

LEGISLACIÓN PENAL Y CIENCIA DEL DERECHO PENAL*

(Reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva
de la legislación penal)

JOACHIM VOGEL
Universidad de Tubinga

I

Así como no es democracia el dominio de quienes saben sobre los que no, tampoco se encuentra la legislación penal en manos de la ciencia del Derecho Penal. Ante todo, promulgar leyes penales es cosa del legislador parlamentario como representante democrático inmediato y legítimo del pueblo. Y, en general, puede ser cuestionado —en referencia a una célebre frase del gran pandectista Windscheid¹— que la legislación penal sea «cosa del penalista como tal». El «penalista como tal» aquí aludido es quien aplica el Derecho Penal y el dogmático, en oposición al que crea las leyes y al especialista en política criminal. Es aquél que se ocupa de la sistematización, dogmatización y de la comprensión teleológica del Derecho vigente al que se halla sujeto, y que lo aplica prescindiendo de consideraciones ético-políticas, pragmáticas, morales o empíricas extrañas a la ley. El futuro Derecho Penal, es decir, su reforma y la política criminal, así como la legislación penal

* Título original del artículo: «Strafgesetzgebung und Strafrechtswissenschaft», publicado en *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, Walter de Gruyter, Berlín-Nueva York, 2001, pp. 105-118. Traducción castellana de Fernando Guanarteme Sánchez Lázaro (Universidad de La Laguna) y Nicole Mutschke (Rechtsreferendarin, Düsseldorf).

¹ WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, 1904, 111.

como tal, no son cosa suya. Y puede incluso cuestionarse si tal materia debe ser objeto de tratamiento por parte de la ciencia del Derecho Penal².

Es fácil ver que la antinomia que acabamos de esbozar, correspondiente a la comprensión científica y metodológica propia de la ciencia jurídica del siglo XIX, está considerada, con razón, como superada. Nadie lo ha explicado con mayor claridad y profundidad que Roxin³: dogmática penal y política criminal no son disciplinas antagónicas, sino que la obligación jurídica y la finalidad político-criminal deben llevarse a una síntesis, en la cual la política criminal penetre en el campo de la ciencia del Derecho Penal, y se construya un sistema jurídico penal no meramente lógico-conceptual, sino teleológica y político-criminalmente orientado. La aplicación del Derecho Penal es «mucho más que la aplicación de una ley ya determinada en sus detalles en un procedimiento de subsunción lógica. Más bien consiste en la concreción del marco de regulación legal y en la elaboración creativa (esto es, desarrollo y sistematización) de las finalidades legislativas, es política criminal vestida de dogmática»⁴.

Con ello, ciertamente, la dogmática y la ciencia del Derecho Penal sólo se abre en una dirección a la política criminal y a la legislación penal. Surge entonces la duda de si no debe valer también lo contrario: ¿deben abrirse también la política criminal y la legislación penal a la dogmática y ciencia del Derecho Penal? O planteado de una forma más práctica y en relación con el tema general del Congreso de Profesores de Derecho Penal celebrado en Halle⁵ en 1999: ¿puede haber una legislación penal sin ciencia del Derecho Penal?

Durante mucho tiempo esta pregunta careció de relevancia práctica. Porque una buena y, en comparación con el extranjero, especial tra-

² Las manifestaciones por parte de la doctrina sobre política criminal —y en general: jurídico-políticas— muestran, de forma especial, el problema del juicio valorativo; sobre ello, clarificador, NOLL, *FS für Schelsky*, 1978, 353 y ss.

³ Fundamental, ROXIN, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 2.^a ed., 1973, especialmente, 10 y ss.; actualmente, de forma sintética, ROXIN, *Strafrecht AT*, I, 3.^a ed., 1997, § 7, en especial, margs. 69 y ss.

⁴ ROXIN, *AT*, I (n. 3), § 7 marg. 70.

⁵ Con ponencias de ARZT, KÜPPER, LILIE, STRENG y Hans-Jörg ALBRECHT, así como un informe de la discusión de JULIUS, publicado en *ZStW*, 111 (1999), 757 y ss. 785 y ss., 807 y ss., 827 y ss. y 863 y ss., así como 889 y ss. —más específicas sobre el tema son, sin duda, las ponencias de AMELUNG, NOLL, SCHUBARTH, BARATTA y SCHÖCH con motivo del «Bonner Strafrechtslehretagung 1979», publicado en *ZStW*, 92 (1980), 19 y ss., 73 y ss., 90 y ss., 107 y ss. y 173 y ss.—. V., además, las reflexiones de MAIWALD en BEHRENDIS y HENCKEL (eds.), *Gesetzgebung und Dogmatik*, 1989, 120 y ss.

