

444  
229

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**



**FACULTAD DE DERECHO**

**LA RACIONALIDAD DE LA LEY PENAL**

**T E S I S**

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

**LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

**CARLOS RIQUELME RODRIGUEZ**

DIRECTOR DE TESIS: LICENCIADO JUAN ANTONIO ARAUJO RIVA PALACIO



0274303

MEXICO, D. F.

CIUDAD UNIVERSITARIA, 1999

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

México, D.F. a 4 de noviembre de 1999.

Ing. Leopoldo Silva.  
Director General de la Administración  
Escolar de la UNAM.  
P r e s e n t e.

Muy distinguido señor Director:

El compañero Carlos Riquelme Rodríguez, inscrito en el seminario de Derecho Penal a mi cargo, ha elaborado su tesis profesional intitulada LA RACIONALIDAD DE LA LEY PENAL, bajo la dirección del licenciado Juan Antonio Araujo Riva Palacio, para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El licenciado Juan Antonio Araujo Riva Palacio, en oficio de fecha 13 de septiembre de 1999, me manifiesta haber aprobado y revisado la referida tesis, por lo que con apoyo en los artículos 18, 19, 20, 26 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales suplico a Usted ordenar los trámites tendientes a la celebración del Examen Profesional del compañero de referencia.

Atentamente  
"Por Mi Raza Hablará el Espíritu"

Dr. Luis Fernández Doblado  
Director del Seminario

*México, Distrito Federal, a 13 de septiembre de 1999.*

Doctor Luis Fernández Doblado  
Director del Seminario de Derecho Penal de  
La Facultad de Derecho de la Universidad  
Nacional Autónoma de México.  
P r e s e n t e .

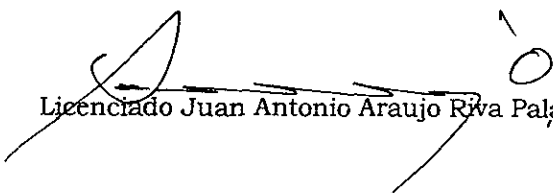
Señor Director:

Sirva la presente para hacer de su conocimiento que en mi carácter de asesor de tesis profesional de licenciatura de Carlos Riquelme Rodríguez, en la elaboración del trabajo titulado: "**LA RACIONALIDAD DE LA LEY PENAL**", he revisado y aprobado su contenido.

En virtud de lo anterior, adjunto encontrará copia de la tesis profesional de referencia, para su revisión, comentarios y, en su caso, aprobación correspondiente.

Sin más por el momento, quedo a sus órdenes.

A t e n t a m e n t e .

  
Licenciado Juan Antonio Araujo Riva Palacio

*Para Carlos y María Cristina, mis Padres, a quienes debo todo lo que soy. Con su amor, sus enseñanzas, sus desvelos y su dedicación, hoy soy mejor hombre. El permitirme caminar a su lado y de su mano, con su apoyo y con su cariño, han hecho mis sueños realidad y el camino mucho más fácil.*

*Para Adriana, mi hermanita, compañera de viaje, con todo el amor y el cariño del que soy capaz. Sin saberlo estuve a mi lado en los momentos más difíciles. Gracias por estar ahí, siempre.*

*Para Angélica. En tus ojos infinitos aprendí a volar y a transmigrar. Anduve días y días loco, tu sonrisa siempre fue la culpable. Mil gracias por reconfortarme una vez más.*

*Para Juan Antonio Araujo Riva Palacio, Especialmente gracias a ti por haberme enfrentado a mí mismo, por demostrarme la belleza del mal y por haberme tendido la mano en los momentos de desolación. Sin tu amistad, sin tu apoyo y sin las invaluable horas de lectura, jamás lo hubiera conseguido.*

*Para Agustín Acosta Azcon, con quien he tenido la fortuna de convivir profesionalmente y de quien recientemente aprendí que el Derecho Penal no lo es todo, de quien aprendí que debo liberar mis culpas y tomar la vida con menos seriedad.*

*Para Víctor A. Carrancá Bourget, con tu ejemplo de jurista has guiado mi camino profesional. Muchas gracias.*

*Para Roberto Ibarriaga Riva Palacio, quien me ha distinguido con su amistad incondicional. Hoy plagio tus palabras: contigo mi familia crece.*

*Para Alejandro Robledo Carretero, hoy que ya no somos los que fuimos, con algunos años más, agradezco tu amistad como lo hice desde el principio.*

*Para Benjamín Albores Manzo, tu bondad y lealtad distinguen nuestra amistad. Gracias amigo por tu apoyo.*

*Para Erika Anaya Rivera. No te olvido amiga mía porque sin ti, el camino hubiera sido mucho más lento. Tus palabras de aliento me impulsaron a seguir.*

*Por último agradezco las invaluable críticas y comentarios, pero sobre todo la amistad de: Juan Antonio Araujo Urcelay, Margarita Guerra, Ignacio Díaz de la Serna, José Luis Castañeda, Renato Sales, María Laura Sierra, Germán Plascencia, Vanessa González, Bernardo Porullo, Víctor Navarrete, Nahyely Ortiz, Ana Lorena Delgado y José Ignacio Lozano.*

## ÍNDICE:

Introducción:	pág. 1
Capítulo Primero. La Ley: Psicoanálisis y Derecho.	pág. 7
Capítulo Segundo. Derecho, Razón y Sociedad: El Panoptismo Social, Exclusión Social y Encierro.	pág. 32
Capítulo Tercero. El Derecho Penal Mínimo como Rescate del Sentido Del Estado de Derecho.	pág. 50
Capítulo Cuarto. Pena de Muerte o Muerte de la Pena.	pág. 83
Conclusiones al Capítulo Primero.	pág. 115
Conclusiones al Capítulo Segundo.	pág. 120
Conclusiones al Capítulo Tercero.	pág. 125
Conclusiones al Capítulo Cuarto.	pág. 135
Bibliografía.	pág. 143

## INTRODUCCIÓN:

*Por qué nos hemos quedado ciegos, No lo se, quizá un día lleguemos a saber la razón, Quieres que te diga lo que estoy pensando, Dime, Creo que no nos quedamos ciegos, creo que estamos ciegos, Ciegos que ven, Ciegos que, viendo, no ven.<sup>1</sup>*

“La muerte, con su urgencia, ha despertado mi apetito de saber cosas sobre la vida. Quiero dar respuesta a mil preguntas sobre la vida. Quiero dar respuesta a mil preguntas sobre mí mismo, sobre los demás, sobre el mundo que nos rodea, sobre los seres vivos o inanimados, sobre cómo vivir mejor: me pregunto qué significa todo este lío en que me veo metido -un lío necesariamente *mortal*- y cómo me las puedo arreglar en él. Todas esas interrogaciones me asaltan una y otra vez; procuro sacudirmelas de encima, reirme de ellas, aturdirme para no pensar, pero vuelven con insistencia tras breves momentos de tregua. ¡Y menos mal que vuelven! Porque si no volviesen sería señal de que la noticia de mi muerte no ha servido más que para asustarme, de que ya estoy muerto en cierto sentido, de que no soy capaz más que de esconder la cabeza bajo las sábanas en lugar de utilizarla. Querer saber, querer pensar: eso equivale a querer estar verdaderamente vivo. Vivo *frente* a la muerte, no atontado y anestesiado esperándola.”<sup>2</sup>

Quizá sea este el verdadero porqué de la tesis que escribí, aunque debo agradecer -hasta la muerte- a mi hermano, a mi gran amigo Juan Antonio Araujo, él habérmelo recordado día a día.

No ha sido fácil. Creo que este esfuerzo comenzó en junio de 1994 con una dedicatoria de tesis profesional que marcaría en mi vida una huella imborrable:

Carlos:

*En profundo reconocimiento por tu alta calidad de hombre y jurista, esperando que aportes combativamente tu grano (no de arena) crítico, en pos de la justicia y la igualdad, te agradezco tu amistad.*

*Juan Antonio Araujo Riva Palacio.*

---

<sup>1</sup> Saramago, José, *Ensayo sobre la ceguera*, España, Editorial Alfaguara, 1997, décimo primera edición, pág. 373.

<sup>2</sup> Savater, Fernando, *Las preguntas de la vida*, España, Editorial Ariel, S.A., 1999, pág. 1850.

Hoy, con cinco años menos de vida, estoy orgulloso y seguro de que con este trabajo apporto ese *grano* crítico.

Juan: yo también te agradezco tu amistad.

Nada puede seguir siendo tal como fue y es. Estamos forzados a una revisión, que apenas ha comenzado, de nuestra realidad social, de los abismos en que nos encontramos sumergidos y del caos que nos rodea. Hemos creído que el Derecho, sobre todo el Derecho Penal, es la solución a todos nuestros conflictos. Hemos abusado de esa invención creada para la mejor convivencia del hombre, para su protección ante la venganza privada y ante las desmedidas muestras de fuerza del Estado.

Dentro de toda esa vorágine nos hemos olvidado del hombre mismo, de ese ser de carne y hueso con derechos fundamentales, con derecho a vivir y a pasearse, a comer y a pensar, a trabajar y a amar, a recordar y a no olvidar. Con derecho a morir en paz.

Este es un llamado para no caer en el sordo abismo del olvido, de la indiferencia, de la intolerancia y de la exclusión de lo distinto, de lo que no es igual a nosotros; es un llamado por el respeto a la individualidad y a la humanidad de cada sujeto.

Comencemos por recordar que el Derecho, como todo orden social se basa en el crimen original, y que es instituido por la injusticia. Recordemos que todas las disposiciones legales son una protección frente al poder, pero al mismo tiempo, son también su instrumento.

El discurso institucionalizado se caracteriza por adquirir la función de constituirse en la *verdad* aceptada por la sociedad. El poder, sin embargo, no solamente es una fuerza que dice *no*, sino que precisamente se trata de una fuerza que atraviesa, que produce cosas, que induce placer y que forma saber. Hay que entenderlo entonces no como una instancia negativa cuya función es reprimir, sino una red productiva que atraviesa al cuerpo social.

Este es un intento que busca recuperar la Racionalidad en nuestro actuar y en la aplicación del Derecho Penal como medio o instrumento protector de los derechos de todo hombre ante los abusos del poder.

El acto político original coincide con el crimen original. Entre asesinato y política existe una dependencia antigua estrecha y oscura. Hasta en la más inofensiva y civilizada contienda electoral, un candidato vence al otro, lo que en realidad significa: lo mata; un gobierno que es derrocado, es mortalmente vencido.



A esto se reducen las relaciones sociales: matar para nacer, para ser sujeto.

Lo que hay de simbólico en tales expresiones se descubre y concretiza cotidianamente con la aplicación del Derecho, con el nacimiento de un hijo, con el esfuerzo cotidiano por vivir y sobrevivir. "La orden es siempre una sentencia de muerte en suspenso."<sup>3</sup>

Tal sentencia se expresa como amenaza incesantemente formulada, existe virtualmente. Esta restricción aparece en la historia, siempre consolidada institucionalmente como Derecho.

Ante una realidad tan desoladora, ¿cómo aceptar que la vida es digna de vivirse? ¿Cómo afrontar nuestra incapacidad para encontrar significación y sentido de responsabilidad a la propia existencia?

La búsqueda por dar sentido, por dar Racionalidad a nuestro actuar y por responsabilizarnos por el mismo, es en mi opinión el mejor de los comienzos, el que verdaderamente nos puede mantener vivos ante nuestras frustraciones y apatías cotidianas. No tenemos nada que perder, más que la posesión orgullosa de nuestra ridícula vida desnuda.

Busquemos salvar lo que nos resta de vida, aunque las oportunidades de sobrevivir sean mínimas. "Vivir es sufrir y sobrevivir es hallarle sentido al sufrimiento. Si la vida tiene algún objeto, éste no puede ser otro que el de sufrir y morir. Pero nadie puede decirle a nadie en qué consiste este objeto: cada uno debe hallarlo por sí mismo y aceptar la responsabilidad que su respuesta le dicta. Si triunfa en el empeño, seguirá desarrollándose a pesar de todas las indignidades. Quien tiene un *por qué* para vivir, encontrará casi siempre el *cómo*."<sup>4</sup>

La última de las libertades humanas es la capacidad de elegir la actitud personal ante un conjunto determinado de circunstancias, ante la vida misma. De asumir su responsabilidad ante la vida. El Derecho Penal debe velar por la protección de esta última libertad humana, por el derecho a ser quien se es, y a seguir siéndolo sin buscar reformar o readaptar, a través del castigo, la personalidad *desviada* de cada cual.

"La libertad es imprescindible para establecer responsabilidades, porque sin responsabilidad no se puede articular la convivencia en ningún tipo de sociedad. Por eso ser libre no solo es un motivo de orgullo sino

---

<sup>3</sup> Canetti, Elías, *Masa y Poder*, colección Libro de Bolsillo, sección Humanidades, 3a. reimpresión, Madrid, España, Ahanza Editorial, S.A./Muehnik Editores, S.A., 1997, pág. 542.

<sup>4</sup> Frankl, Viktor E., *El hombre en busca de sentido*, decimonovena reimpresión, España, Editorial Herder, S.A., 1998, pág. 11.

también de zozobra y hasta de angustia. Asumir nuestra libertad supone asumir nuestra responsabilidad por lo que hacemos, incluso por lo que intentamos hacer o por algunas consecuencias indeseables de nuestros actos. Lo que nos hace responsables no es lo que proyectamos hacer ni tampoco lo que hacemos efectivamente sino la reflexión sobre lo que hemos hecho.

La responsabilidad es la contrapartida necesaria de la libertad, su reverso, quizá -como lo apunta Hume- el fundamento mismo de la exigencia de libertad: las acciones deben ser libres para que alguien responda de cada una de ellas. El sujeto es libre para hacerlas aunque no para desprenderse de sus consecuencias.<sup>5</sup>

En la naturaleza del castigo es donde más claramente se comprueba la naturaleza contradictoria de las disposiciones legales. Si toda orden es una sentencia en suspenso, la pena respectiva, por atenuada que sea, representa su cumplimiento.

Por ello propongo al Derecho Penal mínimo, su mínima aplicación, la mínima aplicación de la pena y la máxima protección de los derechos humanos y garantías individuales como las únicas salidas. Es esta propuesta precisamente, el inicio de nuestro rescate en contra de los abusos del poder y en contra nuestra incapacidad de encontrar una mejor solución a los problemas de convivencia y de legitimación del estado de cosas desde el poder, desde las razones de Estado -casi siempre sinrazones- y nunca como la mayoría hubiéramos querido, desde el respeto, desde el diálogo, desde la auténtica democracia y sobre todo desde el ejercicio de la tolerancia.

Dejemos atrás la división binaria que lleva a cabo el discurso del poder entre locos y cuerdos, peligrosos e inofensivos y entre normales y anormales. Lo distinto, lo excluido y la locura no está en el Otro -que dicho sea de paso, es igual a nosotros- sino en nosotros mismos.

Escribo porque estoy convencido que las cosas deben cambiar, lo hago porque merece decirse, y, parafraseando a otro extraordinario amigo, Ignacio Díaz de la Serna, *Nacho*, lo digo *porque todos somos sobrevivientes de nuestra propia historia*.

Debemos buscar así, acercamientos que nos ayuden a comprender lo diferente.

Un buen comienzo podría intentarse desde el análisis, no necesariamente desde el psicoanálisis, sino desde el análisis de las

---

<sup>5</sup> Savater, op. cit. pág. 155.

carencias sociales. Busquemos abrir el dialogo entre el Derecho y el Psicoanálisis, entre la rigidez de la ley y el entendimiento a través de la tolerancia, para que a través de la *Ley del Padre* se comprendan mejor al delito y al delincuente, a la transgresión y a la exclusión, figuras todas en las que jugamos el papel de víctima y victimario.

Esta tesis es una propuesta que busca entender al delito como una carencia; carencia que el delincuente resuelve golpeando y golpeándose, por responsabilizarlo, pero también es un intento por darle sentido al castigo, por encontrar Racionalidad en la aplicación del Derecho Penal y por retomar el respeto por los derechos e individualidad de cada sujeto.

Se trata pues de la construcción de un Estado de Derecho que tenga como fundamento y fin, tutelar las libertades del individuo, buscar una visión distinta, humanista, de respeto garantista para el excluido.

“La propuesta por un Derecho Penal mínimo se basa en la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un Derecho Penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder.”<sup>6</sup> Es así como queda salvaguardado el derecho y el valor de la defensa.

Una vez más fue Juan Araujo quien dijo: *si una acusación puede ser falsa -y una acusación siempre puede ser falsa hasta que se compruebe lo contrario y así lo decida un tribunal- no hay limite -y menos moral- para la defensa.*

Hoy me ha quedado claro y por ello me pronuncio convencido de que el respeto por los hechos, por la legalidad, por la defensa y el debido proceso y por el Otro, son lo único que nos queda para asegurar la verdad y el conocimiento de una acusación dentro de un proceso penal.

La propuesta es de respeto, de tolerancia, de legalidad, de auténtica igualdad y democracia, se trata no solamente de un derecho penal mínimo, sino más aún, de un máximo sistema garantista que tiene su justificación en la gran antítesis que existe entre libertad y poder, antítesis que ha existido a través de la historia de la humanidad y que en forma lógica ha

---

<sup>6</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho. 3a. edición, Madrid, España, Trotta, S.A., 1995, pág. 10.

demostrado que cuanto mayor es la libertad, tanto menor, en forma inversamente proporcional lo es el poder.

Por ello es deseable y en consecuencia defendible la propuesta que busca ampliar la libertad, restringir la opresión generada por el poder, la propuesta que busca permitir el goce de la misma libertad posible, compatible con la misma libertad de todos los demás ciudadanos. Recordemos que de la antítesis libertad-poder, nacen todas las demás.

Mención aparte merece la pena de muerte.

Los esfuerzos por un Derecho Penal mínimo, de tolerancia y de respeto garantista se oponen a la tesis del Derecho Penal máximo, cuya máxima expresión lo es la pena de muerte.

Con la pena de muerte lo que se somete a discusión es el castigo; por eso se distinguen en ella el espíritu de la ley y lo legislado. Esto solo explica la pasión con que se litiga por ella. "La supresión de la pena de muerte, si bien se medita, modificaría la naturaleza del Estado. Supone una anticipación en reajustes sociales de los que estamos lejos aún. Privaría al poder estatal de la facultad de decidir sobre la vida o la muerte del súbdito. Esta facultad es empero la auténtica esencia de la soberanía."<sup>77</sup>

No olvido la antiquísima dependencia entre crimen y política, las íntimas contradicciones del Derecho, la obsesión de la soberanía, sin embargo, tampoco olvido sus excesos y sus violencias.

Es por ello que no debe confundirse la propuesta que comparto con el abolicionismo, según el cual, la pena debería desaparecer. La libertad que busco debe ser entendida en razón de que se opone no solamente a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, es decir a la ausencia de garantías, a la antilibertad, sino que además, en estricto apego a legalidad y a ese garantismo máximo ideal, se opone también a la ausencia de reglas. Verlo de manera distinta implicaría no entender que ambos extremos son absurdos y que prácticamente se tocan.

Es aquí precisamente en donde el modelo garantista tiene su legitimación, en el reconocimiento que hace el Estado de los derechos fundamentales. En fin, el garantismo es un modelo ideal al que la realidad se puede acercar más o menos. Como modelo representa una meta que permanece tal aunque no se alcance y no pueda nunca ser alcanzada del todo; esta tesis representa un esfuerzo por explicarlo. El intento ha valido la pena.

---

<sup>77</sup> Enzensberger, Hans Magnus, *Política y Delito*, España, Editorial Anagrama, S.A., 1997, pág. 13.

CAPITULO PRIMERO.  
LA LEY: PSICOANALISIS Y DERECHO.

*En el principio era la acción. Fausto, de Goethe.\**

1.1. Este capítulo busca los orígenes culturales del hombre en el crimen. Ser inscrito y escrito que irrumpe como hombre desde el crimen y está constituido por él. Esta afirmación ha sido escamoteada, ocultada o evadida por el discurso jurídico. El psicoanálisis rescata éste origen y da cuenta del mismo.

El clima emocional que determinó el trabajo fue complejo: de reacción ante las mentiras y las hipocresías históricas, convertidas en encubrimientos que han legitimado y legitiman todos los encierros, todas las exclusiones sociales.

Mención aparte merece aquella exclusión definitiva y aquél doloso encierro en la nada que representa la pena de muerte.

Mi reacción se alimentó cuando vi esas mentiras e hipocresías rechazadas por los hombres con quienes primero tuve contacto en el espacio del Derecho Penal: me dolió cuando las representó el excluido y me indignó cuando las representó quienes legitiman la exclusión.

Es ese clima emocional, ese dolor y esa indignación las que lo sostienen; parafraseando a ENZENSBERGER<sup>9</sup>, no pretendo sentar cátedra. Mis respuestas son provisionales; en realidad son preguntas encubiertas. Seguramente vendrán otros que lo hagan mejor.

Las instituciones de encierro, principalmente la prisión y el discurso que las sostiene mata la humanidad en el hombre y lo transforma, sin cumplidos y con toda impunidad en una miniatura administrativa.

Intento demostrar que hay algo más, que se oculta y que se evade, y que ha de ser mirado para reconocernos, todos, incluyendo a los excluidos, como hombres con historias y proyectos. Ese algo ha de ser mirado para aprender a dialogar con el crimen y con el criminal, no desde el hipócrita

---

<sup>8</sup> Freud Sigmund, *Tótem y Tabú*, Obras Completas, tomo II, 1a edición, España, Editorial Biblioteca Nueva, 1996, pág. 1850.

<sup>9</sup> Enzensberger, op. cit. 313.

escándalo del discurso totemizado de la criminología positivista, sino desde la textualidad del hombre, con todos sus prodigios y carencias.

Texto, no siempre hablado, que es el problema de fondo de la condición humana. Es el texto que viene del hombre el que nos da cuenta de su historia y de su proyecto.

Las ciencias criminológicas que sostienen el discurso de exclusión social y encierro hacen del hombre un objeto de una ciencia (saber) y se imponen como poder. Esa visión no se compromete. Con su intolerancia científica despersonaliza, ella sí, en forma escandalosa, el proyecto humano que debemos rescatar en cada uno. Es un discurso que deshumaniza la vida del excluido y de quien lo excluye; y, sobre todo, nos deshumaniza a todos; ciegos que nos conformamos con la exclusión y los encierros en un proyecto confuso y vacío que nos ha absorbido y nos ha dejado secos.

El estudio científico y sus construcciones institucionales, al abrigo de las cuales se reproduce y construye la humanidad, acaba, siempre, por encontrarse inevitablemente con el problema del abismo, esa tragedia en que se hunden los seres humanos cuando franquean la frontera prohibida, representada, principalmente, por dos crímenes: el incesto y el homicidio.

La ciencia y sus instituciones, con un espíritu administrativo más que humano, han optado por el encierro; sinónimo de sordera cultural que anula la interrogante de lo prohibido, impidiendo, con ello, deducir consecuencias de Derecho que permitan que la tragedia puesta en acto por el criminal sea puesta en palabras por el Derecho: única forma de frustrar el cumplimiento del crimen en la vida cotidiana.

Ese olvido del discurso no es gratuito. Rechazo sus razones. Es necesario ocuparnos del abismo, de la transgresión y de la desmesura; es necesario preocuparnos por el olvido que hay (sobre todo en las ciencias y en las instituciones que sostienen al encierro) de esas representaciones de la tragedia humana.

La propuesta es abrir un diálogo; intentar un acercamiento entre dos discursos: Derecho y Psicoanálisis. ¿Por qué? ¿Para que?

*Por que* ambos son discursos de la Ley.

*Para que* el discurso de la Ley fundamente un principio de Razón en el que estén apoyadas las relaciones sociales y no en un sordo ejercicio de poder en el que éstas se hundan.

Fabricar leyes sensatas.

Abolir el tratamiento administrativo, impersonal y deshumanizado de los intérpretes (léase y entiéndase, entre otros, abogados, jueces, legisladores, políticos, científicos criminólogos, psiquiatras, psicólogos, custodios).

Hacer Derecho desde la construcción misma de la Razón y clarificar los retos de lo prohibido como retos del destino de todo hombre.

Esta es la condición para no engañarse y no engañar a otros sobre la utilización moderna de las leyes y su fracaso previsible, o apostar, sin modestia fingida, a ese principio de Razón como único futuro sostenible.<sup>10</sup>

1.2. El crimen surge como respuesta al caos, al abismo, al vacío y a las carencias. El crimen es también un texto.

La angustia de este vacío surge porque el Sujeto no logra asirse del afuera, de la Ley, de la Razón construida socialmente. Esa angustia es la falta total, es un vaciamiento del mundo y su sentido, es la nada y ahí está el delito: como texto en busca de sentido por el Sujeto.

El psicoanálisis, como discurso, extiende su mirada hasta esa angustia y hasta esa nada; es un intento por trascender nuestra comprensión de lo desviado, para mirarlo como un espejo que nos refleja y, ahí, de frente, nos confronta con lo distinto, con lo diferente, para decirnos que lo distinto, lo diferente no está en el Otro sino en nosotros mismos. Es por eso que FREUD señaló que solamente a través de lo patológico nos podemos acercar a lo normal; el camino inverso es ciencia poderosa, pero no es respuesta humana que nos confronte con lo que somos.

El psicoanálisis es una puerta. Abre la escucha, es una actitud que posibilita el habla de lo desviado, de lo transgresor, de lo antisocial, en una palabra, de quien delinque. Escucha y habla como únicos medios que permiten ponerle nombre a lo prohibido y, con ese nombre, llevarlo desde el acto representado como tragedia social, como delito, a la palabra como Razón humana. Hablar y escuchar para razonar que en la sociedad hay Otros, y que no somos soberanos en el ejercicio del poder: única forma de desarticular las escenas violentas que nos constituyen y articular una respuesta, desde la Razón, que reconozca al hombre y tolere sus diferencias.

Escuchar y hablar implican no escandalizarnos, como actitud primera, por el crimen; llevan a entender la transgresión como algo

---

<sup>10</sup> Legendre, Pierre, *El Crimen del Cabo Lortie Tratado sobre el Padre*, colección: Lecciones, número VIII, serie Teoría, 1a. edición, México, Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 1994, pág. 9.

humano, como un acto de creación, como síntoma de liberación de todo aquello que nos ha sido impuesto desde afuera, desde el poder que nos norma sin explicaciones y sin palabras, que nos ata irracionalmente y que nos impide definirnos como Sujetos con un sentido.

Escuchar y hablar es una intención escandalosa para los viejos y nuevos practicantes de la intolerancia; intolerancia atacada magistralmente por MILAN KUNDERA<sup>11</sup>, cuando habla de la belleza del crimen y se refiere a la *escandalosa* belleza del mal:

*“Me irrita el método del cortocircuito que vincula con temible facilidad las obras de arte con causas, consecuencias o significaciones políticas (sociológicas); las reflexiones extremadamente matizadas conducen así a conclusiones extremadamente pobres; en efecto, dado que las tendencias políticas de una época pueden siempre reducirse a dos únicas tendencias opuestas, se termina fatalmente por clasificar una obra de arte o del lado del progreso o del lado de la reacción; y, como la reacción es lo malo, la inquisición puede incoar sus procesos... Porque sólo la identificación con el mal es culpable y puede legitimar un proceso...”*

*La Consagración de la Primavera: un ballet que termina con el sacrificio de una joven que debe morir para que resucite la primavera... Desde siempre odio, profunda, violentamente a aquellos que quieren encontrar en una obra de arte una actitud (política, filosófica, religiosa, etc.) en lugar de encontrar en ella una intención de conocer, de comprender, de captar este o aquél aspecto de la realidad. La música, antes de Stravinski, nunca supo dar una forma grande a los ritos bárbaros. No se sabía imaginarlos musicalmente. Lo cual quiere decir: no se sabía imaginar la belleza de la barbarie. Sin su belleza, esa barbarie seguiría siendo incomprensible. (Señalo: para conocer a fondo este o aquel fenómeno hay que comprender su belleza, real o potencial.) Decir que un rito sangriento posee belleza es un escándalo, insoportable, inaceptable. Sin embargo, sin comprender este escándalo, sin ir hasta el final en este escándalo, poca cosa puede comprenderse del hombre. Stravinski otorga al rito bárbaro una forma musical fuerte, convincente, pero que no miente: escuchemos la última*

---

<sup>11</sup> Kundera Milan, *Los Testamentos Traicionados*, colección Marginales, 1a. reimpresión, México, Tusquets Editores, S A., 1994, págs 99 y ss.



secuencia de la *Consagración*, la danza del sacrificio: *no se escamotea el horror. Está ahí. ¿Qué tan sólo se demuestra? ¿Qué no se denuncia? Pero es que, si se denunciara, es decir, si se le privara de su belleza, si se mostrara en su fealdad, sería un engaño, una simplificación, una propaganda. Es porque es bello por lo que el asesinato de la joven es tan horrible...* Stravinski hizo un retrato del éxtasis bárbaro... *La Consagración de la Primavera* es el retrato apolíneo del éxtasis dionisiaco: en este retrato, los elementos extáticos se transforman en gran arte refinado; no obstante, la belleza apolínea de este retrato de la barbarie no oculta el horror; nos enseña que en lo más hondo del éxtasis no hay sino la dureza del ritmo, los severos golpes de la persecución, la extrema insensibilidad, la muerte.”

Se reitera: este retrato de la barbarie no oculta el horror; nos enseña que en lo más hondo del éxtasis no hay sino la dureza del ritmo, los severos golpes de la persecución, la extrema insensibilidad, la muerte.

Esta idea nos identifica, en los orígenes, con la horda salvaje simbólica. Matar es más fuerte en nosotros de lo que creemos; quien lo rechaza, ya está simbolizando. La sola idea de transgredir algún mandamiento, de acuerdo con nuestras prescripciones morales y conforme a nuestra formación social, nos causa horror. Para no cometer el acto es necesaria la mediación de la palabra.

“El padre despótico, celoso, guarda para sí toda mujer y expulsa a los hijos que van haciéndose adultos, sin más... Un buen día se alían los hermanos expulsados, y matan y devoran al padre, con lo cual dan fin a la horda paterna. Unidos se atreven a llevar a cabo lo que por separado les hubiese resultado imposible... El despótico primer padre fue con certeza el modelo temido y envidiado por cada miembro de la grey fraterna. Ahora, en el acto de devorarlo, logran identificarse con él, apropiándose cada uno de ellos una parte de su fuerza. El banquete totémico, quizás la primera fiesta de la humanidad, sería la reproducción y la conmemoración de este memorable acto criminal, en el cual tantas cosas tienen su origen, como por ejemplo las organizaciones sociales, las limitaciones morales y la religión... no puede hablarse de crimen donde no hay Ley... Sólo en la injusticia, como su límite, puede definirse la justicia y reconocerse como tal; las *limitaciones morales* sólo son concebibles como respuesta a una provocación. En esto es el crimen original, sin duda alguna, un acto creador.”<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Enzensberger, op. cit., pág. 9.

### 1.3. Vayamos con SIGMUND FREUD.

Tótem y Tabú da cuenta del origen del hombre desde el crimen original. La muerte del Padre inicia la cultura bajo el imperio de Su ausencia. Ausencia física que resurge como culpa bajo la *Ley del Padre*.

Desde los barongos de Australia y los zulúes de Africa, hasta nuestros racionalistas más connotados, todos estamos inscritos en la cultura que nace con la muerte del Padre como acto político original. Acto político del que devienen objetos e instrumentos de poder de primera categoría: el tótem y el tabú; el delito y el delincuente. Dos clásicos del poder.

El tótem nos somete desde su ausencia; ausencia de carne transformada en espíritu, en Ley: Dios, Estado.

Al tótem le es consustancial el sometimiento del hombre. La violación de la obligación de respetarlo, su transgresión, apareja un castigo. La prohibición es la marca en la memoria, como gen cultural, nacida de la culpa del crimen original. Esa prohibición determina los límites que convocan a la transgresión. La subordinación al tótem constituye entonces la base y fundamento de todas las obligaciones sociales, así como de las restricciones morales.

El tabú, lo sagrado, lo prohibido, lo impuro. Las restricciones tabú trascienden lo puramente moral, religioso y social. "No emanan de ningún mandamiento divino, sino que extraen de sí propias su autoridad... Las prohibiciones tabú carecen de todo fundamento. Su origen es desconocido. Incomprensibles para nosotros, parecen naturales a aquellos que viven bajo su imperio... el tabú es el más antiguo de los códigos no escritos de la Humanidad, y la opinión general lo juzga anterior a los dioses y a toda religión."<sup>13</sup>

De esta forma la violación al tabú conlleva su castigo, digamos que el tabú se venga a sí mismo. Mas tarde ese tabú decantado se ha llamado civilización y se ha inventado seres superiores, substitutos del Padre muerto original, dioses y demonios, vinculados con el castigo, la prohibición y la transgresión.

Dios, Estado, seres superiores que desencadenan el castigo sobre el culpable de la transgresión. Dios, Estado, investidos del miedo que se le debe a las fuerzas superiores, sean estas demoniacas o sagradas, son intérpretes y traductores, hoy día, del sentimiento de culpa que se expresa en el arrepentimiento y en la expiación, en la exclusión social y en el

---

<sup>13</sup> Freud, op. cit., pág. 1758.

encierro.

Es así, con un enlace entre tótem y tabú, como surgen las primeras manifestaciones de castigo de la humanidad; pues quienes violan tales prohibiciones, quienes transgreden el tabú ofenden al tótem, quedan excluidos y clasificados como transgresores, como prohibidos, como diferentes, como interdictos. Ellos mismos quedan calificados como tabú, ya que poseen una peligrosa facultad: la posibilidad de incitar a los demás a seguir su ejemplo. Es por ello que la transgresión de lo prohibido conlleva peligrosidad social; es por ello que constituye un crimen que debe ser castigado.

“La esencia de las prohibiciones tradicionales y éticas, a las que por nuestra parte obedecemos, pudiera poseer una cierta afinidad con este tabú primitivo, de manera que el esclarecimiento del mismo habría, quizá, de proyectar alguna luz sobre el oscuro origen de nuestro propio *imperativo categórico*”<sup>14</sup>. Poco a poco el tabú se constituye en poder independiente, se desvincula del dios y del demonio, se convierte en una prohibición que ahora tiene sustento en la tradición y en la costumbre y, en último término, se convierte en Ley penal.

De acuerdo con FREUD, ante el tabú adoptamos una actitud ambivalente, pues el inconsciente desea violar ese tabú, pero al mismo tiempo le tememos, precisamente porque lo deseamos, y el temor es más fuerte que el deseo.

Recordemos, sin embargo, que este deseo es siempre inconsciente.

Aquello que está prohibido tiene que ser objeto de una tentación y de un deseo: “como representante de todos, el criminal no sólo recibe su castigo, sino que ya antes actúa en nombre de ellos, aún cuando no por encargo suyo. Pues hace tan solo lo que todos desean; y ciertamente lo hace por propia iniciativa, por lo tanto sin licencia estatal. La rabia que produce el que él se permita lo que todos se prohíben, en tanto está prohibido y no ordenado aún –esta rabia se aplaca cuando se le paga con la misma moneda y recae sobre el representante su propia fechoría. Ciertamente no recae por su propia mano, sino por la del Estado, por lo tanto a través de un representante otra vez. Lo que a él se niega en realidad, se les concede a todos doblemente en forma simbólica, por participar en el delito y en la sanción. El asesino y el verdugo nos relevan de lo que deseamos hacer y omitir al mismo tiempo, y así nos proporcionan no sólo una coartada moral sino la sensación de superioridad moral...”<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Freud, op. cit., pág. 1761.

<sup>15</sup> Enzensberger, op. cit., pág. 27.

Este es precisamente el trabajo ritual del Derecho Penal. No más.

No creo que el delincuente pueda ser objeto de conocimiento de nuestras ciencias penales; no nos sentimos científicos de la conducta de unos hombres *naturalmente* inmorales. Ya quedó dicho: es él quien nos convoca con su transgresión a participar en el rito, en la fiesta del castigo. Esta fiesta o rito aparece en la historia, consolidada institucionalmente, como Derecho Penal.

Ésta, podría decir, es la razón, para la existencia del Código Penal, un manual del rito totémico.

“Cuando un individuo ha conseguido satisfacer un deseo reprimido, todos los demás miembros de la colectividad deben de experimentar la tentación de hacer otro tanto; para reprimir esa tentación es necesario castigar la audacia de aquel cuya satisfacción se envidia, y sucede, además, con frecuencia, que el castigo mismo proporciona a los que lo imponen la ocasión de cometer a su vez, bajo el encubrimiento de la expiación, el mismo acto impuro. Es éste uno de los principios fundamentales del orden penal humano, y se deriva, naturalmente, de la identidad de los deseos reprimidos en el criminal y en aquellos que se hallan encargados de vengar a la sociedad ultrajada.”<sup>16</sup>

El psicoanálisis recoge, enlaza e intenta explicar, en forma escandalosa para muchos, el tótem y el tabú como implicaciones que dan cuenta de una figura superior, de una figura paterna asesinada. El animal totémico es la sustitución del Padre muerto.

La moral humana inicia con las dos prohibiciones principales, con las representaciones capitales del tabú, es decir, matar al Padre y tener relaciones sexuales con sus mujeres.

#### 1.4. Somos una cultura inscrita en la culpa.

Recordemos al EDIPO<sup>17</sup> de SÓFOCLES y sus trágicos crímenes. EDIPO mató a su padre y se casó con su madre.

La tragedia de SÓFOCLES es, entonces, un estudio sobre el fundamento de lo prohibido: YOCASTA, madre de EDIPO, por miedo, lo abandona siendo este todavía un niño, y lo aleja para que lo maten, toda vez que el oráculo le dijo que un día él, ese niño, mataría a su Padre. EDIPO, por temor a convertirse en el homicida de su padre, se aleja de

<sup>16</sup> Freud, op. cit., pág.1793.

<sup>17</sup> Sófocles, *Tragedias; Edipo Rey*, 2a. reimpresión, Madrid, Editorial Gredos, S.A., 1992, pág. 301 y ss.

quienes lo crían, con la creencia de que eran sus padres verdaderos. El desenlace es de todos conocido, sin embargo, lo que resulta rescatable del ejemplo, es la propagación del enigma respecto de la muerte del Padre a manos del hijo.

