen una función social dentro de la comunidad de hombres. Nadie habita ya en el microcosmos de su entorno individual, y a cada facultamiento, desde las personalísimas vida o libertad, se le otorga una plataforma de interés social.

Así vistas las cosas de lo jurídico fundamental sustantivo, digamos en consecuencia que la norma de cultura superior contiene dos acepciones bien diferenciadas al semantizar la protección de una libertad determinada: un *núcleo de valor* comprendido en ese punto de protección específico —vida, libertad, patrimonio, trabajo, democracia o medio ambiente— y un *sentido de límite* a su despliegue en comunidad. La positivación de derechos fundamentales los protege, y para ello semantiza nuclearmente su esencia y limita, ante la presencia de otros derechos protegidos, su ejercicio.

Las libertades del hombre debieran ser, en teoría, absolutas, pero resuelven sus propios límites ante la coexistencia de libertades idénticas de otros. Partimos de la idea de una sociedad compleja y deliberativa que se integra de hombres libres e iguales que se reconocen recíprocamente derechos. Ante tal aseveración, dejamos el sentido kelseniano de Estado de derecho autoritario, emisor de leyes libérrimo y ajenidad a valores comunitarios y hechos sociales, y contemplamos un moderno Estado de derecho que tiene por finalidad y función no imponer, no emitir normas-mandamiento, no hacer llover dones a los súbditos, sino, mejor, como entidad suprema de reconocimiento, protección y garantía de derechos y libertades fundamentales que los hombres se reconocen entre sí.

El Estado de derecho se gana sus apellidos de social y democrático, no por los argumentos tan débiles e inconsecuentes de los dogmáticos sino porque asume responsabilidades de *hacer un quantum mínimo* desde el poder político de dominio, a fin de garantizar el pleno y eficaz disfrute de todos, de esos derechos y libertades, y porque reconoce y protege libertades cívicas —entre otras— según la calidad de ciudadano con capacidad de obrar, a fin de en la deliberación y comunicación social lograr la suma de voluntades para integrar la fuerza democrática, la soberanía popular. Aquí es donde, sin que la democracia sea una vocación definida

del Estado de derecho, se confunden política y derecho y logran generar esa imprescindible *teoría de la validez normativa*.

Los hombres son libres e iguales y conviven según reconocimiento recíproco de libertades y derechos, y desde esa atalaya de observación no es posible concebir normas-mandamiento desde el autoritarismo del príncipe. Una herejía moderna es decir que el hombre es libre para invadir la esfera protegida de otro; ese abuso en el ejercicio propio del derecho lastima, por razón natural, el derecho ajeno, y dependiendo de la vulneración misma, de la calidad del derecho lastimado y, sobre todo, de su funcionalidad social, el derecho, a través del Estado, reacciona para proteger y garantizar el funcionamiento perfecto de la maquinaria jurídica.

Para regular, precisamente, ese ejercicio conforme a sentido, es que se precisa la saturación o desarrollo legislativo pertinente, de segundo grado, de los derechos fundamentales. Según el principio de división de poderes, reconocemos distinciones básicas entre poder constituyente y poderes constituidos; poderes entre sí, horizontalmente; poderes federales o nacionales, frente a locales o provinciales, verticalmente; poder público y sociedad; y poder nacional y supranacional. El Poder Legislativo ordinario guarda para sí la emisión de normas jurídicas formal y materialmente válidas, a las que asigna una semantización precisa —definición desde lo abstracto— para ontologizar el derecho, inscribiendo ese supuesto jurídico y su relativa consecuencia condicionada para, desde hechos en valores, permitir el silogismo lógico-jurídico y la emergencia de facultamientos y obligaciones a los protagonistas concretos del acto analizado.