dición de la legislación penal alemana es su estrecha vinculación con la ciencia del Derecho Penal. Basta con recordar tan sólo la obra *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts – Vorarbeiten zur deutschen Strafrechtsreform*, promovida por el Ministerio de Justicia del Reich en 1906; los trabajos de la Gran Comisión de Derecho Penal en 1954; así como en los realizados por la Comisión de expertos para la lucha contra la criminalidad económica de 1973. Hasta en el período nacionalsocialista numerosos y significados penalistas pertenecieron a la Comisión oficial de Derecho Penal, a cuya «influencia moderadora... se debe, que el... “Proyecto de Código Penal” alemán de 1936 no obtuviera la aprobación de quienes entonces detentaban el poder»⁶. Sin embargo, cada vez más, parece sin duda que el legislador está dispuesto a romper con esta tradición. El actual motivo de escándalo es, en concreto, la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal aprobada en diciembre de 1997⁷. Aunque esta ley ha modificado significativamente la parte especial del Código Penal alemán, la intervención de la ciencia del Derecho Penal en el procedimiento legislativo se agotó en hacer accesible el Borrador de Proyecto de la Ponencia (*Referentenentwurf*)^{**} de julio de 1996 a la secretaría de los profesores de Derecho Penal en otoño de aquel año y en la audiencia pública de la comisión jurídica del *Bundestag*, a la que estaban invitados junto a nueve prácticos un profesor de criminología⁸. Hasta autores tan prudentes como Lackner y Kühl⁹ critican este acto de legislación, calificándolo de «problemático», y consideran que la ley ha necesitado de una «preparación más sólida» y ha sido aprobada «sobre una base material obviamente muy reducida»¹⁰.

⁶ ROXIN, *AT*, I (n. 3), § 4 marg. 12.

⁷ Sobre ello, DENCKER, STRUENSEE, NELLES y STEIN, *Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz*, 1998; HÖRNLE, *Jura*, 1998, 169 y ss.; KREB, *NJW*, 1998, 633 y ss.; KUDLICH, *JuS*, 1998, 468 y ss.; LESCH, *JA*, 1998, 474 y ss.; SANDER y HOHMANN, *NStZ*, 1998, 468 y ss.; SCHLÜCHTER (ed.), «Bochumer Erläuterungen zum 6», *StRG*, 1998; STACHELIN, *StV*, 1998, 98 y ss.; WOLTERS, *JZ*, 1998, 397 y ss.

^{**} N. del T.: Aunque la traducción literal del término *Referentenentwurf* es proyecto de la ponencia o de los ponentes, hemos optado por la traducción expuesta, por el estricto significado que el término proyecto tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

⁸ Con más detalles, sobre la historia de elaboración, KREB, *NJW*, 1998, 633 (s.).

⁹ LACKNER y KÜHL, *StGB*, 23.^a ed., 1999, Vor § 38 marg. 16.

¹⁰ La circunstancia de que la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal esté enlazada con el Proyecto gubernamental de 1962 y con ello al trabajo preparatorio realizado en la Gran Comisión de Derecho Penal, no cambia en nada este juicio (en el mismo sentido LACKNER y KÜHL [n. 9]): desde entonces el grado de desarrollo de la ciencia del Derecho Penal ha evolucionado mucho; además, el Proyecto gubernamental de 1962 ya entonces fue valorado reiteradamente como superado y había dado motivo

Semejante crítica no proviene de la vanidad herida. Antes bien, una legislación penal sin ciencia del Derecho Penal crea un auténtico problema de legitimación. Para fundamentar esta tesis, primero, deben verse los principios teóricos sobre la necesidad de una «Política criminal científicamente asesorada» (II). Seguidamente, me gustaría presentar el «modelo procesal de construcción racional de la voluntad política», desarrollado por Jürgen Habermas, junto con su fundamento, la teoría discursiva del Estado democrático de Derecho, y traducirlo en categorías jurídico-penales (III). Con ello se mostrará que la carencia de discursividad en el procedimiento legislativo y, en especial, la falta de participación de la ciencia del Derecho Penal¹¹ conduce, casi de forma obligatoria, a problemas en todos los planos de legitimación de las leyes penales, esto es, el plano del Derecho Constitucional, de la política criminal y de la dogmática del Derecho Penal (IV).

II

La cuestión de qué contribución puede realizar la ciencia del Derecho Penal a la legislación penal pertenece a una disciplina que hasta ahora, y en el mejor de los casos, ha sido considerada como marginal dentro de la ciencia del Derecho Penal: la teoría de la legislación penal. La misma no debe equipararse sin más con la política criminal, disciplina científica reconocida unánimemente. Ésta última trata antes que nada la cuestión material de cómo deben configurarse los contenidos de las leyes penales. En cambio, el problema a tratar por la teoría de la legislación penal es de naturaleza más formal, afecta al procedimiento legislativo y la forma de la ley. Más exactamente, y apoyándonos en una distinción de la teoría general de la legislación: en cuestión están, por un lado, el procedimiento «interno» de la legislación penal (frente al procedimiento «externo» de los arts. 76 y ss. GG), es decir, la metodología de la legislación, y, por otro lado, la adecuada redacción de la ley, esto es, la técnica legislativa¹². En este sentido y hasta ahora

al Proyecto Alternativo por parte de la doctrina, el cual — por lo visto — no jugó ningún papel en el proceso legislativo de la Sexta Ley de Reforma del Derecho Penal.

¹¹ En el sentido de la «ciencia global del Derecho Penal», incluyendo en especial a la criminología; sobre las relaciones entre criminología y la legislación penal EISENBERG, *Kriminologie*, 5.ª ed., 2000, § 2 margs. 13 y ss.; en particular, sobre la relación entre la legislación sancionatoria (*Sanktionengesetzgebung*) y la criminología, SCHÖCH (n. 5).