Esta muerte es el sacrificio y desde siempre ha constituido parte esencial de los rituales en las religiones antiguas. Se ha demostrado que en ciertas ocasiones solemnes se mataba y se comía el animal tótem.

Como ejemplo basta hacer referencia a las misas cristianas en las que dentro del rito sagrado de la comunión, quien en ese momento está libre de pecado come el cuerpo del animal sacrificado, del Padre, simbolizado en una hostia y bebe la sangre de CRISTO representada, por supuesto, en el vino: "En los tiempos más remotos poseía el animal del sacrificio por sí mismo un carácter sagrado. Su vida era intangible y no podía ser despojado de ella sino con la participación y bajo la responsabilidad de toda la tribu en presencia del dios, con objeto de conseguir la sustancia sagrada, cuya absorción había de reforzar la identidad material de los miembros de la tribu entre sí y con la divinidad. El sacrificio era un sacramento; la víctima, un miembro del clan y, en realidad, el antiguo animal totémico el mismo dios primitivo, cuyo sacrificio y absorción reforzaban la identidad de los miembros de la tribu con la divinidad."<sup>18</sup>

Recuérdese con esto la última cena de JESÚS con sus apóstoles.

"En el mito cristiano, el pecado original de los hombres es indudablemente un pecado contra Dios Padre. Ahora bien: si CRISTO redime a los hombres del pecado original sacrificando su propia vida, habremos de deducir que tal pecado era un asesinato. Conforme a la Ley del Talión, profundamente arraigada en el alma humana, el asesinato no puede ser redimido sino con el sacrificio de otra vida. El holocausto de la propia existencia indica que lo que se redime es una deuda de sangre. Y si este sacrificio de la propia vida procura la reconciliación con Dios Padre, el crimen que se trata de expiar no puede ser sino el asesinato del padre... Así, pues, en la doctrina cristiana confiesa la Humanidad más claramente que en ninguna otra su culpabilidad, emanada del crimen original, puesto que sólo en el sacrificio de un hijo ha hallado expiación suficiente..."<sup>19</sup>

Repito: como cultura estamos inscritos en la culpa.

Es precisamente el concepto de culpa, inserto en nuestra historia desde el principio de la humanidad, el argumento de legitimación del

---

<sup>18</sup> Freud, op. cit., pág.1836.

<sup>19</sup> Freud, op. cit., pág.1846.

discurso legal. Si no se puede culpar a alguien, no se puede justificar ni el discurso legal ni el Estado de Derecho o de prohibición que se nos pretende imponer.

Quien transgrede desafía esa culpa que debería introyectar o interiorizar como código ético o moral de la sociedad. A ese desafío responde el Código Penal ritualizando la violación de lo prohibido. La Constitución y el Estado de Derecho son formas decantadas de esa simbolización. Pero también ellas necesitan de un sentido que hay que encontrar en la racionalidad.

El delincuente constantemente provoca a la Ley para comprobar si ésta existe, para comprobar si es racional. El mito de EDIPO, como hemos visto, es la transmisión de la Ley del Padre como Ley social. El origen de lo social y el origen del propio sujeto se encuentran inscritos en el parricidio. En otras palabras: hay que matar al Padre para que surja el sujeto y para que se instaure la Ley.

1.5. Esta Ley, inscrita desde el inconsciente cultural del hombre, nace con el crimen primitivo, con el acto parricida originario: la muerte del Padre se transforma en Ley. Es por eso que se concibe como un acto creador, mientras que el odio por el Padre se convierte en culpa.

Doble conflicto: los hijos odian al padre oponiéndose a sus exigencias y a su poderío, sin embargo, también le temen, lo envidian y lo admiran. Como consecuencia de este conflicto nace el sentimiento de culpa, se crea el remordimiento y, paradójicamente, el Padre muerto adquiere mayor fuerza y poder que cuando estaba vivo. La culpa es preocupación central alrededor de la muerte del Padre. La culpa del transgresor es el grito a través del cual solicita verse reconocido como responsable de su acto. En última instancia, es una súplica para inscribirse en el reconocimiento como sujeto.

Existe entonces en la sociedad una responsabilidad común sobre el crimen colectivo, una expiación exigida como consecuencia de la conciencia de culpabilidad y del remordimiento.

A partir del parricidio nace una tendencia social de la horda paterna primitiva, ahora convertida en un clan fraterno unido por lazos de sangre. Los hermanos se obligaron a no tratarse entre ellos como los trató el Padre. Fue entonces cuando surgió el primer gran acto de sacrificio como el primer gran acto creador, el primer gran acto de transgresión, el acto por el que se instauró la Ley, que demostró ser indestructible.

“Hemos concebido las primeras prescripciones y restricciones de orden moral como reacción a un acto que proporcionó a sus autores la

noción de crimen... el primitivo no conoce trabas a la acción. Sus ideas se transforman inmediatamente en actos. Pudiera incluso decirse que la acción reemplaza en él a la idea. Así, pues, sin pretender cerrar aquí con una conclusión definitiva... podemos arriesgar la proposición siguiente: en el principio era la acción."<sup>20</sup>

La batalla del Derecho, la Ley y la Razón, es separar precisa y decididamente el pensamiento de la acción por medio de la palabra. Para ello hay que rescatar el rico mundo de los sucesos interiores del hombre, tan despreciado por nuestro mundo prosaico, lleno de valores materiales.<sup>21</sup>

Como cultura vivimos en la frontera entre el Sujeto y la Ley, así sea dentro del discurso jurídico o la Ley del psicoanálisis. Ley que traduce al delito como manifestación humana y al delincuente como ser humano.

La transgresión como frontera de lo prohibido remite a la Ley, nos habla de ella y la expresa. La cuestiona.

En este trabajo expreso mi convicción irrenunciable e ineludible de que esa Ley hablada y convocada por la transgresión es Una, de la que hay que cuestionar la traducción que conocimos en las escuelas y facultades de Derecho. Mistificación, esta última, pues nos enseñaron que no se cuestiona y su transgresión no se tolera.

En la carrera de la licenciatura en Derecho nos explican sus fuentes, el procedimiento legislativo y la norma como prescripción externa, producto de la justicia, que nos obliga y rige en sociedad. La idea, para el programa de estudios está bien, pero no es verdad.

A los estudiantes se nos dice que el universo de la Ley es patrimonio del Derecho como norma deontológica que expresa el deber ser social. No se nos dice que esa Ley, nos vincula y nos inscribe en la vida, desde el origen, a través del crimen, que es la transgresión de lo prohibido.

El crimen original inscribe al hombre en la cultura, con toda la trascendencia de esta palabra, es decir, tiempo y espacio de la humanidad. Con mayor precisión: somos humanidad porque estamos inscritos en los límites de esa Ley. Ley del Padre que nos ata, que nos sujeta, nos enlaza, nos hace sujetos. Pero, también con sus límites, nos convoca a la transgresión. Dos caras de la misma moneda: la Ley requiere al transgresor, por ello lo convoca, lo invoca y, desde los límites, el transgresor acude al llamado, se acerca al crimen y repite el rito de

---

<sup>20</sup> Freud, op. cit., pág.1850.

<sup>21</sup> Idem

existencia de la Ley.

Asomarse a los orígenes de la transgresión del hombre es confrontar al orden, es cuestionar los límites y, sobre todo, es buscarle sentido a la Ley del Padre como una Ley de orden social que nos hable desde la Razón y no como ejercicio de poder sordo que se sostiene desde la violencia.

Esa búsqueda de sentido desde la transgresión nos vincula al delito y al delincuente y nos permite una traducción y, hasta, una comprensión de sus *razones* transgresoras para cometer el acto prohibido. Este vínculo es el elemento fundamental que ha ignorado el discurso institucionalizado que estigmatiza al acto prohibido y al transgresor, a través de la observación, análisis, clasificación y manipulación del delito y del delincuente. Objetos de conocimiento científico de la psicología, la psiquiatría, la medicina forense, la criminología y tantos otros discursos positivistas que asfixian el conocimiento de lo prohibido.

Discursos que hablan de sanar al loco y readaptar al delincuente, pero que dejan intacto el sentido de los actos transgresores como actos creativos vinculados al ritual de dar sentido a lo prohibido, de cuestionar la Ley del Padre.

Todo avance en la humanidad es producto de una revolución, de un acto transgresor de la Ley impuesta.

Es preciso buscar un significado o un sentido a aquello que se impone con pretensión científica: *porque así es*. Y lo que es ha de ser aceptado *porque sí*. Clasificación o etiquetamiento de lo desviado que con la imposición del discurso del saber encubre, mediante el escándalo, la búsqueda del sentido que nos permita mirar al hombre que somos a partir del Otro. Solamente así podremos entender que la desviación que calificamos, que clasificamos, que etiquetamos y que excluimos, no está en el otro, sino en nosotros mismos.

1.6. Ya quedó dicho: la Ley convoca al transgresor y este acude al llamado en busca de sentido. Para legitimarse como imposición, la Ley requiere una constante violación. A partir de aquí se abre la posibilidad, tanto de la Ley como del transgresor, de darse un lugar, de reconocerse en la lucha de la imposición de *su* Razón. Conflicto constante desde donde se genera la lucha, en donde el vencedor impone una nueva legalidad. La posibilidad de tener un lugar reconocido en la vida se da en la lucha, sin ella solamente somos uno más que no asumió su responsabilidad como ser humano frente al Otro.

Todo delito, toda manifestación transgresora plantea una demanda de análisis, de escucha social, pues lo que finalmente está en juego en el



discurso (jurídico y científico) es la verdad del saber impuesto desde el poder en la sociedad.

El compromiso social que ha de asumirse es reducir los mecanismos de control que nos atraviesan; mecanismos de control que con inercia obsesiva y no comprometida, legitiman un sistema violento de instituciones penales y penitenciarias. El hombre y sus actos, incluyendo el acto delictivo, como acto humano, dan cuenta de un sistema; sus violencias son reflejo de las violencias sociales encubiertas por el sistema.

Política y Delito son dos caras de la misma moneda, son la ritualización del crimen original: o se pone en acto y se representa con todo su horror o se pone en palabras y se representa a través de la palabra. Una cosa es la tragedia de EDIPO, con máscaras y actores representada en el teatro, y otra muy distinta es la misma tragedia confrontada como acto criminal en la vida.

A través del delito, el transgresor, el hombre también se comunica. Cuando transgrede el hombre criminal, ya intentó todo lo anterior. El homicida, que siempre es un parricida, es el que desfallece ante aquello de lo que ya no pudo hablar. Es su última forma de comunicación. Así mirado, no observado, es un síntoma y no un problema.

Explica mejor por qué el parricidio es también un nacimiento PIERRE LEGENDRE en *El Crimen del Cabo Lortie*.

### 1.7 El caso Lortie:

“El 8 de mayo de 1984, un joven cabo del ejército canadiense hacia irrupción en la Asamblea General de Quebec, *con la intención de aniquilar al gobierno*. Corriendo por los corredores, disparando su arma automática sobre la gente que se le cruzaba, DENIS LORTIE llegaba a tiempo a la Cámara donde se reúnen los diputados, pero ese día la Asamblea no sesionaba y *la sala estaba vacía. Fue a sentarse en el sillón del Presidente*. Seguidamente se produjo una negociación para desarmarlo. Después de su rendición se contaron tres muertos y ocho heridos.

“El sentido del homicida quedó expresado en estas palabras:

*El gobierno de Quebec tenía el rostro de mi padre.”<sup>22</sup>*

Una tragedia como la del caso Lortie hace tangibles los grandes problemas clásicos del poder y de las leyes, y esclarece, si se le mira adecuadamente, algunas de nuestras contorsiones a propósito del Derecho

---

<sup>22</sup> Legendre, op. cit., pág. 11.

y su función; aunque esa mirada implique una renuncia a la demagogia y conlleve apartarse de la deshumanización que ésta implica.

El homicidio, nos explica LEGENDRE, es obra humana; exige, siempre, que alguien de cuenta de él, que responda. ¿Ante quién? Ante el Padre. Lo prohibido es ante todo un problema sobre la verdad de la diferenciación humana.

Tal es el sentido del oficio del Padre, indisociable del principio de Razón, del que es, en suma, la traducción jurídica. Todo parricida lo desvela, el homicida ataca la construcción misma de la Razón. La Razón, como representación del Padre en el corazón de los montajes legalistas de la sociedad.

De aquí que ese ataque a lo prohibido sea, ante todo, un problema sobre la verdad de la diferenciación humana; diferenciación que hace vivir la vida en la especie hablante y que se encuentra de manera inevitable con el problema del homicidio o, más exactamente, con el vínculo que liga al homicidio con la representación del Padre.

El caso Lortie ilustra trágicamente ese vínculo: ningún ser humano puede renunciar a los fundamentos de humanidad de su propia humanidad, cualquiera que sea el precio que deba pagar él mismo y los demás.

Esta es la lección del asesinato: o se sublima o se representa en acto.

Este es un aspecto neurálgico en el que se juega el futuro de los grandes equilibrios normativos en el occidente y que implica abrir la posibilidad de reescribir las artes de la Ley desde la crítica racional que disminuye a la violencia. Esta reescritura no puede perder de vista, jamás, que las construcciones jurídicas han nacido ligadas con la elaboración del principio de Razón, es decir, con un imperativo propio de la especie humana: la institución del sujeto. Esta reescritura, para occidente, implica repensar la presunción de Razón, tan preciosa para la libertad política como la presunción de inocencia, pero sin olvidar lo que está en juego: el estatuto de humanidad no sólo del hombre concreto sino de la Ley y, en consecuencia, el estatuto de humanidad de la sociedad misma, implicada también y obligada directa en la construcción de la Razón fundadora.

Así miradas las cosas, entramos a repliegues en los que es preciso concebir lo inconcebible: el hecho de que, paradójicamente, un desastre como el del caso Lortie haya podido ocurrir en nombre de la vida. Es preciso sostener, para rescatar la humanidad, lo comúnmente insostenible.

Este trazo sobre la concepción de lo inconcebible implica trabajar sobre un surco que permite rodear la infernal cuestión del parricidio, tan indiferentemente tratada desde la cómoda interpretación institucional. Esquivar las interrogaciones sobre lo inconcebible, como lo hace el discurso sobre la exclusión, se salda con lo inevitable: enviar a los hijos a los infiernos. Basta mirar la desigualdad social.

El caso Lortie nos advierte, al precio de un gran esfuerzo de reflexión, que las instituciones sostenidas por el Derecho deben optar por la vida y por la reproducción generacional de la humanidad con las menores quiebras subjetivas.

Rescatar el orden jurídico como un orden racional es salvaguardar a la humanidad de los valores de la sociedad industrial, que pasa las tragedias humanas al balance de pérdidas y ganancias.

Rescatar al orden jurídico como orden que defiende la vida es dotarlo de un estatuto racional que permita al hombre salir de la desventura del hijo incierto del crimen original y pasar al estatuto de sujeto cierto, portador de la palabra.

La sociedad se encuentra presa del fanatismo del mercado y de la administrativización generalizada del tener. Hemos olvidado ser. Y, perdón, ¿la cuestión de la Ley del Padre y de la Razón, es vendible?.

El Derecho y la Ley deben ser rescatados para regular a esos individuos autofundados, sujetos reyes convertidos en mini estados, hijos liberados de la creencia en el Padre, producto de la sociedad industrial. El espíritu de nuestro tiempo industrial, que se mueve en el mercado de valores, más que asustarse de las preguntas, va hacia su destrucción. Ante las catástrofes subjetivas, puestas de manifiesto mediante el crimen, y que dan siempre a entender algún callejón sin salida genealógico, se evoca hoy el disfuncionamiento familiar. Hablar de tal manera es alimentar la ilusión de que la administración puede dar razón del oficio del Padre, que es la Razón, como si se tratara de una función burocrática. Esta concepción arruina por adelantado la instancia de la Razón.

A dos años del siglo veintiuno, el Padre, la Razón, a nivel histórico e intelectual, está desembarazado de lo que lo encubría: formas sucesivas de poder ya caducas, infamias religiosas y políticas puestas al desnudo por el devenir histórico, imposturas que amparaban un orden irracional.

La función de la Ley y del Estado, sujeto de la Ley, atado a la Ley, es el gobierno de la especie, es la organización del momento de paso a través de ese vacío abismal, como un segundo nacimiento, expresado con una

fórmula sorprendente por LEGENDRE: "ser nacido del Padre."<sup>23</sup> Tal es la condición humana y es necesario tener presente, siempre, semejante representación para entrar en el lenguaje de la Razón. Un Padre portador de la Razón a imitación de la madre hace nacer él también. El arreglo de ésta analogía no nos lleva a la biología, sino a la política de la que debe emerger la Razón. Se trata de las bases mismas de la racionalidad social y subjetiva, es un pasaje obligado de acceso a la identidad que presupone la movilización de todo el andamiaje institucional. La creencia en el Padre, en la Razón, no puede considerarse como un adorno.

De aquí nace la importancia de lo prohibido, como aprendizaje del límite. Cada violencia inaudita (cualquiera que sea el modo de cumplimiento, en acto o traspuesto), repite la pretensión de matar a la Referencia, a la Razón. Dialéctica de manifestaciones extremas contra una relación de sujeción que se ha definido esencialmente arbitraria y que nos coloca, en tanto que somos, en duelo con la Referencia.

La Razón que aquí se sostiene no puede identificarse con una Referencia absoluta equivalente a la omnipotencia despótica, expresión metafísica de un poder totalitario. Esa perversión, tan adecuada para los gustos irracionales, hoy día expresados por la Seguridad Nacional y las Razones de Estado, debe ser superada. La gran tarea de la cultura jurídico occidental es reinventar la Referencia portadora de Razón a su estatuto paradójico: la Referencia absoluta o fundadora notifica lo absoluto y su propia negación, lo no absoluto, es decir, el límite.

"La Referencia notifica a la vez el principio fundador como indisponible y como significando el límite."<sup>24</sup>

Las sociedades actuales no son peores que las de ayer; aquellas también sabían producir, bajo la apariencia del Bien, el presidio subjetivo al máximo, y arrastraban su cuota de enfermos de la representación.

No nos engañemos con análisis cerrados encubiertos de intenciones benéficas; afrontemos con rigor y sin énfasis, una de las enfermedades mayores de la cultura industrial: "la imposibilidad de poner al hijo bajo el estatuto de hijo."<sup>25</sup>

*"¿Porqué te quejas, papá? ¿Te sientes mal?. Más tarde, antes de recibir la bofetada del que muere el hijo escruta la mirada del padre: una mirada que no dice nada. Apólogo para nuestro tiempo."<sup>26</sup>*

---

<sup>23</sup> Legendre, op cit., pág. 168.

<sup>24</sup> Legendre, op cit., pág. 169

<sup>25</sup> Legendre, op. cit., pág. 170

<sup>26</sup> Legendre, op. cit., pág. 173.

1.8. Podemos entonces decir, aunque parezca escandaloso, que un crimen es bello. La belleza del crimen se encuentra en lo que el acto significa o representa, en lo que simboliza; solamente así podremos entender el sentido del acto criminal.

Debemos entender que el acto político original coincide con el crimen original. Para conocernos primero debemos reconocer que el *tesoro cultural*, del cual estamos tan orgullosos, está inscrito e instituido desde un crimen, ofensivo para el sentimiento de muchos, el de matar al Padre, extraña interpretación del Contrato Social.

Por increíble que parezca, todo deriva de ese crimen original. Casi podría decir que es un círculo perfecto, se trata de una línea que comienza y termina en el mismo punto. Como muestra de ello, basta analizar las figuras creadas para asegurar nuestra convivencia, así como las relaciones que se dan en una sociedad.

Enzensberger lo interpreta en forma inigualable:

“El derecho, como todo orden social se basa en el crimen original, y que sea *instituido* por la injusticia, he aquí una contradicción fundamental que toda filosofía del derecho se ha esforzado en resolver: hasta hoy en vano. Pues todas las disposiciones legales hasta la fecha son una protección frente al poder, y al mismo tiempo, su instrumento... Entre asesinato, política y humanidad existe una dependencia antigua, estrecha y oscura. Dependencia que se halla en los cimientos de todo poder. Ejerce el poder quien puede dar muerte a los súbditos, el gobernante es el superviviente. El acto criminal que lo ha implantado caracteriza el lenguaje de la política hasta el día de hoy. Un candidato bate al otro (lo que en realidad significa: lo mata); un gobierno es derrocado (es decir, mortalmente vencido); los ministros son derribados. Lo que hay de simbólico en tales expresiones se descubre y concreta en circunstancias sociales extremas. No hay revolución que pueda renunciar a dar muerte al antiguo gobernante; debe romper el tabú que prohíbe al súbdito tocarle; pues sólo quien ha logrado transgredir tal prohibición ha ganado él mismo el rango de lo prohibido. El *mana* del tirano muerto recae sobre sus asesinos. Todas las revoluciones hasta la fecha se han contaminado de la antigua situación prerrevolucionaria y han heredado los fundamentos de la tiranía contra la cual se enfrentaron.”<sup>27</sup>

El México moderno nació de una representación del crimen original, cuando JUÁREZ mató a MAXIMILIANO, a pesar de las razones y de las súplicas magistralmente expresadas por VÍCTOR HUGO.<sup>28</sup>

<sup>27</sup> Enzensberger, op. cit., pág.12 y ss.

<sup>28</sup> Benito Juárez, *Documentos, Discursos y Correspondencia*, tomo 12, México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1967, págs. 174 a 176.

Al presidente de la República Mexicana:

Juárez, vos habéis igualado a John Brown.

La América actual tiene dos héroes John Brown y vos. John Brown, por quien ha muerto la esclavitud; vos por quien ha vencido la libertad. México se ha salvado por un principio y por un hombre. El principio es la República; el hombre sois vos.

Por otra parte, el fin de todos los atentados monárquicos es terminar en el aborto. Toda usurpación comienza por Puebla y termina en Querétaro.

Europa, en 1863, se arrojó sobre América. Dos monarquías atacaron vuestra democracia: la una con un príncipe, la otra con un ejército, el más aguerrido de los ejércitos de Europa, que tenía por punto de apoyo una flota tan poderosa en el mar como el mismo en la tierra; que tenía para respaldarlo todas las finanzas de Francia, recibiendo reemplazos sin cesar; bien comandado; victorioso en África, en Crimea, en Italia, en China, valientemente fanático de su bandera; que poseía en profusión caballos, artillería, provisiones, municiones formidables. Del otro lado Juárez.

Por una parte dos imperios, por la otra un hombre. Un hombre, con sólo un puñado de hombres. Un hombre arrojado de ciudad en ciudad, de pueblo en pueblo, de rancho en rancho, de bosque en bosque, amenazado por la infame fusilería de los consejos de guerra, perseguido, errante, atacado en las cavernas como una bestia feroz, acosado en el desierto, proscrito. Por Generales, algunos desesperados; por soldados, algunos desnudos. Ni dinero, ni pan, ni pólvora, ni cañones. Los matorrales por ciudades. Aquí la usurpación llamándose legitimidad; allá el derecho, llamándosele bandido.

La usurpación con el casco en la cabeza y la espada imperial en la mano, saludada por los obispos, precedida delante de ella y arrastrando tras ella, todas las legiones de la fuerza. El derecho solo y desnudo. Vos, el derecho, habéis aceptado el combate.

La batalla de uno, contra todos, ha durado cinco años. Falto de hombres habéis tomado por proyectiles las cosas. El clima terrible os ha socorrido; habéis tenido por auxiliar a vuestro sol.

Habéis tenido por defensores a los pantanos infranqueables, los torrentes llenos de caimanes, las marismas plenas de fiebre, las vegetaciones tupidas, el vómito negro de las tierras calientes, los desiertos salados, los grandes arenales sin agua y sin hiervas, donde los caballos mueren de sed y hambre; la grande y severa meseta del Anáhuac que, como la de Castilla, se defiende por se desnudéz; las barrancas siempre conmovidas por los temblores de los volcanes, desde el Colima hasta el Nevado de Toluca. Habéis llamado en vuestro auxilio a vuestras barreras naturales: lo escabroso de las cordilleras, los altos diques basálticos y las colosales rocas de pórfido. Habéis hecho la guerra del gigante y vuestros proyectiles han sido las montañas.

Y un día, después de cinco años de humo, de polvo y de ceguera, la nube se ha disipado y entonces se han visto dos imperios caídos por tierra. Nada de monarquía, nada de ejércitos; nada más que la enormidad de la usurpación en ruina y sobre éste horroroso derrumbamiento, un hombre de pie, Juárez y al lado de este hombre, la libertad.

Vos habéis hecho todo esto, Juárez, y es grande; pero lo que os resta por hacer es más grande todavía.

Escuchad, ciudadano Presidente de la República Mexicana:

Acabáis de abatir las monarquias con la democracia. Les habéis demostrado su poder, ahora mostrad su belleza. Después del rayo mostrad la aurora. Al cesarismo que masacra, oponed la República que deja vivir. A las monarquías que usurpan y exterminan oponed el pueblo que reina y se modera. A los bárbaros, mostrad la civilización. A los déspotas mostrad los principios.

Humillad a los Reyes frente al pueblo, deslumbrándolos. Vencedlos, sobre todo, por la piedad.

Protegiendo al enemigo se afirman los principios. La grandeza de los principios consiste en ignorar al enemigo. Los hombres no tienen nombre frente a los principios; los hombres son el Hombre. Los principios no conocen más allá de sí mismos. El hombre en su estupidez augusta no sabe más que esto: **la vida humana es inviolable.**

¡Oh venerable imparcialidad de la verdad! ¡Qué bello es el derecho sin discernimiento, ocupado en ser el derecho!

Precisamente delante de los que han merecido legalmente la muerte, es donde debe abjurrarse de las vías de hecho. La grandiosa destrucción del cadalso debe hacerse delante de los culpables.

Que el violador de los principios sea salvaguardado por un principio. Que tenga esta dicha y esta vergüenza. Que el perseguidor del derecho sea protegido por el derecho. Despojándolo de la falsa inviolabilidad, la inviolabilidad real, lo ponéis delante de la verdadera inviolabilidad humana. Que se quede asombrado al ver que el lado por el cual es sagrado, es precisamente aquel por el cual no es Emperador. Que este Príncipe que no sabía que era un hombre, sepa que hay en él una miseria, el Rey; y una Majestad, el hombre.

Jamás se os ha presentado una ocasión más relevante. ¿Osarian golpear a Berezowski en presencia de Maximiliano sano y salvo? Uno ha querido matar a un Rey; el otro ha querido matar a una Nación.

Juárez, haced que la civilización dé este paso inmenso. Juárez abolid sobre toda la tierra la pena de muerte.

Que el mundo vea esta cosa prodigiosa: la República tiene en su poder a su asesino, un Emperador; en el momento de aniquilarlo, descubre que es un hombre, lo deja en libertad y le dice: Eres del pueblo como los otros ¡Vete!

Esta será, Juárez, vuestra segunda victoria. La primera vencer la usurpación, es soberbia. La segunda, perdonar al usurpador, será sublime.

¡Sí a estos Príncipes cuyas prisiones están repletas; cuyos patibulos están corroidos de asesinatos; a esos Príncipes de cadalsos, de exilios, de presidios y de Siberias; a esos que tienen Polonia, a esos que tienen Irlanda, a los que tienen La Habana, a los que tienen Creta; a estos Príncipes a quienes obedecen los jueces, a estos jueces a quienes obedecen los verdugos, a esos verdugos obedecidos por la muerte, a esos Emperadores que tan fácilmente cortan la cabeza de un hombre, mostrádeles cómo se perdona la cabeza de un Emperador!

Sobre todos los códigos monárquicos de donde manan las gotas de sangre, abrid la ley de la luz y, en medio de la más santa página del libro supremo que se vea el dedo de la República señalando esta orden de Dios: Tú ya no matarás.

Estas cuatro palabras son el deber.

Vos cumpliréis con ese deber.



¡El usurpador sera salvado y el libertador ay, no pudo serlo! Hace ocho años, el 2 de diciembre de 1859, sin más derecho que el que tiene cualquiera hombre, he tomado la palabra en nombre de la democracia y he pedido a los Estados Unidos la vida de John Brown. No la obtuve. Hoy pido a México la vida de Maximiliano. ¿La obtendrá?

Sí y quizá a esta hora esté ya concedida.

Maximiliano deberá la vida a Juárez.

¿Y el castigo?, preguntarán.

El castigo, helo aquí:

Maximiliano vivirá "por gracia de la República".

Hauteville House, 20 de junio de 1867.

VICTOR HUGO

Esta carta fue redactada en el exilio el 20 de junio de 1867, y Maximiliano fue fusilado el día 19 del mismo mes y año.

1.9. Resulta que a las sociedades, hoy, nos preocupa el crimen. La verdad es otra. No es que a la sociedad le preocupen los delitos y los delincuentes, lo que sucede es que son incómodos y constantemente se buscan métodos más eficientes y asépticos para eliminarlos: porque inconscientemente nos recuerdan lo que somos.

Baste traer a la memoria de qué forma se horrorizó la opinión pública ante los secuestros de DANIEL ARIZMENDI y no ante las muertes de niños en ACTEAL.

Es tan absurdo el mundo en el que vivimos, que incluso, como sociedad, nos ponemos al margen de la conciencia cuando de reflexionar en torno al problema del crimen se trata. Tal parece que el olvido es el remedio de nuestro tiempo.

Quien delinque *hace* lo que prohíbe la Ley. Inicio de la imposición lingüística del poder que no dialoga y que convoca, con sus límites, a la transgresión. Precisamente es esa transgresión el acto que rebasa la palabra y que aparece cuando no se puede decir; el acto delictivo arroja signos que deben ser interpretados; signos que no pudieron ser dichos con palabras, o palabras que no quisieron ser escuchadas por los miembros de la sociedad dominante. La Ley que nos constituye es la Ley del significante, la del inconsciente. Ese acto delictivo es un decir sin palabras, con significancia ilimitada que ha de descifrarse para hacerlo cumplir con la Ley jurídica.

"El acusado es el prójimo por antonomasia. Creemos que *lo único*

*que nos une a él es nuestra curiosidad. Entre él y nosotros se levantan las barreras de hierro de la justicia. Con él nada tenemos que ver. En él no nos reconocemos a nosotros mismos, reconocemos a nuestro enemigo...* En el criminal y su delito se enfrenta cada uno con aquello de lo cual él mismo es capaz o pudo ser capaz, en ellos se muestra a cada uno, sin reservas, lo que deseó y lo que condenó... El crimen ha de ser mirado por todos, ya que a todos afecta e interesa, es imposible prescindir de él, dejarlo correr como una cuestión privada, como hecho de una persona con quien nadie tiene que ver. Se asemeja a una contraseña que, una vez descifrada, delata algo del total de la sociedad en que sucedió. Al mirar al crimen la sociedad se mira a sí misma<sup>29</sup> y la furia con que es vengado cuando no se mira no demuestra otra cosa más que la inseguridad de nuestras instituciones y lo fácil que es sacudirlas.

Podría decirse, incluso (la idea es de ENZENSBERGER), que para ello no es necesaria una insurrección ni un acto de vandalismo, basta un vulgar hurto o la redacción de un artículo. Es entonces cuando el inofensivo desorden se convierte en motín y el ciudadano, el transeúnte, en un delincuente peligroso.

Lo que sí ya es intolerable para la organización estatal es que la criminalidad se organice, pues se convierte en un Estado dentro del Estado, reproduciendo la estructura y formas de gobierno de las cuales son rivales. Lo paradójico es que tienen los mismos intereses. Dominar.

Como quedó apuntado, el acto político original coincide con el crimen original, ningún ser humano puede entonces renunciar, aunque conscientemente así lo busque, a los fundamentos de su propia humanidad; entre asesinato, política y humanidad existe una dependencia antigua, estrecha y oscura. Dependencia que se halla en los cimientos de todo poder y, recordemos, ejerce el poder quien puede dar muerte a los súbditos. Para eso, tradicionalmente ha existido el Derecho Penal. El gran reto es construir una humanidad que reconozca su origen en el crimen original y transforme esa gran culpa colectiva que es el Derecho Penal en un esfuerzo cotidiano de reducción de su violencia.

Para lograr esa reducción de la violencia debemos mirar lo prohibido; comprender que lo prohibido es un problema sobre la verdad de la diferenciación humana. Es insuficiente, o quizá debería decir que es nulo, el compromiso de las sociedades contemporáneas para con el Otro, para esclarecer su posición en relación con lo prohibido.

1.10. El homicidio y el incesto son conceptos suspendidos en las fronteras del lenguaje, son algo inasible por el discurso ordinario; sin

---

<sup>29</sup> Enzensberger, op. cit., pág. 146 y ss.

embargo, son algo viejo, de todos conocidos, son prohibiciones cuya transgresión produce efectos devastadores e irrevocables. Para ello recordemos que las grandes prohibiciones no solamente se fundan en la norma jurídica, a través de enunciados explícitos. Cuando la palabra no es capaz de decir, aseguramos el funcionamiento de la norma desplegando sus efectos, *desbordamos la palabra y la hacemos acto*. Esto tiene mucho que ver con la Racionalidad de la Ley, pues una Ley despótica e irracional no le deja al hombre otro recurso que actualizar en acto el crimen original. Una Ley tiránica y que se impone como acto de poder irracional traiciona a la Razón y ha de ser desbordada mediante el acto.

¿Cómo hacer frente, en nuestra época, a la necesidad de poner en palabras la escena humana del incesto y del homicidio, a fin de desarticular su cumplimiento en la vida cotidiana?

La respuesta no es sencilla. Un buen comienzo, podría decir, es *esforzarnos, y lo diré hasta el cansancio, por interpretar y entender lo prohibido, lo distinto, lo ajeno, lo que llamamos desviado; por entender al Otro como persona y, así mirada, hacer posible la vida fundándola cada vez más en la palabra y no en el acto criminal*. Ese es nuestro reto.

Después de que se comete un crimen siempre surge la gran pregunta: ¿qué hacer con el acusado? Lo más cómodo es llevarlo a la hoguera y sacrificarlo, pero eso no lleva a ningún lado. El compromiso debe ser otro: preservar el futuro subjetivo de ese criminal y para ello debemos entender que es también un hombre.

De esta forma, y sólo de esta forma, podemos entender que el Otro es un espejo en el que nos reflejamos nosotros mismos: tratarlo como desviado, es desviado; tratarlo como criminal, es criminal; debemos respetar su derecho a transgredir reconociendo que tiene, incluso, el derecho a continuar siendo malvado y transgresor. Acabemos de una buena vez con el discurso de la readaptación. Solamente así, aunque parezca paradójico, queda asegurado su futuro personal como hombre para asumir la responsabilidad de sus actos e inscribirse en el discurso de Razón.

Al afirmar que debemos comprender la belleza del crimen no busco escandalizar; por el contrario, tengo una preocupación y una necesidad de explicarnos desde la transgresión; explicar que lo distinto y lo excluido no está en el otro sino en nosotros mismos.

1.11. La violencia del Derecho Penal y de sus instituciones se ha convertido, por costumbre (científica), en la única salida para la problemática de las autonombradas sociedades modernas. La pena de muerte, la cadena perpetua, la tortura, las investigaciones ilícitas, las

intervenciones telefónicas, la intromisión en la vida privada, la constante violación de los derechos humanos son los derroteros que guían a los ideólogos científicos del Derecho Penal y son solamente algunos ejemplos de nuestra ineptitud para dar otra solución. Esos males son los efectos colaterales que la sociedad ha creído que debe tolerar.

Vivimos en un mundo desquiciado y en una sociedad al borde del colapso. No hemos sido capaces de inventarnos algo mejor que la violencia del Derecho Penal para solucionar conflictos sociales; a todos se nos hace tarde para incluir como delitos en nuestros códigos penales el mayor número de conductas posible. Ese es el límite de nuestra capacidad, el de nuestra respuesta a la problemática social y el sustento de nuestra frágil seguridad.

Cuándo un abogado enloquece, ¿pierde el *juicio*?

¿Habrán perdido el *juicio* los abogados?

Vivimos en el error. La violencia del derecho penal no es la solución a nuestros conflictos.

Permítaseme decir: la violencia del derecho penal es un síntoma del conflicto; es, hoy, un conflicto en sí misma. El Derecho Penal, la violencia del Derecho Penal, ha sido la respuesta en la historia moderna de la humanidad (y las últimas décadas lo han rescatado con eficiencia) como un instrumento de represión, como mecanismo para resolver problemas políticos y económicos, públicos y privados. No, como se pregona, para impartir justicia y equidad, en aras de preservar el bien común y la seguridad social.

Las conductas más heterogéneas, y no siempre las más dañinas, son incluidas, en ese catálogo del desprecio social. Si roba, si mata, si defrauda, si abusa de la confianza de otro, si viola, si evade un arraigo, si miente, si traiciona a su patria, si conspira, si vota dos veces, si aborta, si se acuesta con su hija, si revela un secreto, si regatea prostitutas, si posee imágenes obscenas o, simplemente, si no le es fiel a su esposa, ahí está el Derecho Penal para hacerlo pagar ante la sociedad su desviación *natural*. Esto no es Racionalidad. "En cierto modo es digno de admiración el vigor con que se ha mantenido inalterado el derecho penal en un mundo que le es ajeno... es todo un reparto de papeles lo que se le confía, lo cual le hace imprescindible y le eleva a rango de una figura mitológica."<sup>30</sup>

El problema real, hoy día, no es otro más que la violencia institucional que el Derecho Penal ejerce. El Problema no es el problema

---

<sup>30</sup> Enzensberger, op. cit., pág.25.

que trata de solucionar el Derecho Penal, el Problema más apremiante es el Derecho Penal y su incapacidad para dar una solución: no ayuda ni a la víctima, ni al victimario, ni a la sociedad en general. El Derecho Penal, con su violencia, crea conflictos, para después justificar y legitimar, desde el poder, su intervención, so pretexto de solucionarlos. Eso se llama esquizofrenia; en lenguaje llano, círculo vicioso.

Si el Derecho Penal y la cárcel verdaderamente funcionaran para lo que dicen que funcionan, es decir, para sancionar al delincuente, para readaptarlo socialmente, para reeducarlo, para prevenir la comisión de otros delitos, así como para resarcir o reparar el daño a la víctima, no habría tanto desconcierto, tanta inconformidad, tanta violencia, y los problemas reales no se reproducirían hasta los límites incontinentes que hoy padecemos.