El legislador no está sujeto a sí mismo, como los dogmáticos han querido presentarlo, pues esa sujeción no es tal, sino una libertad inadmisibles, desde democracia y legitimidad. Se rige por el principio de *vinculatoriedad*, desde la Ley Fundamental de Bonn, en la segunda posguerra, y está, con los otros poderes, obligado a respetar y no desbordar las normas superiores, y en ellas los derechos fundamentales. Ese legislador está sujeto, en su acto creativo legal, a actuar constitucionalmente, no ya desde normas procesales de creación normativa sino desde la materialidad misma del derecho a saturar, y de no actuar así, otro poder, el de la jurisdicción, está en posibilidades de declarar la inconstitucionalidad de su norma emitida, ya por déficits en el juicio de vigencia o en el de validez. Esa declaración de inconstitucionalidad no se corresponde, como

quieren los dogmáticos, a una mera cancelación del ámbito temporal de validez de la norma, que ellos confundieron desde su estática jurídica, sino a la cancelación, con efectos *erga omnes*, de una ley.

Bajo los principios de división de poderes, vinculatoriedad y legalidad estricta, en un Estado social y democrático de derecho el principio —todos inderrotables— de *jerarquía normativa* se presenta como garantía —desde lo adjetivo constitucional— de los derechos y libertades fundamentales. *Toda norma de derecho emana de la Constitución*. No puede el legislador emitir, bajo juicios unidos de vigencia y validez normativas, leyes a su capricho, formalmente válidas, pero con defectos evidentes en su materialidad, ni puede emitir normas-mandamiento en una sociedad de hombres libres e iguales, y por ello es incapaz de amenazar a titulares de facultamientos.

El legislador ordinario asume una norma superior y desarrolla —directa o indirectamente— un derecho fundamental, ya desde su núcleo de valor y sentido de límite, ya desde sus consecuencias implícitas, ya desde la organización jurídico-política del Estado y establece el silogismo hipotético bajo el “si A es, debe ser B”, ponderando heterónomamente que el hombre, bajo su libertad, decida situarse bajo la hipótesis de ley y asumir las consecuencias. No prohíbe, no amenaza, pues tal estaría rebasando sus atribuciones constitucionales, pues vemos un Estado protector de derechos y no a uno autolimitado en sus potestades omnímodas, como quieren los dogmáticos.

El derecho es maquinaria o sistema de perfección utópica, basado en su imprescindible y racionalista *deber ser*, imbricado en el razonable *poder ser* de la *praxis* política. Derecho y política se colocan, en la vida cotidiana de los hombres, en tensión, y la autoridad ha de mantener siempre la cuerda tensa para evitar decaimientos, anarquía o sobrerregulación. Si esa cuerda se afloja, hay riesgos de autoritarismo infranqueable; al contrario, si rompe su resistencia, por tensarse excesivamente, se cae en los umbrales de la intolerancia de sociedad a gobierno.

Las normas jurídicas se emiten, pues, bajo juicios separados de vigencia y validez —legalidad estricta—; por un legislador que ha de atenerse a la supremacía constitucional y jerarquía normativa; sujeto a la calibración material y formal de otro poder, bajo la división sana de éstos, según los viejos principios de pesos y contrapesos —*checks and balance*— y amurallado por su vinculación jurídica con normas constitucionales.

Todo el derecho objetivo positivo se rige por esos principios inderrotables y habita, reconociendo como núcleo al orden constitucional, un protoplasma, al modo de la estructura celular biológica, viendo en el medio acuoso donde advertimos puntos o nódulos interconectados —que representan los diversos ordenamientos formal-materialmente positivados—, vida cultural, axiológica y social, que impregna todo el mecanismo. Esa célula mantiene membranas protectoras, que precisamos inmediatamente, en las secciones adjetivas del derecho y en las diversas vías de garantía jurídica de los derechos fundamentales. Todo ese mundo nuclear, protoplásmico y protector, integra esa maquinaria perfectamente ordenada, donde se presuponen abusos en el ejercicio de un derecho o libertad de uno, con vulneración de los de otro, lo que nos allega la noción de ilicitud, ilegalidad, inconstitucionalidad, comprendidos con prefijos que denotan ausencia, pero no contradicción, como cuando hablamos de antijuridicidad o anticonstitucionalidad, que al implicar contrariedad abandonan la célula y se acercan a ontologismos de otra naturaleza, desconocidos para el ordenamiento jurídico.