¹² Ampliamente, HILL, *Jura*, 1986, 57, 60 y ss.; HÖHN, *Praktische Methodik der Gesetzesauslegung*, 1993, 11 y ss.

una teoría de la legislación penal sólo ha existido de forma incipiente. Con ello en modo alguno se desconoce que ha sido el penalista Noll quien ha colocado la primera piedra de la moderna teoría general de la legislación¹³. Desde entonces, y especialmente en el ámbito del Derecho Constitucional, se ha consolidado una teoría científica de la legislación¹⁴. Pero en la ciencia del Derecho Penal, a pesar de las distintas contribuciones individuales, no se ha alcanzado un estado de desarrollo comparable. No obstante, me gustaría poner de relieve, por un lado, la extendida exigencia de una «política criminal científicamente asesorada» y, por otro, la reciente realización de dos trabajos fundamentales sobre legislación penal.

1. El postulado de «una política criminal científicamente asesorada», como han defendido entre otros Amelung, Hettinger, Jäger, Lüderssen, Maihofer y Schüler-Springorum¹⁵, apunta a una mayor racionalidad de la política criminal: las leyes penales deben estar racionalmente fundadas, y su fundamentación debe ser comprensible y racionalmente comprobable. La racionalidad debe estar garantizada, por un lado, en atención a la aceptación empírica que fundamenta al Derecho Penal. Para ello cuentan, especialmente, la lesividad social de la conducta prohibida penalmente, pero también la adecuación de la intervención del Derecho Penal como medio de control social, así como posibles consecuencias accesorias indeseadas de su punición. Por otro lado, debe ser precisa una evaluación normativa de la voluntad de la legislación penal según criterios científico-rationales. En este contexto, por lo general, se ponen en primer plano principios fundamentales de la política criminal como el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, de subsidiariedad y *ultima ratio*. En la medida en que tales principios disfrutaban de dignidad constitucional, se debe, además, utilizar el Derecho Constitucional como un criterio de evaluación normativa vinculante para el legislador. Finalmente, la dogmática penal misma constituye un criterio de evaluación. El proyecto de una ley penal debe también confrontarse y determinar en qué medida satisface la exigencia de adecuación sistemática y dogmática, y puede ser incorporado «coherentemente» en el sistema del Derecho Penal vigen-

¹³ NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973.

¹⁴ Sin pretensión de exhaustividad, deben ser mencionados: HILL, *Einführung in die Gesetzgebungslehre*, 1982; KARPEN, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 1989, 13 y ss.; HANS SCHNEIDER, *Gesetzgebung*, 2.^a ed., 1991; SCHULZE-FIELTZ, *Theorie und Praxis parlamentarischer Gesetzgebung*, 1988.

¹⁵ AMELUNG (n. 5), 67 y ss.; HETTINGER, GA, 1995, 399, 428; JÄGER, *FS für Schüler-Springorum*, 1993, 229 y ss.; LÜDERSSEN, *Kriminalpolitik auf verschlungenen Wegen*, 1981, 206 y ss.; SCHÜLER-SPRINGORUM, *Kriminalpolitik für Menschen*, 1991, 264 y ss.

te. Por lo demás, el concepto de «una política criminal científicamente asesorada» apunta a institucionalizar tal asesoramiento de una forma más fuerte que hasta ahora. A la práctica precedente, escuchar *ad hoc* a expertos y penalistas en el procedimiento legislativo, se le ha criticado que no permite alcanzar ninguna influencia eficaz. Y en las otras formas de asesoramiento político-criminal de carácter científico, se trata, no pocas veces, de encargos de investigación afirmativos en los que las voces críticas son ignoradas¹⁶. Frente a ello, como ejemplo de una institucionalización acertada, se nombra la Comisión de Tres para la Reforma del Derecho Penal, establecida con carácter permanente e integrada por un representante del gobierno, otro del parlamento y un tercero de los denominados profesores alternativos¹⁷.

2. El intento de insertar tales pretensiones, más bien de carácter puntual y pragmático, en un cuadro teórico más amplio ha sido realizado en época reciente por Voß y Stächelin. Según Voß la inclusión de la ciencia del Derecho Penal en el procedimiento legislativo sirve para asegurar la posibilidad de un discurso racional en la preparación de la ley¹⁸. A lo que fundamenta el hecho de que Voß quiere entender legislación como «acto orientado a la comunicación»:

«Las normas jurídicas existen... en transmisión comunicativa. Ellas... (sc. son) transmisores de sentido dentro de un espacio de comunicación normativo..., en el cual son coordinadas la acción y actitudes de los miembros de la sociedad. Las leyes no son... únicamente medios técnicos para la realización de determinados fines, son, antes que nada, manifestaciones de sentido en la vida social común»¹⁹.

De este modo, la racionalidad de los actos legislativos se presenta para Voß como «racionalidad comunicativa». La cual se garantizaría a través de discursos en los cuales, idealmente, deberían participar todos los potenciales afectados por la ley — lo que ciertamente es imposible por la capacidad de acción del legislador (y por lo demás contradice también la idea de representación). Por ello exige Voß la inclusión de «representantes» o «abogados» de los intereses de los afectados, esto es, la doctrina científica penal:

¹⁶ Sobre ello, STÄCHELIN, *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, 282, 284 y s., con más indicaciones.

¹⁷ Sobre ello, MAIHOFER, en el mismo (ed.), *Theorie und Methoden der Gesetzgebung*, 1983, 9, 13 y ss.

¹⁸ VOß, *Symbolische Gesetzgebung*, 1989, 214 y ss., con más indicaciones.