CAPITULO SEGUNDO.  
DERECHO, RAZON Y SOCIEDAD: EL PANOPTISMO SOCIAL, EXCLUSIÓN SOCIAL Y  
ENCIERRO.

*"En la prisión el poder no se oculta, no se enmascara, se muestra como tiranía llevada hasta los más ínfimos detalles, poder cínico y al mismo tiempo puro, enteramente en el interior de una moral que enmarca su ejercicio: su tiranía salvaje aparece entonces como dominación serena del Bien sobre el Mal, del orden sobre el desorden." Michel Foucault*

### 2.1 La vida en sociedad es vigilancia y castigo.

La vida del Hombre es vigilancia y castigo; formas determinadas por y desde el poder. A partir de ellas se define lo diferente, pero también lo normal. Ellas definen la desviación, la transgresión, la exclusión y, por supuesto, el encierro.

Marcan, etiquetan y determinan. No hay nada que se encuentre fuera de esa dinámica, de esa espiral. Perversa dualidad: constante vigilancia que ejercemos y padecemos sobre el Otro y sobre nosotros.

Todo lo que hacemos conlleva una estrecha relación con el poder. No hay nada que no participe en esa compleja red de vigilancia y castigo.

El poder es imperceptible, es una magia: donde quiera que existe se ejerce, se difunde cotidianamente mediante infinitos mecanismos, instrumentos y prácticas sociales, siempre asimétricas. El poder cruza, atraviesa cuerpos y conforma almas; unos como dominantes y otros como dominados; atraviesa instituciones. Nada, nadie, escapa. Nos habita, nos constituye. Somos, en esencia, poder.

Se trata de una inmensa red de relaciones intangibles. El poder no solo atraviesa sino que interioriza, al grado de volverse consustancial a figuras típicas dentro la sociedad; el Estado, algún partido político, un dictador, una clase social, la familia, la escuela, la iglesia, el hospital, la fábrica y, por supuesto, la prisión. El poder se materializa y concretiza en la función práctica de las instituciones y su práctica resulta inseparable de los sujetos que lo representan pero, sobre todo, de quienes lo padecen.

El poder existe en acto. No es una sustancia o esencia sino una relación y un constante ejercicio desigual de fuerzas. Es esa la esencia del poder: el enfrentamiento de fuerzas distintas. Guerra perpetua.

El ejercicio del poder produce y reproduce desequilibrios y dominación, pero no solamente implica el deseo de destruir, sino que esa guerra representa una lucha por sobrevivir, por el predominio de la voluntad del poder. "Se educa a poblaciones enteras para que se maten mutuamente en nombre de la necesidad que tienen de vivir."<sup>31</sup>

El poder genera una resistencia automática por parte de quienes son sometidos a él. El poder busca gobernar y dirigir las conductas de los otros. La sociedad crea una compleja red de relaciones sociales para moldear las conductas de sus hijos, de los presos, de los enfermos y de los trabajadores. Sin embargo, al sometimiento absoluto siempre se le opone la conducta de los sujetos sociales, al poder se le enfrentan sus límites a través de la posibilidad de rebeldía, de contestación e incluso del suicidio como formas de resistencia y de contra poder.

La esencia del poder no es la fuerza bruta, sino el refinamiento que domina la conducta:

"La característica más notable del poder es que algunos hombres pueden, más o menos por completo, determinar la conducta de otros hombres pero nunca exhaustiva ni coercitivamente. Un hombre que es encadenado y golpeado está sujeto a la fuerza que se ejecuta sobre él. No al poder. Pero si puede ser inducido a hablar, cuando su último recurso podría haber sido morderse la lengua y preferir la muerte, entonces ha sido orillado a actuar de cierto modo. Su libertad ha sido sujeta al poder. Ha sido sometido al gobierno."<sup>32</sup>

La estructura del poder es entendida a través del estudio de instituciones como el Estado y las relaciones económicas de explotación. Este es el límite al que ha llegado la teoría general del Derecho, límite trascendido brillantemente por FOUCAULT. Una de sus aportaciones más importantes, como genealogista del poder, fue haber dado cuenta de la existencia de prácticas, formas y dispositivos locales de dominación, de conocimiento y de resistencia, sin los cuales era inentendible el funcionamiento social del esquema tradicional de poder y soberanía de la teoría clásica. Esta aportación esencial entendió que es precisamente ahí, en las relaciones de la vida diaria, en donde se constituyen los engranajes del funcionamiento general de la sociedad. Es su forma capilar de existencia. El poder alcanza, penetra cuerpos y conforma almas; se nos

<sup>31</sup> Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad*, vol. I, siglo XXI, México, 1983, pág. 165 y ss.

<sup>32</sup> Foucault, Michel, *Hacia una crítica de la razón política*, en la Cultura en México, Revista *Siempre*, 3 de noviembre de 1982, pág. IX.

inserta, nos determina con sus discursos y determina los nuestros, hasta nuestros gestos.

“Si el poder no fuera más que represión, si no hiciera otra cosa que decir no, ¿pensáis realmente que se le obedecería? Lo que hace que el poder agarre, que se le acepte, es simplemente que no pesa solamente como una fuerza que dice no, sino que de hecho la atraviesa, produce cosas, induce placer, forma saber, produce discursos; es preciso considerarlo como una red productiva que atraviesa todo el cuerpo social más que como una instancia negativa que tiene como función reprimir”<sup>33</sup>

2.2 La vigilancia, como dispositivo que atraviesa, es denominado por FOUCAULT, como *panoptismo*. Su máxima manifestación se presenta cuando reproducimos en nosotros, las técnicas de vigilancia, de control y de castigo, utilizadas por la sociedad. Nos cuidamos de lo que hacemos, nos catalogamos, nos etiquetamos, nos reprimimos, nos censuramos, nos castigamos y nos excluimos. Lo mismo hacemos con los demás. Cada uno, como consecuencia de la tensión social en que vivimos y de la represión que existe dentro de la misma, traducimos el *panoptismo* en una técnica de poder, de control, de vigilancia, de castigo, de autovigilancia y de autocastigo. Es un ojo social que nos vigila y a través del cual también vigilamos.

El *panoptismo* funciona como medio de control que distribuye los castigos y las recompensas, medida o tasa de corrección disciplinaria.

El *panoptismo* social nace como un espacio de figura arquitectónica, el *Panóptico*, propuesto por JEREMY BENTHAM por medio del cual buscaba resolver el problema de la prisión, deseando extender la aplicación a escuelas y fábricas.

“En la presentación del proyecto ante la Asamblea Constituyente de 1791 Bentham explicaba:

“Si se hallara un medio de hacerse dueño de todo lo que puede suceder a un cierto número de hombres, de disponer todo lo que les rodea, de modo que hiciese en ellos la impresión que se quiere producir, de asegurarse de sus acciones, de sus conexiones, y de todas las circunstancias de su vida, de manera que nada pudiera ignorarse, ni contrariar el efecto deseado, no se puede dudar que un instrumento de esta especie, sería un instrumento muy enérgico y muy útil que los gobiernos podrían aplicar a diferentes objetos de la mayor importancia.”<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, colección Genealogía del Poder, 3a edición, Madrid, España, Las Ediciones de la Piqueta, 1992 pág. 182.

<sup>34</sup> Donzelot, op. cit. pág. 43.



El *panoptismo* social tiene como razón y fin, formar y transformar a la persona, moldear y domeñar: disciplinar.

Sus características en las relaciones de poder social son tres:

- a) Vigilar y autovigilarse;
- b) distribuir el control del castigo; y
- c) corregir cualquier conducta desviada o indisciplinada.

Este dispositivo social está inscrito como discurso, como saber institucionalizado. Ya lo ha dicho MICHEL FOUCAULT: somos los discursos que se ordenan en la sociedad.

Los discursos no solo han descrito al *sujeto* como objeto científico de conocimiento, límite del discurso moderno, que en forma tan optimista nos llevó al contrato social. No; los discursos, a partir de una óptica de control social, han constituido al sujeto, nos han constituido. Somos discurso. La mirada que nos ve no nos mira inocentemente: conocer por conocer, fórmula de escamotear la verdad. La mirada, que siempre observa, vigila, moldea, forma, nos constituye como seres disciplinados.

2.3 El individuo, en el límite del discurso moderno trascendido por la microfísica del poder, es *objeto* de estudio, cosificado y despersonalizado; se convierte en un objeto de introspección, de conocimiento y, por ello, susceptible de clasificación, de exclusión, de readaptación y de encierro.

Ejemplo claro de ello es el discurso jurídico penal como supuesta ciencia; discurso que configura relaciones de poder y nos configura desde ellas dentro de una lógica de dominación y de control, que se enmascara bajo el discurso de la Razón, que no es sino lógica del saber y el poder dominantes.

El marco legal impuesto y su tecnología de poder en las relaciones sociales, es una maquinaria que produce y reproduce efectos de dominación a partir de tácticas y estrategias:

Hay que modular el orgullo científico de los Juristas. Su empeño es excesivo. No son más que meros técnicos de la dominación. En la tecnología también se norma. La tecnología norma para que todo salga igual, para que el producto sea siempre el mismo.

Es, precisamente por ello, que FOUCAULT señala que la verdadera revolución no ha sido la francesa, no ha sido la soviética, sino la Revolución Industrial. El mundo de la industrialización es el disciplinado,

es el ordenado, es el controlado. Readaptar es volver a la disciplina, readaptación social significa volver a la disciplina social predeterminada y que nos ha sido impuesta desde el Otro; que, paradójicamente, somos nosotros mismos.

Las luces que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas. Formas diversificadas de tecnología que actúan en cuatro campos:

- 1.- La tecnología de la producción, en la que se encuentran las diversas ciencias;
- 2.- La tecnología de los signos, en donde se encuentra el lenguaje y el símbolo como objeto;
- 3.- La tecnología del poder, siempre en relación con el Otro, y;
- 4.- La tecnología del yo, de la que se desprende el control interno de cada individuo.

Esta tecnología poderosa es la madre de la Razón. Pilar del saber, que se transforma en elemento fundamental dentro del discurso de verdad.

2.4 No busco redefinir las instituciones a partir de una estrategia de la verdad; ello sería caer en el error que se critica. La postmodernidad actual no encuentra otra definición que la crisis de la Razón misma. Razón que se autoerige en el único gran discurso *no excluido*, y que regula o excluye a todos los demás; es el que define quién está bien y quién está mal, quien está y quien no; qué es lo correcto y qué lo incorrecto. Su discurso llevado hasta el extremo ético máximo, sostenido por el Sistema Penal, se convierte en bien social en función de un criterio de verdad que se pretende científica. Esta transformación deviene tecnología de poder social.

Lo aceptado gira en torno de ese gran discurso de verdad; sólo desde ahí nos exculpamos. Todo lo que no está dentro de esa Racionalidad, si acaso existe es excluido. Esto es hipocresía. Lo incómodo lo etiquetamos para excluirlo, buscamos enderezarlo, readaptarlo, reeducarlo; como buenos pastores queremos regresarlo al camino del que se apartó: el del discurso de la Razón. Pero esa hipocresía funcional, oculta que nos confronta.

Sin embargo, y a pesar de esa Razón tan decantada que debería ser perfecta, el hombre, definido como sujeto, siempre buscará (y encontrará) una forma de escapar. Para ello, para escapar, como ya se dijo, no es necesaria una insurrección ni la caída en la locura; no es necesario el

terrorismo ni un acto de vandalismo, basta un vulgar hurto o la redacción de un artículo. A veces, de una tesis.

Esa fuga es ilusoria, pero hiere al discurso; lo confronta con su sentido. Recordemos que la Razón, la Ley, invocan y convocan a la transgresión, y ésta, acude al llamado. Sin esta confrontación no se puede ser Sujeto. Recordemos que la Razón misma nace como transgresión. Esta transgresión como frontera de lo prohibido remite a la Ley, nos habla de ella. La cuestiona, le busca sentido. Asomarse al sentido de la transgresión del hombre es confrontar el orden, cuestionar los límites.

Asumirlo como propio desecharlo como impuesto desde el otro. La razón debe dar cuenta de su sentido; cuando no lo hace es irracionalidad poderosa. El más decantado y terrible de los ejemplos es la Razón de Estado. Que no es Razón sino poder enmascarado.

2.5 “Transgredir puede ser subvertir, oponerse y también tensar o bordear; el término transgresión puede apuntar a una connotación valoral y simultáneamente hacer referencia a algo que centellea, a un instante de rasgadura, de desencadenamiento, a un momento que permite que algo salga a la luz y quede definido a riesgo de quedar atrapado.”<sup>35</sup>

“La transgresión es un texto que concierne al límite; es allí, en la delgadez de la línea, donde se manifiesta el relámpago de su paso, pero quizás también su trayectoria total, su origen mismo.

“Así pues, la transgresión no es al límite como el negro es al blanco, lo prohibido a lo permitido, lo exterior a lo interior, lo excluido al espacio protegido del resguardo. Está vinculada a él más bien según una relación en barrena que ninguna fractura simple puede llevar a cabo. Tal vez así, como el relámpago por la noche, que desde el fondo del tiempo confiere un ser denso y negro a lo que niega, la ilumina desde el interior y de arriba abajo, le debe sin embargo su viva claridad, su singularidad desgarradora y realzada, se pierde en ese espacio que firma con su soberanía y se calla al fin habiéndole dado un nombre a lo oscuro.”<sup>36</sup>

Cómo romper con la alienación postmoderna del discurso legal, o mejor dicho, cómo romper con la alienación producida por el discurso legal, tan pretendidamente racional. No podemos negarlo: nuestro discurso y nuestro sistema están en crisis. El discurso legal tiene fallas y limitaciones; para sostenerse ha buscado su inscripción forzosa en la cientificidad; no hay profesor que omita decirlo: la Ciencia Jurídica, la

<sup>35</sup> Sierra Moncayo, María Laura, cita obtenida del diplomado *Exclusión Social y Encierro, Psicoanálisis y Derecho*, impartido en la Universidad Iberoamericana.

<sup>36</sup> Lagunas María Elisa y Sierra María Laura *Transgresión, Creación y Encierro-Encuentros*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.

Jurisprudencia. Para ello, ha tomado partido por el discurso de disciplinas con fracturas y abismos, peligrosas como discurso de verdad: la criminología, la medicina y la psiquiatría. Con ellas justifica, desde el discurso de verdad, lo que el propio Derecho ya no pudo legitimar desde su discurso: la dominación del hombre.

2.6 Todo saber constituye un poder, lo sostiene. El discurso jurídico es un saber-poder, es una combinación de conocimiento y decisión poderosa.

El círculo discursivo que nos constituye es *Saber-Poder-Saber*.

El saber es una estrategia del poder y el poder una estrategia del saber. En esta vertiginosa postmodernidad, aquello que conocemos como *Razón* o como la racionalidad en y de los discursos, se ha convertido en la principal forma de dominación del Sujeto, de anulación del hombre. El discurso flota en la palabra, en las técnicas de control señaladas, en el discurso de la Razón que nos llega en forma de conocimiento, transformada en norma. Sin embargo, aunque parezca paradójico, el conocimiento, el saber y el poder no son más que una invención del Sujeto. Hoy, como extraído de algún cuento de terror, la invención domina al inventor.

Frankenstein no es solo el cuento de la señora Shelley; es la metáfora de nuestra orgullosa modernidad.

El entramado de poder y las relaciones que lo conforman son ineludibles, pero no por ello, y más bien por ello, son vulnerables; pero hay que mirarlas, enfrentarlas. Compromiso encubierto y no asumido socialmente.

El *Pacto o Contrato Social*, fábula moral inocente que el discurso jurídico sigue sosteniendo, pretende asumir racionalmente el origen de la *vida civil*; habla de la salida del estado de inocencia o estado de naturaleza como un paso de la Razón. En palabras de ROUSSEAU, es el momento, inexplicable, "cuando escucha el hombre más la voz de la Ciencia que la de la simplicidad de su corazón."<sup>37</sup> Pero ahí, en este soñado lugar del pacto social, existe la violencia de la guerra, el choque de la dominación, el sometimiento del Otro, la dureza del ritmo, los severos golpes de la percusión, la extrema insensibilidad.

Como consecuencia de ese devenir de la modernidad racional, de esa constante introyección del discurso Racional al que estamos destinados, el

---

<sup>37</sup> Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, colección Austral, 9a. edición, México, Espasa Calpe, Mexicana, S.A., 1990, pág. 9 y ss.

Sujeto ha sido construido históricamente, y cuando buscamos lo que somos, en realidad no encontramos más que lo que está dicho que somos. Razón pura. Este discurso está en crisis, se está hundiendo.

El contrato social no escapa de esta lógica:

“El poder y el saber se encuentran vinculados dialécticamente: cualquier forma de poder presupone un discurso que legitima y reproduce las relaciones de dominio; así como toda acumulación de saber implica la existencia de sujetos inmersos en un determinado campo de lucha y poder.”<sup>38</sup>

“No basta con decir que el poder tiene necesidad de éste o aquél descubrimiento, de ésta o aquella forma de saber, sino que ejercer el poder crea objetos de saber, los hace emerger, acumula informaciones, las utiliza. No puede comprenderse nada del saber económico si no se sabe cómo se ejercía, en su cotidianeidad, el poder y el poder económico. El ejercicio del poder crea perpetuamente saber e inversamente el saber conlleva efectos de poder.”<sup>39</sup>

Toda sociedad (y hasta el mismo cuerpo humano) se encuentra constituida por relaciones de poder que nos atraviesan y determinan; estamos atravesados por violencias ejercidas a cada instante.

El sujeto moderno es el atado al poder disciplinado. Sujeto, sujeción, atadura al discurso científico; quien sale no es sujeto es readaptable: cosa que la ciencia debe transformar. Límite de la libertad y sus instituciones. Esas ataduras son violentas y esas violencias son Ley, discurso jurídico. “Política general de verdad”<sup>40</sup> que discrimina lo falso de lo verdadero, sanciona los discursos alternativos y define los medios, las técnicas y los procedimientos.

Los discursos son verdades, aceptadas por la sociedad, sin discusión, sin crítica y sin oposición; “un conjunto de procedimientos reglamentados por la producción, la ley, la repartición, la puesta en circulación y el funcionamiento de los enunciados”<sup>41</sup>; código que regula la manera de actuar, que clasifica, divide, disciplina, corrige y excluye todo lo que lo rodea. Nada puede quedar fuera de ese código, todo aquello que se etiqueta como fuera de lo científico, como acientífico está mal visto por la sociedad y descalificado desde un inicio.

---

<sup>38</sup> Ceballos Garibay, Hector, *Foucault y el Poder*, colección Diálogo Abierto, 2a. edición, México, Ediciones Coyoacán, S A. de C.V., 1997, pág. 53.

<sup>39</sup> Foucault, *Microfísica*, pág. 99.

<sup>40</sup> Foucault, *Microfísica*, pág. 187.

<sup>41</sup> Foucault, *Microfísica*, pág. 189.

Somos abismo, hueco, oscuridad bordeada por la transgresión; somos vacío en busca de sentido. Pero nuestra cultura del cientificismo, que siempre quiere o busca ponerle solución y fin a todo, encuentra su mayor error histórico en la sordera institucionalizada de la exclusión. También ella, la razón, ha de bordear el abismo para buscar su sentido.

2.7 La pena privativa de libertad ha sido el pilar racional de la represión penal; hoy, también, ella está en crisis. En un extremo los que piden la pena de muerte y en el otro los que piden la muerte de la pena. De los primeros hay que huir pues son cadáveres insepultos, apestan; a los segundos hay que decirles: son, sin quererlo y sin saberlo, portavoces del extremo que atacan. Yo mismo, reaccioné ante la crisis del discurso y en algún tiempo he padecido ese extremismo.

En la época moderna, nace la prisión como la alternativa más importante a las llamadas penas corporales; penas feroces del poder soberano del monarca hechas ritual de venganza pública sin medida; como inconmensurable era el poder divino de ese régimen.

Pero a esa gloriosa pena moderna la crisis la ha rebasado; no puede negar su origen totalitario, sordo y absurdo; no puede negar que es poder descarnado, como descarnada es la muerte: ...“existe en efecto una especie de empirismo de coleccionista en la investigación acerca de las *instituciones totalitarias*. Ausencia de teoría: estas instituciones pueden indistintamente navegar en los mares (equipamiento de un barco), emerger en las estepas siberianas (campos de concentración) o deberse a los fondos de la cristiandad (convento). Ausencia también de historia: todas estas variaciones sobre un mismo tema vagan en una eternidad flotante.

“En las organizaciones límites, la lógica organizacional, de sana, pasa a ser aberrante, y el hombre adaptado se convierte en alienado; y la conclusión principal que uno puede obtener, es que allí, donde la dimensión humana es más radicalmente negada (institución totalitaria), no deja sin embargo de afirmarse aprovechando la menor fisura de la institución, inventando relaciones ocultas.”<sup>42</sup>

Los excesos y el horror del periodo de la venganza pública del soberano monarca consideraban las ofensas desviadas como atentados contra el Rey que era el Estado. Ambos, encarnaciones terrestres y divinas del Padre.

---

<sup>42</sup> Donzelot, Jacques, *Espacio cerrado, trabajo y moralización. Génesis y transformaciones paralelas de la prisión y del manicomio.*, artículo publicado en *Espacios de Poder*, colección Genealogía del Poder, 2a edición, Madrid, España, Las Ediciones de la Piqueta, 1991 pág. 28 y ss.

El horror del suplicio era la clara manifestación del poder del soberano; poder del exceso feudal que vinculaba esencialmente unas determinadas formas de concebir las relaciones de producción social. Era “un ritual de la ley armada, en el que el príncipe se muestra a la vez, y de manera indisociable bajo el doble aspecto de jefe de justicia y de jefe de guerra, la ejecución pública tiene dos caras: una de victoria, otra de lucha. Por una parte, cierra solemnemente una guerra entre el criminal y el soberano, cuyo desenlace era ya conocido; debe manifestar el poder desmesurado del soberano sobre aquellos a quienes ha reducido a la impotencia. La disimetría, el irreversible desequilibrio de fuerzas, formaban parte de las funciones del suplicio. Un cuerpo anulado y reducido a polvo y arrojado al viento, un cuerpo destruido trozo a trozo por el infinito del poder soberano, constituye el límite no sólo ideal sino real del castigo.”<sup>43</sup>

Este poder limitado solamente por la nada está descrito en todo su horror por el genealogista del poder:

“Damiens fue condenado, el 2 de marzo de 1757, a “pública retractación ante la puerta principal de la Iglesia de París”, a donde debía ser “llevado y conducido en una carreta, desnudo, en camisa, con una hacha de cera encendida de dos libras de peso en la mano”; después, “en dicha carreta, a la plaza de Grave, y sobre un cadalso que ahí habría sido levantado (deberán serle) atenaceadas las tetillas, brazos, muslos y pantorrillas, y su mano derecha, asido en ésta el cuchillo con que cometió dicho parricidio, quemada con fuego de azufre, y sobre las partes atenaceadas se le verterá plomo derretido, aceite hirviendo, pez recina ardiente, cera y azufre fundidos juntamente, y a continuación su cuerpo estirado y desmembrado por cuatro caballos y sus miembros y tronco consumidos en el fuego, reducidos a cenizas y sus cenizas arrojadas al viento.

“Finalmente, se le descuartizó, refiere la *Gazette d'Amsterdam*. Esta última operación fue muy larga, porque los caballos que se utilizaban no estaban acostumbrados a tirar; de suerte que en lugar de cuatro hubo seis, y no bastando aún esto, fue forzoso para desmembrar los muslos del desdichado, cortarle los nervios y romperle a hachazos las coyunturas...

---

<sup>43</sup> Foucault Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Editorial Siglo XXI, México, vigesimoprimera edición en español, 1993, Pág. 56.

“Aseguran que aunque siempre fue un maldiciente, no dejó escapar blasfemia alguna; tan sólo extremados dolores le hacían proferir horribles gritos y a menudo repetía: ‘Dios mío, tened piedad de mí; Jesús, socorredme.’ Todos los espectadores quedaron edificadas de la solitud del párroco de Saint Paul, que a pesar de su avanzada edad, no dejaba pasar momento alguno sin consolar al paciente.

“Y el exento Bouton: Se encendió el azufre, pero el fuego era tan pobre que sólo la piel de la parte superior de la mano quedó no más que un poco dañada. A continuación, un ayudante, arremangado por encima de los codos, tomó unas tenazas de acero hechas para el caso, largas, de un pie y medio aproximadamente, y le atenaceó primero la pantorrilla de la pierna derecha, después el muslo, de ahí pasó a las dos mallas del brazo derecho, y a continuación a las tetillas. A este oficial, aunque fuerte y robusto, le costó mucho trabajo arrancar los trozos de carne que tomaba con las tenazas dos y tres veces del mismo lado, retorciendo, y lo que sacaba en cada porción dejaba una llaga del tamaño de un escudo de seis libras.

“Después de estos atenaceamientos, Damiens, que gritaba mucho aunque sin maldecir, levantaba la cabeza y se miraba. El mismo atenaceador tomó con una cuchara de hierro del caldero mezcla hirviendo, la cual vertió en abundancia sobre cada llaga. A continuación, ataron con soguillas las cuerdas destinadas al tiro de los caballos, y después se amarraron aquellas a cada miembro a lo largo de los muslos, piernas y brazos.

“El señor Le Breton, escribano, se acercó repetidas veces al reo para preguntarle si no tenía algo que decir. Dijo que no; gritaba como representan a los condenados, que no hay como se diga, a cada tormento: ‘¡Perdón, Dios mío! Perdón Señor’. A pesar de todos los sufrimientos dichos, levantaba de cuando en cuando la cabeza y se miraba valientemente. Las sogas tan apretadas por los hombres que tiraban de los cabos, le hacían sufrir dolores indecibles. Le Breton se le volvió a acercar y le preguntó si no quería decir nada; dijo que no. Unos cuantos confesores se acercaron y le hablaron buen rato. Besaba de buena voluntad el crucifijo



que le presentaban; tendía los labios y decía siempre: 'Perdon, Señor'.

"Los caballos dieron una arremetida, tirando cada uno de un miembro en derechura, sujeto cada caballo por un oficial. Un cuarto de hora después, vuelta a empezar, y en fin, tras de varios intentos, hubo que hacer tirar a los caballos de esta suerte: los del brazo derecho a la cabeza, y los de los muslos volviéndose del lado de los brazos, con lo que se rompieron los brazos por las coyunturas. Estos tirones se repitieron varias veces sin resultado. El reo levantaba la cabeza y se contemplaba. Fue preciso poner otros dos caballos delante de los amarrados a los muslos, lo cual hacía seis caballos. Sin resultado.

"En fin, el verdugo Samson marchó a decir al señor Le Breton que no había medio ni esperanza de lograr nada, y le pidió que preguntara a los Señores si no querían que lo hiciera cortar en pedazos. El señor Le Breton acudió de la ciudad y dio orden de hacer nuevos esfuerzos, lo que se cumplió; pero los caballos se impacientaron, y uno de los que tiraban de los muslos del supliciado cayó al suelo. Los confesores volvieron y le hablaron de nuevo. Él les decía (yo lo oí): 'Bésenme, señores'. Y como el señor cura de Saint - Paul no se decidiera, el señor de Marsilly pasó por debajo de la soga del brazo izquierdo y fue a besarlo en la frente. Los verdugos se juntaron y Damiens les decía que no juraran, que desempeñaran su cometido, que él no los recriminaba; les pedía que rogaran a Dios por él, y recomendaba al párroco de Saint - Paul que rezara por él en la primera misa.

"Después de dos o tres tentativas, el verdugo Samson y el que lo había atenaceado sacaron cada uno un cuchillo de la bolsa y cortaron los muslos por su unión con el tronco del cuerpo. Los cuatro caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron tras ellos los muslos, a saber: primero el del lado derecho, el otro después; luego se hizo lo mismo con los brazos y en el sitio de los hombros y axilas y en las cuatro partes. Fue preciso cortar las carnes hasta casi el hueso; los caballos, tirando con todas sus fuerzas, se llevaron el brazo derecho primero, y el otro después.

"Una vez retiradas estas cuatro partes, los confesores bajaron para hablarle; pero su verdugo les dijo que había muerto, aunque la verdad era que yo veía al hombre agitarse, y la mandíbula inferior subir y bajar como si hablara. Uno de los oficiales dijo incluso poco después que cuando levantaron el tronco del cuerpo para arrojarlo a la hoguera, estaba aún vivo. Los cuatro miembros, desatados de las sogas de los caballos, fueron arrojados a una hoguera dispuesta en el recinto en línea recta del cadalso; luego el tronco y la totalidad fueron enseguida cubiertos de leños y de fajina, y prendido el fuego a la paja mezclada con esta madera.

... "En cumplimiento de la sentencia, todo quedó reducido a cenizas. El último trozo hallado en las brasas no acabó de consumirse hasta las diez y media y más de la noche. Los pedazos de carne y el tronco tardaron unas cuatro horas en quemarse. Los oficiales, en cuyo número me contaba yo, así como mi hijo, con unos arqueros a modo de destacamento, permanecimos en la plaza hasta cerca de las once."<sup>44</sup>

DAMIENS, había intentado matar a LUIS XV, Rey-Padre. Su cuerpo, ritualmente convertido en nada, es el espacio público de la guerra con el soberano; espacio disponible, espacio del monarca o lugar público de ejercicio del poder. El discurso surgido con la Revolución Industrial limita ese cuerpo como espacio privado por excelencia; indiscutiblemente protegido de ataques físicos: el cuerpo del hombre como espacio privado, surgimiento de los derechos humanos y las garantías del hombre como límites. Aquí nace la racionalización de ese poder desmedido, pues las nuevas relaciones de producción necesitan economizar, disciplinar, producir; nada es desechable. Surge el Derecho Penal. Limite que asegura que el cuerpo del hombre no se desecha, sino se transforma, se readapta para la producción y el trabajo. Se inventa el tiempo como medida del castigo.

Extracción de tiempo libre; tiempo necesario para disciplinar al hombre. El medio por excelencia es el encierro... "que oculta a la vez una metafísica de la ciudad y una política de la religión, se plantea como un esfuerzo de síntesis tiránica entre esa distancia que separa el Jardín de Dios y las ciudades que los hombres, expulsados del paraíso, han levantado con sus manos."<sup>45</sup>

---

<sup>44</sup> Idem, pág. 13 y ss.

<sup>45</sup> Foucault, Michel, *Historia de la Locura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2a. edición, v. I, 1976, pág. 32 y ss.

2.8 El movimiento de las luces, cuyo primer representante en el discurso penal fue CESAR BONNESANA, MARQUES DE BECCARIA, es producto de esta Revolución en las relaciones de producción y en las relaciones sociales de distribución del poder. Por ello condena lo que ya no tenía razón (económica) de ser. La sociedad tiene un nuevo fundamento, y este no está en el cielo sino en la tierra: la producción industrial en su forma burguesa, con la economía de medios y el beneficio como único fin.

BECCARIA no transforma los sistemas penales. Esta transformación, determinada por las nuevas relaciones de producción, fue descrita por él.

Es sorprendente que los autores modernos<sup>46</sup> de la teoría penal hayan sido ajenos, en sus opiniones, a las modificaciones en las relaciones de producción y hubiesen atribuido la transformación del sistema a una mágica humanización debida a Beccaria. Este optimismo impide desarrollar la crítica del sistema actual: cómo desechar el humanismo de las luces, contestan quienes no quieren ver la crisis del sistema penal. Esc humanismo ha sido arrollado por la industrialización y la tecnología postmoderna hace mucho tiempo. Tal vez la cuestión más apremiante sea rescatarlo; sin optimismo vacío.

“La institución carcelaria constituye la forma concentrada, ejemplar y simbólica de las instituciones de secuestro creadas durante el siglo XIX...

“La prisión se absuelve de ser tal porque se asemeja al resto de las instituciones de vigilancia, y al mismo tiempo absuelve a las demás instituciones de ser prisiones porque se presenta como válida únicamente para quienes cometieron una falta; ambigüedad que explica su éxito increíble, su carácter evidente y la facilidad con la que se le aceptó a pesar de que desde su aparición se sabía cuales eran sus inconvenientes y su carácter dañino y funesto.”<sup>47</sup>

El castigo requiere disciplinar y recae sobre el cuerpo sólo en esa medida; busca transformarlo en instrumento dócil. Este es el nacimiento del alma y sus ciencias: las ciencias psicológicas, con todas sus variaciones. Nace el alma moderna; no como un concepto religioso puro,

---

<sup>46</sup> “Este pequeño libro, cuya notoriedad e influjo sorprendieron a su autor y a sus inspradores, anatemiza con dureza singular los abusos de la práctica criminal imperante, exigiendo una reforma a fondo. BECCARIA, siguiendo a GROCCIO, proclama que la justicia humana es cosa muy distinta de la justicia divina; que la justicia penal no tiene nada que ver con la de Dios. La justicia penal encuentra su fundamento en la utilidad común, en el interés general, en el bienestar del mayor número.” Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal; la Ley y el Delito*, Abeledo Perrot, Argentina, Tercera Edición, septiembre de 1958, pág. 34.

<sup>47</sup> Carrancá Bourget, Víctor Antonio, *Principio de Legalidad o Instrumento de legitimación*, en la revista de análisis jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Intercontinental, México, 1991, pág. 59 a 74.

ni moral, sino como psique. Se disciplina el cuerpo como lugar y tiempo de la producción.

*El parecido en las instituciones de encierro es sorprendente: la fábrica que liga al aparato de producción; la escuela que fija a un aparato de transmisión de saber; el hospital psiquiátrico vincula a un aparato de corrección terapéutica y de normalización de los hombres. Todas vinculadas.*

“En consecuencia es lícito oponer la reclusión del siglo XVIII que excluye a los individuos del círculo social, a la que aparece en el siglo XIX, que tiene por función ligar a los individuos a los aparatos de producción a partir de la formación y corrección de los productores: trátase entonces de una inclusión por exclusión. He aquí por qué opondré la reclusión al secuestro; la reclusión del siglo XVIII, dirigida esencialmente a excluir a los marginales o reforzar la marginalidad, y el secuestro del siglo XIX cuya finalidad es la inclusión y la normalización...”

... “Lo verdaderamente nuevo e interesante es, en realidad, el hecho de que el Estado y aquello que no es estatal se confunde, se entrecruza dentro de estas instituciones. Más que instituciones estatales o no estatales habría que hablar de red institucional de secuestro... la red de secuestro dentro de la cual está encerrada nuestra existencia.”<sup>48</sup>

Esta red establece una racionalidad perversa: ...“el cuerpo está también directamente inmerso en un campo político; las relaciones de poder operan sobre él una presa inmediata; lo cercan, lo marcan, lo doman, lo someten a suplicio, lo fuerzan a unos trabajos, lo obligan a unas ceremonias, exigen de él unos signos. Este cerco político del cuerpo va unido, de acuerdo con unas relaciones complejas y recíprocas, a la utilización económica del cuerpo; el cuerpo, en una buena parte, está imbuido en relaciones de poder y de dominación, como fuerza de producción; pero en cambio, su constitución como fuerza de trabajo sólo es posible si se halla prendido en un sistema de sujeción (en el que la necesidad es también un instrumento político cuidadosamente dispuesto, calculado y utilizado). El cuerpo sólo se convierte en fuerza útil cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido.”<sup>49</sup>

Esta función de sometimiento, no va más allá de lo que moralmente denominamos bondad, nos enorgullecemos todos de ella a cada paso, pero la realidad es otra: ...“ el sometimiento no se obtiene por los únicos instrumentos ya sean de la violencia, ya de la ideología; puede muy bien ser directo, físico, emplear la fuerza contra la fuerza, obrar sobre

<sup>48</sup> Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, México, 1984, pág. 127 y ss.

<sup>49</sup> Foucault, *Vigilar...*, pág. 32.

elementos materiales, y a pesar de todo esto no ser violento, puede ser calculado, organizado, técnicamente reflexivo, puede ser sutil, sin hacer uso ni de las armas ni del terror, y sin embargo, permanecer dentro del orden físico. Es decir que puede existir un 'saber' del cuerpo que no es exactamente la ciencia de su funcionamiento, y un dominio de sus fuerzas que es más que la capacidad de vencerlas: este saber y este dominio constituyen lo que podría llamarse la tecnología política del cuerpo."<sup>50</sup>

"No se debería decir que el alma es una ilusión, o un efecto ideológico. Pero sí que existe, que tiene una realidad, que está producida permanentemente en torno, en la superficie y en el interior del cuerpo por el funcionamiento de un poder que se ejerce sobre aquellos a quienes se vigila, se educa y corrige, sobre los locos, los niños, los colegiales, los colonizados, sobre aquellos a quienes se sujeta a un aparato de producción y se controla a lo largo de toda su existencia. Realidad histórica de esa alma, que a diferencia del alma representada por la teología cristiana, no nace culpable y castigable, sino que nace mas bien de procedimientos de castigo, de vigilancia, de pena y de coacción. Esta alma real e incorpórea no es en absoluto sustancia; es el elemento en el que se articulan los efectos de determinado tipo de poder y la referencia de un saber, el engranaje por el cual las relaciones de saber dan lugar a un saber posible, y el saber prolonga y refuerza los efectos del poder."<sup>51</sup>

De aquí se deriva otro punto de coincidencia entre las instituciones de encierro: la moralización. Se busca generalizar la moral burguesa, resumida en el Código Penal. Hay una estrategia de moralización que refuerza la sumisión: todos aspiran a tener para ser; el status define nuestra existencia.

El tiempo del hombre debe ajustarse al aparato de producción, para que así éste pueda utilizarlo y explotarlo en su beneficio; existe una imperiosa necesidad de que todos los integrantes de la sociedad coloquemos nuestro tiempo a disposición de esa red de secuestro y de las instituciones que la constituyen. Tiempo acumulado en aprender, en trabajar, en readaptar, en curar. Tiempo acumulado en producir con una lógica que ha olvidado al hombre y su tiempo.

Una institución de encierro como lo sería la fábrica compra, por el precio de un premio, representado en el salario, el tiempo exhaustivo de la vida de los trabajadores que contrata, explotándolos de la mañana a la noche y de la noche a la mañana. Es esa precisamente la función del control.