El “si A es, debe ser B” se complementa con la noción de coercibilidad jurídica y presencia del acto de justicia, que propenden, mediante el “si B no es, debe ser C”, a resolver el conflicto de intereses generado por abuso, presentando la alteridad, la noción de lo debido como objeto y la necesaria igualdad material —igualación—. El derecho, ante ilegalidad —como genérico con prefijo de ausencia— protege a todos los protagonistas en el conflicto y de ninguna manera amenaza, sino corrige excesos y abusos.

La dogmática jurídico penal ha insistido, desde Mezger hasta Roxin y Jakobs —renormativización—, en un legislador omnímodo y libre para imponer lo que desde su punto de vista es dañoso, o sea, antijurídico. Welzel, tan atacado por los funcionalistas del derecho penal —cuando ya vimos que el funcionalismo social se presenta a la luz de los derechos fundamentales y no bajo un normativismo desbordado en lo punitivo—, arraigado como un *iusfilósofo* distinguido, no tuvo prohibiciones dogmáticas para voltear a las experiencias axiológicas y sociológicas y para negar al legislador potencias omnímodas de creación normativa, y miró contenidos ético-sociales y finalismos en el fenómeno criminal, en propensión a un ontologismo saludable, en contraposición a un normativismo inadmisibles.

El debate dogmático entre ontologismo y normativismo parte de una ecuación falsa sustentada en la acción del legislador y el acto creativo de leyes penales. Si tan sólo pudiéramos convenir que el derecho penal, en tanto ordenamiento jurídico, es una ley secundaria, emanada de la Constitución y no habitante externo de ese protoplasma celular propuesto, y que se sujeta en cuanto a principios y reglas a los mismos medios y comprensiones —axiológicas y sociológicas— que el resto del orden jurídico, nos resultaría mucho más sencillo comprender el fenómeno —desde la ontología humana, plena de inteligencia y voluntad— y entonces dejar de hablar inopinadamente de un Estado de derecho “respetuoso” de los derechos humanos —cuando su papel único es protegerlos y garantizarlos— ante el ejercicio del *ius puniendi* —que no es potestad majestuosa, sino mera consecuencia jurídica— y un principio de legalidad trunco —*nullum crimen sine lege*— y un ramal jurídico represivo, amenazante y montado en inadmisibles normas-mandamiento.

A los dogmáticos siempre perturban las preguntas: ¿de dónde emana el Código Penal?, ¿cuál es su fundamento en los juicios de vigencia y validez?, ¿el delito es injusto o acto antijurídico, esto es, atendible por derecho o entidad externa? Vayamos al punto. Por supuesto que un derecho penal dogmático se estima autoconstituido, creado soberanamente por el poder político de dominio, reconociendo su finalidad en la reestabilización del orden social dado, ante la infracción de una norma penal, que implica una negación vigente a ese orden y, por tanto, mediante otra negación —la pena— se reafirma el control social deseado, y en tanto tal se define como conjunto de normas jurídicas que establece delitos y fija las penas por su comisión.

El sistema jurídico, ya lo hemos revisado, no se comporta de esa manera y contempla un constitucionalismo pluricultural que reconoce y protege derechos fundamentales, integrados por núcleo de valor y sentido de límite, por lo que el Estado cobra la función primordial de garantizar por distintas vías esas libertades básicas y la de *hacer un quantum mínimo* para que el goce de los derechos sea generalizado e igualitario. Se rige por principios inderrotables como el de división de poderes, vinculatoriedad, jerarquía normativa y legalidad estricta. El Estado social y democrático de derecho implica la sujeción de todos al orden jurídico plenario y el reconocimiento de un orden valorativo preexistente; se basa en la circunstancia democrática de una sociedad de hombres libres e iguales que se reconocen recíprocamente derechos.