¹⁹ VOß (n. 18), 210.

«La mejora de la calidad del discurso, lleva... a la participación de la ciencia, la cual como representante del interés público se encuentra junto al político asesorándolo, y contribuye no sólo a una mejora de la información..., sino además, intenta abrir también, en mayor medida, el procedimiento legislativo a un discurso práctico-moral»²⁰.

De forma similar aboga Stächelin, sobre el fundamento de su análisis jurídico-constitucional y empírico-práctico del procedimiento legislativo penal, por una «estrategia de mejora de la actividad legislativa penal referida al procedimiento»²¹. Esta estrategia debería alcanzar cuatro «objetivos intermedios»: la extensión de la base científica; la racionalización; la transparencia; y la continuidad. La contribución de la ciencia del Derecho Penal la establece Stächelin en la extensión de la base científica y la racionalización. Con ella se trata de «fortalecer el momento discursivo», del aumento de los deberes de fundamentación y de la concurrencia legislativa, sobre todo de la inclusión de la comparación científica del Derecho Penal en el proceso de reforma del mismo²².

III

Los principios acabados de esbozar reciben aprobación general, aunque ciertamente precisan y son susceptibles también de mayor fundamentación. Porque pueden ser incluidos sin dificultad en la amplia corriente de la nueva filosofía jurídica y teoría del Derecho, la cual ya no pretende fundamentar la legitimidad del Derecho en una metafísica natural, de la razón, de la libertad, de la voluntad o de los valores, sino poner en un primer plano una legitimación procedimental a través del entendimiento. En el fondo de esto se encuentra el giro de la nueva filosofía hacia el lenguaje: razón y racionalidad ya no son entendidas como categorías apriorísticas, sino como categorías transmitidas a través del lenguaje y su uso, como razón «comunicativa» o racionalidad «comunicativa». El más reciente y, a mi juicio, importante intento de elaborar una teoría de la democracia y el Derecho sobre este fundamento debe agradecerse a Jürgen Habermas. Este autor, en su *opus magnum Faktizität und Geltung*²³, presenta no sólo «aportacio-

²⁰ VOß (n. 18), 216.

²¹ STÄCHELIN (n. 16), 317 y ss.

²² STÄCHELIN (n. 16), 331 y ss.

²³ HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, 4.^a ed., 1994. Sobre ello v. los trabajos de BLANKE, KUPKA y Klaus GÜNTHER en *KritJ*, 1994, 439 y ss., 461 y ss. y 470 y ss., así como las numerosas contribuciones en *Rechtstheorie* 27 (1996), 271 y ss.

nes a la teoría discursiva del Derecho y del Estado democrático de Derecho», como se dice en el subtítulo, sino una verdadera filosofía jurídica. Que Habermas evite conscientemente este concepto no se debe sólo al encogimiento ante la obra de Hegel, que —según Habermas— «ha puesto unos niveles inalcanzables para nosotros»²⁴. Sino más bien, a que Habermas considera que los conceptos filosóficos no tienen hoy un lenguaje propio, ya no construyen un sistema que se apropie de todo. Y lo que se necesita, más que nada, es un proceder metodológico plural que desde la perspectiva de la teoría del Derecho, de la sociología jurídica y de la historia del Derecho, de la teoría de la moral y de la sociedad, y de la filosofía (jurídica) se muestre como «arrogación reconstructiva de conocimientos científicos»²⁵. Precisamente, a este procedimiento metodológico plural de reconstrucción se debe el «modelo procesal de construcción racional de la voluntad política» de Habermas, el cual puede servir como fundamento de una adecuada teoría de la legislación (penal).

1. En el fondo de este modelo se encuentra la teoría discursiva en la configuración que Habermas le ha dado y que en ningún modo está exenta de polémica, por lo que debe ser expuesta muy brevemente y defendida atendiendo en especial a su adecuación para una teoría jurídica y de la legislación²⁶. Discursos son procesos tendentes al reconocimiento intersubjetivo y al consenso potencial, en los cuales son formuladas pretensiones de validez, fundamentadas argumentativamente y, de este modo, realizadas. En ellos son requeridas —sólo— normas procedimentales, especialmente las condiciones de la «situación ideal de diálogo», según las cuales cada interlocutor válido puede participar, exponer argumentos y sin que en ello pueda ser impedido mediante violencia. La reconstrucción de este modo de la democracia y el Derecho según su sentido normativo, es la aspiración de la teoría del discurso del Estado democrático de Derecho. Su adecuación ha sido actualmente cuestionada con el argumento de que es muy formal, procedimental y que carece en exceso de directrices normativo-materiales sobre las que, ante todo, trata el Derecho y la justicia²⁷. Pero en el período postradicional, posconvencional y posmetafísico las pretensiones de validez normativa ya no pueden ser fundamentadas materialmente a

²⁴ HABERMAS (n. 23), 9.

²⁵ HABERMAS, *ibidem*.

²⁶ Debo excluir la crítica teórico-cognitiva al «Modelo consensual de la verdad» teórico-discursivo, porque excede del objeto de este trabajo; sobre ello, sintéticamente, MÜNCH, *Die Struktur der Moderne*, 1992, 82 y ss. con más indicaciones.