---

<sup>50</sup> *Ibidem.*

<sup>51</sup> Foucault, *Vigilar . .*, pág. 36

2.9 Hasta ahora, estamos atrapados en la dialéctica eterna del amo y el esclavo. Pero con un discurso que ha logrado el "milagro" de la energía nuclear... Para matar al único milagro: al hombre.

Alma disciplinada, prisión del cuerpo.

Mito de la readaptación social: espacio aislar medicalizado que se ordena en función de la aplicación de una terapéutica. Aparecen los edificios ventilados, el espacio aséptico, la alimentación higiénica y las actividades sanas como nuevas medidas de control sobre aquellos quienes se encuentran reclusos en una institución de secuestro. Basta ver la pesadilla de nuestras prisiones de máxima seguridad para sentarnos a respirar, exhaustos, el aire de nuestra modernidad. Es la introducción de la domesticación de las personas. Es la sustitución del hombre por su silencio.

En la prisión "el poder no se oculta, no se enmascara, se muestra como tiranía llevada hasta los más ínfimos detalles, poder cínico y al mismo tiempo puro, enteramente en el interior de una moral que enmarca su ejercicio: su tiranía salvaje aparece entonces como dominación serena del Bien sobre el Mal, del orden sobre el desorden."<sup>52</sup>

Las instituciones de secuestro ejercen un poder de carácter epistemológico, de un poder que busca extraer un saber de y sobre los individuos que se encuentran sometidos.

La persona sometida es analizada, y con ello deja de ser libertad, y se transforma en un lugar-objeto de saber de donde se extraen síntomas y se refuerza el poder-saber sobre él, para reinscribirlo en nuevas y viejas formas y fórmulas de control. El saber científico se forma y se desarrolla a partir de la observación. Sujeción del hombre a una mirada que lo observa y no lo mira como igual.

¿Cómo es posible que partiendo de una teoría con la Racionalidad legalista del Derecho Penal como la de BECCARIA, se llegara a algo tan paradójico y tan lleno de inconvenientes como lo es la prisión?

En su momento, el nacimiento del manicomio como el de la prisión fueron revolucionarios; aparecieron amparados por el prestigio de la eficacia correccional y de la filantropía, sin embargo, reconozcámoslo o no, su fracaso es escandaloso. ¿Porqué?

Porque el discurso era falso.

---

<sup>52</sup> Foucault, *Microfísica*, pág. 81.

“En mi opinión, la prisión se impuso simplemente porque era la forma concentrada, ejemplar, simbólica, de todas esas instituciones de secuestro creadas en el siglo XIX. De hecho, la prisión es isomorfa a todas estas instituciones. En el gran *panoptismo* social cuya función es precisamente la transformación de la vida de los hombres en fuerza productiva, la prisión cumple un papel mucho más simbólico y ejemplar que económico, penal o correctivo. La prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida, una imagen transformada en amenaza. La prisión emite dos discursos: *He aquí lo que la sociedad es; vosotros no podéis criticarme puesto que yo hago únicamente aquello que os hacen diariamente en la fábrica, en la escuela, etc. Yo soy pues, inocente, soy apenas una expresión de un consenso social.* En la teoría de la penalidad o la criminología se encuentra precisamente esto, la idea de que la prisión no es una ruptura con lo que sucede todos los días. Pero al mismo tiempo la prisión emite otro discurso: *la mejor prueba de que vosotros no estáis en prisión es que yo existo como institución particular separada de las demás, destinada sólo a quienes cometieron una falta contra la ley.*”<sup>53</sup>

La realidad, aunque nos incomode, debemos describirla y reconocerla tal. Con este doble juego la prisión se absuelve de ser tal porque se asemeja al resto de las instituciones sociales y al mismo tiempo absuelve a las demás instituciones de ser prisiones porque es válida únicamente para aquellos que cometieron un delito.

El encierro controla el tiempo, la luz que se ve y el aire que se respira; raciona el hambre y limita (o enferma) la sexualidad.

¿Qué propongo? Reconocer que es un infierno lo que hemos creado y no el paraíso que seguimos proclamando. Hacerlo permitiría continuar en la búsqueda. De lo contrario seguiríamos jugando al cancerbero creyendo que hacemos ciencia.

---

<sup>53</sup> Foucault, *La verdad...* pág. 137.

CAPITULO TERCERO.  
EL DERECHO PENAL MÍNIMO COMO RESCATE DEL SENTIDO DEL ESTADO DE  
DERECHO.

*"Mi aspiración de derecho humano fundamental es algo sencillo y profundo, es algo vital derecho a pasearse, a trabajar, a comer, a pensar, a amar, a recordar y a no olvidar. Derecho legítimo de aspirar a morir en paz. No derecho a dominar, que en esencia es el antiderecho fundamental."<sup>51</sup>*

3.1 Los capítulos anteriores dan cuenta del resquebrajamiento del discurso racional que sostiene la frágil institucionalidad del Estado de Derecho. Ese discurso roto es el precedente de una grave crisis que invade al discurso teórico penal. El discurso del Derecho Penal *moderno* se ha convertido en protagonista de una crisis política e institucional sin precedentes.

Nunca, como ahora, la Razón moderna había sido golpeada por una realidad que la vacía a cada paso. Los cimientos están cuestionados por una crisis de tal magnitud que el discurso del Derecho Penal ha experimentado una conmoción que ha arrastrado a amplios sectores del mundo económico y financiero; pilares indiscutibles, hasta ahora, de la modernidad. México, con su frágil institucionalidad, se ha visto desbordado por esa crisis.

Esta crisis, legitimada por el poder, desde sus "*razones*" (casi todas, *sinrazones* de Estado) se ha sostenido gracias al endurecimiento de las instituciones punitivas, de exclusión y de encierro. Este endurecimiento se ha determinado a partir de una premisa absurda que atenta contra lo que el hombre ha pregonado y se ha marcado como destino: el olvido consciente, la función de olvido de la existencia del Otro. Olvido del diálogo y la escucha; de la auténtica democracia y del respeto a la diversidad; del ejercicio de la tolerancia como únicos vínculos entre los hombres que aspiran a ser ciudadanos. Estos ideales del proyecto moderno histórico están siendo relegados y nosotros, proyectos inconclusos a la ciudadanización del hombre, vamos siendo relegados y jugamos el papel de *extras* de esta catástrofe "*Racional*", con la que tristemente damos cuenta al siglo XXI, de nuestro afán de progreso en el XX.

---

<sup>51</sup> Idea tomada de Enzensberger, op. cit pág. 17.



El problema del sin sentido de la Razón, de tan severo parece patológico y su solución, de tan distante parece imposible.

El discurso penal no es la parte oscura y vergonzosa del discurso jurídico; por el contrario, constituye el principio y el fin de su último sentido. Un Derecho Penal que legitima la irracionalidad es un discurso que expande a todos los ámbitos sociales la ilegalidad, cuya crisis está a punto de estallar en nuestra sociedad. Sin Razón, sin sentido, sin mirar y sin escuchar las necesidades sociales, el orden jurídico no hace sino catalizar, con su absurdo papel, el estallamiento. Solo es cuestión de esperar.

Esta expansión perméa a la Nación completa, así de claro y de definitivo. Los partidos políticos, todos; la administración pública, en todos sus niveles; el sector privado del empresariado en todas sus formas; el sistema bancario y financiero en todas sus modalidades. A tal punto, que el problema de la corrupción liga a capas enteras de la población en esa práctica que ya define la forma de operar del sistema.

Con nombres y siglas se entiende lo que digo: Posadas, Colosio, Ruiz Massieu, Salinas, Marcos, CNB, Havre, El Divino, Cabal, FOBAPROA la Buenos Aires, Gutiérrez Rebollo, el Señor de los Cielos, EPR, Aguas Blancas, Muñoz Rocha, UCDO, Arizmendi, Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Córdova, intervención telefónica, de Prevoisin, financiamientos del PRI, elecciones del PRD, concertaciones del PAN, origen del PT, privatizaciones, desincorporaciones, TLC, certificación, FEADS, Acteal operación Casablanca, conflicto en la UNAM.

Esta crisis es espejo del caos generalizado, de nuestra incongruencia, de la falta de compromiso humanizado, de la despersonalización, del abismo en que nos hundimos como proyecto sin sentido. Es el problema del Estado contemporáneo, sucedáneo torpe o de un Estado absoluto en el poder punitivo o de un Estado ausente en la respuesta social. Un Estado que ha expandido sus funciones y su omnipresencia discrecional en la vida privada. Es el Estado del neoliberalismo que nada tiene de nuevo y menos de liberal. Este Estado ahora prescinde de la capacidad regulativa del Derecho, que poco a poco disminuye la efectividad de sus garantías, amplía la tendencia del poder político a liberarse de los controles jurídicos. Estado trasladado a sedes invisibles al control jurídico y extra institucionales.

Como muestra de esta absurda dualidad estatal (ausencia social y omnipresencia punitiva), se desdobra la crisis del Derecho Penal, tan grave

en México. En estos años de crisis la inflación legislativa<sup>55</sup> en materia penal solo es comparable con la crisis que ha generado. El discurso ha pretendido disimularse y hacerse imperceptible diciendo que lo hace en busca de sentido y en aras de ampliar las garantías individuales. Pero basta sufrir una imputación o una detención para darnos cuenta que nuestro sistema de Derecho Penal tiende a convertirse en el actor principal de un periodo de *emergencia* en el que las garantías individuales, extenuadas, han sido relegadas. Este periodo de *emergencia* nos habla con un lenguaje que revive viejos esquemas de legitimación. Se nos dice que solo así se puede enfrentar a la nueva criminalidad, hoy día organizada, cuando la verdad es que está organizada por encontrarse en proceso de ser institucionalizada. La crisis nos habla de una pérdida de las diferencias.

Crisis de la Razón<sup>56</sup>, porque el sistema no ha logrado fundar sus determinaciones en el conocimiento y en la realidad, sino en la mera autoridad. Crisis de la Razón porque esas decisiones autoritarias ignoran el sentido último de las penas y sus prohibiciones. Crisis de la Razón porque el poder político usa al Derecho, pero no se somete a él. Crisis de la Razón porque no hay congruencia entre nuestros ideales constitucionalizados, nuestras leyes materializadas y las tristes prácticas institucionalizadas.

---

<sup>55</sup> Como ejemplo basta hacer mención de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada de 1996, en cuyos antecedentes se encuentra influencia directa de leyes policiales, experimentadas desde hace tiempo en países como Italia y España; enténdase también por inflación penal la clasificación de delitos graves en los códigos procesales, así como las más recientes reformas al Código Penal (1999) en las que el legislador, en forma artera, atenta contra las garantías de defensa y de seguridad jurídica.

<sup>56</sup> De acuerdo con FERRAJOLI, de la palabra *Razón* podemos hablar en tres sentidos diversos, órdenes, fundamentos o justificaciones del Derecho Penal. El **primero** se refiere a la Razón en el Derecho. Se trata de la Racionalidad de las decisiones penales, es decir, del sistema de vínculos y reglas elaborado por la tradición liberal dirigido a fundar sobre el *conocimiento* antes que solamente sobre la *autoridad*, los procesos de imputación y de imposición de sanciones penales. Tal fundamento *cognoscitivo*, es el rasgo constitutivo del garantismo penal y para su correcta aplicación requiere ante todo, que la definición legislativa de la desviación punible, es decir, que la conducta descrita en el tipo penal se lleve a cabo con referencia a hechos empíricos exactamente denotados que puedan ser verificados y refutados y no a meros valores que no son ni verificables ni refutables. Así se da una justificación lógica al Derecho Penal y se parte, en principio, de la verdad para legislar y no para juzgar. De esta forma el modelo penal garantista equivale a un sistema de minimización del poder y de maximización del saber, pues, dentro de un procedimiento penal, condicionaría la validez de las decisiones y motivaciones, a la verdad, empírica y lógicamente obtenida. El **segundo sentido** de la palabra *Razón* se refiere al de Razón del Derecho. Se trata de la problemática de la justicia penal, de las justificaciones éticas y políticas de las decisiones acerca de la calidad, de la cantidad y sobre todo de la necesidad de las penas y de las prohibiciones. En efecto, el modelo penal garantista, con su planteamiento empirista y cognoscitivista, asegurado por los principios de estricta legalidad y estricta jurisdiccionalidad, se justifica como la técnica punitiva Racionalmente más idónea, ello como una alternativa a modelos penales autoritarios, e inflexibles. Todo ello se traduce en una sana práctica: democracia contra totalitarismo, que de por sí es una justificación ético política suficiente para la aplicación del Derecho Penal mínimo. El **tercer sentido** se refiere a la Razón de Derecho Penal. Es la coherencia interna de cada sistema penal, entre sus principios normativos superiores y sus normas y prácticas inferiores. Es un modelo Racional de legitimación interna, es la justificación de la aplicación del Derecho Penal a través de una lógica, a través de la congruencia entre leyes constitucionales y leyes inferiores.

La expansión de la ilegalidad en la vida pública no significa que la crisis deba ser el destino de mi país. A su lado, México ha generado una fuerte demanda social de instauración de la legalidad. En este sentido el Derecho y la justicia penal jugarán el papel decisivo en la definición de los principios democráticos que determinen nuestra vida diaria; en la contención de la crisis del sistema político y en la inscripción de la República como espacio de legalidad, de publicidad y responsabilidad política, de representatividad, y sobre todo, de control popular del funcionamiento del poder.

Un Derecho Penal incierto es el vehículo de la incredulidad. Una justicia ineficaz es la ruta de la corrupción y el arbitrio. Estos extremos que se creen soluciones son, paradójicamente, nuestro verdadero problema. El espectro punitivo recorre el orden social.

El Derecho Penal es el origen y la Razón del Estado de Derecho. Las garantías individuales y los Derechos humanos son su más preciado patrimonio y son el más decantado producto del talento del hombre en su incansable búsqueda por convivir en paz con los Otros. Ideal inalcanzado y tal vez inalcanzable pero que lleva inscrito al hombre con todas sus aspiraciones.

3.2 Ante esta afirmación de tan caras consecuencias, la respuesta, como dije, es el olvido; por ello es tarea urgente redefinir el sentido social de lo que por Razón entendemos.

La propuesta que formulo es la de un Derecho Penal mínimo o la mínima aplicación del Derecho Penal, con un máximo de respeto garantista para el reo por la instancia de acusación, así como por la instancia encargada de la jurisdicción.

Se trata de la construcción de un Estado de Derecho que tenga nuevamente como fundamento y fin al hombre como individuo con libertades que deben ser tuteladas frente a los dolorosos dispositivos con los que se ejerce el poder y que deviene en el abuso institucional que se padece, principalmente, a través de ese mecanismo de control conocido como sistema penal.

La propuesta por un Derecho Penal mínimo se basa en la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede

ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder.

Un buen comienzo, fundamento de un Estado Constitucional de Derecho, sería la extensión del principio de legalidad al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley, de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, dejándoles muy en claro que su función y razón de ser no es otra más que la tutela y defensa de los *derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados*. Ello implica redefinir al Derecho. En esta crisis, esto es casi una revolución; la revolución de vincular al Derecho y a su sentido social, los poderes públicos, su ejercicio, sus decisiones y también su contenido. Los únicos vínculos con sentido son las garantías de los ciudadanos.

Vínculo al Derecho y a la Razón implica evitar que el trabajo legislativo refleje conveniencias políticas; es ceñir al órgano de soberanía a la preocupación estatal por el destino y el futuro de la comunidad. Nada es más patético que la frase común *nada ni nadie está por encima de la ley*, pronunciada por quien la viola como ejercicio.

Decididamente tomo partido por la libertad, antítesis del poder; antítesis que a través de la historia ha demostrado que cuanto mayor es la primera, tanto menor, en forma inversa y proporcional lo es el poder.

¿Por qué no ampliar la libertad y restringir la opresión generada por el poder? ¿Por qué no permitir el goce de la máxima libertad posible, compatible con la misma libertad de todos los demás ciudadanos? Hay que advertir a quien pretenda adscribirse a estas preguntas, que la historia, las instituciones y el hombre van en sentido contrario.

Para NORBERTO BOBBIO<sup>57</sup> de la antítesis libertad-poder nacen todas las restantes. Comenzando, en la esfera específica del derecho penal, por la que se da entre modelo garantista y modelo autoritario, entre garantismo y decisionismo, y continuando con todas las que tienen conexión con ella: gobierno de las leyes -por lo que se entiende gobierno tanto sub lege como per leges, con la ulterior distinción, fundamental, entre mera legalidad y estricta legalidad- y gobierno de los hombres, estado de derecho frente a estado absoluto o despótico, formalismo frente a sustancialismo... derecho penal mínimo frente a derecho penal máximo, el derecho del más débil frente al derecho del más fuerte, en última instancia, certeza frente a arbitrio.

En las postrimerías del siglo XX, esta antítesis se nos muestra con toda su desnudez en el juego político que se oculta en la invisible violencia

---

<sup>57</sup> Ferrajoli, op cit pág. 14.

de la cultura del olvido. Cultura que lucha contra el esfuerzo de vincular los horrores y los errores al orden jurídico. El ex dictador Augusto Pinochet y el buen Juez Baltazar Garzón representan los extremos: gobierno de los hombres o gobierno de las leyes.

El sinsentido del Estado de Derecho en que está inmersa nuestra cultura es claro. Sin embargo, ello no justifica ni la anarquía ni la revolución violenta; representaciones gastadas que encubren un sinsentido mayor. Nuestro gastado Estado de Derecho ha creído que con su discurso, que entroniza los derechos de libertad y con el neoliberalismo, que cita puntualmente al mercado, es suficiente; sin embargo, olvida que un ideal del Estado de Derecho no solamente se hace con el reconocimiento de los derechos de libertad, sino con la indeclinable lucha por los derechos sociales de todo ciudadano. Sin ellos, la libertad es un arca vacía; sin ellos, la filosofía política no es más que un aburrido y peligroso discurso burocrático. La búsqueda de sentido en ese Estado ideal determina la inscripción del Derecho Penal mínimo como única forma de legitimación.

El Derecho Penal nace como un límite al arbitrio punitivo. ¿Cuesta mucho entenderlo?

Ha sido la lucha contra el despotismo punitivo, la intolerancia política y religiosa, sus sistemas penales y procesales y el arbitrio represivo la que definió los valores de la cultura jurídica: el respeto a la vida, a la libertad, a la persona, el reconocimiento de la separación entre derecho y moral, la tolerancia, la palabra para todos, la democracia, los límites a las actividades del Estado y la tutela de los derechos de los ciudadanos como fuente de su legitimación.

El garantismo refleja la prioridad del individuo sobre el Estado. Un Estado que ya no es un fin en sí mismo, sino solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y de seguridad social.

Derecho Penal mínimo es máximo respeto al garantismo. Constante lucha sobre aquellos espacios en los que el Estado de Derecho aún no se ha extendido. La desigualdad es el espacio abierto que reclama una mirada a eso que la modernidad ha construido. Paradigma de esta crisis en mi país: "ni los veo ni los oigo"<sup>58</sup>.

El principio racional de la garantía social quedó inscrito hace más de 200 años en el artículo 23 de la Constitución francesa de 1793: "la acción de todos para asegurar a cada uno el goce y la conservación de sus

---

<sup>58</sup> Palabras pronunciadas por el ex presidente de México, Carlos Salinas de Gortari.

derechos”<sup>59</sup>); o como magistralmente lo señaló JHERING: “la lucha por el Derecho se presenta como un deber a nosotros mismos y hacia los demás”<sup>60</sup>). Nuestra sociedad no solo no ha avanzado sino que ya no busca y ha olvidado la igualdad de oportunidades en el ámbito social.

Lo dijo BOBBIO: hoy día, la batalla en defensa del garantismo es una batalla de minorías en tanto que representa una batalla en contra del poder institucional.

El intento vale la pena. Estoy seguro que no alcanzar ese estado ideal (que precisamente por ser ideal es inalcanzable), de ninguna forma perdona no intentarlo; las experiencias logradas en el camino serían lo suficientemente aleccionadoras para asumir un compromiso con la vida y con el Otro.

3.3 En este contexto hay que entender que el delito no es, unívocamente, lo ontológicamente despreciable. Entendamos al delito como una carencia, carencia a la que el delincuente busca solución golpeando y golpeándose.

“La defensa del derecho penal equivale a la defensa de la *libertad* física de la transgresión en tanto que prohibida deónticamente pero no imposibilitada materialmente. Y el derecho penal, en aparente paradoja, se configura con una técnica de control que, con la libertad física de infringir la ley al precio de la pena, garantiza la libertad de todos.”<sup>61</sup>

El Derecho Penal debe ser rescatado no solamente como un mecanismo que garantiza la libertad física de transgredir, sino que, además, debe garantizar la libertad moral o subjetiva de la transgresión, que en un sistema carente de garantías, quedaría anulada. Debemos concebir y entender al Derecho Penal como un espacio abierto para la transgresión, sin el cual no hay posibilidad de responsabilidad que legitime la reacción de política penal.

Esta paradoja del Derecho Penal como un instrumento o medio, y nunca como fin, posibilita la libertad como certeza de las expectativas, como inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, como facultad de poder hacer o pensar y, antes aún, de ser quien se quiere ser. Pocos son los individuos que socialmente tienen una verdadera certeza de expectativas; pocos son quienes tienen inmunidad Racional frente al arbitrio; pocos son los que pueden hacer o pensar y menos los que pueden ser quienes quieren ser. En México hay cincuenta millones de seres humanos en la miseria. “Civilización donde las cosas importan cada vez

---

<sup>59</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 19

<sup>60</sup> Ibidem.

<sup>61</sup> Ferrajoli, op cit pág. 339.

más y las personas cada vez menos, los fines han sido secuestrados por los medios”<sup>62</sup>

El Derecho Penal mínimo implica una forma jurídica de prohibición y de imposición de la pena, que posibilite la libertad y la seguridad general, incluida la de los reos. El Derecho Penal garantista tiene un doble fin, que se traduce en la prevención de los delitos y en la prevención de las reacciones informales a los delitos. Reacciones informales que no son sino espacios de la venganza, aunque se le pretenda adornar con el discurso que sea: readaptación, normalización y resocialización; todos campos abiertos y de salida a la venganza. Verdadero y único motivo de cualquier castigo.

“La idea de que un sistema racional de penas ciertamente aflictivas tiene el fin de minimizar las penas informales y más aflictivas que se producirían de otro modo, puede parecer una paradoja sólo a quienes hayan olvidado el carácter *artificial* del derecho penal hasta un punto tal como para considerarlo poco menos que un fenómeno natural... el derecho penal representa el máximo esfuerzo llevado a cabo para minimizar y disciplinar el arbitrio y el abuso punitivo.”<sup>63</sup>

El Derecho Penal es necesario (sin que con ello quiera decir que es un mal necesario), para que no se viole el conjunto de garantías mínimas que tutelan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se produce entonces una paradójica convergencia entre la corriente del abolicionismo y la del justificacionismo, en relación con la legitimación de esa tan debatida y modernamente considerada, obsolescencia, conocida como Derecho Penal.

Los sistemas punitivos modernos se han transformado en sistemas cada vez más informales y cada vez menos penales. Es ese el problema penal de nuestro tiempo: la crisis que vive nuestro sistema. Hoy parece no haber nada que permita separar ese conjunto de formas y garantías que deberían distinguir al Derecho Penal, de formas de control social que constituyen a una sociedad salvaje o a una disciplinaria. Tal parece que hoy en día la verdadera utopía no es encontrar una alternativa al Derecho Penal, sino el Derecho Penal mismo y el respeto a las prerrogativas fundamentales de los ciudadanos.

A final de cuentas el problema se ha convertido en la búsqueda de la técnica normativa más idónea para minimizar no solamente la violencia punitiva estatal, sino la violencia de la sociedad en general. Un sistema penal se puede justificar solamente si logra minimizar la violencia en la sociedad, y solamente alcanzará dicho fin en la medida en que satisfaga

<sup>62</sup> Galeano Eduardo, *Patas Arriba. La escuela del mundo al revés*. Siglo XXI editores, 1998, pág. 255.

<sup>63</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 341

las garantías penales y procesales fundamentales de los ciudadanos, pues es precisamente el respeto por esas garantías la condición de justificación del Derecho Penal.

Esto no quiere decir que el Derecho Penal sea el único medio a través del cual se puede lograr dicha protección garantista, sin embargo, sí representa un reconocimiento al hecho real de que, por el momento, la humanidad no ha sido capaz de crear un sistema alternativo que funcione. Es por ello que debemos trabajar con lo que tenemos, y no conformarnos con su funcionamiento; por el contrario, debemos hacer un ejercicio cotidiano de crítica y autocrítica para darnos cuenta no solamente que el sistema es imperfecto sino que además puede y debe mejorar.

El progreso de un sistema político se puede medir por su capacidad de tolerar la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones personales y sociales no resueltas, y por otro lado, también por su capacidad de prevenirla sin medios punitivos o autoritarios, buscando desaparecer sus causas reales. La respuesta de un sistema político comprometido con la sociedad sería la de prevenir los delitos a través de medios no punitivos, dirigidos a atacar las causas sociales de la criminalidad. Un buen comienzo sería ver al delito no como el problema en sí, sino como el efecto de una serie de causas sobre las que todos compartimos responsabilidad.

La reducción del Derecho Penal está justificada sólo por cuanto hace a su intervención punitiva, mas no por cuanto a su forma jurídica. Mientras en el mundo sigan existiendo los tratamientos punitivos y las técnicas institucionales de prevención, y mientras estas tengan una constante presencia y afectación en los derechos fundamentales de los ciudadanos, su justificación como sistema de castigo solamente residirá en las garantías penales y procesales que los asistan. "Incluso en una improbable sociedad perfecta del futuro, en la que la delincuencia no existiese o en cualquier caso no se advirtiera la necesidad de reprimirla, el derecho penal, con todos sus códigos de garantías, debería, a pesar de todo, seguir existiendo para aquel único caso que pudiera producirse de reacción institucional coactiva a un hecho delictivo."<sup>64</sup>

Es entonces la tolerancia a lo distinto lo que marca la pauta en una sociedad para hacer frente a la violencia delictiva, por tanto, en una sociedad evolucionada y tolerante, en la que la tasa de violencia sea baja, no se justifica un Derecho Penal severo.

Porque la ley penal incide en la libertad personal de los ciudadanos, está obligada a vincular a sí misma, a través de la verdad jurídica exigida a

---

<sup>64</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 343.



las motivaciones judiciales, la substancia o el contenido de los actos que la aplican.

En una sociedad barbara, en donde el grado de violencia, de ofensas y de venganzas son altos, será también alta la violencia institucional necesaria para la prevención y represión. Por el contrario, en una sociedad tolerante, en la que el grado de violencia sea bajo, no se justificaria un Derecho Penal represor. Esta distinción genera una diferencia abismal entre la aplicación del Derecho Penal en un Estado de Derecho, como estricta legalidad, y su aplicación como mera legalidad: es la diferencia entre garantismo y autoritarismo, entre formalismo y sustancialismo jurídico, es decir, entre Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo.

Para la configuración del delito se exige la existencia de la ley, sin embargo, también se exige una técnica legislativa específica que configure válidamente los elementos constitutivos del delito. Es precisamente este principio, el de estricta legalidad, el que debería incluirse en nuestro artículo 16 constitucional, en el que se señala la necesaria fundamentación y motivación de todo acto de molestia que genere una autoridad. De esta manera podemos dar un sentido de igualdad distinto del que se ha venido dando a la aplicación de las leyes: yo ciudadano te lo prohibo en tanto que yo no lo hago.

3.4 Preguntas fundamentales dentro de un sistema de Derecho Penal mínimo, es decir, en el que se busque la mínima aplicación del Derecho Penal, son: ¿cuándo prohibir?, ¿cuándo castigar?, ¿cuándo prohibir penalmente mejor que civil o administrativamente?

Las respuestas no son sencillas. Aún en el sistema de mínima aplicación del Derecho Penal habrá errores, pues la justicia perfecta no existe.

De acuerdo con KANT, quien sabía pensar, la única tarea del Derecho es la de hacer compatibles entre sí las libertades de cada uno. Como se propone, el Derecho Penal debe responder sólo al objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia. Las únicas prohibiciones penales justificadas, las prohibiciones mínimas necesarias, son las establecidas para impedir comportamientos lesivos, que añadidos a las reacciones informales, como lo sería la venganza privada, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos, que las generadas institucionalmente por el Derecho Penal.

...“Si la valoración de la interioridad de la moral y de la autonomía de la conciencia es el rasgo distintivo de la ética laica moderna, la reivindicación de la absoluta licitud jurídica de los actos internos y, aún más, de un derecho natural a la inmoralidad es quizá el principio más

auténticamente revolucionario del liberalismo moderno. Observado *en negativo*, como límite a la intervención penal del estado, este principio marca el nacimiento de la moderna figura del *ciudadano*, como sujeto susceptible de vínculos en su actuar visible, pero inmune, en su ser, a límites y controles; y equivale, por lo mismo, a la tutela de su *libertad interior* como presupuesto no sólo de su vida moral sino también de su *libertad exterior* para realizar todo lo que no está prohibido. Observado *en positivo*, se traduce en el respeto a la *persona humana* en cuanto tal y en la tutela de su identidad, incluso desviada, al abrigo de prácticas constrictivas, inquisitivas o correctivas dirigidas a violentarla o, lo que es peor, a transformarla; y equivale, por ello, a la legitimidad de la disidencia e incluso de la hostilidad frente al estado; a la tolerancia para con el distinto, al que se reconoce su *dignidad personal*; a la *igualdad* de los ciudadanos, diferenciables sólo por sus actos, no por sus ideas, sus opiniones o su específica diversidad personal.<sup>65</sup>

No es tarea del Derecho sancionar o imponer la moral, ni estigmatizar la maldad humana, sino la de razonablemente prevenir y prohibir acciones dañosas. Es el Derecho el que debe reconocer y tutelar quizá aquél que es más importante: el Derecho a ser uno mismo y a seguir siéndolo, esto es, el Derecho a la libertad interior y a la propia identidad no importando si es malvada, inmoral o incluso peligrosa. Retomemos el valor del *Derecho a... ser quien se quiere ser*, y dejemos a un lado el *derecho de... o el derecho sobre...*, que denota propiedad, que representa una forma de apropiación, de control, de dominio sobre el Otro.

Ejemplo de la intromisión estatal a través de la legislación penal lo es el artículo 21 del Código Punitivo para el Distrito Federal que define la *delincuencia habitual* cuando ...“el reincidente en el mismo género de infracciones comete un nuevo delito procedente de la misma *pasión o inclinación viciosa...*”<sup>66</sup>

Los términos aquí utilizados por el legislador no solamente son vagos y subjetivos, sino que además son una puerta abierta para que la autoridad cometa arbitrariedades; irrumpen violentamente en ese Derecho del que ya hablaba, el Derecho a la libertad interior, el Derecho a ser uno mismo y a seguir siéndolo. Quizá en el caso concreto debamos redefinir lo que es la *delincuencia habitual* y substituir el término por alguno menos valorativo de la interioridad del sujeto. En México se debe juzgar por hechos que se reputen como delito, no por quién se es, ni mucho menos deducir de dónde provienen los actos y pasiones de cada cual.

---

<sup>65</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 481

<sup>66</sup> Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, Vigésimo primera edición, México, Editorial Porrúa Hnos. y Cia, 1998, pág 155.

Este aspecto subjetivista del Derecho Penal conlleva rasgos totalitaristas que deben ser erradicados. La subjetivación de las formas de desviación son características propias de sistemas de policía, como aquellos adoptados a través de sistemas en los que se aplica el Derecho Penal de emergencia. Se valora a la persona en su interioridad y de acuerdo con su grado de peligrosidad o el de su arrepentimiento. Se han generado criterios, por supuesto subjetivos, para decidir sobre la duración y reducción de la pena de prisión, así como sobre los beneficios que deben o no recibir los reos. Ello no es más que la administrativización del sistema penal, medida que le resta atribuciones a la función judicial.

Al delincuente no se le debe ver como distinto, ni como enfermo, ni como un animal peligroso, ni como un enemigo al que hay que investigar su personalidad malvada y al que hay que combatir. No. Al delincuente hay que entenderlo y comprenderlo porque no es distinto a nosotros, somos él y él es nosotros. Es nuestra exacta medida. A través de la tolerancia de lo diferente, de lo distinto a nosotros, de la no estigmatización y del entendimiento del Otro, podremos lograr no solamente concientizarnos de quienes somos, sino que además, representará un paso importante hacia un trato humano, digno y de respeto para aquellos a los que se les culpabilice de haber cometido una conducta calificada como ilícita, logrando quizá comprender también sus motivos.

Cuando digo que jurídicamente solamente deben ser exigibles los modos de actuar y no los modos de ser, ello implica la tolerancia y el respeto por lo que cada uno es o puede ser, pues es esto precisamente lo que constituye la identidad humana, es el respeto por la persona.

“El infausto precepto bíblico: no permitirás vivir a las brujas, puede ser considerado como prototipo de las normas penales constitutivas. Las normas penales constitutivas, en efecto, no vetan, castigan inmediatamente. O, si se quiere, no prohíben actuar sino ser. Este esquema ha sido reproducido infinitas veces en la no siempre edificante historia del derecho penal. Una y otra vez el lugar de las brujas ha sido ocupado por los herejes, los judíos, los infieles y, en la época moderna, por las clases y sujetos peligrosos, por ociosos y vagabundos, por los proclives a delinquir y los dedicados a tráficos ilícitos, por los enemigos del pueblo y los subversivos, por camorristas y mafiosos o por otros tipos de autor o de delincuente.”<sup>67</sup>

La igualdad penal es un presupuesto para la tutela de la dignidad del hombre, pues presupone que todos los hombres somos iguales penalmente en cuanto que debemos ser castigados por lo que hacemos y

---

<sup>67</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 504.

no por lo que somos, es decir, solamente nuestras acciones, y no nuestra distinta personalidad pueden ser tipificadas y culpabilizadas como desviadas. Por el contrario, las normas penales constitutivas implican desigualdad y discriminación. Al reprimir la identidad desviada, independientemente de la acción realizada, se expresa la intolerancia para con las personas identificadas por características intrínsecas y clasificadas por cualquiera que sea el criterio para su diferenciación, como anormales, o sencillamente distintas.

“Decir que son exigibles sólo los modos de actuar y no los modos de ser quiere decir que no se puede imponer penalmente a una persona que sea o llegue a ser distinta de como es, y que se le debe tolerar y respetar por lo que es, sea como sea. Y precisamente en este respeto a lo que cada uno es o puede ser, y que constituye la identidad humana, consiste el respeto a la persona o, mejor aún, a la humanidad de la persona.”<sup>68</sup>

La presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre el órgano que formula la acusación y el juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa, son garantías procesales que con las garantías penales de estricta legalidad, de estricta jurisdiccionalidad y con presupuestos del delito bien definidos, como la acción, la lesión y la culpabilidad, se conjuntan y hacen posible pensar en un sistema ideal de mínima intervención penal en la vida de los ciudadanos, así como de máxima imparcialidad, veracidad y control en el respeto por las garantías individuales. Las garantías penales y las procesales son importantes y tienen valor por sí mismas, sin embargo, juegan un doble papel de importancia ya que también valen unas y otras, como garantía recíproca de su efectividad.

Las garantías individuales señaladas aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también una verdad garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el Derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por el contrario, el proceso típicamente inquisitivo busca una verdad sustancial, que se configura como una verdad máxima, perseguida sin límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas. Aquí, el fin de obtención de la verdad (sea cual fuere), justifica los medios (sean los que fueren); mientras que en un sistema de respeto garantista es el fin el que (al estar fundado y garantizado por los vínculos descritos) está legitimado por los medios. Por eso las garantías procesales se configuran no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad.

---

<sup>68</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 505.

La averiguación previa, figura excluida de los sistemas acusatorios, tiene como característica que suele acompañarse de métodos inquisitivos para la obtención de verdades prefabricadas. En México, la averiguación previa se ha vuelto una trampa y un obstáculo para la aplicación de garantías como la de estricta legalidad o las ya señaladas de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre el órgano que formula la acusación y el juez, la carga de la prueba y el derecho del acusado a la defensa. En la etapa de averiguación previa, el agente del ministerio público (con minúscula, que conste), la institución de buen fe, la representación social, la procuraduría, el titular del ejercicio de la acción penal, emiten juicios de valor, juzgan y prácticamente condenan al reo al desahogar pruebas por sí, y ante sí.

El desahogo de pruebas es una etapa que debería estar bien delimitada, y sobre todo, que debería desempeñar exclusivamente otro órgano como lo es el juez. Si el agente del ministerio público insiste en un procedimiento inquisitivo de desahogo de pruebas, por sí y ante sí, entonces no solamente deberían estar presentes las partes, sino que además se debería facultar a los abogados para actualizar la garantía de defensa del acusado, en igualdad de circunstancias que el órgano de la acusación. Es también característico de los sistemas inquisitoriales y de la averiguación previa el que la actividad de investigación de esa verdad, sea secreta; el papel del defensor resulta irrelevante y en muchas ocasiones, lo que es peor, se considera como un obstáculo. Finalmente, en sistemas de corte inquisitorial, no se juzga el hecho delictivo como tal, sino que llegan a emitirse juicios de valor sobre la personalidad criminal del reo.

En México, ya se dijo, sufrimos el llamado proceso mixto: un monstruo nacido de la unión del proceso acusatorio y del inquisitivo.

El proceso mixto es predominantemente inquisitivo en la primera fase, en la fase de averiguación previa, caracterizándose por ser estricta, secreta, dominada por la acusación pública, y en la que no hay una participación ni del imputado ni de la defensa, en igualdad de circunstancias que las de la propia acusación. Se puede describir como mixto pues, es tendencialmente acusatorio en la fase sucesiva a la averiguación previa, es decir, en la del juicio, caracterizado por el contradictorio entre las partes, con una participación más activa de la acusación y la defensa, pero destinado a convertirse en una mera repetición o escenificación de la primera fase. Cualquier abogado defensor que haya litigado en las procuradurías de nuestro país, me dará la razón.