Así, no es posible concebir más un derecho penal fundado en el autoritarismo del príncipe que anhela control social. Este ramal jurídico, en rigor, es habitante conspicuo de esa célula jurídica descrita anteriormente, para graficar nuestras explicaciones, y viene, precisamente, a integrarse como la membrana protectora exterior más importante. Esos hombres libres e iguales que se han reconocido derechos, ven a éstos protegidos y garantizados en la norma suprema a partir de la inclusión de su núcleo de valor y el establecimiento de ese sentido de límite en su despliegue, a fin de no vulnerar el derecho de otro.

El sustantivo constitucional cumple con esa función y el adjetivo ha de poner en juego las distintas vías de garantía jurídica para su protección. Reconocemos en esos derechos fundamentales una *funcionalidad social* determinada a cada cual, y cuando la libertad de uno, en ejercicio de su derecho, traspasa la esfera de otro, vulnerándole su derecho, el Estado debe reaccionar en protección y garantía de ambos protagonistas: vulnerador y vulnerado, pues todo acontece dentro del campo celular jurídico y no fuera de él, como sería el caso de lo anticonstitucional o simplemente antijurídico.

Los derechos fundamentales continentales de una elevada *funcionalidad social*, o aquellos cuyo núcleo de valor es de tal manera sensible o valioso, requieren de una protección o garantía de máxima *ratio*. Esos derechos fundamentales se trocan, por la vía del legislador ordinario, en su necesario desarrollo o saturación en la noción jurídica de *bien jurídico*, tan sólo lesionable por otro instituto jurídico: el delito. Ese legislador asume norma superior que precisa desarrollo en su protección, y a través de cribarla tridimensionalmente, por hechos en valores, decida erigir en bien jurídico un determinado derecho fundamental.

Esto es, el legislador no decide arbitrariamente, ni por revelaciones inmanentes o presiones de factores de poder, la calidad y presencia de un bien jurídico. Lo deriva jerárquicamente de la norma suprema. Una vez determinada la existencia jurídico-política de un bien jurídico protegible, a través de la vía plebiscitaria más conveniente y no por simple mayoría, ese legislador ordinario semantiza la norma punitiva, compuesta, evidentemente, de supuesto jurídico y consecuencia condicionada, o sea, descripción de conducta y señalamiento de pena o medida de seguridad.

Hemos sostenido que en el seno de un Estado social y democrático de derecho, no se autorizan más las llamadas normas-mandamiento, de cla-

ro tinte autoritario, pues un simplón “no matarás” no resuelve el mecanismo jurídico planteado. El derecho penal, siendo membrana protectora de todo el orden jurídico y su medio cultural que lo contiene, reconoce, asimismo, el silogismo lógico-formal en su desarrollo y comportamiento, pero ya no por razón natural desde el hipotético planteamiento de la endonorma o norma primaria: “si A es, debe ser B; si B no es, debe ser C”, pues ya no estamos en presencia de un voluntario y libre ejercicio de un facultamiento. El no haber entendido esto llevó a los dogmáticos a generar su derecho penal colmado de teorías y conjeturas propias, ajenas al silogismo jurídico más evidente.

Los hombres libres e iguales de la sociedad, en ese reconocimiento deliberativo de derechos, de manera mutua pactan, asimismo, vulneraciones de uno a otro de orden inadmisibles, dada la elevada *funcionalidad social* de algunos facultamientos, y convienen en que ante tal circunstancia, las vías de protección y garantía han de advertirse desde otras atalayas de resolución jurídica. No bastaría, para resolver un conflicto de intereses, la coercibilidad de “C” en el silogismo primario, y entonces es preciso generar desde el sentimiento social, bajo ética juridizada, un “A no debe ser”. El mundo racionalista del derecho, dentro de su utópica posición, viene a establecer este *deber ser* de segundo grado, no por la arbitrariedad del príncipe, sino por reglas de convivencia pactadas.