²⁷ Por todos Arthur KAUFMANN, *FS für Maihofer*, 1989, 11, 34 y ss. con más referencias.

través de la tradición, convención o de la metafísica del ser o de la conciencia. Por otro lado, la teoría del discurso tiene frente a su gran rival, la teoría de sistemas, la ventaja de que no observa la democracia y el Derecho como un procedimiento de legitimación —funcional-instructivo-teóricamente entendido— a través del proceso desde la perspectiva extraña del observador sociológico. Antes bien, refleja el sentido de normatividad presente en el lenguaje desde la perspectiva del participante. Y aun cuando estuviese justificada la crítica de formalismo y carencia de contenidos: no cuestiona desde un principio la utilidad de la teoría del discurso para una teoría de la democracia y la legislación, porque esta misma es de naturaleza formal y está orientada al proceso. Con ello se levanta la siguiente objeción, que la teoría del discurso contiene idealizaciones contrafácticas y presupone una «situación ideal de diálogo», la cual no se da de ningún modo en el procedimiento legislativo de un Estado social y democrático de Derecho²⁸. Estructuralmente igual que la objeción que señala que una reconstrucción teórico-discursiva del proceso de decisión judicial está condenada al fracaso por la falta de una «situación ideal de diálogo» en ese ámbito; por todos Neumann, *Rechtstheorie*, 27 (1996), 415 y ss. con más indicaciones. En efecto, legislar es claramente una actuación estratégica tendente a la consecución de intereses y, en efecto, las leyes —aun cuando en su mayor parte son aprobadas de común acuerdo— de ningún modo deben basarse en el entendimiento y el consenso, sino que pueden ser impuestas con un acto de autoridad de la mayoría parlamentaria. Precisamente, integrar estas circunstancias en la teoría del discurso del Estado democrático de Derecho es una de las principales aspiraciones de «Faktizität und Geltung». A partir del «principio de discurso», según el cual sólo son válidas las normas de conducta que pudieran aprobar todos los afectados en un discurso racional, se distinguen los principios igualmente originarios (*gleichursprünglich*) —separándose aquí Habermas de Kant— de la moral y de democracia y Estado de Derecho²⁹. Ciertamente, ambos tienen las mismas raíces, pero distinta estructura. En la moral se trata de la universalidad (*Universalisierbarkeit*) y de los hombres o la humanidad en general. Frente a ello en la democracia y el Derecho se trata, además —aquí enlaza Habermas con Rousseau y, en cierta medida también, con Hegel— del *status* del ciudadano en una comu-

²⁸ Estructuralmente igual que la objeción que señala que una reconstrucción teórico-discursiva del proceso de decisión judicial está condenada al fracaso por la falta de una «situación ideal de diálogo» en ese ámbito; por todos, NEUMANN, *Rechtstheorie*, 27 (1996), 415 y ss., con más indicaciones.

²⁹ HABERMAS (n. 23), 135 y ss.

nidad estatal, de la garantía de su autonomía y de la conformación de nuestra vida en un mundo y una sociedad de configuración concreta y previa, aunque también cambiante y modificable, bajo limitaciones temporales, sociales y objetivas. Esto obliga, por un lado, a limitaciones —sin duda fundamentables discursivamente— de la discursividad del proceso de creación del derecho y, por otro, a una ampliación del objeto de los discursos de creación del derecho.

2. En el Estado democrático de Derecho, la legislación es, ante todo, un procedimiento asignado a los órganos legislativos y regulado por la Constitución en su desarrollo externo. Además, la Constitución contiene en forma de preceptos sobre competencia, derechos fundamentales y principios jurídico-constitucionales implícitos o explícitos, directrices materiales para posibles objetos de regulación conforme a la Constitución. Pero la Constitución no se pronuncia expresamente sobre la estructura interna del procedimiento legislativo. Y aquí aparece el «modelo procesal de construcción racional de la voluntad política»³⁰, que es a la vez un modelo de legislación racional, porque la construcción de la voluntad política en el moderno Estado de Derecho apunta esencialmente a la legislación y se consuma en ella. Según Habermas, la construcción de voluntad política y la legislación no pueden ser comprendidas exclusivamente ni como actuación estratégica orientada a intereses, ni como actuación comunicativa orientada al entendimiento; antes bien, se representa la construcción de la voluntad política como una «red» de negociaciones orientadas a intereses y discursos orientados al entendimiento, y ambos «introducidos» en el procedimiento externo legislativo y de construcción de la voluntad³¹. Precisamente esto, y en la medida en que el Derecho Constitucional se abstiene de ofrecer directrices normativas explícitas, garantiza tanto la posibilidad de negociaciones como discursos sobre la ley a promulgar.

En las negociaciones no se trata de convencer, sino de conciliar los intereses en conflicto de forma soportable y alcanzar compromisos con los que puedan vivir los intervinientes. Por ello las negociaciones no están totalmente desvinculadas del principio de discurso en el sentido del principio de *Fairness*: sólo pueden contar con aceptación los compromisos mínimamente *fair*. En particular, las negociaciones mismas están procedimentalmente reguladas y pueden ser subordinadas expresamente al principio de mayoría que, en caso de necesidad, garan-

³⁰ HABERMAS (n. 23), 187 y ss.