En sistemas (como el acusatorio) en los que las investigaciones se encuentran delimitadas, definidas y se practican a través de un procedimiento cognoscitivo de hechos, el fundamento, la justificación, la

legitimidad, y sobre todo la validez del trabajo y de los pronunciamientos del poder judicial residen no en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la verdad aproximada o relativa que asume como base de sus pronunciamientos. Se trata pues de un sistema fundado en el contradictorio y en el que las imputaciones, los actos jurisdiccionales, los dictámenes periciales, los informes, los requerimientos, los alegatos de la defensa, los autos y, sobre todo, las sentencias, se hacen constar de proposiciones asertivas susceptibles de verificación y de refutación, controladas a través de presupuestos tan elementales pero a la vez tan complejos como lo son las pruebas, garantizando de esta manera un equilibrio procesal entre acusación y defensa.

3.5 El valor de la verdad representa la legitimación de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho.

Las resoluciones dentro del ámbito del Derecho Penal, acogiendo las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad exigen no solo una fundamentación en preceptos normativos, sino además una fundamentación y motivación de acuerdo con un procedimiento cognoscitivo de los hechos y en consecuencia, de la verdad.

Es el nexo entre verdad y validez el que justifica los actos jurisdiccionales y representa además el fundamento teórico de la división de poderes y de la independencia del poder judicial en un moderno Estado de Derecho. La actividad cognoscitiva no puede estar condicionada ni comprometida con otros imperativos que no sean los de investigación y obtención de la verdad ya que de lo contrario, estaría comprometida con algo distinto que no hace mas que obstaculizar dicha labor; me refiero a la autoridad. La investigación cognoscitiva de los hechos debe revestir el carácter necesariamente libre y desinteresado de la investigación de lo verdadero.

La crisis generalizada de la Razón, por la que atravesamos, exige una reflexión y análisis jurídicos y filosóficos, urgentes, sobre el Derecho Penal y su lenguaje.

Las garantías de un modelo cognoscitivista dependen en gran medida de la semántica del lenguaje legal y jurisdiccional adoptado por un sistema penal. La revisión y el análisis de dicho lenguaje puede constituir un instrumento preciso de crítica sobre las facultades y atribuciones que desempeñan nuestras autoridades en la materia. La crítica al lenguaje utilizado por los legisladores, por los agentes del ministerio público y por los jueces, no generaría mas que una evolución, una mejora en las técnicas legislativas, en las técnicas de investigación y de persecución de los delitos, así como en las técnicas judiciales de aplicación de la pena,

haciéndolas más rígorosas, sin que con ello deba entenderse un aumento en la penalidad.

De esta manera se va formando Racionalmente un sistema penal de respeto garantista. De esta forma el proceso penal asume el carácter Racional que lo debe caracterizar.

En un sistema penal ideal, el máximo respeto por este principio garantista y su aplicación, con sus lógicas consecuencias, permitiría incluso la supresión de medidas como la prisión preventiva. Es este un principio fundamental que denota civilidad en un país; es un triunfo garantista que tutela la inmunidad de quienes son inocentes, a pesar de la imputación que se formula en su contra, incluso asumiendo el costo social y político que traería la impunidad de algún culpable.

Son los intelectuales, los políticos, los juristas, los legisladores y los ciudadanos en general quienes tenemos en nuestras manos la responsabilidad de defender y consolidar valores como lo son la tolerancia a lo distinto y la libertad personalísima de ser quienes queremos ser; valores fundamentales en una sociedad civilizada.

En México se ha utilizado al Derecho Penal como remedio para todo tipo de infracción, ya sea que esta afecte el orden social, el sistema político o económico e incluso se utiliza para sancionar las más minúsculas transgresiones. Todo como consecuencia de la ineficacia en los controles y sanciones no penales. De esta manera el Derecho Penal, y el poder judicial suplen las demás funciones del Estado, es decir, las funciones políticas, las de gobierno y las administrativas, lo que necesariamente trae como consecuencia un incremento en el número de asuntos penales. La llamada justicia penal ha llegado a una inflación desmesurada, adquiriendo ya dimensiones patológicas, amenazando el papel garantista de la propia justicia penal, comprometiendo su eficiencia y dirigiéndola hacia formas de Derecho Penal máximo.

Para que exista imparcialidad, independencia, tolerancia y libertad, además de contar con la convicción intelectual personal, también se debe contar con un cambio estructural del sistema, una separación respecto de la acusación, una verdadera separación entre los poderes del Estado, de tal forma que el poder judicial sea un contra poder respecto del poder legislativo y del ejecutivo. Es así como se da el contradictorio, con la paridad de las partes ante el juez, es decir, con la triada procesal entre órgano de acusación, defensa y juez.

Para ello no solamente es indispensable que el juez no tenga funciones acusatorias, sino que tampoco la acusación pública tenga funciones judiciales. Se debe frenar la tendencia invasora del ministerio

público y no debe contar con otra función que no sea la de acusar. Para que la contienda se desarrolle justamente, es necesaria la perfecta igualdad de las partes; es decir, la defensa debe estar dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación y se le debe admitir su papel de contradictor en todo momento y grado del procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deberían incluirse instrumentos jurídicos que posibiliten el Derecho Penal mínimo. Para ello podríamos comenzar señalando que los costos penales, en términos de privación de libertad, deben ser un mal menor respecto del mal mayor representado por las lesiones que pretende evitar.

Es bien sabido en las escuelas de Derecho que la teoría, hablando del Derecho Penal, es mucho más bonita que la práctica. El desgaste de nuestra justicia penal responde no sólo a razones legislativas, sino a la divergencia que existe entre el deber ser y el ser del Derecho, es decir, atiende a una crisis de la Razón jurídica que provoca una realidad práctica que invoca a la nunca extinta tradición penal inquisitiva.

El crecimiento desmesurado del control penal se debe a la corrupción de la clase política, al crecimiento de organizaciones criminales, principalmente relacionadas con el narcotráfico, a la inflación legislativa, ya sea por desconocimiento de otros medios de control, como pudieran ser los administrativos, o por su falta de efectividad, tendiendo con ello a sancionar penalmente toda infracción. De esta manera, la intervención penal se ha transformado en la principal forma de control y de *solución* sobre la actuación de los poderes públicos y privados.

Por supuesto que esta inflación en el Derecho Penal ha incidido directamente sobre la estructura garantista, favoreciendo su vulneración y ampliando su violación, así como la ya señalada divergencia entre la normatividad, la teoría y su efectividad práctica. Lo que a final de cuentas está en crisis es la certeza del Derecho y la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. El Derecho Penal debe ser un recurso ya no de *última ratio*, sino de *extrema ratio* respecto de otro tipo de formas de establecer una responsabilidad y un castigo, como los medios civiles y los administrativos. No deben ser más que exclusivamente los derechos e intereses que revistan el carácter de fundamentales, los que deben tutelarse o protegerse a través del Derecho Penal; para ello es urgente una revisión constitucional y legal de los mismos a efecto de determinar con un criterio de Racionalidad, cuales nos son verdaderamente indispensables como seres humanos y como ciudadanos insertos en la democracia y en la modernidad.



La inflación del Derecho Penal es hoy día una patología social, sin embargo, no olvidemos que la conquista garantista ha nacido en contra de los atropellos policiales dando forma así al Derecho público. Dentro de la óptica del Derecho Penal mínimo, el comienzo de una solución que se antoja lejana, consiste en hacer un replanteamiento Racional de los límites del Derecho Penal, para después intentar una reducción general de la penalización de conductas calificadas como ilícitas. Dentro de nuestra codificación penal es clara la distinción que ha hecho el legislador para los delitos calificados como graves, para aquellos que no lo son y para aquellos en los que incluso la pena es alternativa. ¿Por qué no intentarlo?, ¿Por qué no reducir los límites máximos para las penas de privación de la libertad a unos que sean humanamente tolerables?

Una medida de esta naturaleza produciría la simplificación radical del sistema penal que buscamos, aumentando a la par su Racionalidad y exigiendo su observancia únicamente como instrumento de tutela de bienes fundamentales.

El sistema garantista es un modelo límite y en la actualidad afortunadamente cada vez menos podemos hablar de sistemas antiguarantistas, ya que más bien se habla de grados de garantismo, sin embargo, vicio común en el garantismo es la distinción que del mismo se hace en el modelo constitucional y normativo y su funcionamiento efectivo en la práctica. En efecto, la Constitución Política de un país puede ser avanzadísima, de acuerdo con los derechos que tutela, sin embargo, a pesar de ello, puede carecer de "técnicas coercitivas -es decir, de *garantías-* que permitan el control y la neutralización del poder y del derecho ilegítimo."<sup>69</sup>

El garantismo invita a la duda, estimula la crítica y el cuestionamiento sobre la validez de la ley y su aplicación; se trata de un parámetro de Racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva en la vida de los gobernados. Ya desde la Ilustración se esbozaban las reglas primarias de relación de convivencia entre Estado y ciudadano, reglas de mayoría y minoría, pues, queda claro, que incluso la democracia más perfecta, la más representativa, sería un régimen absoluto o totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Es por ello que debemos darnos cuenta que los extremos del totalitarismo y del abolicionismo, a final de cuentas, se tocan.

A pesar de que hasta ahora la democracia ha establecido las mejores reglas para determinar quién puede decidir y cómo debe decidir, no es suficiente para legitimar cualquier decisión. "Ni siquiera por unanimidad puede un pueblo decidir o consentir que se decida que un hombre muera o

---

<sup>69</sup> Ferrajoli, op cit. pág 852.

sca privado sin culpa de su libertad, que piense o escriba, o no piense o no escriba de determinada manera, que no se reúna o no se asocie con otros, que se case o no se case con cierta persona o permanezca indisolublemente ligado a ella, que tenga o no tenga hijos, que haga o no haga tal trabajo u otras cosas por el estilo. La garantía de estos derechos vitales es la condición indispensable de la convivencia pacífica. Por ello, su lesión por parte del estado justifica no simplemente la crítica o el disenso, como para las cuestiones no vitales en las que vale la regla de la mayoría, sino la resistencia a la opresión hasta la guerra civil. (Sobre cuestiones de existencia), se ha dicho, (no nos dejamos poner en minoría).<sup>70</sup>

Hoy, en México podemos distinguir uno de estos derechos, a veces llamado derecho de rebelión, positivizado, y previsto en el artículo 39 constitucional dentro del capítulo *De la Soberanía Nacional y de la Forma de Gobierno*, en el que se señala:

“Artículo 39. La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno.”<sup>71</sup>

Es a través de la constitucionalización y positivización de deberes públicos cuando los derechos naturales pasan a ser derechos inviolables y cambia así la estructura del Estado. En la medida en que dichas obligaciones sean exigibles, forman las garantías de los ciudadanos. Es así como se produce la transformación del Estado absoluto en Estado de Derecho. “El llamado contrato social, una vez traducido a pacto constitucional, deja de ser una hipótesis filosófico-política para convertirse en un conjunto de normas positivas que obligan entre sí al Estado y al ciudadano, haciendo de ellos, dos sujetos con soberanía recíprocamente limitada.”<sup>72</sup>

Las garantías individuales, pero principalmente las penales no deben ser otra cosa que prohibiciones inderogables; es decir, prohibiciones para castigar, para privar de la libertad o de la vida, para registrar e incluso para sancionar. Deben concurrir las condiciones previamente establecidas por la Constitución y las leyes, en garantía de los ciudadanos frente al uso y los abusos de poder, no sólo de los organismos estatales sino también frente a los poderes privados. Se trata, si se quiere ver de esta manera, de la maximización de las libertades y de la minimización de los poderes.

---

<sup>70</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 852.

<sup>71</sup> *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 100a. edición, México, Editorial Porrúa Hnos. y Cía, 1993, pág. 39.

<sup>72</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 860.

El progreso del Estado de Derecho y de la democracia depende del desarrollo de las garantías capaces de hacer realidad el respeto a los derechos fundamentales de los ciudadanos.

De esta forma queda clara la relevancia que cobra el principio de legalidad, ya que se configura como el principio constitutivo de la experiencia jurídica moderna; es fuente de legitimación de las normas jurídicas vigentes, así como de las válidas; es este principio constitución y fundamento del Derecho positivo moderno y del moderno Estado de Derecho.

“El Estado no es ni un valor, es antes bien un producto fabricado por los hombres, (pues es mediante el arte) -son palabras de HOBBS- (como se crea ese gran LEVIATÁN que llamamos República o Estado, en latin *civitas*, y que no es otra cosa que un hombre artificial. Es éste de mayor estatura y fuerza que el natural, para cuya protección y defensa fue concebido; de modo que vale en tanto en cuanto sirva a los (hombres naturales) que con su acuerdo lo produjeron y no vale nada y deberá incluso ser transformado, remodelado y si fuera necesario demolido en el caso de alzarse contra ellos.”<sup>73</sup>

La incorporación de los derechos fundamentales de los ciudadanos a las normas constitucionales son los vínculos que condicionan la validez jurídica de toda la actividad del Estado, pero principalmente en orden a las relaciones entre ciudadano y Estado, entre derechos fundamentales y poder.

3.6 Como quedó dicho, los principios sobre los que el Derecho Penal funda su modelo garantista son la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el contradictorio entre partes y la presunción de inocencia. Todos fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal madurada en el siglo XVIII.

Sin embargo, principalmente son dos los elementos a partir de los cuales se debe concebir un sistema que se precie de respetar las garantías penales y procesales de los ciudadanos; el primero, se refiere a la definición legislativa y el segundo, a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible.

El primero de estos elementos resulta del principio de estricta legalidad en la determinación abstracta de lo que es punible. Para definir lo desviado, el legislador debe analizar no solamente la parte formal o legal del criterio de definición sino además el aspecto fáctico de las hipótesis de desviación que va a definir. “La desviación punible, según la primera

---

<sup>73</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 883.

condición, no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva o similares. Es más bien formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de la pena, según la clásica fórmula *nulla poena et nullum crimen sine lege*. Por otra parte, conforme a la segunda condición, la definición legal de la desviación se debe producir no con referencia a figuras subjetivas de *status* o de autor, sino sólo a figuras de comportamiento empíricas y objetivas, según la otra máxima clásica *nulla poena sine crimine et sine culpa*.<sup>74</sup>

La combinación de ambos elementos traen como consecuencia el sometimiento absoluto, primeramente, del ministerio público investigador, y en segundo lugar, del juez, a la ley. Conforme a ellos, no se pueden calificar como delitos todos o solamente las conductas que determinada persona considera inmorales sino que solamente se encuentran facultados para hacerlo, con independencia de sus valoraciones, en los casos en que están designados por la ley como presupuestos de una pena. Asimismo, el sometimiento absoluto del juez a la ley debe encontrarse fundamentado en que las hipótesis de desviación se encuentren dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas. En otras palabras, no se puede legislar ni prohibir todo; es por ello que no se debe entrar en una dinámica de discusión sobre la sanción de una conducta de acuerdo con la moralidad de la propia conducta o de la carga ideológica del legislador, del ministerio público o del juez; se deben dejar a un lado los valores morales que pertenecen a cada cual dentro de su individualidad.

El principio de estricta legalidad debe surgir como técnica legislativa que excluya a personas y no a hechos. La labor de los abogados, ministerios públicos y jueces sería mucho más sencilla si la mejora comenzara desde el origen del problema, es decir, desde la redacción de los tipos penales. Todo sería más sencillo si fuera lo suficientemente precisa, lo suficientemente clara para demarcar y discriminar los hechos penalmente relevantes de aquellos que no lo son. Contamos con los más terribles ejemplos de persecuciones a brujas, a herejes, a judíos y a subversivos en general, es decir, a quienes a través de la historia de la humanidad han sido considerados transgresores.

Se trata de implantar reglas de comportamiento que establezcan una prohibición cuyo contenido no pueda ser más que una acción o una omisión y que por tanto permitan imputar la culpa o responsabilidad a su autor. El legislador no puede calificar como penalmente punible cualquier hipótesis indeterminada que considere como desviación, sino sólo comportamientos empíricos determinados, basados en la observación, que sean exactamente identificables como tales, y a la vez, adscribibles a la

---

<sup>74</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 34.

culpabilidad de un sujeto. Es el concepto hobbesiano de Derecho, en donde es libertad para los gobernados, todo lo que el Estado no prohíbe.

Si partimos del principio de estricta legalidad, aseguramos otros dos valores fundamentales como lo son la libertad y la igualdad jurídica; ambos se actualizan al ser punible sólo lo que está prohibido por la ley, es decir, nada de lo que la ley no prohíbe es punible. El segundo de los valores señalados se alcanza cuando en las leyes ya no se incluyan tipos penales con descripciones subjetivas para regular la conducta criminal.

Un principio más, se ha dicho, derivado del de estricta legalidad, es el de estricta jurisdiccionalidad, con el que se exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis de acusación y su prueba empírica a través de procedimientos que permitan esa verificación y refutación. Bajo esta óptica, el proceso penal moderno se convierte en un proceso de conocimiento y de comprobación y no de valoraciones inevitablemente discrecionales.

Una justicia penal no arbitraria debe fundarse principalmente en juicios penales cognoscitivos de hechos y reconocitivos de la ley o del Derecho, juicios, como quedó apuntado, sujetos a verificación empírica, esto es, basados en la observación y en el conocimiento. Así se asegura certeza en la determinación de la desviación punible, confiada ya no a valoraciones sino exclusivamente a la taxativa formulación legal y judicial de supuestos típicos, generales y abstractos, definidos de manera precisa por la ley y susceptibles de ser probados.

Así se asegura la separación entre Derecho y moral y se evita caer en el extremo de generar un proceso inquisitivo que antes de comprobar hechos objetivos, analiza la interioridad de la persona juzgada; en un proceso en el que se diluyen las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad y se acentúa el poder de etiquetamiento, en un proceso en el que se diluyen la carga de la prueba y el derecho de defensa como principios necesarios para la obtención de verdades procesales. Todo queda confiado a la verdad, necesariamente subjetiva, que poseen el ministerio público y el juzgador.

Las meras suposiciones y los criterios subjetivos son una puerta peligrosa por la que se cuele el poder estatal a la vida privada de los gobernados, para controlarnos e intimidarnos, violando por supuesto nuestras garantías.

Estoy convencido de que existen otros caminos, otros medios y otras soluciones. Son la tolerancia y el reconocimiento del Otro como ser humano, como medida de nuestra existencia, como medida de nosotros mismos, así como el respeto a las garantías fundamentales, principios con

los que deberíamos estar comprometidos, si es que verdaderamente nos preocupa el rumbo que lleva nuestra existencia.

Recordemos que solamente es posible verificar empíricamente que se ha cometido un delito, si antes se establece con exactitud qué hechos empíricos deben considerarse como delitos. La verdad buscada en un proceso penal de corte sustancialista es una verdad absoluta carente de límites legales, es una verdad alcanzable a través de cualquier medio. Esta pretendida verdad, al ser investigada y perseguida fuera de reglas y controles legales y sin una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicios de valor que inevitablemente se traducen en espacios de poder.

La verdad perseguida y alcanzada mediante el respeto a reglas precisas y relativas sólo a hechos y circunstancias penalmente relevantes, es una verdad formal o procesal. Se trata de una verdad condicionada al respeto de los procedimientos y de las garantías de la defensa. Se trata de una verdad solamente probable, y para el caso de duda, de falta de acusación o de pruebas, deberá prevalecer la presunción de no culpabilidad, poniendo de manifiesto la falsedad de las hipótesis de acusación. Es este precisamente el precio que hay que pagar si queremos vivir en un país en el que se respeten las garantías individuales como presupuestos de la libertad ciudadana.

La perfecta correspondencia entre previsiones legales y hechos concretos y de la aplicación Racional o razonada de la ley, debe ser acogido como modelo límite, que aunque nunca es plenamente conseguible, sí es aproximable, pudiendo ser más o menos satisfecho. Es por ello que debemos reconocer a las garantías legales y procesales no solamente como garantías de libertad, sino también como garantías de verdad que limitan al poder.

3.7 Las garantías individuales no deben ser vistas como un estorbo para obtener la verdad, sino como un medio a través del cual ésta se obtiene.

Sin una adecuada teoría de la verdad, sin la verificación procesal de la imputación que se formula, sin criterios objetivos seguros para afirmar una tesis como verdadera, se genera desconfianza hacia el propio concepto de verdad en el proceso.

Es por ello que el concepto de verdad procesal, logrado a través del respeto por los hechos resulta fundamental, sin embargo, también se debe establecer un límite a la comprobación, es decir, ésta debe concluir en algún momento. Por ello siempre debe prevalecer la hipótesis más favorable al acusado, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

La verdad, y la mayor autenticidad de las partes en el proceso aparecen sólo si se satisfacen las garantías del juicio contradictorio. En México aún estamos lejos de ello, vivimos una etapa de investigación de corte inquisitivo ante el ministerio público, donde las pruebas se practican en secreto y por escrito; como se dijo, es una etapa de investigación en la que el ministerio público desahoga pruebas por sí y ante sí. En esta etapa las fuentes de prueba pierden viveza y no se trata solamente de un registro mecánico de declaraciones sino que además representa un filtro del proceso de producción de las pruebas, constituido por la subjetividad de todos aquellos que intervienen en la integración de la averiguación previa: agentes de policía auxiliar que redactan la hoja de remisión; agentes de la policía judicial que interrogan al detenido sin el defensor, en consecuencia de lo cual rinden un informe; la institución de buena fe encarnada en el ministerio público, responsable de la investigación; secretarios y mecanógrafos que escriben las declaraciones (yo diría, que conjuntamente con el ministerio público *arman* la investigación con su característico lenguaje), casi siempre redactado en tercera persona, de acuerdo con esquemas jurídico-interpretativos de corte inquisitorial.

Para acabar con los abusos y la prefabricación de culpables por parte de las procuradurías, debemos disciplinar al menos el *método* de investigación y de formación de la verdad procesal. Normas y mecanismos procesales o de investigación que se traducen en una multitud de formalidades, retardos, intrigas y laberintos que entorpecen la búsqueda de la verdad.

No podemos aceptar como verdadera dentro del ámbito penal, una tesis no probada o no sometible a prueba. No se puede sacrificar la libertad de un hombre a quien no se le haya probado responsabilidad penal, pues la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos.

“El derecho es una construcción humana y puede elaborar él mismo condiciones y criterios de justificación de las decisiones por él admitidas como válidas. Precisamente, el derecho es un universo lingüístico artificial que puede permitir, gracias a la estipulación y a la observancia de técnicas apropiadas de formulación y de aplicación de las leyes a los hechos juzgados, la fundamentación de los juicios en decisiones sobre la verdad, convalidables o invalidables como tales mediante controles lógicos y empíricos y, por tanto, sustraídas lo más posible al error y al arbitrio. El problema del garantismo penal es elaborar tales técnicas en el plano teórico, hacerlas vinculantes en el plano normativo y asegurar su efectividad en el plano práctico.”<sup>75</sup>

---

<sup>75</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 70.

El Derecho Penal garantista siempre trae aparejada una condición que resulta ser fundamento del mismo: para imputar una responsabilidad penal, y para aplicar en consecuencia una pena, se requieren garantías jurídicas.

La garantía jurídica, sin embargo, no debe entenderse como un presupuesto suficiente en presencia del cual está permitido aplicar una pena, sino que debe entenderse como condición mínima necesaria en ausencia de la cual está prohibido castigar. De esta manera, las garantías individuales sirven como instrumento deslegitimador del ejercicio absoluto de la potestad punitiva por parte del Estado.

El proceso penal no sirve como tal sin la existencia de elementos mínimos que garanticen el debido proceso legal. Entendamos que el proceso penal existe para hacer valer y respetar las garantías penales y procesales, no para que el ministerio público sostenga su acusación.

Los derechos fundamentales que deben incluirse y respetarse en todo proceso penal "son límites o prohibiciones identificados como garantías del ciudadano contra el arbitrio o el error penal: no se admite ninguna imposición de pena sin que se produzcan la comisión de un delito, su prevención por la ley como delito, la necesidad de su prohibición y punición, efectos lesivos para terceros, el carácter exterior o material de la acción criminosa, la imputabilidad y la culpabilidad de su autor y, además, su prueba empírica llevada por una acusación ante un juez imparcial en un proceso público y contradictorio con la defensa y mediante procedimientos legalmente preestablecidos."<sup>76</sup>

El no respetar los principios mínimos señalados genera el debilitamiento de las garantías, pudiendo llegar en consecuencia hasta la total falta de prueba y de defensa. Al faltar la obligación de probar y la posibilidad de refutar o contradecir las imputaciones, los juicios penales terminan con la posibilidad de que se diga la verdad procesal y se dicten resoluciones fundadas en meros criterios de autoridad.

Visto lo anterior, se puede llamar Derecho Penal mínimo al conjunto de condiciones o principios garantistas a que he hecho referencia y puede identificarse con el Estado de Derecho en donde el poder público y el Derecho Penal se encuentran limitados a lo que establece la ley; por el contrario, los sistemas penales autoritarios, totalitarios, propios del Estado absoluto, se caracterizan por la debilidad o la ausencia de alguno o algunos de estos límites a la intervención punitiva estatal, es decir, carecen de límites y condiciones por no estar disciplinados por la ley.

---

<sup>76</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 103.



3.8 La propuesta por la mínima aplicación del Derecho Penal no solamente trae aparejada un máximo de tutela de las garantías y libertades de los ciudadanos, sino que además dota al proceso penal de Racionalidad y de certeza. Ello se traduce en seguridad jurídica, ya que obliga a excluir la responsabilidad penal, a no imponer una pena sin su presupuesto, es decir, sin la comisión de una conducta ilícita así determinada por la ley, o si su atribubilidad a determinada persona es incierta o indeterminada. De ahí que se desprende un nexo indisoluble entre garantismo y Racionalismo. Los sistemas de máxima aplicación del Derecho Penal se caracterizan por su severidad, así como por la incertidumbre que existe en la aplicación de las penas, todo como consecuencia de la falta de condiciones, de límites y de control sobre su aplicación.

La Racionalidad y la certeza en el Derecho Penal son elementos que se contraponen a las prácticas inquisitoriales, actualizándose en la medida en que se limite y se excluya la intervención discrecional de la autoridad, cuando su intervención en la vida de los gobernados se motive con argumentos cognoscitivos, de certeza y de verdad, es decir, se requiere de una rígida predeterminación de lo que es calificable como delito.

Los tipos de certeza perseguidos en un sistema de Derecho Penal máximo y en uno de mínima aplicación del Derecho Penal, se contraponen. En los sistemas de máxima aplicación del Derecho Penal, la certeza perseguida consiste en que ningún culpable resulte impune, aún a costa de que, como consecuencia de la incertidumbre, también algún inocente pueda ser castigado. Se trata de la máxima tutela de la certeza pública respecto de las ofensas causadas por los delitos. Por el contrario, el grado de certeza buscado por los sistemas garantistas, por aquéllos en los que se persigue la mínima aplicación del Derecho Penal, consiste en que ningún inocente sea castigado, aún y cuando esto también implique que algún culpable pueda resultar impune.

Para los sistemas que buscan la mínima aplicación del Derecho Penal, el máximo grado de certeza se alcanzará no cuando resulten comprobados y castigados todos los hechos previstos por la ley como delito, sino cuando se aplique la pena solamente en aquellos casos en que se haya probado la culpabilidad en la comisión de algún delito, lo que significa la máxima tutela de las libertades individuales en relación con la aplicación arbitraria de penas. Es el principio *in dubio pro reo* el que marca el punto de partida, es el que garantiza que ningún inocente sea castigado ya que expresa la presunción de inocencia, es decir, la no culpabilidad hasta prueba en contrario; es el principio que exige la absolución en caso de incertidumbre y la certidumbre, la prueba de culpabilidad, como presupuesto para la imposición de la pena.

De acuerdo con dicho principio se debe presumir la inocencia cuando no hayan pruebas concretas y convincentes; debe ser la parte acusadora sobre quien debe recaer la carga de exhibir tales pruebas, la defensa debe tener el derecho de refutarlas y el juez la irrenunciable obligación de motivar conforme a ellas su propia convicción en caso de condena; sin embargo, debemos contar siempre con la posibilidad de cuestionar cualquier prueba, utilizando la duda como justificación que permita la absolución.

Todavía más importante que la necesidad de la prueba, lo es la garantía del contradictorio, de la contraprueba, es decir, la posibilidad de refutar la imputación. En efecto, nos encontraríamos ante un sistema carente de garantías si la verificación de una hipótesis fuera imposible, dado que su verdad no podría ser demostrada sino sólo confirmada.

Entendamos las garantías individuales y los ordenamientos que las tutelan, como límites normativos impuestos al poder; comprendamos que sin ellas, sin las garantías fundamentales, el poder tenderá a prevalecer sobre la verdad buscada a través del proceso penal.

El ser humano, como ser Racional y social, tiende a ser simpatético con sus semejantes y con los problemas que le aquejan. El ser humano toma conciencia de las situaciones cuando se identifica con el Otro. El ser humano no toma conciencia de que es mortal hasta que ve la muerte en el Otro, hasta que ve el cuerpo sin vida y lo sepulta; lo mismo sucede con la experiencia carcelaria. Por ello, mientras más profunda pueda llegar a ser la comprensión de un hecho, tanto mayor puede ser la atenuación y la justificación de su gravedad. Dicha comprensión únicamente puede lograrse a través de la comunicación, de la sensibilidad, de la inteligencia, de la participación activa en la situación de hecho y de la no indiferencia por parte del juzgador; se trata de una valoración equitativa que no solo es un principio Racional, sino que además es un principio jurídico que obliga al Juez en su actuar. Es un ejercicio cotidiano de tolerancia, un esfuerzo del juzgador para ser imparcial, para despojarse de sus cargas personales, de sus prejuicios, de sus preferencias o inclinaciones y de sus ideologías, para comprender las Razones del hombre que ante él se presenta para ser juzgado. Hay que comprender para poder perdonar.

El juzgador perdonaría porque podría ser él mismo quien fuera el hombre juzgado, lo absolvería porque el Juez es tan capaz como lo fue el hombre que ante él se encuentra, de cometer un delito. Es aquí en donde el psicoanálisis funciona como medio que posibilita el diálogo y la escucha entre el juez, la víctima y el victimario, como elemento para comprender al reo, sobre todo, como elemento para responsabilizarlo y concientizarlo; es por ello que el juzgador debería acordarse no solamente de la víctima sino del propio victimario.

3.9 “El derecho penal se ha dicho, es una técnica de definición, comprobación y represión de la desviación”<sup>77</sup>, se manifiesta principalmente a través de la restricción y limitación sobre personas calificadas como desviadas e inclusive se llega al extremo de hacerlo sobre aquellos de quienes se sospecha la desviación. Se trata de la estigmatización y descalificación de una persona, partiendo de la base no de lo que ha hecho sino de lo que es.

Para reprimir se desarrolla una tripartición de carácter singular: derecho, juicio y pena.

Las restricciones se traducen en limitaciones sobre la libertad de acción de las personas y ello se actualiza a través de la definición de conductas prohibidas por la ley o clasificadas por ella como desviadas. Una vez logrado lo anterior, al sospechoso de haber violado o transgredido una prohibición penal se le somete de manera coactiva a un juicio. Por último, se le reprime con la imposición de una pena.

Se ha demostrado, en innumerables ocasiones, que las limitaciones, coacciones y castigos recaen no solamente sobre culpables, sino también sobre personas inocentes que sin haber cometido delito, son sometidos al proceso penal y a la pena; inocentes que sufren las imperfecciones del derecho penal, del juicio y de la pena, de la prisión preventiva y de los errores judiciales.

El Derecho Penal y, en general, el sistema penal adoptado en un país, son expresión del ordenamiento jurídico y del sistema político adoptados en el mismo; dan cuenta de la relación que existe entre el Estado y el ciudadano, entre poder público, libertad privada y derechos individuales. El problema de la legitimación o justificación del Derecho Penal, consiguientemente plantea en su raíz la cuestión misma de la legitimidad del Estado, de cuya soberanía deviene precisamente la facultad o el poder de castigar, el poder de ejercer la violencia, el de generar arbitrariedades, así como el de lesionar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Paradójicamente, los costos de la justicia traen aparejadas grandes injusticias, particularmente graves cuando se castiga y se condena a personas inocentes. Todo ello, como ha quedado establecido, no es más que la consecuencia de carencias normativas, así como la falta de efectividad y de respeto hacia las garantías penales y procesales que fueron concebidas como un freno en contra de las arbitrariedades y errores penales que cotidianamente se presentan.

---

<sup>77</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 209.

Los problemas de la función y del porqué del Derecho Penal han sido debatidos en innumerables ocasiones, legitimándose la mayoría de las veces, desde el poder, desde las Razones de Estado (o sinrazones), desde la derivación del Derecho válido como es o porque así es; clara expresión del totalitarismo. Justificaciones como estas son las que han generado abusos del poder, injusticias, la despersonalización, la falta de compromiso, la falta de dialogo, el desconocimiento del Otro como persona y la consecuente falta de humanidad, de tolerancia y de sensibilidad de quienes estamos inmersos en la esquizofrenia y paranoia de los sistemas penales. La idea debería ser otra.

Sin embargo, el Derecho Penal no debe imponer o reforzar una determinada moral, sino solamente impedir la comisión de acciones que tengan consecuencias o repercusiones dañosas para terceras personas. Para prohibir una conducta no es suficiente que sea considerada en una sociedad como inmoral. Para que el Estado pueda prohibir y en consecuencia castigar conductas, el principio de separación entre Derecho y moral exige que necesariamente se dañen de un modo concreto, con esas conductas que se pretenden prohibir y castigar, bienes jurídicos de terceros. Es el principio de lesividad en el Derecho Penal la única justificación de las leyes penales. Es la técnica de prevención de lesión de bienes jurídicos de terceros.

La autonomía del Derecho respecto de la moral enuncia un deber ser del Derecho y del Estado. De acuerdo con esta posición laica y liberal, la inmoralidad puede ser considerada como condición necesaria, pero nunca como condición por sí sola suficiente para justificar políticamente la intervención coactiva del Estado en la vida de los ciudadanos.

La separación entre Derecho y moral posibilita que solamente se juzguen hechos penalmente prohibidos, que al reo le son imputados y sobre todo, que pueden ser comprobados y verificados por el órgano que hace la acusación y que también pueden ser refutados por la defensa. El juez no debe someter a indagación el alma del imputado, ni debe emitir veredictos morales sobre su persona, sino sólo investigar sus comportamientos prohibidos. Un ciudadano tiene derecho a ser juzgado, antes de ser castigado, sólo por aquello que ha hecho y no también por aquello que es.

La concepción del Estado y del Derecho positivo debe ser vista bajo una óptica distinta, no como fines o valores en sí mismos, sino como instrumentos que garantizan los contenidos y los valores dictados por los derechos inmanentes al hombre, solamente bajo esta óptica se lograría el compromiso de respetar las garantías de los gobernados.

Ello no se logra sino dirigiendo propuestas hacia la legislación, permitiendo poner las bases del Estado de Derecho como sistema de poder vinculado por reglas, asumiendo como fin, no valores morales sino la tutela de la vida y demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Se trata de la constitución de un Estado en el que no se deje a un lado la ética y en el paso del medio al fin, se pierda la obligación de justificar su actuar.

Se trata de madurar una ética civil y política, se trata de introducir la tolerancia como propuesta ética a incluirse dentro de todas las relaciones que se generen entre el Estado y los gobernados y entre estos últimos con sus iguales. Se trata de repensar y revalorizar ¿porqué castigar?, ¿qué es justo? y sobre todo "...qué es injusto prohibir, qué tipos de pena están justificados y cuáles por el contrario resultan inadmisibles, cuáles deben ser y por qué sus medidas máximas y mínimas y los criterios de su concreta determinación, qué formas y técnicas de juicio más allá de las codificadas son idóneas para dar garantías al ciudadano frente al arbitrio judicial."<sup>78</sup> Cuestionemos al sistema sobre ¿cuáles son los medios lícitos para llegar a la verdad del proceso? ¿Acaso están justificadas la tortura, o la prisión preventiva, o el interrogatorio policiaco sin asistencia de abogado, el secreto o los pactos por la confesión y la colaboración?

Comencemos por reconocer que el poder se justifica como un medio, aunque tradicionalmente se haya concebido como un fin.

La respuesta a estas preguntas dependerá de la presencia o no de normas que dentro de un procedimiento penal de investigación o en un proceso penal, en el que se juzgue a una persona, garanticen el respeto a los derechos humanos fundamentales y recordemos que el problema de la legitimidad del Derecho Penal en tanto que técnica de control social mediante restricciones a la libertad es también en gran medida el problema de la legitimidad del Estado como monopolio organizado de la fuerza.

3.10 No apartemos la vista sobre la necesidad de recuperar la idea del Derecho, de la norma jurídica, de la pena como técnicas institucionales de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculpaado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas ajurídicos de control social.

A pesar de que son ampliamente aceptadas las doctrinas abolicionistas que buscan la supresión de la pena como medida jurídica afflictiva y coercitiva e incluso la abolición del Derecho Penal, aunque no buscan la abolición de cualquier otra forma de control social, en mi

---

<sup>78</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 228

opinión, al igual que los sistemas totalitarios tampoco son la solución. La transgresión debe entenderse como expresión normal del hombre, no como un simple momento de rebelión ni como efecto de causas sociales patológicas. Quienes no la entienden de esta manera impugnan la pena como inútilmente constrictiva o como funcional a la defensa de los intereses de quienes detentan el poder.

Se trata de argumentos radicales, cuyos extremos prácticamente se tocan y en los que existe una confusión entre el Derecho y la moral, llegando incluso a reducir las Razones del Derecho ante los juicios de la moral.

“Moralismo utópico y nostalgia regresiva de modelos arcaicos y *tradicionales* de comunidad sin derecho son finalmente las señas de identidad del actual abolicionismo penal, escasamente original respecto a la tradición anarquista y holista. Abolicionistas como LOUK HULSMAN, HENRY BIANCHI y NILS CHRISTIE proponen de nuevo las mismas tesis del abolicionismo anarquista decimonónico, oscilando en la prefiguración de las alternativas al derecho penal, que es de por sí una técnica de reglamentación y delimitación de la violencia punitiva entre improbables proyectos de microcosmos sociales basados en la solidaridad y en la fraternidad, vagos objetivos de *reapropiación social* de los conflictos entre ofensores y partes ofendidas y métodos primitivos de composición patrimonial de las ofensas que recuerdan las antiguas formas del precio de la sangre.”<sup>79</sup>

El abolicionismo penal, más allá de sus intenciones libertarias y humanitarias se configura por todo ello como una utopía regresiva que, bajo presupuestos ilusorios de una sociedad buena o de un Estado bueno, presenta modelos en realidad desregulados o autoregulados de vigilancia y castigo respecto a los cuales es el derecho penal -con su complejo y precario sistema de garantías- el que constituye, histórica y axiológicamente, una alternativa progresista

La tesis del Derecho Penal mínimo se opone a la tesis del Derecho Penal máximo, cuya máxima expresión lo es la pena de muerte, la eliminación del Otro. La propuesta por un Derecho Penal mínimo, sin embargo, no debe confundirse con la doctrina abolicionista del Derecho Penal, según la cual, la pena debe desaparecer. La libertad que se busca con el modelo garantista de Derecho Penal mínimo debe ser entendida en razón de que se opone no solamente a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, es decir, a la ausencia de garantías, a la antilibertad, sino que además, en estricto apego a legalidad y a ese garantismo máximo ideal, se opone también a la ausencia de reglas.