Luego entonces, el derecho penal se rige por las reglas de la perinorma o norma secundaria, pues se constituye en una *garantía dura* —*hard law*—, y “si A no debe ser”, entonces, “si A es, debe ser B”. Esto es, concretizado el supuesto jurídico —como mero juicio de determinación— que complace la descripción legal en acto de plena juridicidad, y por tanto no viola norma jurídica alguna, sino un derecho o facultamiento de otro, ya establecido como inderrotable, por no presentarse normas permisivas que derrotan a la norma punitiva desde la misma jerarquía normativa, al atribuirse a alguien esa realización, se le imputa la eventualidad de una consecuencia de derecho, vista en la pena.

Desde esa imputación subjetiva de la consecuencia jurídica emergen para los protagonistas, en ciclo permanente, derechos subjetivos y deberes jurídicos, que deben resolverse conforme al *garantismo penal ferrajoliano*, y ya resuelto el dilema de la imputabilidad y responsabilidad penal, se encara el juicio de valor desde la potestad jurisdiccional.

El derecho penal se rige, pues, por idénticos principios y categorías que el resto del orden jurídico. No es una “Constitución negativa” ni un

orden jurídico soberanamente constituido ni proveniente de un omnímodo legislador al servicio del príncipe. No se acota por un tímido “respeto” a los derechos humanos ante *ius puniendi*, ni mira a la democracia como un simple reflejo de supuestas necesidades sociales, percibidas por un creador de leyes premonitorio; es un derecho garantista que tiene por finalidad, la más digna de “proteger bienes jurídicos”, que sobrepasa aquella destinada a reestabilizar, mediante pena, el orden social “negado” por una infracción.

Abreva incuestionablemente del principio de jerarquía normativa, en tanto inderrotable garantía constitucional. En nuestro medio hispanoamericano, el constitucionalismo vigente reconoce ese principio de manera general, pero lamentablemente no ha sido capaz de inscribir los trabajos de legislación penal a sus rigores indispensables.

La conspicua y paradigmática Constitución española de 1978 previene el principio e, incluso, inserta la categoría de “leyes orgánicas” como aquellas destinadas, entre otras cosas mayores, a desarrollar derechos fundamentales. Su Supremo Tribunal Constitucional resolvió en diversos sentidos el posible papel del Código Penal como una de esas “leyes orgánicas”; en una primera instancia, atendió sólo el principio de legalidad y asumió que como ese no es dato desarrollable por la legislación ordinaria, le negó al ordenamiento punitivo ese carácter. Sin embargo, posteriormente reflexionó que, cuando menos, el Código Penal debía ser un ordenamiento que desarrollara derechos fundamentales como el de la vida, la libertad y el patrimonio, que, a través de las consecuencias jurídicas previstas, afecta mediante el ejercicio del *ius puniendi*, y desde entonces, se estima como “ley orgánica” para esos efectos.

Con los trabajos sustanciales de Carlos Santiago Nino, se influyó, para bien y su modernización, el constitucionalismo andino, básicamente en Bolivia; la muy actual Constitución venezolana de apenas 1999 erige un Estado social y democrático de derecho y justicia bajo las ópticas de una saludable edificación teórica europea, pero a pesar de sus desarrollos en cuanto a principios inderrotables, el de jerarquía normativa no ha sido capaz de someter el penalismo, tercamente dogmático. Argentina y México, con fórmulas añejas, no logran tampoco ese cometido, y en nuestro país se empeoró la circunstancia, pues si bien el Constituyente de 1917 habló, al enumerar las atribuciones del legislador, de “definir delitos...”, en 1996 el órgano revisor de la Constitución omitió ese verbo, que cuan-

do menos exige un trabajo intelectual del hacedor de leyes, para decantar valores desde filosofía y hechos desde sociología, en búsqueda de una “definición demostrable” en derecho, e inscribió un atroz “establecer”, que mucho tiene de “dictado o imposición” desde el poder político de dominio.

En nuestro medio hispanoamericano no está ausente el principio de jerarquía normativa y es habitante de nuestras normas superiores. Sin embargo, no es aplicable en la legislación penal, por reminiscencias normativistas y dogmáticas que aún envuelven a nuestra disciplina, sin dejar desarrollarla como ramal jurídico garantista y democrático.