³¹ HABERMAS (n. 23), 206 y s.

tiza un compromiso aceptable para la mayoría. Pero la legitimidad democrática no puede ser sustentada únicamente sobre esto. Leyes que sólo sirven a la consecución de intereses particulares y que no pueden ser justificadas con la persecución del bienestar común no sólo chocan contra los límites de la legitimidad en el sentido de la aceptación empírica de Weber. También, como por ejemplo ha mostrado Lerche³², son constitucionalmente dudosas: una intención legislativa que carece de todo interés general o utilidad pública es arbitraria. Con otras palabras, las leyes deben estar fundamentadas de forma que puedan convencer a la generalidad. Y justo esto sucede a través del discurso introducido en el procedimiento legislativo. Ciertamente, objeto de esta discusión no es sólo la cuestión de la justicia, como en la moral, una pregunta, que sin embargo también puede ser planteada en relación con el Derecho y que por razón de su legitimidad y, en supuestos extremos, de su validez debe ser planteada. Porque en un Estado democrático y de Derecho se trata, además, de la configuración de nuestras vidas y nuestra sociedad a través del Derecho, para una plena legitimación de las leyes se requieren discursos ético-políticos, pragmáticos y, en el sentido estricto de la palabra, jurídicos³³. Objeto del discurso ético-político es la cuestión de que es «bueno para nosotros» y que «fines colectivos» deben ser perseguidos. Esta orientación hacia el Telos de mi o nuestra buena vida en un mundo y en una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable, distingue al discurso ético-político del moral, los cuales están libres de todo ego o etnocentrismo y reivindican validez para todos los seres dotados de razón. Los discursos pragmáticos tratan la cuestión de con qué medios pueden y deben ser alcanzados esos fines, es decir, la cuestión de la relación medio-fin. Y finalmente, en el discurso jurídico, se trata de cómo la ley puede ser introducida «coherentemente» en el sistema del Derecho, especialmente la cuestión de su constitucionalidad o si se diera el caso, de la necesidad de una reforma constitucional, pero también la cuestión de su adecuación estrictamente jurídica y dogmática.

Este modelo tiene coincidencias esenciales —y aquí se acredita el punto de partida metodológico plural— con la teoría del procedimiento legislativo «interno» como procedimiento de decisión o solución de problemas, desarrollada dentro de la doctrina general de la legislación y en la cual, partiendo de un «impulso problemático», se establecen fines y buscan medidas para su consecución, y se valoran

³² LERCHE, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, 224.

³³ HABERMAS (n. 23), 197 y ss.

según su adecuación al fin y al Derecho³⁴. Además, desde la perspectiva de la teoría de la legislación penal, el modelo de Habermas puede ser traducido sin dificultades en categorías jurídico-penales: la cuestión ético-política sobre los «fines colectivos» perseguidos se corresponde con la cuestión de los bienes jurídicos a proteger. La pregunta pragmática por la relación medio-fin corresponde a la cuestión de la subsidiariedad del Derecho Penal como *ultima ratio*. Y la cuestión jurídica en sentido estricto de la «coherencia» se corresponde con la cuestión de la validez constitucional y de la adecuación político-criminal y dogmática de la propuesta de legislación. En este punto parece obvia la objeción de que con esto sólo se llena con vino viejo nuevos odres conceptuales. A ella me gustaría oponer que desde la perspectiva teórico-discursiva las categorías tradicionales deben ser interpretadas procedimentalmente de otra manera. Las consecuencias sólo pueden ser esbozadas, pues exceden del tema de este trabajo: los bienes jurídicos se muestran como algo hecho discursivamente y en relación a un mundo y una sociedad de configuración previa, aunque también cambiante y modificable; no como algo ontológico previo. Lo mismo vale para el carácter *ultima ratio* del Derecho Penal y, sobre todo, para la «coherencia» del sistema del Derecho Penal, cuya realización es la tarea primordial de los discursos científicos jurídico-penales.

3. Los actores de las negociaciones y discursos introducidos en el procedimiento legislativo no son sólo los órganos llamados constitucionalmente a la participación, entre los que cuenta, junto a los parlamentos, y de forma decisiva y muy discutida, la ejecutiva gubernamental, incluida la burocracia ministerial, dotada con capacidad de iniciativa. Antes bien, en el «procedimiento legislativo informal» participan grupos de interés, *lobbies* y «*pressure groups*» que influyen estratégicamente en las negociaciones para imponer sus intereses. Además, la legislación no es un proceso secreto ni autosuficiente, sino que es discutido en la esfera pública política, entre otros lugares en los partidos políticos, y alimentado e influido por los discursos ético-políticos, pragmáticos y morales que allí han tenido lugar³⁵. En no raras veces, esto termina para el Derecho Penal en la tan criticada «huida al Derecho Penal»³⁶, pero, según las circunstancias, también puede favorecer tendencias de descriminalización como en el caso del

³⁴ Con mayor detalle, KARPEN (n. 14), 34 y ss.; HANS SCHNEIDER (n. 14), 55 y ss., 77 y ss.

³⁵ Con mayor detalle, HABERMAS (n. 23), 435 y ss.

³⁶ Críticamente sobre ello, ARZT, *Der Ruf nach Recht und Ordnung*, 1976.

aborto o del consumo de estupefacientes. Finalmente, intervienen en el procedimiento legislativo expertos y —en tanto que la expresión de Windscheid debe ser nuevamente relativizada— «juristas como tales», especialmente en el peldaño del necesario discurso jurídico. La legítima influencia de la ciencia del Derecho Penal en la legislación penal puede ser ubicada precisamente en este discurso, cuyo objeto es la coherencia jurídico-constitucional, político-criminal y dogmática y la adecuación de la propuesta de legislación penal. Además, en el peldaño del discurso pragmático está llamada la criminología a pronosticar y evaluar la consecuencias directas e indirectas de la criminalización³⁷.