---

<sup>79</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 250.

El abolicionismo deslegitima al Derecho Penal denunciando sus arbitrariedades, los sufrimientos y los costos que conlleva en su existencia y en su aplicación. Las doctrinas justificacionistas del Derecho Penal por el contrario, no han logrado argumentos lo suficientemente contundentes para convencer que el Derecho Penal, artificial, creación humana, es lo suficientemente bueno para seguir existiendo como instrumento de control social.

La doctrina del Derecho Penal mínimo es un punto medio entre ambas posturas, es intento por rescatar la Racionalidad que se busca en el sistema, pues, estamos conscientes que no podemos dejar, como lo pretende el abolicionismo, a un lado el castigo de conductas penalmente relevantes, ni podemos tampoco olvidar al hombre para dejar caer sobre él, sin respeto alguno por su individualidad ni por las garantías fundamentales, toda la brutalidad estatal, como lo hacen los sistemas totalitarios o absolutistas. Tan utópico es el abolicionismo como utópico creer que el sistema actualmente adoptado funciona como lo dice el discurso oficial: la readaptación social del reo como legitimación de su encierro.

*Son las razones de Estado, repito, o sus sinrazones, las que en la mayoría de las ocasiones justifican infligir una pena. Las razones de Estado siempre han sido bastante más practicadas que teorizadas, y como máxima, no han adoptado otra más que la de que el fin justifica los medios, legitimando un Derecho Penal ilimitado e inquisitivo, que posibilita la libre intervención estatal en la vida de los particulares, contraponiéndose de esta forma a los modelos en los que el Derecho es utilizado como medio, en los que se propugna la vida libre en un Estado de Derecho. Se ha preferido la razón de Estado sobre la Razón (esta sí con mayúscula) jurídica y se le ha encubierto a través del legalismo y de justificantes para satisfacer intereses políticos y para ejercer el poder de gobierno a través de pretextos como el interés público.*

Las razones de Estado, por definición, únicamente son útiles a una de las partes dentro de la relación Estado-gobernados. Lo que se mantiene actualmente son las razones de Estado o quizá debo decir, sus sinrazones. Sería útil, como comienzo, y a manera de compromiso personal con la libertad, con la igualdad, con la democracia y nuevamente, con la tolerancia, proponer la derogación del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé la suspensión de garantías, y la posibilidad siempre latente de hacerlo en momentos de grave peligro o conflicto y en nombre del interés público.

El artículo 29 de la Constitución de la República es una poderosa llave que abre las puertas de la vida privada de los ciudadanos a las

razones del Estado; llave que deberíamos quitar y tirar para que jamás pueda ser utilizada. Un auténtico Estado de Derecho tendría que derogar dicho precepto; habría que considerar siempre, hasta en esos casos de grave peligro o conflicto, el estricto y absoluto respeto por las garantías individuales.

Si el fin del Derecho Penal consiste únicamente en alcanzar la máxima seguridad social, así como la prevención de delitos, entonces también servirá para justificar la aplicación de penas más severas, incluyendo la pena de muerte, los procedimientos de investigación más antigarantistas, incluyendo la tortura, así como las medidas policíacas más autoritarias. Por el contrario, si reconocemos que el fin del Derecho Penal lo es también la procuración del mínimo sufrimiento, ya sea para la prevención de delitos futuros, para la investigación de delitos ya cometidos o para la aplicación de las penas, se justificará solamente la utilización de los medios mínimos, generando, en consecuencia, un mínimo de prohibiciones y de penas.

No se pueden comparar los costos personales padecidos por los reos, con las utilidades obtenidas por quienes no son reos, ello hace incongruente la justificación de modelos de Derecho Penal máximo.

Repensemos al Derecho Penal como el instrumento que posibilita la libertad de los ciudadanos ante el Estado y su violencia y no como un instrumento que la impide, vigilando y castigando. Como se ha dicho, no solamente se trata de la mínima aplicación del Derecho Penal, sino de crear un sistema en el que se viva un máximo garantista que permita el desarrollo de cada uno de los ciudadanos en su individualidad, así como en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad.



## CAPITULO CUARTO: PENA DE MUERTE O MUERTE DE LA PENA.

*"Quizá lo más terrible de la muerte sea el no haber vivido a borbotones, el no haber amado, gozado, sufrido a manos llenas, lo terrible de la muerte no es la muerte en sí misma, sino el no haber vivido hasta sus últimas consecuencias."<sup>80</sup>*

4.1 Comenzaré este capítulo con una pregunta ¿pena de muerte o muerte de la pena? La respuesta adelantada: ninguna de las dos, pues ambas posturas son irracionales y al final del camino, como dos líneas que parecen paralelas, en el infinito, se tocan.

"Muchas cosas existen y, con todo, nada más asombroso que el hombre. Él se dirige al otro lado del espumoso mar con la ayuda del tempestuoso viento sur, bajo las rugientes olas avanzando, y a la más poderosa de las diosas, a la imperecedera e infatigable Tierra, trabaja sin descanso, haciendo girar los arados, año tras año, al ararla con mulos. El hombre que es hábil da caza, envolviéndolos con los lazos de sus redes, a la especie de los aturridos pájaros, y a los rebaños de agrestes fieras, y a la familia de los seres marinos. Por sus mañas se apodera del animal del campo que va a través de los montes, y unce al yugo que rodea la cerviz al caballo de espesas crines, así como al incansable toro montaraz. Se enseñó a sí mismo el lenguaje y el alado pensamiento, así como las civilizadas maneras de comportarse, y también, fecundo en recursos, aprendió a esquivar bajo el cielo los dardos de los desapacibles hielos y los de las lluvias inclementes. Nada de lo porvenir le encuentra falto de recursos. Sólo de la muerte no tendrá escapatoria. De enfermedades que no tenían remedio ya ha discurrido posibles evasiones. Poseyendo una habilidad superior a lo que se puede uno imaginar, la destreza para ingeniar recursos la encamina unas veces al mal y otras al bien"<sup>81</sup>

En esta bella descripción se acumulan los rasgos distintivos de la especie humana: la capacidad técnica de controlar las fuerzas naturales; la habilidad para cazar o domesticar a la mayoría de los demás seres vivientes; la posesión del lenguaje y del pensamiento racional.

<sup>80</sup> Publicado en el diario *La Jornada*, el domingo 16 de mayo de 1999, sección Cultura, pág. 30.

<sup>81</sup> Sófocles, *Tragedias; Antígona*, 2a. reimpresión, Madrid, Editorial Gredos, S.A., 1992, págs. 205 y ss.

¿Porqué destruirlo y destruírnos con algo como la pena de muerte?  
¿Porqué no comprendemos ni respetamos la diversidad? No lo se.

Si nacimos fue para florecer. Retomemos al hombre como argumento y la primacía de la persona como valor; retomemos el valor de todas sus específicas y diversas identidades, así como el respeto a la pluralidad y a la diversidad. Retomemos la tolerancia como punto de partida y seamos, eso sí, intolerantes con la intolerancia.

Es precisamente el respeto de todas las posibles identidades y de los diversos puntos de vista, el valor sobre el que se debe basar la moderna tolerancia, pues son esos, precisamente, los elementos constitutivos del principio de igualdad jurídica. "La tolerancia puede ser definida como la atribución de idéntico valor a cada persona: mientras, la *intolerancia* es el desvalor asociado a alguna persona por su particular identidad. A la inversa, la esfera de lo *intolerable* es identificable, por oposición, con la de las violaciones de las personas a través de las lesiones intolerantes de sus personales identidades."<sup>82</sup>

Giovanni Pico della Mirandola<sup>83</sup>, en su discurso sobre la dignidad humana, manifiesto humanista del Renacimiento, confirma con una postura más optimista el punto de vista de Sófocles y señala porqué el hombre es el ser vivo más dichoso, el más digno por ello de admiración. Hasta entonces se aseguraba que el mérito de los humanos provenía de nuestra condición racional, de estar hechos a imagen y semejanza de Dios. Es decir, se encumbraba al hombre por ser *algo mas* que el resto del mundo. Pero según Giovanni Pico, la dignidad de nuestra condición nos viene de que somos *algo menos* que los demás seres creados. En efecto, todo lo que existe, desde el arcángel hasta la piedra tiene su lugar fijado por Dios en el orden del universo... a las cosas de este mundo no les queda más remedio que ser lo que son... están así prefijados de antemano... menos el hombre. Tú, no sometido a ningún cauce angosto, te la definirás según tu arbitrio, al que te entregué. Te coloqué en el centro del mundo, para que volvieras más cómodamente la vista a tu alrededor y miraras todo lo que existe. Ni celeste ni terrestre te hicimos, ni mortal ni inmortal, para que tú mismo, como modelador y escultor de ti mismo más a tu gusto y honra te forjes la forma que prefieras para ti.

Lo asombroso del hombre es precisamente eso, que se mantiene abierto e indeterminado en un universo en el que ya todo tiene su lugar.

El principio de tolerancia busca respetar e incluir las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Con la tolerancia se reconoce

---

<sup>82</sup> Ferrajoli, op cit. pág 906

<sup>83</sup> Pico della Mirandola, Giovanni, *De la dignidad humana*, Editorial Nacional, Madrid, 1992.

la igualdad de ser de las personas, la no diferenciación y sobre todo, la no exclusión por motivos de sexo, de raza, de religión ni de condiciones sociales ni políticas. Se trata de asignar el mismo valor a todas las razones que dan a un individuo, su identidad, y que hacen a cada persona distinta de los demás, pero que también la colocan, como persona, en igualdad con todas las demás. Se trata de un reconocimiento o incluso un Derecho a la diferencia, a ser diferente, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo diferente de los demás.

Por la ley debemos ser considerados todos como iguales; la igualdad jurídica debe prescindir del hecho de que somos distintos, pues tenemos diferencias personales de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opinión política, de capacidad económica e intelectual. Son precisamente los derechos humanos, los derechos fundamentales, las garantías individuales, el medio eficiente a través de los cuales la igualdad resulta asegurada o cuando menos perseguida. Las garantías y los derechos fundamentales no son negociables, por el contrario, y como ha quedado señalado, corresponden a todos en igual medida ya que posibilitan la identidad de cada uno como persona y como ciudadano. La actual crisis de la ley, se ha dicho, es una grave crisis de la Razón jurídica.

Por ello hoy es el tiempo para una nueva legislación. Hoy vivimos fenómenos sociales y políticos que apelan a la responsabilidad tanto de los juristas como de los políticos y gobernantes y de los ciudadanos en general. Debe haber un replanteamiento y una actualización del papel de la ley, para así restaurar o en muchos casos instaurar, una legalidad garantista, es decir, de verdadera tutela de los derechos fundamentales.

Son sobre todo los poderes extrajurídicos, que tienden a ser absolutos, los que constituyen la base de las desigualdades entre las personas, es por ello que requerimos de un Derecho Penal con funciones garantistas; ya lo señalaba MONTESQUIEU "a falta de límites legales, el poder tiende a acumularse en formas absolutas."<sup>84</sup> No olvidemos que el poder tiene como efecto específico producir desigualdad, disciplina y relaciones de sujeción.

"Poderes y derechos fundamentales están, por tanto, en la base de dos formas diversas y opuestas de subjetividad: mientras la igualdad producida por los derechos fundamentales es el presupuesto de las identidades de los sujetos como personas y de su libre comunicación basada en el recíproco respeto y reconocimiento como iguales, la desigualdad producida por los poderes jurídicos y no jurídicos es el presupuesto de las identidades de los sujetos a través de los roles y las jerarquías que personifican, así como de las relaciones despersonalizadas

---

<sup>84</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 933

y de alienación recíproca que mediante tales funciones se establecen entre ellos.<sup>85</sup> Por consiguiente, podemos afirmar que el primer instrumento de delimitación y deterioro de los poderes y de las desigualdades es la estricta legalidad, esto es, la predeterminación de los actos que representan el legítimo ejercicio de cada poder.

Podemos distinguir dos tipos de violencias estatales, la externa, que se genera a través de las guerras, de la amenaza de guerra y de la producción de armamentos, y la interna, quizá la más grande amenaza para la vida humana, actualizada a través de torturas, de la desaparición de personas, de la pena de prisión y por supuesto, de la pena de muerte.

Ante ello, lo único que nos queda es preguntarnos, o quizá afirmar que un verdadero respeto por las garantías individuales y el llamado Derecho de resistencia, son los únicos remedios para las lesiones producidas por la criminalidad e impunidad de los Estados que las violan.

¿Qué otra defensa tenemos sino la de un Derecho Penal distinto ante un Estado delincuente?

Debemos entonces reconocer una soberanía popular basada en los derechos fundamentales, la primacía de los pueblos sobre los Estados, y de la persona, del ciudadano, sobre ambos. Quizá deberíamos pensar, como ya se dijo, en el poder no como fin, sino como instrumento de tutela y de satisfacción de los derechos fundamentales; es una lucha por el Derecho que nos debemos por amor propio.

Recordemos que ...“las luchas por los derechos no son sólo un instrumento de defensa de los derechos violados. Son también lugar y momento de elaboración y reivindicación de nuevos derechos para la tutela de nuevas necesidades individuales y colectivas. Puede afirmarse tranquilamente que, en la historia del hombre, no ha habido ningún derecho fundamental que haya descendido del cielo o nacido en una mesa de despacho, ya escrito y redactado en los textos constitucionales. Todos son fruto de conflictos, a veces seculares, y han sido conquistados con revoluciones y rupturas, al precio de transgresiones, represiones, sacrificios y sufrimientos: primero el derecho a la vida o la garantía del *habeas corpus*, después la libertad de conciencia y de religión, sucesivamente la libertad de opinión y de prensa, más recientemente la libertad de asociación y de reunión y más tarde el derecho de huelga y los derechos sociales. Hay un sentido en los derechos fundamentales, no son universales: no son reconocidos y reivindicados ni en todos los tiempos ni en todos los lugares. Al contrario, son el fruto de opciones y la expresión

---

<sup>85</sup> Ferrajoli, op cit pág. 934

de necesidades históricamente determinadas y, sobre todo, el resultado de luchas y procesos largos, disputados y trabajosos.”<sup>86</sup>

Sin embargo debemos ser conscientes que estas luchas no se agotan en acciones individuales, sino que por el contrario, son, sobre todo, procesos y luchas colectivas que se expresan en movimientos de masas; recordemos el artículo 23 de la Constitución francesa del año I: “la garantía social consiste en la acción de todos para asegurar a cada uno el disfrute y la conservación de sus derechos; esta garantía descansa en la soberanía nacional”<sup>87</sup>

“Esto quiere decir que la democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el Estado, y poder social-directo, que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición.”<sup>88</sup>

4.2 El Estado debería buscar que la pena no se convirtiera en la total negación de la libertad, de la dignidad y hasta de la vida de la persona humana; es esta la crisis en la que se encuentra la legitimación y fundamentación de la pena, consecuencia quizá de la propia crisis que enfrenta el Estado moderno.

“Pareciera que un Estado social y democrático de derecho, dentro del cual la pena todavía surge como indispensable -y quizá por mucho tiempo más símbolo de su poder y parte de su aparato de control-, el punto de partida mínimo es justamente impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Si hay una utilidad individual y social que buscar, ella es *garantizar* que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social. La alternativa verdadera no es nunca otra *pena* o una *pena* diferente, sino la *no* existencia de la pena; pero mientras ello no sea posible, la legitimación y la fundamentación de la pena sólo puede provenir desde su limitación, esto es, profundizando las *garantías* para la libertad y la dignidad de la persona humana.”<sup>89</sup>

Finalmente, la prisión no solo ha servido como la forma más perfecta de disciplinización sino que además ha servido de ejemplo para otras instituciones sociales como la familia, la escuela, el ejército, la fábrica, el hospital psiquiátrico, el orfanatorio y el asilo, instituciones que se convirtieron en modernos micro poderes reproductores de las tácticas

---

<sup>86</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 945

<sup>87</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 944.

<sup>88</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 947

<sup>89</sup> Bustos Ramírez, Juan, *Aspectos Filosófico-Jurídicos, Introducción, Poder y Control*, revista hispanoamericana de disciplinas sobre el control social, N°0, Prevención y Teoría de la Pena: presente y alternativas. Estudios, Barcelona, España, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1986, pág. 29.

utilizadas por la disciplina para someter a los individuos; se trata de la constante vigilancia de uno sobre el Otro y de la constante corrección, disciplinarización y normalización de las conductas socialmente consideradas como desviadas.

La concepción del Estado y del derecho positivo debe ser vista no como fin o valor en sí mismo, sino como instrumento de garantía de los contenidos y valores dictados por los derechos naturales o inmanentes al hombre, es así como se lograría el compromiso de verdaderamente respetar las garantías de los gobernados.

Ello no se logra sino dirigiendo propuestas hacia la legislación, permitiendo poner las bases del Estado de Derecho como sistema de poder vinculado por reglas, asumiendo como fin, no valores morales sino la tutela de la vida y de los demás derechos fundamentales de los ciudadanos. Se trata de la constitución de un Estado en el que una vez constituido no se deje a un lado la ética y en el paso del medio al fin, se pierda la obligación de justificar su actuar.

Es una cuestión irreductiblemente externa, la de determinación de la medida de la pena, así como las formas concretas de su ejecución. Es el juez quien tiene la potestad absoluta para determinar respecto de la aplicación mínima y máxima de la pena aplicable a cada caso concreto y que en casos similares o incluso idénticos puede variar atendiendo precisamente a las causas externas, es decir a causas ético políticas que influyen en el ánimo del juzgador. Se trata de un poder judicial discrecional.

“El derecho penal de los siglos XIX y XX, es decir, el derecho penal *moderno* ha tenido su legitimación y fundamentación en la llamada teoría de la pena; teoría que doctrinariamente se divide en *absoluta* o de la *retribución* y *relativa* o de la *prevención*.

Las teorías absolutas han pretendido legitimar la pena con el argumento de la justicia y de la retribución; el mal del delito se retribuye con el mal de la pena y fundamentan en consecuencia, en la libertad e igualdad naturales a todos los hombres, su aplicación. Sin embargo, es necesario anotar que "no hay un fin externo a la pena (no se persigue consecuencia externa alguna), por eso es una concepción ajena al principio de utilidad. Su fin es interno, se agota en el mantenimiento del propio sistema creado (es intrasistémico), esto es, la validez del derecho (el reforzamiento de la conciencia jurídica). Pero la fundamentación de la teoría absoluta retribucionista es falsa, ya que la libertad e igualdad naturales de todos los hombres es una mera metáfora, no tiene base alguna en la realidad. Luego, si la fundamentación es falsa, queda completamente en el vacío el planteamiento legitimador, la justicia queda

sin contenido, pasa a ser una mera etiqueta *impuesta* desde el poder. En suma, el retribucionismo se convierte en un planteamiento ideologizante, falseador de la realidad, cuya función es dar una apariencia de legitimidad al control penal del Estado.

Poder y control penal quedan así tan perfectamente imbricados, que no es posible concebir el derecho penal como un control más, de carácter formalizado, sino que se identifica derecho penal con poder y, por eso, la relación se da entre los demás controles y el derecho penal (el Poder). El derecho penal aparece como símbolo del poder y juega un rol puramente simbólico (ajeno a la utilidad)<sup>90</sup>

Es la irreparabilidad del hecho lo que distingue los ilícitos penales de los civiles; de esta forma, la pena, a diferencia de la reparación del daño de carácter civil, no es propiamente una retribución, ni reparación, ni restitución del derecho violado, mas que en el sentido mágico y metafísico señalado.

4.3 Es interesante ver cómo se desarrolló la ideología que justifica infligir las penas. Las corrientes penales, doctrinarias y legislativas de tipo meramente correccional tienen auge en la segunda mitad del siglo XIX, conjuntamente con las concepciones organicistas del cuerpo social en las que se justifica la vigilancia por el ojo clínico y los experimentos terapéuticos sobre el cuerpo sano o enfermo. Fue en ese momento cuando se dejó a un lado la idea humanitaria de castigar menos, disciplinando y aplicando la tecnología en los medios, para de esta forma castigar mejor.

Es el tratamiento del condenado con una aflicción que se añade a la de su reclusión, una lesión a su libertad moral que se suma a la lesión de su libertad física, propia de la pena privativa de libertad. De acuerdo con LUIGI FERRAJOLI, represión y educación son conceptos incompatibles. La realidad ha demostrado que no existen penas terapéuticas o correctivas y que la cárcel es un lugar criminógeno en el que lejos de reeducar, el delito se vive y se sufre día con día. La privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, también son conceptos incompatibles, de tal forma que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por lo tanto, lo menos desocializadora y deseducadora posible.

Miremos al mundo que nos rodea tratando de liberarnos de esa carga histórica, hay que deconstruir la mirada que tenemos y no prejuzgar; olvidemos que lo que al hombre le da felicidad es la seguridad y el orden, olvidemos que el límite de nuestra felicidad es el orden que nos ha sido regalado. Retomemos ese valor esencial de la civilización que es el

---

<sup>90</sup> Bustos Ramírez, op cit pág 21 a 23

respeto por la persona humana y démonos cuenta además que la reeducación, la rehabilitación y la resocialización son ideas contrarias a las de libertad y autonomía de la conciencia. Se puede segregar a un hombre para evitar que siga causando un mal, sin embargo, no se le puede obligar a readaptarse. "Sobre sí mismo, sobre su mente, dice JOHN STUART MILL, el individuo es soberano."<sup>91</sup> La pena trasciende a la sociedad y busca el alma del individuo para controlarlo. Señala STUART MILL en su obra *On Liberty*: "la única finalidad por la cual el poder puede, con pleno derecho, ser ejercido sobre un miembro de una comunidad civilizada contra su voluntad, es evitar que perjudique a los demás. Su propio bien, físico o moral, no es justificación suficiente. Nadie puede ser obligado justificadamente a realizar o no realizar determinados actos, porque eso fuera mejor para él, porque le haría feliz, porque en opinión de los demás, hacerlo sería más acertado o más justo. Estas son buenas razones para discutir, razonar y persuadirle, pero no para obligarle o causarle algún perjuicio si obra de manera diferente."<sup>92</sup>

4.4 Hay algo sin embargo, que es claro: del hecho de que a la pena se le asigne el fin de prevenir los delitos no se puede deducir que efectivamente los prevenga; ni tampoco del hecho de que la pena retribuye mal con mal se puede deducir que deben retribuir mal con mal.

Para que un sistema penal pueda considerarse justificado, hay que valorar su funcionalidad, pues la total ineficacia de las penas es suficiente para deslegitimarlas pero su eficacia no lo es para legitimarlas, principalmente porque se viola la soberanía de cada individuo, porque se quebranta el derecho y el principio de cada hombre y mujer de ser quien es, de ser él mismo y de seguir siendo como es. La corrección coactiva de la persona resulta inaceptable como justificación de cualquier pena.

No por justificar o legitimar las funciones del Derecho Penal y de la pena debemos tener también por justificadas todas sus instituciones. A pesar de dichas justificaciones, resulta difícilmente justificable una figura tan absurda como la pena de muerte. Se desprende por lo tanto que el hecho de que un fin determinado sea argumentado como justificador del Derecho Penal, con todo lo que el mismo conlleva, no implica necesariamente que el fin acreditado se haya satisfecho efectivamente, ni que el Derecho Penal esté justificado. A lo anterior podemos sumar el hecho de que la pena de prisión no satisface los fines que comúnmente se le atribuyen, es decir, no previene los delitos, no reeduca a los condenados, tampoco tiene el fin retributivo de reparar el daño cometido por el delito e inclusive llega a tener una función criminógena.

---

<sup>91</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 272.

<sup>92</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 312.



Pretender que las penas impidan la comisión de todos los delitos es prácticamente imposible. Pretender lograrlo únicamente ha demostrado generar crueldad en los castigos. Es claro que cualquier delito cometido demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que quizá, para tal fin resulta necesaria una pena mayor. El argumento como tal es inválido y, como quedó dicho, únicamente provocaría un incremento en las penas, así como en la crueldad de las mismas. Sin embargo, por otro lado puede decirse que el argumento es útil “para demostrar que el fin de la prevención o incluso sólo de la reducción de los delitos no sirve para fijar algún límite máximo a las penas, sino sólo el límite *mínimo* por debajo del cual no es realizable y la sanción, como dijo HOBBS, no es ya una pena sino una tasa totalmente de capacidad disuasoria.”<sup>93</sup>

Es este el principio de la pena mínima que además habría que aplicar a las reacciones del sistema que son punitivas pero no penales y que provienen de la parte ofendida, de fuerzas sociales e instituciones solidarias con la víctima; se trata de impedir reacciones salvajes y arbitrarias de las que puede ser víctima el reo y personas ligadas a él.

El principio de la pena mínima no solo protege al ofendido por el delito sino que también lo hace para el delincuente respecto de las reacciones informales señaladas, ya sean estas de carácter público o privado; en otras palabras, lo protege frente a los castigos injustos, actualizando así el fin fundamental y justificador del Derecho Penal. “En esta perspectiva, la pena mínima necesaria de la que hablaban los ilustrados, -entendida la pena en el sentido genérico de reacción afflictiva a la ofensa- no sólo es un medio, sino que es ella misma un fin de la minimización de la reacción violenta al delito. Y a diferencia del de la prevención de los delitos, este fin es también idóneo para indicar, en razón de su homogeneidad con el medio, el *límite máximo* de la pena por encima del cual no se justifica el que sustituya a las penas informales.”<sup>94</sup>

Para entender mejor la verdadera función del Derecho Penal, para entender que nace como negación de la venganza y no como desarrollo de la misma, en discontinuidad y conflicto con ella, debemos retomar la historia. “En este sentido bien se puede decir que la historia del derecho penal y de la pena corresponde a la historia de una larga lucha contra la venganza. El primer paso de esta historia se produce cuando la venganza se regula como derecho -deber privado, incumbente a la parte ofendida y a su grupo de parentesco según los principios de la venganza de la sangre y la regla del talión. El segundo paso, bastante más decisivo, tiene lugar cuando se produce una disociación entre juez y parte ofendida, y la

---

<sup>93</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 332.

<sup>94</sup> Idem.

justicia privada -las represalias, los duelos, los linchamientos, las ejecuciones sumarias, los ajustes de cuentas- no sólo se deja sin tutela sino que se prohíbe. El derecho penal nace precisamente en este momento: cuando la relación bilateral parte ofendida/ofensor es sustituida por una relación trilateral en la que se sitúa en una posición de tercero o imparcial una autoridad judicial.”<sup>95</sup>

Es por ello que cuando se da cabida a la justicia sumaria y a los sentimientos de venganza por parte de los particulares, cuando los individuos toman la justicia por su propia mano, volvemos como sociedad y el Derecho Penal como tal vuelve a un estado salvaje, primitivo, anterior a toda civilización. Sólo la tutela del inocente y la minimización de la reacción al delito sirve para distinguir el Derecho Penal de otros sistemas de control social salvajes en su forma de actuar; me refiero a las medidas de corte disciplinario y policial, por estas razones es por lo que el Derecho Penal, por consiguiente, debe ser considerado más como un costo, o si se quiere ver de otra forma, como un lujo propio de sociedades evolucionadas.

La ley penal busca minimizar la doble violencia que se genera entre el ofendido y el reo, la fuerza arbitraria e incontrolada; pretende lograrlo primeramente previniendo mediante su parte prohibitiva la razón de la fuerza manifestada en los delitos y en segundo lugar, a través de su parte punitiva, la razón de la fuerza manifestada en las venganzas.

“Está claro que, entendido de este modo, el fin del derecho penal no es reducible a la mera defensa social de los intereses constituidos contra la amenaza representada por los delitos. Es, más bien, la protección del débil contra el más fuerte: del débil ofendido o amenazado por el delito, así como del débil ofendido o amenazado por la venganza; contra el más fuerte, que en el delito es el delincuente y en la venganza es la parte ofendida o los sujetos públicos o privados solidarios con él. Más exactamente -al monopolizar la fuerza, delimitar sus presupuestos y modalidades y excluir su ejercicio arbitrario por parte de sujetos no autorizados,- la prohibición y la amenaza penales protegen a las posibles partes ofendidas contra los delitos, mientras que el juicio y la imposición de la pena protegen, por paradójico que pueda parecer, a los reos (y a los inocentes de quienes se sospecha como reos) contra las venganzas u otras reacciones más severas. Bajo ambos aspectos la ley penal se justifica en tanto que *ley del más débil*, orientada a la tutela de sus derechos contra la violencia arbitraria del más fuerte.”<sup>96</sup>

El Derecho Penal entonces se legitima como instrumento que tutela los derechos fundamentales de los ciudadanos; derechos que no está bien

---

<sup>95</sup> Ferrajoli, op cit pág. 333.

<sup>96</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 335.

lesionar ni con los delitos ni con los castigos. Es el garantismo el fin justificador del Derecho Penal, la garantía de respeto a los derechos fundamentales, para así lograr la inmunidad de los ciudadanos en contra de la arbitrariedad de los castigos; se trata de reglas iguales para todos, para de esta forma lograr el respeto de la dignidad de la persona, implicando necesariamente, el respeto por su verdad.

“Un sistema penal, diremos en efecto, está justificado sólo si la suma de las violencias -delitos, venganzas y castigos arbitrarios- que está en condiciones de prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos. Naturalmente, un cálculo de este tipo es imposible. Puede decirse sin embargo, que la pena está justificada como *mal menor* -lo que es tanto como decir sólo si es *menor*, o sea, menos aflictivo y menos arbitrario- respecto a otras reacciones no jurídicas que es lícito suponer que se producirían en su ausencia; y que, más en general, el monopolio estatal de la potestad punitiva está tanto más justificado cuanto más bajos sean los costes del *derecho penal* respecto a los costes de la *anarquía punitiva*.”<sup>97</sup>

Aquí debo hacer algunas consideraciones en torno a la pena de muerte.

4.5. “La crueldad es una sirvienta cuidadosamente adiestrada del terror.”<sup>98</sup>

Para empezar, la muerte.

En la problemática del castigo es donde más claramente se comprueba la naturaleza contradictoria de las disposiciones legales. Si toda orden, la idea es de Enzensberger, ...es *una sentencia de muerte en suspenso*, la pena respectiva, por atenuada que sea, representa su cumplimiento. La pena de muerte es la verdadera sanción, la más antigua y la más poderosa. Si se la suprime, el deber y derecho del Estado, el de castigar, escapa de la mágica oscuridad de las ideas religiosas para entrar en el campo del pensamiento Racional.

Me pronuncio irremediabilmente en contra de la destrucción del Otro. En principio diré que el Derecho Penal no debe utilizarse como discurso a través de la cual se pueda introyectar en la sociedad, la muerte de un ser humano como castigo. Diré, por el contrario, que la función del Derecho Penal es otra, no la de posibilitar la ejecución capital, sino la de proteger la vida y la libertad. Esa es su verdadera misión.

---

<sup>97</sup> Ferrajoli, op cit pág. 336.

<sup>98</sup> Enzensberger, op. cit. pág 56.

El Derecho Penal se justifica sólo si los costos de su imposición dentro de una sociedad son menores que los daños que en realidad causa con toda su brutalidad y barbarie; recordemos: solamente si la suma de las violencias -delitos, venganzas y castigos arbitrarios- que esta en condiciones de prevenir, es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas establecidas para éstos.

Ninguna pena se equipara en violencia a la pena de muerte; nada se equipara a quitarle la vida a Otro ser humano igual a nosotros. Sería imposible realizar un inventario de las atrocidades practicadas bajo el nombre y con la justificación de ser penas. Sin embargo, la ferocidad de las penas no solamente pertenece al pasado: la pena de muerte todavía está presente en casi todo el mundo y es aplicada incluso en tiempos de paz. La fantasía humana no ha tenido límites ni frenos en inventar las formas más feroces para actualizar la pena de muerte.

México no ha sido la excepción. Ejemplo de ello lo es una sentencia dictada en 1958, hace apenas 41 años, en Oaxaca, en donde se condenó a un hombre a la ejecución capital. Por eso, una propuesta que como ciudadanos deberíamos compartir debe ser la de terminar con la posibilidad, siempre latente, prevista en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que posibilita la pena de muerte para el traidor a la Patria en guerra extranjera, para el parricida, para el homicida con alevosía premeditación o ventaja, para el incendiario, el plagiarlo, el salteador de caminos, y el pirata, así como para los reos de delitos graves del orden militar. Su existencia a nivel constitucional no representa mas que una puerta, que siempre podrá abrirse para proponer su aplicación.

Hoy en día la sociedad mexicana, favorecida por personajes políticos que inician su campaña hacia la presidencia del año 2000, y que buscan votos a costa de la magnificación de la violencia en nuestro país, han propuesto abrir debates en busca de la aplicación de la pena de muerte. Al respecto solo queda decir que el debate, regulado responsablemente, es bueno, es sano, es democrático, sin embargo, la explotación política de los sentimientos, del fervor y de los ánimos de venganza no lo es, y traerá como consecuencia la aplicación de la más brutal de las penas, la de muerte; la pena que destruye a la persona. De acuerdo con Enzensberger, existe una antiquísima dependencia entre crimen y política; base de las contradicciones íntimas del derecho y de la obsesión inextinguible por la soberanía que sostiene como viable y racional la pena de muerte. Esta dependencia obliga a reconocerla, y el precio de ignorarlo es tolerar lo que fue y es.

El ritual del olvido quiere que no nos sintamos parte interesada. Como si el horror humano nos fuese ajeno. ¿Cómo vamos a condenar el

horror pasado y pretender superarlo, si planeamos el de mañana? "El Estado prohíbe al individuo hacer uso de la injusticia. Pero nunca para abolirla, sino para monopolizarla. El Estado beligerante se permite todas las injusticias y todos los atropellos que deshonrarían al individuo y aduce como última razón el ineludible costo de rechazar la irracionalidad: se pagaría con la soberanía, dice. Exige a los hombres lo que es constitucionalmente incapaz de lograr, incluso lo que jamás se ha planteado como fin: desistir de la brutalidad y cumplir con normas morales que invoca como ventajosas, pero sólo para los demás. Todos los crímenes individuales o pasionales (porque qué crimen no está escrito desde la pasión) no compensan la injusticia de uno solo de esos eufemismos criminales pomposamente denominados actos de *soberanía* estatal, colonial o imperial o de dominio o neo-colonial o de penetración cultural o como se les quiera llamar."<sup>99</sup>

No olvidemos la carnicería humana de este siglo. Ello nos obliga a revisar todas las ideologías y relaciones humanas; los conceptos de lo justo y lo injusto; de crimen y Estado. Como ejemplo ahí está Chiapas y la miseria que le adorna para mal de tantos y beneficio de tan pocos. Pero aquí entra de nuevo la contradicción esencial: los reajustes sociales necesarios y tan lejanos, encuentran como dique terco a la soberanía: básicamente, el poder de prescindir de Razón. "Soberanía: palabra mixtificada y mixtificación con fuerza inquebrantada. Origen de un Estado que se autoproclama soberano y exige que se le reconozca más allá y por encima de todo."<sup>100</sup>

"Yo soy el que soy... El problema no es la Biblia, sino ser incapaz de trascender su escritura, de transgredirla. Todo legislador del poder se coloca así por encima de cualquier razonamiento. No es de extrañar que la legislación penal sea todo lo contrario a un sistema concreto. Es un conglomerado heterogéneo, extravagante en ocasiones. En ella se sedimentan (como el lodo) disposiciones históricas e históricas que salvaguardan, supuestamente como *bien jurídico*, cualquier interés, tabú, precepto moral codificado y reglas de juego con valor meramente pragmático."<sup>101</sup>

"Tanto da lo que pretexten los pregoneros de la pena de muerte, un dejo histórico delata su avidez por una autoridad suprema con la cual poder identificarse. Lo que está prohibido al individuo aislado, el *hacer inofensivos a los demás*, es decir matarles, se le permite en su calidad de miembro de la colectividad, la ejecución. Su mística es la de un ritual, una

---

<sup>99</sup> Enzensberger, op cit. pág. 14.

<sup>100</sup> Enzensberger, op cit. pág. 13

<sup>101</sup> Enzensberger, op. cit. pág. 14

fiesta que nos instituye y en la que el verdugo es nuestro representante. . . su defensa a ultranza se hallaba bajo el signo del miedo.”<sup>102</sup>

El argumento de la soberanía a toda costa, con sus materiales bélicos y sus justificaciones punitivas, por su sola existencia, anulan todos los derechos humanos que pasan a ser meras amnistias revocables en cualquier momento. Aquí solamente recordemos la posibilidad, siempre latente, de que en nuestro querido México se ordene la suspensión de garantías individuales.

Por el contrario, señala Hans MAGNUS Enzensberger, la supresión de la pena de muerte modificaría la naturaleza del Estado, que aun cuando hay tantos que están lejos de aceptarlo, no tiene razón para decidir sobre la vida de un hombre. No tiene razón más que *su razón de Estado*. Límite de cualquier razonamiento.

Ya lo señalaba C. CATTANEO: “Decís defendernos con la mano del verdugo de la mano del asesino. ¡Demasiada generosidad! No es muy probable que a uno de nosotros le toque en suerte sucumbir a manos de un asesino. Pero si, con esta inoportuna solicitud vuestra por nuestra vida, patrocináis el mal uso de los suplicios por razones políticas, ponéis nuestra vida ante un peligro mil veces más próximo. Cada uno de nosotros, a la larga, tiene bastante más que temer del verdugo que del asesino. No exageremos los peligros privados... Frente al asesino podemos ser iguales en fuerzas. Pero frente a una feroz reacción política nadie, nadie, está seguro. La guillotina no distinguió entre amigos o enemigos; no distinguió ni súbditos ni reyes.”<sup>103</sup>

Seamos conscientes y analicemos si la pena de muerte es la salida a los problemas de violencia que vive nuestro país. Yo no quiero ser parte de esa solución, yo me detengo a pensar un minuto, sólo un minuto, en el hecho de que la persona condenada a morir puede ser mi hermana, mi padre o mi madre.