Más allá de esta clasificación categorial, la función garante de legitimación de la intervención de expertos, en el caso de la legislación penal de la doctrina científica penal, puede ser explicada también con ayuda del modelo de Habermas. Las legislaciones modernas, como por ejemplo en Derecho Penal la legislación en materia económica, se refiere frecuentemente a relaciones sistémicas con alto grado de complejidad y poder. Por ello, el legislador y la esfera pública política se encuentran frecuentemente desbordados en la materia, exponiéndose a influencias estratégicas masivas y manipuladoras por parte de los grupos de presión como, por ejemplo, la resistencia mostrada, con éxito durante largo tiempo, por el sector de la construcción contra la incriminación de las concertaciones en los concursos (*Submissionssprachen*)³⁸. Por otro lado, «los ciclos de intensificación político-publicitaria»³⁹ pueden desencadenar una «huida al Derecho Penal» que no apunte a nada legítimable como, por ejemplo, la demanda de una «protección total contra la corrupción» criticada por Volk⁴⁰. En tales contextos los discursos de los expertos, por lo menos, hacen oír la razón comunicativa del experto. La cual no se limita al conocimiento teórico o empírico, pues tal conocimiento no puede ser aislado de ningún modo de sus mantos ético-políticos, pragmáticos y morales. Y tan cierto como que los expertos pueden ser instrumentalizados estratégicamente para servir determinados intereses, lo es que un experto que asume el papel de representante de intereses arriesga su status de experto y se excluye a sí mismo del discurso de expertos y de la discusión científica.

³⁷ V. ya arriba, n. 11.

³⁸ Con mayor detalle, TIEDEMANN, *Kartellrechtsverstöße und Strafrecht*, 1976, 117.

³⁹ SCHEERER, *KrimJ*, 1978, 223 y ss.

⁴⁰ VOLK, *Verhandlungen des 61. DJT*, 1996, L 35 y ss.

IV

La falta de discursividad en el procedimiento legislativo conlleva problemas de legitimación para las leyes, porque la pretensión de validez formal de la ley se resiente materialmente cuando no está fundamentada y realizada discursivamente. La consecuencia empírica es una «*law in the books*», que ni es observada en público, teniendo por ello apenas función de orientación de conductas, ni aceptada por los profesionales del derecho. En la teoría del Derecho, en sociología y en Derecho Penal esto se discute bajo el título de «legislación simbólica»⁴¹. Sobre ello ha reclamado Roxin⁴² un trabajo jurídico-constitucional y penal. Éste no puede ser realizado también aquí, en la medida en que los problemas que plantea la legislación penal simbólica son que permanece ineficaz en la práctica y no soluciona los problemas materiales. Pero sí pueden ser esbozados problemas jurídico-penales y constitucionales de una legislación penal escasa en discursividad y que por ello se arriesga a permanecer simbólica.

1. Al menos parcialmente, la discursividad del procedimiento legislativo está también garantizada por la Constitución y, según una opinión que se va abriendo paso, la falta de discursividad como tal puede suscitar dudas constitucionales. Así, una «legislación secreta» que se haya realizado, fundamentalmente, en comisiones parlamentarias celebradas en sesiones cerradas choca contra el límite jurídico-constitucional del art. 76. 1 GG: las comisiones como órganos carentes de iniciativa, según la opinión mayoritaria, sólo pueden decidir añadiduras a un proyecto de ley que estén en relación objetiva o de regulación con la iniciativa⁴³. Y recientemente, avanzando en este sentido y enlazando con la publicidad de las sesiones del *Bundestag* (art. 42.1 GG), ha postulado Bryde⁴⁴ un mandato constitucional general de «transparencia» del procedimiento legislativo. Pero sobre todo la Corte Constitucional Federal ha manifestado que las leyes «ya en su tramitación deben cumplir determinados requisitos procedimentales» más allá de los arts. 76 y ss. GG; el legislador está obligado «a procurarse un concepto sobre los fundamentos

⁴¹ Monográficamente sobre ello, VOß (n. 18), *passim*, y —con un útil análisis conceptual diferenciado— PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, 1993, 234 y ss. con más indicaciones.

⁴² ROXIN, *AT*, I (n. 3), § 2 marg. 23.

⁴³ *NdsStGHE*, 2 (1978/79), 136 y ss.; profundizando BRYDE, *JZ*, 1998, 115, 116 y s. con más referencias.

⁴⁴ BRYDE, *JZ*, 1998, 115, 118 y s.

de sus consideraciones de acuerdo con fuentes seguras» y «agotar las fuentes de conocimiento a su alcance, para poder valorar lo más seguro posible las consecuencias de sus regulaciones»⁴⁵. Por ello, la audiencia de expertos en la materia, en Derecho Penal de la doctrina científica penal y criminólogos, no es un mero *nobile officium* del legislador. En este punto no se ignora que según la jurisprudencia constitucional los fallos de procedimiento sólo conducen a la inconstitucionalidad de una ley cuando son evidentes o llevan la incompatibilidad de la ley con el Derecho Constitucional material⁴⁶. Debe destacarse, además, que el legislador precisamente sólo adevu- da una ley, pero no una motivación adicional. Y huelga decir que democráticamente sólo está legitimado el legislador, no la ciencia. En relación con la legislación penal, Gallwas lo ha plasmado por escrito:

«Significaría desconocer el rol del legislador penal en nuestro sistema constitucional, si se quisiera reducir su actividad a promulgar en forma de ley los resultados de la investigación criminológica. No transformación, sino decisión es su tarea. Con la decisión de que una determinada conducta debe ser punible, el legislador penal emite... de forma autónoma y valorativamente vinculante, el juicio de que esa conducta es merecedora de castigo»⁴⁷.

Sin embargo, hay que considerar que los déficits de asesoramiento especializado y científico resultan jurídico-constitucionalmente relevantes cuando son evidentes, o cuando son ignorados aspectos jurídico-constitucionales de carácter material. En particular, el juicio valorativo del legislador penal sobre el merecimiento de pena sólo es vinculante si se encuentra dentro del marco jurídico constitucional. Y al menos, según también la opinión de la Corte Constitucional Federal, contrastados conocimientos científicos jurídico-penales y criminológicos pueden dejar tal juicio sin fundamento: si se confirmase, por ejemplo, que la descriminalización de la posesión de pequeñas cantidades de drogas blandas destinadas al autoconsumo condujese a una división de los mercados de estupefacientes entre drogas blandas y duras, en gran medida deseable, entonces, como ha insinuado la Corte Constitucional Federal,

⁴⁵ *BVerfGE*, 50, 290, 334; 86, 90, 108 (para el caso especial de una ley de reforma territorial); profundizando, STÄCHELIN (n. 16), 173 con más indicaciones.

⁴⁶ Por todos, *BVerfGE*, 91, 148, 175 con más indicaciones.

⁴⁷ GALLWAS, MDR, 1969, 892, 895.

existirían dudas jurídico-constitucionales evidentes sobre la proporcionalidad de la incriminación general de la posesión ilegal de drogas⁴⁸.

2. Además, la falta de discursividad y de asesoramiento especializado a través de la ciencia del Derecho Penal conducen a problemas en el plano de la política criminal y la dogmática penal. Cuanto menos discutidos y aclarados estén los fines político-criminales del legislador, especialmente los bienes jurídicos protegidos, en el procedimiento legislativo con conocimiento de causa y con participación de la ciencia del Derecho Penal; y cuanto menos se ajuste la redacción de la ley penal a estos fines, más concreto será el peligro de que se yerre el objetivo de la legislación o que la aplicación del Derecho Penal vaya por caminos propios, esto es, que se complete o corrija la ley penal según la propia comprensión y con ello —por retomar con intención crítica las palabras de Roxin— se realice «política criminal vestida de dogmática». También en la teoría debe considerarse que un sistema jurídico-penal debe ser construido teleológico-político-criminalmente y que el primero de los métodos de interpretación es la interpretación teleológica. Y entonces, insuficientes directrices teológico-político-criminales por parte del legislador dificultan la interpretación y construcción sistemática en Derecho Penal, y con ello la producción de seguridad e igualdad jurídica. Ciertamente, el Derecho Penal parte con frecuencia de problemas concretos, de formas de proceder manifiestas y consideradas como reprochables y socialmente lesivas, de casos y ejemplos. Sobre este plano ha sido propuesto dentro de la teoría general de la legislación entender esta actividad, incluso, como una «subsunción invertida» de ejemplos en la propuesta de legislación, la cual puede seguir desarrollándose a través de ejemplos complementarios y contraejemplos⁴⁹. Sin duda que más de una vez tales ejemplos son casuales, singulares o ajenos a la realidad⁵⁰. Pero, sobre todo, no pueden ser completos, y el «pen-

⁴⁸ *BVerfGE*, 90, 145, 183; v. ya 50, 205, 212 y s. (punibilidad del hurto de objetos de escaso valor) y en una dirección similar *BVerfGE*, 45, 187, 237 y s. (cadena perpetua). En este sentido, quizás yendo aún más lejos LAGODNY, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, 1996, 521 y ss., quiere hacer fructífera la doctrina de los fallos de ponderación (*Abwägungsfehlerlehre*) como un parámetro de enjuiciamiento jurídico-constitucional; sobre ello ya SCHWERTFEGER, *FS für Ibsen*, 1977, 173 y ss.

⁴⁹ BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2.^a ed., 1991, 641, con más indicaciones; v. ya NOLL (n. 13), 18, 290.

⁵⁰ Sobre ello acertadamente TIEDEMANN, *Strafrechtspolitik und Dogmatik in den Entwürfen zu einem Dritten Strafrechtsreformgesetz*, 1970, 6 y s.

samiento ejemplificativo» (*Beispielsdenken*) e inductivo debe ser complementado y asegurado por el pensamiento deductivo-sistemático⁵¹. Sólo así pueden ser descubiertas completamente y con seguridad las incoherencias, lagunas y contradicciones de una propuesta de legislación. Justo éste es el campo por excelencia de la ciencia del Derecho Penal, y particularmente en este sitio se muestra indispensable la inclusión de la erudición científica jurídico-penal en el procedimiento legislativo.

⁵¹ Pronunciándose también por una síntesis del pensamiento conceptual deductivo-sistemático e inductivo-problemático, ROXIN, *AT*, I (n. 3), § 7 margs. 80 y ss., especialmente 84.