Pero consideremos algo más: ¿quién va a llevar a cabo esa ejecución? Nuevamente, pensémoslo un momento. Si vamos a aplicar la pena de muerte debemos asumir de igual manera la responsabilidad de que alguno de nosotros es quien debe matar al Otro, o ¿continuaremos siendo tan cobardes como para dejarle todo el trabajo *sucio* a una máquina que automáticamente lo haga por nosotros? Eso reflejaría la automatización, la despersonalización, la falta de compromiso, la ejecución de un castigo lo mas impersonalmente posible, la salida fácil.

---

<sup>102</sup> Enzensberger, op. cit. pág. 161.

<sup>103</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 348.

Si no estamos dispuestos a defender ese discurso vacío, no lo proponamos, no proponamos algo tan grave que no estemos dispuestos a sufrir. Como ciudadanos civilizados asumamos mejor un compromiso con el Otro, con nosotros mismos y con la inviolabilidad incondicional de la vida humana.

Los argumentos justificacionistas de la pena de muerte no funcionan, difícilmente se sostienen. La pena de muerte no logra ni la expiación, ni la intimidación, ni la retribución, ni la protección de la sociedad, ni su ejemplaridad. La pena de muerte es una acción criminógena en sí misma, hay una marcada desigualdad en su aplicación, pues en los países en los que no solamente se prevé, sino que además se regula, sólo concierne a un número reducido de criminales, sin dejar de mencionar la aterradora posibilidad de cometer un error irreparable al ejecutar a un inocente.

Algo queda claro: si estamos comprometidos con México, con el Otro como ser humano y con nosotros mismos, no podemos volvernos ajenos a la situación, a lo peligroso que puede resultar un discurso moral de esta especie, ni podemos por tanto fomentar de manera tan irresponsable la creciente intolerancia por parte de la población.

Los delincuentes se convierten de pronto en presa fácil para los medios de comunicación; son el motivo por el cual la tranquila vida en sociedad se ha visto amenazada. Son los delincuentes, de acuerdo con los medios masivos de comunicación, con toda su maldad, quienes constantemente nos acechan, quienes irrumpen y quebrantan nuestra paz, y el orden que el Estado tan bondadosamente nos ha regalado.

La verdad es otra, y aunque parezca sorprendente, al igual que todo lo que nos rodea y que todas las relaciones que se desarrollan dentro de cualquier sociedad, ésta también tiene que ver con la lucha por el poder. En efecto, cuando un Estado no puede regular ya los conflictos sociales que se dan en su interior, tiende a endurecerse, propaga el miedo entre los gobernados, se coloca por encima del Derecho. Así, y por supuesto, con la ayuda de los medios de comunicación, a través del terror, se regula, aparentemente de manera espontánea, el orden social. Al final, las acciones de violencia aparecen como una forma de cumplir con las demandas sociales, se justifican por el propio Estado y por la población carente de crítica, manipulada, adormecida y embrutecida por el discurso oficial y por el de los medios de comunicación.

Aceptar la pena de muerte como solución es aceptar el fracaso no solamente del Derecho, sino especialmente del Derecho Penal, de la legalidad y de las instituciones creadas para servirlo. Aceptar la pena de muerte es conferir el derecho a decidir sobre la vida al poder público.

Imponer la pena de muerte es la *salida fácil* que el sistema le da a los problemas de delincuencia que lo habitan, significa ignorar la problemática social, que dicho sea de paso, no puede ser resuelta con decisiones técnico administrativas, ni con estadísticas que reflejen de manera confiable o no los resultados sobre la aplicación de la pena de muerte.

Como lo señaló la psicoanalista MARIA LAURA SIERRA en una ponencia acerca de la pena de muerte: la propuesta debiera ser enterrar la pena de muerte y penalizar las penas, teniendo en consideración que si se niega la pena de muerte hay algo más que un compromiso humanitario, hay un veredicto implícito que es la condena a vivir y frente a esta condena, la sociedad civil, los defensores de los derechos humanos, los organismos gubernamentales y no gubernamentales estaríamos obligados a responder al reto de hacer posible la vida, de volver vivible la existencia.

4.6 La pena en general, por su carácter aflictivo y coercitivo es un mal que no debe ser encubierto con pretextos filantrópicos que buscan reeducar y resocializar al delincuente. Hay que decir, sin embargo, que la pena, aun siendo un mal, es justificable solamente si la misma se reduce a un mal menor respecto de la venganza o de otras reacciones sociales y solamente si el reo se beneficia, recibiendo de ella la garantía de que no le serán aplicados castigos informales, esto es, no previstos en la ley, no controlados y además desproporcionados. La pena está justificada entonces no solamente en el interés de los demás, sino también en el interés del condenado de no sufrir vejaciones y maltratos mayores.

Ha sido la venganza el motivo para imponer la pena, sigue siendo siempre la venganza, el motor que da vida a dicho acto de poder. El Estado actualmente, y desde el principio de la historia, en las sociedades primitivas castiga como venganza y por la impotencia de no poder dejar ser lo que ya fue. El castigo surge como consecuencia de un no poder, de un no poder dar solución, de un no entender, de un no poder explicar el delito y de una culpa; la culpa representa el no poder, la culpa nace cuando no se puede, y de la culpa deriva el castigo.

¿Porqué hemos tenido la capacidad de llegar a la Luna, de llegar a Marte, de desintegrar el átomo, pero ni el Estado, ni nosotros hemos sido capaces de castigar en una forma distinta de la prisión? ¿Porqué seguimos imponiendo la pena de prisión como solución?

Ahora bien, a la pena de prisión debemos sumarle que en las comunidades fuertemente moralizantes, moralizadas e ideologadas, los individuos se sujetan a diversas formas de autocensura, así como a las presiones de ojos colectivos, de policías morales, de panoptismos sociales, de linchamientos de opinión y de satanizaciones públicas, a fenómenos



que actualmente se dan en cualquier tipo de sociedad, inclusive en las democracias modernas como lo son las técnicas disciplinarias de vigilancia total, el espionaje de los gobernados por parte de las policías secretas, el control audiovisual a través de cámaras y micrófonos estratégicamente colocados en espacios públicos y privados, a la intervención telefónica, a los sistemas informáticos y a la identidad ciudadana, todos estos son mecanismos de control, quizá más graves que la prisión a los que deberíamos preguntarles qué es lo que queda ya de nuestra autonomía como individuos.

Debemos sin embargo mejorar en general el sistema penal. Hoy es todo, menos garantista. Démonos cuenta que hoy en día la prisión preventiva y el proceso penal son instrumentos de estigmatización pública que se producen y reproducen antes de que el individuo sea condenado, esto es, declarado culpable; la prisión preventiva y el proceso penal han pasado a ocupar ya el lugar de la propia pena como sanciones primarias por la comisión de un delito, o debo decir, por la probable responsabilidad y sospecha de que se cometió un delito. A estos ejemplos bien se les pueden sumar las medidas de prevención, las medidas de seguridad o cautelares como lo son el arraigo y el arresto, en los que funciones de castigo, correspondientes exclusivamente al órgano judicial, son encomendadas a órganos administrativos y de policía.

Un sistema penal y un sistema político sensato no deben perder de vista que el costo social de las penas y de los medios de prevención de los delitos puede ser superior al costo de las violencias que tienen la misión de prevenir. Recordemos que las penas arbitrarias y excesivas, las medidas de seguridad de corte policiaco, todas las intervenciones que se producen en nombre de la justicia penal, y no solamente los delitos, amenazan la seguridad y la libertad que como ciudadanos debemos tener.

“La historia de las penas es sin duda más horrenda e infamante para la humanidad que la propia historia de los delitos: porque más despiadadas, y quizá más numerosas, que las violencias producidas por los delitos han sido las producidas por las penas y porque mientras que el delito suele ser una violencia ocasional y a veces impulsiva y obligada, la violencia infligida con la pena es siempre programada, consciente, organizada por muchos contra uno. Frente a la fabulada función de defensa social, no es arriesgado afirmar que el conjunto de las penas conminadas en la historia ha producido al género humano un coste de sangre, de vidas y de padecimientos incomparablemente superior al producido por la suma de todos los delitos.”<sup>104</sup>

---

<sup>104</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 385.

4.7 No caigamos en un error economicista al creer que la pena es como la contraprestación o precio por el delito. La relación entre pena y delito no es una relación de cambio como la que se da entre mercancía y moneda, sino una relación pública determinada por la autoridad en la que no se cambia ni mucho menos se contrata algo. Las penas privativas de libertad e incluso las penas pecuniarias no se imponen como contraprestación sino contra la voluntad del condenado.

Contra la inhumanidad de las penas es preciso retomar el principio de respeto por la persona humana, ya enunciado por BECCARIA y por KANT con la máxima de que cada hombre, y por consiguiente el condenado, debe ser tratado nunca como un medio o cosa, sino siempre como fin o persona. La pena no debe ser cruel e inhumana y los principios deben respetarse siempre. Son tales precisamente porque no se pliegan a lo que en cada caso convenga, es por ello que son principios. Esto quiere decir que el valor de la persona humana impone una limitación fundamental a la calidad y a la cantidad de la pena. Es precisamente este valor y principio sobre el que se funda irreductiblemente el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de la cadena perpetua y de las penas privativas de libertad excesivamente largas.

Este argumento tiene, además de un carácter humanista y de respeto, una Razón de corte político ya que el propio argumento funda la legitimidad del Estado únicamente en las funciones de tutela de la vida y de los derechos fundamentales en general. Bajo esta lógica, un Estado que mata, que tortura y que humilla a un ciudadano es un Estado delincuente que pierde su razón de ser y contradice su legitimidad.

Es el principio de respeto a la dignidad de la persona el que debe marcar la pauta para la imposición de las penas, inclusive para la supresión de las penas privativas de libertad excesivamente largas, mediante la fijación de un límite máximo más bajo y no como se propuso en las recientes reformas al Código Penal para el Distrito Federal, en las que se aumenta el término de la pena privativa de libertad de 50 a 60 años.

Démonos cuenta que el tratamiento reeducativo y la discrecionalidad administrativa en la determinación de la calidad y la duración de la privación de libertad, como lo es enviar a un reo a Almoloya de Juárez o a Puente Grande, contradicen los principios de retributividad, legalidad y jurisdiccionalidad, así como el de humanidad de las penas; los tratamientos desiguales no se justifican por la diversidad del delito o de la persona y, por el contrario, lesionan la libertad interior y la dignidad personal del reo, por esa eterna pretensión de transformar a la persona.

Son medidas aflictivas, restrictivas y selectivas que discriminan a los presos clasificándolos en clases especiales.

“Excluida cualquier finalidad de enmienda o disciplinaria, lo único que se puede y se debe pretender de la pena es que, como escribiera FRANCESCO CARRARA, (no perversa al reo): es decir, que no reeduce pero tampoco deseduque; que no tenga una función correctiva pero tampoco una función corruptora; que no pretenda hacer al reo mejor pero que tampoco lo haga peor. Mas para tal fin no se precisan actividades específicas diferenciadas y personalizadas. Es necesario sobre todo que las condiciones de vida dentro de la cárcel sean para todos lo más humanas posible y lo menos aflictivas que se pueda; que en todas las instituciones penitenciarias esté previsto el trabajo -no obligatorio, sino facultativo- junto al mayor número posible de actividades colectivas, de tipo recreativo y cultural; que en la vida carcelaria se abran y desarrollen espacios de libertad y de sociabilidad mediante la más amplia garantía de todos los derechos fundamentales de la persona; que, en fin, se promueva la apertura de la cárcel -los coloquios, encuentros conyugales, permisos, licencias, etc.- no mediante la distribución de premios y privilegios sino con la previsión de derechos iguales para todos.”<sup>105</sup>

Es probable que incluso estas medidas, aunque necesarias, resulten ser insuficientes para evitar la acción perversa y criminógena de la cárcel, por ello, desde una perspectiva humanista y de respeto de la dignidad del reo, se convierte en uno de los argumentos más importantes en apoyo de la abolición de la pena privativa de libertad.

A pesar de que dicha abolición sería un ideal, no debemos desapegarnos de la realidad. En este mismo sentido, y considerando que es muy probable que la pena de prisión nunca desaparezca, cobra relevancia el criterio según el cual la pena no debe superar a la violencia informal que en su ausencia sufriría el reo por la parte ofendida. RUDOLF VON JHERING<sup>106</sup> señaló que el sistema de penas señala la escala de valores históricamente determinada de una sociedad dada, además de su grado de autoritarismo, tolerancia y humanidad. Por ello, cuanto mayor sea la pena tanto más se consolidará la exclusión del condenado de la sociedad y se reforzará su identidad desviada. Pero ésta es una consideración general que debe presidir no sólo las opciones del juez sino antes aún las del legislador.

4.8 Ahora bien, por cuanto hace a la ejecución de la pena, su finalidad comprende la corrección del reo en un sentido disciplinario ya que los beneficios y las reducciones de pena son condicionados a la buena

---

<sup>105</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 397.

<sup>106</sup> Von Jhering, Rudolf, *El Fin en el Derecho*, Heliasta, Buenos Aires, 1978

conducta del reo o a otros juicios de valor semejantes en torno a su personalidad. Se produce entonces un medio carcelario negociado en donde el preso que desea acogerse a los beneficios deberá demostrar cotidianamente su disponibilidad al tratamiento, hasta que su personalidad sea juzgada como meritoria del beneficio y de la vida en libertad. "El sinalagma permanente entre interioridad de la persona y perspectiva de liberación anticipada se convierte así en un instrumento de gobierno de la cárcel, gracias al control disciplinario y al sometimiento moral de los presos a las autoridades carcelarias que el mismo asegura. Esta doble función de la pena -ejemplar en el momento de la condena, disciplinaria y compromisoria en el momento de la ejecución- confiere por lo demás a las instituciones punitivas un carácter fuertemente potestativo y totalizante. De ello se sigue una suerte de duplicación del trabajo judicial: la pena, después de haber sido determinada por los jueces en relación con el delito cometido, deberá re-determinarse por los órganos encargados de la ejecución en relación con la conducta vital en la cárcel. Se confiere así a estos órganos un poder inmenso e incontrolado. la pena cuantitativamente flexible y cualitativamente diferenciada en sede de ejecución no es menos despótica, en efecto, que las penas arbitrarias premodernas, de las que difiere solamente porque el arbitrio, en lugar de agotarse en el acto de su irrogación, se prorroga durante todo el curso de su aplicación."<sup>107</sup>

La autoridad que concede o que niega un beneficio penal no comprueba hechos a través de los principios de contradicción, de refutación, de verificabilidad y de publicidad, sino que valora y juzga directamente la personalidad e interioridad de las personas con base en el nivel de peligrosidad, arrepentimiento, y buena conducta que demuestre el reo.

"Es este poder ilimitado, el que hace liberticida y total a la institución carcelaria: porque reduce la persona a cosa, poniéndola completamente en manos de otro hombre y lesionando con ello su dignidad, sea quien fuere, incluso el más sabio y honesto, el que debe decidir. La libertad, según sus definiciones clásicas, consiste en la certeza de las expectativas, en la inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, en la facultad de poder hacer o pensar y, antes aún, de ser lo que se quiere sin temor a infringir la ley. Aquí, por el contrario, todo el ser del detenido se encuentra comprometido por la pena: una vez encarcelado él no tiene una pena cierta que cumplir, sino un mañana incierto que deberá contratar día a día con sus carceleros."<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 408.

<sup>108</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 409.

El doble aspecto de la pena, el de su aplicación y el de los beneficios, se convierte en una hipocresía institucional que demuestra la perversidad del sistema ya que, aunque las medidas alternativas son percibidas por los presos como beneficios, estas no son más que graciosas, e incluso arbitrarias concesiones. En otras palabras, si todos los delitos fueran castigados con la pena de muerte, entonces cualquier medida alternativa, no importa cual, mientras fuera distinta al castigo, sería considerada como un beneficio. "Haced buenas leyes, escribió BENTHAM y no creéis una varita de virtudes que tenga el poder de anularlas. Si la pena es necesaria no se debe perdonar; si no es necesaria no debe pronunciarse. Desgraciadamente, las varitas mágicas de las gracias a las amnistías, de los premios para los arrepentidos a los pactos y a los diversos descuentos y beneficios para cuantos se adaptan al tratamiento- son precisamente las medidas privilegiadas por todos los poderes del sistema penal..."<sup>109</sup>

En vez de que se reclamen nuevas leyes que atenúen las penas legalmente previstas, las medidas alternativas no son presentadas más que como eso, como una alternativa más que busca disminuir su excesiva severidad: "como si las leyes y las penas fueran algo natural o provinieran de otro planeta, y a nosotros no nos quedase más alternativa que aliviar su dureza en sede de ejecución."<sup>110</sup> Un síntoma de la crisis en que se encuentran las penas privativas de libertad es precisamente el desarrollo de las medidas alternativas y sustitutivas con complicados mecanismos que dependen de la arbitrariedad y voluntad de las autoridades carcelarias. El carácter cada vez más obsoleto de la institución carcelaria se hace patente ya que la pena privativa de libertad tiende a ser reemplazada en medidas alternativas o cambiada por sanciones sustitutivas. El problema se hace entonces patente ya que para algunos grupos sociales la pena privativa de libertad es demasiado aflictiva y las medidas alternativas, como la sanción pecuniaria, no son suficientes.

4.9 La minimización del Derecho Penal exige la determinación, primero por los legisladores y después la aplicación por el juez, de la pena mínima necesaria. La garantía de certeza de la duración de la pena es elemento fundamental para lograr una minimización en la aplicación del Derecho Penal.

Se pensará quizá que entonces la pena no tendría los efectos buscados. Por el contrario, mientras una pena sea siempre cierta, tendrá mayor eficacia disuasoria que una pena incierta; el mayor grado de certeza en la pena traería como consecuencia una disminución en la gravedad de la misma y una simplificación en la legislación penal y procesal. En *De los Delitos y de las Penas*, BECCARIA señalaba que la certidumbre del castigo,

---

<sup>109</sup> Idem.

<sup>110</sup> Idem.

aunque moderado, haría mayor impresión que el temor de otro más terrible, unido con la esperanza de la impunidad.

A la crisis en que se encuentra el sistema penal han contribuido factores como la creciente ineficiencia de las técnicas procesales, que han provocado un aumento progresivo de la prisión provisional en relación con el encarcelamiento sufrido en expiación de la pena; asimismo, la amplia intervención que se le ha dado a los medios de comunicación en los procesos iniciados en contra de personajes que cuentan con un particular interés social; léase y entiéndase nuevamente: Salinas, Campuzano, Aburto, etc. Todo ello trae aparejada una resonancia pública que estigmatiza y que en la mayoría de los casos tiene para el reo un carácter aflictivo y punitivo mayor que la propia pena. En México se ha generado en los últimos diez años una inflación del Derecho Penal, de modo que los procesos y las penas pueden contarse anualmente por miles. Es notable el desarrollo de la delincuencia organizada y el constante crecimiento en los delitos de sangre, así como en los delitos contra el patrimonio, lo que ha traído como consecuencia el aumento de iniciativas y propuestas, a nivel legislativo para incrementar la duración de las penas privativas de libertad, rondando incluso en el ambiente, como ya quedó dicho, la discusión sobre las ventajas que traería la aplicación de la pena de muerte.

“La pena privativa de libertad, que en la época moderna ha constituido la alternativa más importante a las penas feroces y el principal vehículo del proceso de mitigación y de racionalización de las penas, ya no parece a su vez idónea -en cuanto no pertinente o no necesaria- para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: ni la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas de hecho, como a estas alturas es unánimemente reconocido a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; ni la prevención de las venganzas privadas satisfecha en la actual sociedad de los mass-media bastante más por la rapidez del proceso y por la publicidad de las condenas que por la expiación de la cárcel. Por tanto, si es verdad que el grado de dureza tolerable de las penas está ligado en cada ordenamiento al grado de desarrollo cultural alcanzado por él, resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración.”<sup>111</sup>

En la práctica, las instituciones de secuestro, como la cárcel y los hospitales psiquiátricos han sido mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. No es desconocido que en ellos se han conservado, como en épocas antiguas y premodernas, elementos de

---

<sup>111</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 412.

aflicción física, que se traducen en las formas de vida y de tratamiento, y que solamente difieren de las antiguas penas corporales porque no están concentradas en el tiempo, sino que se extienden a lo largo de la duración de la pena. A la aflicción corporal del encierro se le suma la aflicción psicológica de la soledad, del aislamiento, de la sujeción disciplinaria, de la pérdida de sociabilidad y de afectividad y, por consiguiente, de identidad, así como la aflicción específica que va unida a la pretensión reeducativa y de tratamiento dirigido a plegar y a transformar a la persona del preso.

La cárcel es en consecuencia una institución constituida por la desigualdad, así como lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Es una institución cada vez más carente de sentido, cuyos costos en sufrimientos en forma alguna quedan compensados con las supuestas *ventajas* argumentadas por quienes defienden la privación de la libertad como castigo. Recordemos que nada tiene que ver con la abolición de la pena; por el contrario, cabe decir que la pena de prisión es una medida contemplada en sistemas con rasgos de Derecho Penal máximo y disciplinario, mientras que la idea de un Derecho Penal mínimo va orientada a disminuir y a humanizar las penas. "Incluso admitiendo que algún día, en una hipotética e improbable sociedad perfecta, dejen de tener sentido los delitos y las venganzas, la pena deberá conservarse, como medida sancionadora mínima y exclusiva, para el único caso de que un delito provoque alguna reacción de carácter aflictivo. Por eso cualquier estrategia de humanización de las penas supone, con la abolición de las que en cada momento se manifiesten intolerables para la conciencia cívica, la defensa de la forma legal de la pena. De aquí se sigue que cualquier campaña por la supresión de la cárcel no puede más que ser distorsionada, mal entendida y obstaculizada si se la confunde con las orientaciones ideológicas que propugnan la abolición de la pena y del derecho penal en cuanto tales y se omite la indicación de los tipos de pena, menos aflictivos pero no menos eficaces, creíblemente aptos para sustituir a la privativa de libertad."<sup>112</sup>

Para que algún día podamos abolir la pena privativa de libertad debemos comenzar con la creación y exigencia de elementos esenciales de certeza que permitan restringir las hipótesis de aplicación y el acortamiento de la duración del encierro; esto es, una reforma penal creíble en la que para los delitos menos graves no se utilicen sustitutivos, sino que las penas se sustituyan por unas más leves, lo que también traería como necesaria consecuencia una reducción en las penas para los delitos más graves.

Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto

---

<sup>112</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 413

plazo, a 10 años y, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; ello, por supuesto, incluido en la norma constitucional. Si se lograra reducir el límite máximo de la duración de la pena privativa de libertad no solamente se reflejaría una atenuación cuantitativa de la pena, sino también cualitativa. Es decir, la idea de que se puede regresar a la vida en libertad en corto tiempo o en uno más o menos razonable, hace más tolerable la vida de encierro y menos alienante física y psicológicamente la reclusión. Con la reducción del encierro a través de penas que así lo prevengan y no a través de medidas administrativas discrecionales de sustitución se protegen los elementos garantistas de la pena, como lo son su predeterminación legal, su determinación judicial, su certeza, su igualdad y su proporcionalidad a la gravedad del delito.

La pena pecuniaria por su parte también resulta ser una pena injusta. Se trata de una pena impersonal que cualquiera puede pagar. El reo que no la paga se sustrae así de la pena, mientras que, podría decirse, un tercero que la paga por él, queda sometido a una pena por un hecho que le fue ajeno. La pena pecuniaria es desigual ya que golpea en forma diferente, según el patrimonio y es percibida la mayor de las veces, más como una tasa que como una pena.

Volvemos al problema planteado con anterioridad: o la pena pecuniaria se considera suficiente, y entonces da lo mismo transformarla en una sanción administrativa y despenalizar el delito para el que ha sido prevista; o bien se estima insuficiente, y entonces deberá ser sustituida por otro tipo de pena, más severa. Requerimos naturalmente una seria revisión jurídica de los bienes merecedores de tutela, una redefinición normativa de las privaciones de bienes y derechos, que respeten y sean compatibles con la dignidad de la persona.

4.10 El tipo de sanción con el cual sustituir a la pena privativa de libertad es quizá el problema más difícil de solucionar y es sin duda la pregunta más recurrente en la sociedad. Se ha hablado de medidas alternativas como: el arresto domiciliario, los tratamientos en semilibertad, las multas y otras semejantes. Sin embargo, es importante señalar, que estas medidas no son efectivamente alternativas, dado que no excluyen, sino que integran la pena privativa de libertad. A pesar de ello, pueden muy bien constituir una alternativa a la pena carcelaria, si se las eleva al rango de penas principales, no como substitutivos, y como tales son aplicadas por el juez al momento de la condena.

Para entender que diez años es el tiempo máximo de reclusión humanamente tolerable, debemos partir del reconocimiento de la naturaleza antieducativa, inhumana, aflictiva y criminógena de la pena carcelaria. Si exigimos que la pena cuente con una función, si no educativa, cuando menos no deseducativa ni criminógena, entonces será



necesario reconocer la necesidad de reducirla, redimensionándola o redefiniendo legalmente sus contenidos alternativos, desde la legislación y su aplicación judicial y no buscando alterarla en su fase ejecutiva, reconociendo en consecuencia que serían suficientes como penas, el arresto domiciliario, la residencia obligada o la semilibertad, pero como ya se dijo, previstas desde un inicio como penas y no como beneficios o substitutivos. Los tipos de penas privativas que pueden concebirse como alternativas a la privación de la libertad son numerosos; en fin, siguiendo esta lógica, las penas deben estar graduadas y proporcionadas conforme a la gravedad de los delitos, esto es, previstas por la ley, unas como principales y otras como secundarias para determinados delitos y en donde la privación de la libertad sería la sanción más severa, reservada únicamente para los delitos más graves. Recordemos que la pena establecida por el juez deberá ser siempre cierta e inmodificable, excepto en los casos de hechos supervenientes preestablecidos por la ley, en beneficio del reo.

De esta forma, queda claro que la libertad y la vida son derechos personalísimos, inalienables, por lo que su privación total debería quedar prohibida.

No olvidemos que es necesaria la secularización del Derecho, esto es, su separación de la moral, así como la explicitación de un elemento sustancial constitutivo del delito: la naturaleza lesiva del resultado, de los efectos que produce la acción que se pretende calificar como delito.

En efecto, antes de pensar en aplicar un castigo, se requiere la lesividad de la conducta para terceros; será entonces este principio la razón y la medida no solamente de las prohibiciones sino también de las penas. Es así como las propias prohibiciones y las penas pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes bajo esa óptica en la que se concibe al Derecho Penal como instrumento de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

“La necesaria lesividad del resultado, cualquiera que sea la concepción que de ella tengamos, condiciona toda justificación utilitarista del derecho penal como instrumento de tutela y constituye su principal límite axiológico externo. Palabras como lesión, daño y bien jurídico son claramente valorativas. Decir que un determinado objeto o interés es un bien jurídico y que su lesión es un daño es tanto como formular un juicio de valor sobre él; y decir que es un bien penal significa además manifestar un juicio de valor que avala la justificación de su tutela recurriendo a un instrumento extremo, cual es la pena. Pero esto significa también, a la inversa, que un objeto debe ser juzgado y considerado como un bien cuando esté justificada su tutela penal; y que, aún más, el valor que al

mismo se asocia debe ser superior al que se atribuye a los bienes ajenos a las penas. Bajo este aspecto, al menos desde una óptica utilitarista, la cuestión del bien jurídico lesionado por el delito no es distinta de la de los fines del derecho penal: se trata de la esencia misma del problema de la justificación del derecho penal, considerada no ya desde los costes de la pena, sino desde los beneficios cuyo logro pretende.<sup>113</sup>

El principio de lesividad ha jugado un papel esencial en la elaboración, cuando menos teórica, de un Derecho Penal mínimo con fundamentación no teológica, ni ética, sino laica y jurídica, que defiende a los más débiles, con el propio Derecho Penal, por medio de la tutela de derechos considerados universalmente como fundamentales.

Un criterio elemental para justificar las prohibiciones, es el de justificarlas sólo cuando se dirigen a impedir tanto el peligro, como la lesión de derechos fundamentales, ya sean individuales o sociales colectivos. En cualquier caso, sin embargo, la prohibición, presupuesto del castigo, debe fundarse en un daño o en un peligro verificable empíricamente, conforme a las características de cada comportamiento específico que se encuentre prohibido, y no considerar en abstracto sólo el contenido de la prohibición.

Podemos afirmar que “ningún bien justifica una protección penal -en lugar de una civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los bienes de que priva la pena. Se trata de un criterio cierto para rebajar la entidad de las penas. Se puede así afirmar, dada la relación que se busca entre lesividad del delito y aflictividad de la pena, que la esfera de los intereses tutelables es tanto más amplia cuanto menor es el coste de la pena. Ningún bien, justifica, por ejemplo, la pena de muerte para prevenir su lesión. Por otra parte, mientras las penas consistan, ante todo, en largas privaciones de libertad, son pocos, a pesar de su anormal expansión en las legislaciones de nuestros días, los bienes cuya tutela penal es justificable. Por el contrario, son muchísimas las lesiones que justifican penas cortas de prisión o, mejor aún, penas alternativas, más limitadoras que privativas de libertad. Esto significa que la disminución de las penas es condición necesaria para justificar su utilización como instrumento de la protección penal de bienes jurídicos. El límite mínimo infranqueable es, naturalmente, que la pena no se transforme, tal como ocurre con las pecuniarias, en un impuesto, perdiendo con ello toda eficacia disuasoria.”<sup>114</sup>

Por eso la importancia que tiene excluir del catálogo de delitos, las conductas descritas en términos vagos o valorativos, las abstracciones que

---

<sup>113</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 467.

<sup>114</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 472

se relacionan con la personalidad del Estado, con la administración pública, con la actividad judicial, con la religión y la fe, con el orden público, con la economía pública, con el honor, con el matrimonio, con la moral y con la opinión, pues son delitos que atacan no solamente en contra de la libertad sino además en contra de la democracia. Atendiendo al principio de estricta legalidad, la lesividad permite considerar como bienes jurídicamente tutelados sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque a otras personas de carne y hueso y no a entes abstractos como el Estado ya que el Estado no constituye un bien o un valor como tal.

En conclusión, el principio de lesividad minimiza las prohibiciones penales; equivale a un principio de tolerancia de la desviación, idóneo para reducir la intervención penal al mínimo necesario, reforzando con ello su legitimidad y su fiabilidad.

Es bien sabido que el poder judicial en ejercicio de sus funciones incide sobre las libertades de los ciudadanos como individuos. Por eso es importante señalar que aunque la autoridad sea la expresión de la mayoría, no puede ser nunca, ni podrá ser jamás un criterio de verdad, pues se trata de eso precisamente, de la toma subjetiva de una decisión y no de un procedimiento cognoscitivo de los hechos. Es en ese momento cuando a los individuos enjuiciados o juzgados no les importa si el poder que se ejerce fue determinado por la mayoría, o aún por unanimidad ya que ello no representa en sí mismo una garantía; lo que en ese momento le importa al individuo y debería importarnos a todos como ciudadanos susceptibles de ser encartados a un proceso penal, es que la sentencia que se va a pronunciar, sea condenatoria o absolutoria, se apegue no solamente a Derecho, sino que la misma sea verificable y se encuentre cargada con un contenido de verdad. De ahí que siempre exista la posibilidad fáctica de refutar y verificar las aserciones en que se funda una condena o una absolución; es por ello que se habla de un procedimiento cognoscitivo que permite un acercamiento hacia un mínimo de verdad. La verdad obtenida de esta forma implica la legitimidad del poder judicial ya que se trata entonces de una legitimación de carácter Racional y legal, que no admite manipulaciones subjetivas de tipo político, consensual o representativo.

Es por eso que la verificabilidad de la hipótesis acusatoria y del supuesto fáctico típicamente satisfecho se convierten en las principales garantías frente al arbitrio; es por eso que debe haber una máxima sujeción del juez a la ley, es decir, una estricta legalidad y en consecuencia una estricta jurisdiccionalidad penal. De esta forma la verdad no es una verdad regalada, sino una obtenida mediante pruebas y refutaciones frente al abuso del poder y al error. Es así como la libertad, la dignidad del individuo que se juzga, el respeto por su persona y por su verdad, están

protegidas frente al abuso del poder gracias al carácter Racional, cognoscitivo y no potestativo del juicio.

Dentro de un moderno Estado de Derecho esto significa que el juez puede absolver a cualquier reo, incluso contra la voluntad de todos, pues la función judicial, a diferencia de la administrativa y de gobierno, no interviene en casos generales en función de intereses generales, sino en casos individuales. El interés penal general se satisface antes de que se enjuicie a un individuo, esto es, dicho interés general queda satisfecho por la función legislativa, a la que se le confía la definición en abstracto de las conductas delictivas a ser sancionadas con posterioridad por el juez.

“No puede castigarse a un ciudadano sólo porque ello responda al interés o a la voluntad de la mayoría. Ninguna mayoría, por más aplastante que sea, puede hacer legítima la condena de un inocente o subsanar un error cometido en perjuicio de un solo ciudadano. Y ningún consenso político -del parlamento, la prensa, los partidos o la opinión pública- puede suplantar la falta de prueba de una hipótesis acusatoria. En un sistema penal garantista, el consenso mayoritario o la investidura representativa del juez no añaden nada a la legitimidad de la jurisdicción, dado que ni la voluntad o el interés general, ni ningún otro principio de autoridad puede hacer verdadero lo falso, o viceversa.”<sup>115</sup>

Es por ello que la persona del juez debe siempre dudar de la acusación que ante él se formula, debe ser una persona equilibrada, tolerante, prudente e imparcial y no debe obedecer a intereses ajenos a la verdad y a la justicia, ya que al momento de enjuiciar no importa que los demás no crean en el juez ya que es en ese momento cuando una sola persona debe tener confianza en ese juez, me refiero por supuesto al reo.

Que quede claro: “el delicado mecanismo del proceso penal no sirve, como se ha dicho, para tutelar a la mayoría, sino para proteger, incluso contra la mayoría, a los individuos que, aunque fueran sospechosos, sin pruebas no pueden ser considerados culpables.”<sup>116</sup>

Si trasladáramos el interés penal general también a la función judicial, y se enjuiciara de acuerdo con el mismo, se pondría en peligro la libertad que tenemos de ser quienes somos, nuestro Derecho personalísimo a ser malvados y a ser transgresores. En pocas palabras, se verían afectados nuestros espacios legítimos de desviación.

De esta forma, y como ya quedó apuntado, se puede concebir al Derecho Penal no solamente como instrumento de prevención de delitos,

---

<sup>115</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 544.

<sup>116</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 561.

sino también, como técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito. De esta manera se va formando Racionalmente un sistema penal de respeto garantista. De esta forma el proceso penal asume el carácter Racional que lo debe caracterizar.

Hoy el presupuesto de toda política garantista es la crítica del sistema de justicia adoptado y entender al Derecho Penal esencialmente como un instrumento de paz.

4 11 Entonces resulta claro que “si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena.”<sup>117</sup> Es precisamente por eso que la prisión preventiva no debería ser aplicada como un acto arbitrario de fuerza y de poder, no solamente se debería detener a determinada persona por la orden de un juez, sino como consecuencia de un juicio.

La prisión preventiva se contrapone entonces con el principio *nulla poena sine iudicio*, es decir, no debe haber pena sin juicio. Desde mi punto de vista, la prisión preventiva, es decir aquella que se da durante el proceso penal y en tanto se dicta sentencia, es una pena corporal en sí misma, que en nada se distingue de aquella a la que es condenado un reo al momento en el que se le dicta sentencia.

No caigamos en el cómodo error de afirmar que la prisión preventiva es una *necesaria* injusticia y démonos cuenta que es sólo una característica adicional de un sistema, inquisitorial por excelencia, en el que de entrada se busca disminuir a la persona, se quiere al imputado en una situación de inferioridad respecto de la acusación.

Los argumentos que justifican la prisión preventiva y la pena de prisión en general se justifican señalando que no hay una mejor forma de evitar el peligro de fuga del imputado. Al respecto únicamente hay que señalar que la solución se encuentra en el mismo problema, es decir, en la prisión.

En efecto, el peligro de fuga está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado tuviera una perspectiva distinta, seguramente tendría interés en no escapar y defenderse. Bajo esta lógica, se puede deducir que el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas, por lo que, si hay una disminución considerable en las penas, también habrá una reducción en el peligro de fuga.

---

<sup>117</sup> Ferrajoli, op. cit. pág. 549

Así pues, queda clara la posibilidad de terminar con esa contradicción que es la cárcel sin pena, es decir la prisión preventiva. Al imputado debe dársele la oportunidad de comparecer libremente, de propia voluntad, ante su juez. El imputado debe tener el Derecho a no ser secuestrado durante el juicio y a defender en libertad su presunción de inocencia. De esta forma quedaría asegurada su dignidad de ciudadano, de ser humano y su situación de igualdad ante la acusación, no con el carácter de probable responsable sino con el de presunto inocente, lo que ya marcaría de entrada una gran diferencia ante el juzgador. Un buen comienzo, como se dijo, hacia la desaparición de la prisión preventiva y algún día, de la pena privativa de libertad, sería la reducción drástica de la duración máxima de la pena de prisión a un término humanamente tolerable.

4.12 La justicia penal en ausencia de garantías genera para los ciudadanos, peligros aún mayores que las conductas desplegadas por los delincuentes. Recordemos que el proceso y la pena se justifican solamente en cuanto técnicas de minimización de la reacción particular y social frente a un acto delictivo. El grado de libertad y de civilización de una sociedad se pueden medir por la forma en cómo se juzga, pues el proceso persigue el castigo de los culpables pero también tutela los derechos de los inocentes, lo que no sucede cuando alguien decide hacer justicia por su propia mano.

“El primer presupuesto de la función garantista del derecho y del proceso penal es el monopolio legal y judicial de la violencia represiva. El derecho y el proceso, en efecto, garantizan contra la arbitrariedad en cuanto representan técnicas exclusivas y exhaustivas del uso de la fuerza con fines de defensa social. Poco importa que en un país no exista la pena de muerte si la muerte se inflige ilegalmente, caso de muchos regímenes dictatoriales, o extra - legales como ocurre en muchos países avanzados en los choques armados, a menudo injustificados, entre policía y delincuentes. Poco importa que en el proceso penal el interrogatorio judicial esté limitado por las mil garantías de la defensa si no se admite la intervención del defensor desde el primer contacto del sospechoso con la policía o con la acusación pública. Poco importa, finalmente, que la Constitución garantice, como principio, el *habeas corpus* y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial en cuestiones de libertad personal, si después las detenciones policíales se practican ilegalmente o si, incluso, la propia ley confiere a la policía amplios poderes discrecionales para restringir la libertad. Lo que importa, ante todo, es el grado de efectividad del edificio teórico y normativo integrado por el derecho penal y procesal, esto es, que los delitos y las penas sean sólo los determinados por la ley penal, y que la comprobación de los primeros y la imposición de las

segundas sean sólo obra de la autoridad jurisdiccional a través de las formalidades que le son propias.”<sup>118</sup>

Tradicionalmente impera como criterio dentro del Derecho y del proceso penal, la Razón de Estado sobre la Razón jurídica, legitimando de esta manera, dentro del ámbito punitivo, dentro del ámbito de las penas y de los castigos, Razones políticas y no meramente jurídicas.

De esta forma es claro que las Razones de Estado son incompatibles con la estricta legalidad y jurisdiccionalidad, pues cuando los derechos fundamentales se afectan por dichas Razones, entonces existen otras figuras como lo son el arbitrio policial y la represión política. Ha sido a través de las Razones de Estado como se han justificado abusos de poder, tan comunes ya en México, como lo han sido las muertes estudiantiles en 1968, los asesinatos de campesinos en manos del ejército en Chiapas por su supuesta relación con el Ejército Zapatista de Liberación Nacional y las muertes en la colonia Buenos Aires, por solo mencionar algunos ejemplos dolorosos para mexicanos y extranjeros que reconocemos el respeto por la vida, por la diversidad y por la libertad de expresión.

La razón de Estado implica la ruptura de la legalidad pues bajo ese solo pretexto se legitiman los estados de excepción y la alteración de las reglas del juego ordinarias. Alude a una razón autofundamentada y detentada exclusivamente por aquellos quienes dicen ser los hombres de Estado, como los malos gobernantes y los dictadores. La razón de Estado antepone al Estado como un fin en sí mismo y no fundado en otros medios que así lo legitimen. La razón de Estado manipula y moldea al Derecho para así justificar su proceder.

Por el contrario, el Estado de Derecho, y más concretamente la función judicial no se refiere a intereses públicos de carácter general, sino a casos particulares, obviamente con repercusión directa sobre derechos fundamentales de los ciudadanos, que a veces entran en conflicto con intereses del Estado y que son precisamente su fuente de legitimación. De igual forma, dentro del Estado de Derecho se rompe con la trillada lógica conflictual primitiva, binaria del amigo-enemigo, adoptada por las razones de Estado, pues la jurisdicción exige la imparcialidad del órgano juzgador y su indiferencia hacia cualquier fin o valor que sea ajeno al proceso penal del que está conociendo.

En fin, la razón de Estado persigue su verdad, y llega a ella por cualquier medio, admitiendo procedimientos inquisitivos e incluso ilícitos; el Estado de Derecho, la jurisdicción persiguen por el contrario la verdad procesal indagada y arrojada de acuerdo con reglas como lo son las

---

<sup>118</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 763.

imputaciones de hecho, el principio de presunción de inocencia, el de la carga de la prueba y el del juicio contradictorio que somete la acusación a verificación y la expone a la refutación de la defensa.

El Estado de Derecho, ya quedó dicho, no conoce enemigos y amigos, sino solamente culpables e inocentes. El Estado de Derecho no admite excepción a las reglas ni su amoldamiento arbitrario a la conveniencia de la autoridad; el fin nunca justifica los medios ya que esos medios son las garantías de verdad y de libertad; el fin perseguido no es el éxito de la acusación a toda costa y a pesar de la violación de derechos fundamentales, sino la verdad procesal obtenida sólo a través del contradictorio en la triada procesal. El juzgador debe formarse una conciencia profesional como tutor y garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes tanto públicos como privados. De igual manera, mucho mejoraría su función si aceptaran, toleraran y ejercitaran la crítica a su jurisdicción. De esta forma la actividad del juez se vincula a la soberanía popular forjando su independencia como contrapoder, como instrumento de tutela de los derechos de los ciudadanos frente al acostumbrado abuso institucional por parte los demás poderes del Estado.

Así las cosas, en conclusión, podemos señalar, a manera de definición, que el "garantismo designa un *modelo normativo de derecho*: precisamente, por lo que respecta al derecho penal... modelo de estricta legalidad... propio del *estado de derecho*, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva."<sup>119</sup>

---

<sup>119</sup> Ferrajoli, op cit. pág. 851.



## CONCLUSIONES

### CAPÍTULO PRIMERO.

1.- Las instituciones de encierro, principalmente la prisión y el discurso que las sostiene mata la humanidad en el hombre.

Intento demostrar que hay algo más, que se oculta y que se evade, y que ha de ser mirado para reconocernos, todos, incluyendo a los excluidos, como hombres con historias y proyectos. Ese algo ha de ser mirado para aprender a dialogar con el crimen y con el criminal.

Las ciencias criminológicas que sostienen el discurso de exclusión social y encierro hacen del hombre un objeto de una ciencia (saber) y se imponen como poder. Esa visión no se compromete. Con su intolerancia científica despersonaliza el proyecto humano que debemos rescatar en cada uno. Es un discurso que deshumaniza la vida del excluido y de quien lo excluye.

El estudio científico y sus construcciones institucionales, al abrigo de las cuales se reproduce y construye la humanidad, acaba, siempre, por encontrarse inevitablemente con el problema del abismo, esa tragedia en que nos hundimos los seres humanos cuando franqueamos la frontera prohibida, representada por el delito.

La ciencia y sus instituciones han optado por el encierro; sinónimo de sordera cultural que anula la interrogante de lo prohibido, impidiendo, con ello, deducir consecuencias de Derecho que permitan que la tragedia puesta en acto por el criminal sea puesta en palabras por el Derecho: única forma de frustrar el cumplimiento del crimen en la vida cotidiana.

Es necesario ocuparnos del abismo, de la transgresión y de la desmesura; es necesario preocuparnos por el olvido que hay (sobre todo en las ciencias y en las instituciones que sostienen al encierro) de esas representaciones de la tragedia humana.

2.- La propuesta es abrir un diálogo; intentar un acercamiento entre dos discursos: Derecho y Psicoanálisis. Por que ambos son discursos de la Ley y para que el discurso de la Ley fundamente un principio de Razón en el que estén apoyadas las relaciones sociales y no en un sordo ejercicio de

poder en el que éstas se hundan.

Fabricar leyes sensatas es la finalidad. Abolir el tratamiento administrativo, impersonal y deshumanizado de los intérpretes (léase y entiéndase, entre otros, abogados, jueces, legisladores, políticos, científicos criminólogos, psiquiatras, psicólogos, custodios). Hacer Derecho desde la construcción misma de la Razón y clarificar los retos de lo prohibido como retos del destino de todo hombre.

El crimen surge como respuesta al caos, al abismo, al vacío y a las carencias. El crimen es también un texto.

La angustia de este vacío surge porque el Sujeto no logra asirse del afuera, de la Ley, de la Razón construida socialmente. Esa angustia es la falta total, es un vaciamiento del mundo y su sentido, es la nada y ahí está el delito: como texto en busca de sentido por el Sujeto.

El psicoanálisis, como discurso es un intento por trascender nuestra comprensión de lo desviado, para mirarlo como un espejo que nos refleja y, ahí, de frente, nos confronta con lo distinto, con lo diferente, para decirnos que lo distinto, lo diferente no está en el Otro sino en nosotros mismos.

El psicoanálisis es una puerta. Abre la escucha, es una actitud que posibilita el habla de lo desviado, de lo transgresor, de lo antisocial, en una palabra, de quien delinque. Escucha y habla como únicos medios que permiten ponerle nombre a lo prohibido y, con ese nombre, llevarlo desde el acto representado como tragedia social, como delito, a la palabra como Razón humana. Hablar y escuchar para razonar que en la sociedad hay Otros, y que no somos soberanos en el ejercicio del poder: única forma de desarticular las escenas violentas que nos constituyen y articular una respuesta, desde la Razón, que reconozca al hombre y tolere sus diferencias. Escuchar y hablar implican no escandalizarnos por el crimen, como actitud primera; llevan a entender la transgresión como algo humano, como un acto de creación, como síntoma de liberación de todo aquello que nos ha sido impuesto desde afuera, desde el poder que nos norma sin explicaciones y sin palabras, que nos ata irracionalmente y que nos impide definirnos como Sujetos con un sentido.

3.- Todos estamos inscritos en la cultura que nace con la muerte del Padre como acto político original. Acto político del que devienen objetos e instrumentos de poder de primera categoría: el tótem y el tabú; el delito y el delincuente. Dos clásicos del poder.

El tótem nos somete desde su ausencia; ausencia de carne transformada en espíritu, en Ley: Dios, Estado. El tabú, lo sagrado, lo prohibido, lo impuro. Aquello que está prohibido tiene que ser objeto de

una tentación y de un deseo: el criminal hace tan solo lo que todos desean.

Como cultura estamos inscritos en la culpa y es precisamente el concepto de culpa, inserto en nuestra historia desde el principio de la humanidad, el argumento de legitimación del discurso legal. Si no se puede culpar a alguien, no se puede justificar ni el discurso legal ni el Estado de Derecho o de prohibición que se nos pretende imponer.

Quien transgrede desafía esa culpa que debería introyectar o interiorizar como código ético o moral de la sociedad. A ese desafío responde el Código Penal ritualizando la violación de lo prohibido. La Constitución y el Estado de Derecho son formas decantadas de esa simbolización. Pero también ellas necesitan de un sentido que hay que encontrar en la racionalidad.

El delincuente constantemente provoca a la Ley para comprobar si ésta existe, para comprobar si es racional. El mito de EDIPO, como hemos visto, es la transmisión de la Ley del Padre como Ley social. El origen de lo social y el origen del propio sujeto se encuentran inscritos en el parricidio. En otras palabras: hay que matar al Padre para que surja el sujeto y para que se instaure la Ley.

La batalla del Derecho, la Ley y la Razón, es separar precisa y decididamente el pensamiento, de la acción, por medio de la palabra. Como cultura vivimos en la frontera entre el Sujeto y la Ley, así sea dentro del discurso jurídico o la Ley del psicoanálisis. Ley que traduce al delito como manifestación humana y al delincuente como ser humano. Esa búsqueda de sentido desde la transgresión nos vincula al delito y al delincuente y nos permite una traducción y, hasta, una comprensión de sus *razones* transgresoras para cometer el acto prohibido. Este vínculo es el elemento fundamental que ha ignorado el discurso institucionalizado que estigmatiza al acto prohibido y al transgresor, a través de la observación, análisis, clasificación y manipulación del delito y del delincuente. Son discursos que hablan de sanar al loco y readaptar al delincuente, pero que dejan intacto el sentido de los actos transgresores como actos creativos vinculados al ritual de dar sentido a lo prohibido, de cuestionar la Ley del Padre.

4.- Todo delito, toda manifestación transgresora plantea una demanda de análisis, de escucha social, pues lo que finalmente está en juego en el discurso (jurídico y científico) es la verdad del saber impuesto desde el poder en la sociedad.

Podemos entonces decir, aunque parezca escandaloso, que un crimen es bello. La belleza del crimen se encuentra en lo que el acto significa o representa, en lo que simboliza; solamente así podremos

entender el sentido del acto criminal.

Debemos entender que el acto político original coincide con el crimen original. Para conocernos primero debemos reconocer que el *tesoro cultural*, del cual estamos tan orgullosos, está inscrito e instituido desde un crimen, ofensivo para el sentimiento de muchos, el de matar al Padre, extraña interpretación del Contrato Social.

¿Cómo hacer frente, en nuestra época, a la necesidad de poner en palabras la escena humana del delito a fin de desarticular su cumplimiento en la vida cotidiana?

La respuesta no es sencilla. Un buen comienzo es esforzarnos, y lo diré hasta el cansancio, por interpretar y entender lo prohibido, lo distinto, lo ajeno, lo que llamamos desviado; por entender al Otro como persona y, así mirada, hacer posible la vida fundándola cada vez más en la palabra y no en el acto criminal. Ese es nuestro reto.

Después de que se comete un crimen siempre surge la gran pregunta: ¿qué hacer con el acusado? Lo más cómodo es llevarlo a la hoguera y sacrificarlo, pero eso no lleva a ningún lado. El compromiso debe ser otro: preservar el futuro subjetivo de ese criminal y para ello debemos entender que también es un ser humano.

De esta forma, y sólo de esta forma, podemos entender que el Otro es un espejo en el que nos reflejamos nosotros mismos: tratarlo como desviado, es desviado; tratarlo como criminal, es criminal; acabemos de una buena vez con el discurso de la readaptación. Solamente así, aunque parezca paradójico, queda asegurado su futuro personal como hombre para asumir la responsabilidad de sus actos e inscribirse en el discurso de Razón.

Vivimos en un mundo desquiciado y en una sociedad al borde del colapso. No hemos sido capaces de inventarnos algo mejor que la violencia del Derecho Penal para solucionar conflictos sociales; a todos se nos hace tarde para incluir como delitos en nuestros códigos penales el mayor número de conductas posible. Ese es el límite de nuestra capacidad, el de nuestra respuesta a la problemática social y el sustento de nuestra frágil seguridad.

Vivimos en el error. La violencia del derecho penal no es la solución a nuestros conflictos.

El problema real, hoy día, no es otro más que la violencia institucional que el Derecho Penal ejerce. El Problema no es el problema que trata de solucionar el Derecho Penal, el Problema más apremiante es

el Derecho Penal y su incapacidad para dar una solución: no ayuda ni a la víctima, ni al victimario, ni a la sociedad en general. El Derecho Penal, con su violencia, crea conflictos, para después justificar y legitimar, desde el poder, su intervención, so pretexto de solucionarlos. Eso se llama esquizofrenia; en lenguaje llano, círculo vicioso.

## CAPÍTULO SEGUNDO.

1.- La vida en sociedad es Vigilancia y Castigo. La vida de todo hombre y de todos los hombres trae aparejada formas de vigilancia y de castigo, determinadas desde el poder. A partir de ellas se define la exclusión, la desviación, la transgresión y, por supuesto, el encierro.

Son precisamente estas formas de Vigilancia y de Castigo las que marcan, etiquetan y determinan a un individuo. No hay nada que se encuentre fuera de esa dinámica, de esa espiral formada por la Vigilancia y por el Castigo. Se trata de una perversa dualidad: es la constante vigilancia que ejercemos, unos sobre otros y sobre nosotros mismos a la vez, todos los integrantes de una sociedad.

El poder es imperceptible, es una magia. Se trata de una inmensa red de relaciones intangibles. El poder no solo atraviesa sino que se interioriza, al grado de volverse consustancial a figuras típicas dentro de una sociedad, a figuras como el Estado, algún partido político, un dictador, una clase social, la familia, la escuela, la iglesia, el hospital, la fábrica y, por supuesto, la prisión.

El poder existe en acto. No es una sustancia o esencia sino una relación y un constante ejercicio desigual de fuerzas. Es esa la esencia del poder: el enfrentamiento de fuerzas distintas, es la guerra perpetua, pero no solamente implica el deseo de destruir, sino que, esa guerra representa una lucha por sobrevivir, por el predominio de la voluntad del poder.

2.- El poder genera una resistencia automática por parte de quienes son sometidos a él. El poder busca gobernar y dirigir las conductas de los otros. La sociedad crea una compleja red de relaciones sociales para moldear las conductas de sus hijos, de los presos, de los enfermos y de los trabajadores. Sin embargo, al sometimiento absoluto siempre se le opone la conducta de los sujetos sociales, al poder se le enfrentan sus límites a través de la posibilidad de rebeldía, de contestación e incluso del suicidio como formas de resistencia y de contra poder.

Existen prácticas, formas y dispositivos locales de dominación, de conocimiento y de resistencia; relaciones de la vida diaria en donde se constituyen los engranajes del funcionamiento general de la sociedad. Es su forma capilar de existencia. El poder alcanza y penetra los cuerpos y las almas de los individuos, se inserta en nosotros, nos determina con sus

discursos y determina nuestros discursos, determina hasta nuestros gestos, nuestra vida cotidiana.

A esta constante Vigilancia se le ha conocido como *panoptismo*. Su máxima manifestación se presenta cuando reproducimos en nosotros mismos, en nuestro cuerpo, las técnicas de vigilancia, de control y de castigo utilizadas por la sociedad. Nos cuidamos de lo que hacemos, nos catalogamos, nos etiquetamos, nos reprimimos, nos censuramos, nos castigamos y nos excluimos. Lo mismo hacemos con los demás. Cada uno de nosotros, como consecuencia de la tensión social en que vivimos y de la represión que existe dentro de la misma, traducimos al *panoptismo* en una técnica de poder, de control, de Vigilancia, de Castigo, de autovigilancia y de autocastigo. Es un ojo social, una técnica de control que nos Vigila y a través del cual también Vigilamos.

3.- No busco redefinir las instituciones a partir de una estrategia de la verdad, sin embargo, es importante decir que en esta postmodernidad en que vivimos, el discurso de la Razón es el único gran discurso *no excluido*, es el que regula a todos los demás, es el que excluye a todos los demás, es el que define quién está bien y quién está mal, qué es lo correcto y qué lo incorrecto. El bien se convierte en función de verdad.

Todo lo que hacemos va en función de ese gran discurso de verdad, del discurso de Racionalidad y, sólo de esta manera nos exculpamos. Todo lo que no está dentro de esa Racionalidad existe pero no le hacemos caso, lo ignoramos, lo excluimos. Cuando algo se nos vuelve incómodo lo etiquetamos para castigarlo, para excluirlo, buscamos enderezarlo, readaptarlo, reeducarlo; como buenos pastores queremos regresarlo al camino del que se apartó: el del discurso de la Razón.

Mientras construyamos técnicas de control social sobre el Sujeto, el propio Sujeto siempre encontrará una forma de escaparse. El poder requiere de una resistencia, si los individuos no damos esa resistencia, e incluso, si no somos transgresores de ese orden que se nos pretende imponer y si no nos inconformamos con el mismo, el sistema simplemente nos absorberá. Para ello, como ya se dijo, no es necesaria una insurrección ni un acto de vandalismo, basta un vulgar hurto o la redacción de un artículo. A veces de una tesis.

4.- La transgresión es un texto que concierne al límite; es allí, en la delgadez de la línea, donde se manifiesta el relámpago de su paso, pero quizás también su trayectoria total, su origen mismo.

Así pues, la transgresión no es al límite como el negro es al blanco, lo prohibido a lo permitido, lo exterior a lo interior, lo excluido al espacio protegido del resguardo. Está vinculada a él más bien según una relación

en barrena que ninguna fractura simple puede llevar a cabo. Tal vez así, como el relámpago por la noche, que desde el fondo del tiempo confiere un ser denso y negro a lo que niega, la ilumina desde el interior y de arriba abajo, le debe sin embargo su viva claridad, su singularidad desgarradora y realzada, se pierde en ese espacio que firma con su soberanía y se calla al fin habiéndole dado un nombre a lo oscuro.

Cómo romper con la alienación del discurso legal, o mejor dicho, cómo romper con la alienación producida por el discurso legal. No podemos negarlo: nuestro discurso y nuestro sistema están en crisis. El discurso legal tiene fallas y limitaciones; para sostenerse ha buscado su inscripción en la cientificidad. Para ello, ha tomado partido por el discurso de disciplinas con fracturas y abismos, peligrosas como discurso de verdad: la criminología, la medicina y la psiquiatría. Con ellas justifica, desde el discurso de verdad, lo que el propio Derecho ya no pudo legitimar desde su discurso: la dominación del hombre.

Todo saber constituye un poder, lo sostiene. El discurso jurídico es un saber-poder, es una combinación de conocimiento y decisión poderosa. El círculo discursivo que nos constituye es *Saber-Poder-Saber*.

El saber es una estrategia del poder y el poder una estrategia del saber. Aquello que conocemos como la *Razón* o como la racionalidad en y de los discursos, se ha convertido en la principal forma de dominación del Sujeto, de anulación del hombre. El discurso flota en la palabra, en las técnicas de control señaladas, en el discurso de la *Razón* que nos llega en forma de conocimiento, transformado en norma. Sin embargo, aunque parezca paradójico, el conocimiento, el saber y el poder no son más que una invención del Sujeto. Hoy, como extraído de algún cuento de terror, la invención domina al inventor. Frankenstein no es solo el cuento de la señora Shelley; es la metáfora de nuestra orgullosa modernidad.

El entramado de poder y las relaciones que lo conforman son ineludibles, pero no por ello, y más bien por ello, son vulnerables; pero hay que mirarlas, enfrentarlas. Compromiso encubierto y no asumido socialmente.

El contrato social no escapa de esta lógica. El poder y el saber se encuentran vinculados dialécticamente: cualquier forma de poder presupone un discurso que legitima y reproduce las relaciones de dominio; así como toda acumulación de saber implica la existencia de sujetos inmersos en un determinado campo de lucha y poder.

5.- La pena privativa de libertad ha sido el pilar racional de la represión penal; hoy también, ella está en crisis. En un extremo los que piden la pena de muerte y en el otro los que piden la muerte de la pena. De



los primeros hay que huir, a los segundos hay que decir que sin quererlo y sin saberlo son portavoces del extremo que atacan.

En la época moderna nace la prisión como la alternativa más importante a las llamadas penas corporales; penas feroces del poder soberano del monarca hechas ritual de venganza pública sin medida. Pero a esa gloriosa pena moderna la crisis la ha rebasado; no puede negar su origen totalitario, sordo y absurdo; no puede negar que es poder descarnado.

Extracción del tiempo libre; tiempo necesario para disciplinar al hombre. El medio por excelencia es el encierro. Se inventa el tiempo como medida del castigo y la prisión se absuelve de ser tal porque se asemeja al resto de las instituciones de vigilancia, y al mismo tiempo absuelve a las demás instituciones de ser prisiones porque se presenta como válida únicamente para quienes cometieron una falta; ambigüedad que explica su éxito increíble, su carácter evidente y la facilidad con la que se le aceptó.

Vigilancia y Castigo se transforman en discursos concretos de la modernidad, son discursos dictados desde la Racionalidad que nos atraviesan en todo momento y que al haber sido explotados por el poder, nos impiden reconocer en el Otro a un ser humano igual a nosotros.

El tiempo del hombre debe ajustarse al aparato de producción, para que así éste pueda utilizarlo y explotarlo en su beneficio; existe una imperiosa necesidad de que todos los integrantes de la sociedad coloquemos nuestro tiempo a disposición de esa red de secuestro y de las instituciones que las constituyen. Tiempo acumulado en aprender, en trabajar, en readaptar, en curar. Tiempo acumulado en producir con una lógica que ha olvidado al hombre y su tiempo.

Hasta ahora hemos estado atrapados en la eterna dialéctica del amo y el esclavo. Pero con un discurso que ha logrado el "milagro" de la energía nuclear... para matar al único milagro: al hombre. Alma disciplinada, prisión del cuerpo.

La persona sometida es analizada, y con ello deja de ser libertad, y se transforma en un lugar-objeto de saber de donde se extraen síntomas y se refuerza el poder-saber sobre él, para reinscribirlo en nuevas y viejas fórmulas de control. El saber científico se forma y se desarrolla a partir de la observación. Sujeción del hombre a una mirada que lo observa y no lo mira como igual.

¿Cómo es posible que partiendo de una teoría de la racionalidad legalista del Derecho Penal como la de Beccaria se llegara a algo tan paradójico y tan lleno de inconvenientes como lo es la prisión?

Propongo reconocer que es un infierno lo que hemos creado y no el paraíso que proclamamos. Hacerlo nos permitiría cuando menos, seguir en la búsqueda.

## CAPÍTULO TERCERO.

1.- Hay un resquebrajamiento del discurso racional que sostiene la frágil institucionalidad del Estado de Derecho. Ese discurso roto es el precedente de una grave crisis que invade al discurso teórico penal. El discurso del Derecho Penal *moderno* se ha convertido en protagonista de una crisis política e institucional sin precedentes. Nunca, como ahora, la Razón moderna había sido golpeada por una realidad que la vacía a cada paso.

Esta crisis, legitimada por el poder, desde sus "razones" (casi todas, *sinrazones* de Estado) se ha sostenido gracias al endurecimiento de las instituciones punitivas, de exclusión y de encierro. Este endurecimiento se ha determinado a partir de una premisa absurda que atenta contra lo que el hombre ha pregonado y se ha marcado como destino: el olvido consciente de la existencia del Otro. Olvido del diálogo y la escucha; de la auténtica democracia y del respeto a la diversidad; del ejercicio de la tolerancia como únicos vínculos entre los hombres que aspiran a ser ciudadanos. Es una catástrofe "Racional", con la que tristemente damos cuenta al siglo XXI, de nuestro afán de progreso en el XX.

El discurso penal no es la parte oscura y vergonzosa del discurso jurídico; por el contrario, constituye el principio y el fin de su último sentido. Un Derecho Penal que legitima la irracionalidad es un discurso que expande a todos los ámbitos sociales la ilegalidad, cuya crisis está a punto de estallar en nuestra sociedad. Sin Razón, sin sentido, sin mirar y sin escuchar las necesidades sociales, el orden jurídico no hace sino catalizar, con su absurdo papel, el estallamiento. Solo es cuestión de esperar.

Crisis de la Razón porque el sistema no ha logrado fundar sus determinaciones en el conocimiento y en la realidad, sino en la mera autoridad. Crisis de la Razón porque las decisiones autoritarias ignoran el sentido último de las penas y sus prohibiciones. Crisis de la Razón porque el poder político usa al Derecho, pero no se somete a él. Crisis de la Razón porque no hay congruencia entre nuestros ideales constitucionalizados, nuestras leyes materializadas y las tristes prácticas institucionalizadas.

En este sentido el Derecho y la justicia penal jugarán el papel decisivo en la definición de los principios democráticos que determinen nuestra vida diaria; en la contención de la crisis del sistema político y en la

inscripción de la República como espacio de legalidad, de publicidad y responsabilidad política, de representatividad, y sobre todo, de control popular del funcionamiento del poder. Un Derecho Penal incierto es el vehículo de la incredulidad. Una justicia ineficaz es la ruta de la corrupción y el arbitrio.

El Derecho Penal es el origen y la Razón del Estado de Derecho. Las garantías individuales y los Derechos humanos son su más preciado patrimonio y son producto del talento del hombre en su incansable búsqueda por convivir en paz con los Otros. Ideal inalcanzado y tal vez inalcanzable pero que lleva inscrito al hombre con todas sus aspiraciones.

2.- La propuesta que formulo es la de un Derecho Penal mínimo o la mínima aplicación del Derecho Penal, con un máximo de respeto garantista para el reo. Se trata de la construcción de un Estado de Derecho que tenga nuevamente como fundamento y fin al hombre como individuo con libertades que deben ser tuteladas frente a los dolorosos dispositivos con los que se ejerce el poder y que deviene en el abuso institucional que se padece, principalmente, a través de ese mecanismo de control conocido como sistema penal.

La propuesta por un Derecho Penal mínimo se funda en la existencia de un nexo indisoluble entre garantía de los derechos fundamentales, división de poderes y democracia. Sólo un derecho penal reconducido únicamente a las funciones de tutela de bienes y derechos fundamentales puede, en efecto, conjugar garantismo, eficiencia y certeza jurídica. Y sólo un derecho procesal que, en garantía de los derechos del imputado, minimice los espacios impropios de la discrecionalidad judicial, puede ofrecer a su vez un sólido fundamento a la independencia de la magistratura y a su papel de control de las ilegalidades del poder.

Un buen comienzo, fundamento de un Estado Constitucional de Derecho, sería la extensión del principio de legalidad al poder de la mayoría y, por consiguiente, la rígida sujeción a la ley, de todos los poderes públicos, incluido el legislativo, dejándoles muy en claro que su función y razón de ser no es otra más que la tutela y defensa de los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y garantizados. Ello implica redefinir al Derecho. En esta crisis, esto es casi una revolución; la revolución de vincular al Derecho y a su sentido social, los poderes públicos, su ejercicio, sus decisiones y también contenido. Los únicos vínculos con sentido son las garantías de los ciudadanos. Decididamente tomo partido por la libertad, antítesis del poder.

¿Gobierno de los hombres o gobierno de las leyes? El Derecho Penal nace como un límite al arbitrio punitivo. ¿Acaso cuesta mucho entenderlo?

El garantismo refleja la prioridad del individuo sobre el Estado. Un Estado que ya no es un fin en si mismo, sino solamente un medio que tiene como fin la tutela de la persona humana, de sus derechos fundamentales de libertad y de seguridad social. Derecho Penal mínimo es máximo respeto al garantismo.

3.- En este contexto hay que entender que el delito no es, univocamente, lo ontológicamente despreciable. Entendamos al delito como una carencia, carencia a la que el delincuente busca solución golpeando y golpeándose.

La defensa del derecho penal equivale a la defensa de la libertad física de la transgresión en tanto que prohibida deónticamente pero no imposibilitada materialmente. Y el derecho penal, en aparente paradoja, se configura con una técnica de control que, con la libertad física de infringir la ley al precio de la pena, garantiza la libertad de todos.

El Derecho Penal debe ser rescatado no solamente como un mecanismo que garantiza la libertad física de transgredir, sino que, además, debe garantizar la libertad moral o subjetiva de la transgresión, que en un sistema carente de garantías, quedaría anulada. Debemos concebir y entender al Derecho Penal como un espacio abierto para la transgresión, sin el cual no hay posibilidad de responsabilidad que legitime la reacción de política penal.

Esta paradoja del Derecho Penal como un instrumento o medio, y nunca como fin, posibilita la libertad como certeza de las expectativas, como inmunidad frente a intervenciones arbitrarias, como facultad de poder hacer o pensar y, antes aún, de ser quien se quiere ser. Pocos son los individuos que socialmente tienen una verdadera certeza de expectativas; pocos son quienes tienen inmunidad Racional frente al arbitrio; pocos son los que pueden hacer o pensar y menos los que pueden ser quienes quieren ser.

El Derecho Penal mínimo implica una forma jurídica de prohibición y de imposición de la pena, que posibilite la libertad y la seguridad general, incluida la de los reos. El Derecho Penal garantista tiene un doble fin, que se traduce en la prevención de los delitos y en la prevención de las reacciones informales a los delitos. Reacciones informales que no son sino espacios de la venganza, aunque se le pretenda adornar con el discurso que sea: readaptación, normalización y resocialización; todos campos abiertos y de salida a la venganza. Verdadero y único motivo de cualquier castigo.

El Derecho Penal es necesario para que no se viole el conjunto de garantías mínimas que tutelan los derechos fundamentales de los ciudadanos. Se produce entonces una paradójica convergencia entre la corriente del abolicionismo y la del justificacionismo.

Un sistema penal se puede justificar solamente si logra minimizar la violencia en la sociedad, y solamente alcanzará dicho fin en la medida en que satisfaga las garantías penales y procesales fundamentales de los ciudadanos, pues es precisamente el respeto por esas garantías la condición de justificación del Derecho Penal.

4.- El progreso de un sistema político se puede medir por su capacidad de tolerar la desviación como signo y producto de tensiones y disfunciones personales y sociales no resueltas, y por otro lado, también por su capacidad de prevenirla sin medios punitivos o autoritarios, buscando desaparecer sus causas reales. La respuesta de un sistema político comprometido con la sociedad sería la de prevenir los delitos a través de medios no punitivos, dirigidos a atacar las causas sociales de la criminalidad. Un buen comienzo sería ver al delito no como el problema en sí, sino como el efecto de una serie de causas sobre las que todos compartimos responsabilidad.

La reducción del Derecho Penal está justificada sólo por cuanto hace a su intervención punitiva, mas no por cuanto a su forma jurídica. Mientras en el mundo sigan existiendo los tratamientos punitivos y las técnicas institucionales de prevención, y mientras estas tengan una constante presencia y afectación en los derechos fundamentales de los ciudadanos, su justificación como sistema de castigo solamente residirá en las garantías penales y procesales que los asistan. Incluso en una improbable sociedad perfecta del futuro, en la que la delincuencia no existiese o en cualquier caso no se advirtiera la necesidad de reprimirla, el derecho penal, con todos sus códigos de garantías, debería, a pesar de todo, seguir existiendo para aquel único caso que pudiera producirse de reacción institucional coactiva a un hecho delictivo.

Es entonces la tolerancia a lo distinto lo que marca la pauta en una sociedad para hacer frente a la violencia delictiva. En una sociedad bárbara, en donde el grado de violencia, de ofensas y de venganzas son altos, será también alta la violencia institucional necesaria para la prevención y represión. Por el contrario, en una sociedad tolerante, en la que el grado de violencia sea bajo, no se justificaría un Derecho Penal represor. Esta distinción es la diferencia entre garantismo y autoritarismo, entre formalismo y sustancialismo jurídico, es decir, entre Derecho Penal mínimo y Derecho Penal máximo.

Para la configuración del delito se exige la existencia de la ley que así lo prevea, sin embargo, también se exige una técnica legislativa específica que configure válidamente los elementos constitutivos del delito. Es precisamente este principio, el de estricta legalidad, el que debería incluirse en nuestro artículo 16 constitucional, en el que se señala la necesaria fundamentación y motivación de todo acto de molestia que genere una autoridad. De esta manera podemos dar un sentido de igualdad distinto del que se ha venido dando a la aplicación de las leyes: yo ciudadano te lo prohíbo en tanto que yo no lo hago.

La igualdad penal es un presupuesto para la tutela de la dignidad del hombre, pues presupone que todos los hombres somos iguales penalmente en cuanto que debemos ser castigados por lo que hacemos y no por lo que somos, es decir, sólo por nuestras acciones, y no por nuestra distinta personalidad.

5.- La presunción de inocencia hasta prueba en contrario, la separación entre el órgano que formula la acusación y el juez, la carga de la prueba y el Derecho del acusado a la defensa, son garantías procesales que con las garantías penales de estricta legalidad, de estricta jurisdiccionalidad y con presupuestos del delito bien definidos, como la acción, la lesión y la culpabilidad, se conjuntan y hacen posible pensar en un sistema ideal de mínima intervención penal en la vida de los ciudadanos, así como de máxima imparcialidad, veracidad y control en el respeto a las garantías individuales. Las garantías penales y las procesales son importantes y tienen valor por sí mismas, sin embargo, juegan un doble papel de importancia ya que también valen unas y otras, como garantía recíproca de su efectividad.

Las garantías aseguran la obtención de una verdad mínima en orden a los presupuestos de la sanción, pero también garantizada, gracias al carácter empírico y determinado de las hipótesis acusatorias, por cánones de conocimiento como la presunción de inocencia, la carga de la prueba para la acusación, el principio *in dubio pro reo*, la publicidad del procedimiento probatorio, el principio de contradicción y el Derecho de defensa mediante la refutación de la acusación. Por el contrario, el proceso típicamente inquisitivo busca una verdad sustancial, que se configura como una verdad máxima, perseguida sin límite normativo en cuanto a los medios de adquisición de las pruebas. Aquí, el fin de obtención de la verdad (sea cual fuere), justifica los medios (sean los que fueren); mientras que en un sistema de respeto garantista es el fin el que (al estar fundado y garantizado por los vínculos descritos) está legitimado por los medios. Por eso las garantías procesales se configuran no sólo como garantías de libertad, sino además como garantías de verdad.

En sistemas (como el acusatorio) en los que las investigaciones se encuentran delimitadas, definidas y se practican a través de un procedimiento cognoscitivo de hechos, el fundamento, la justificación, la legitimidad, y sobre todo la validez del trabajo y de los pronunciamientos del poder judicial residen no en el valor político del órgano judicial ni en el valor intrínseco de justicia de sus decisiones, sino en la verdad aproximada o relativa que asume como base de sus pronunciamientos. Se trata pues de un sistema fundado en el contradictorio y en el que las imputaciones, los actos jurisdiccionales, los dictámenes periciales, los informes, los requerimientos, los alegatos de la defensa, los autos y, sobre todo, las sentencias, se hacen constar de proposiciones asertivas susceptibles de verificación y de refutación, controladas a través de presupuestos tan elementales pero a la vez tan complejos como lo son las pruebas, garantizando de esta manera un equilibrio procesal entre acusación y defensa. El valor de la verdad representa la legitimación de la jurisdicción penal en un Estado de Derecho.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deberían incluirse instrumentos jurídicos que posibiliten el Derecho Penal mínimo. Para ello podríamos comenzar señalando que los costos penales, en términos de privación de libertad, deben ser un mal menor respecto del mal mayor representado por las lesiones que pretende evitar.

Lo que a final de cuentas está en crisis es la certeza del Derecho y la igualdad de los ciudadanos frente a la ley. Hoy en día ha habido una creciente intervención normativa del Estado en la vida civil, en la vida privada, sin embargo, la patología del sistema no radica tanto en esa intervención pública, sino en la forma en que la misma se ha transformado invadiendo las esferas administrativas y no creando un Derecho Penal administrativo, sino lo que es todavía peor, administrativizando el Derecho Penal.

Dentro de la óptica del Derecho Penal mínimo, el comienzo de una solución que se antoja lejana, consiste en hacer un replanteamiento Racional de los límites del Derecho Penal, para después intentar una reducción general de la penalización de conductas calificadas como ilícitas. ¿Por qué no reducir los límites máximos para las penas de privación de la libertad a unos que sean humanamente tolerables? El garantismo invita a la duda, estimula la crítica y el cuestionamiento sobre la validez de la ley y de su aplicación; se trata de un parámetro de Racionalidad, de justicia y de legitimidad de la intervención punitiva en la vida de los gobernados.

Ya desde la Ilustración se esbozaban las reglas primarias de relación de convivencia entre Estado y ciudadano, las reglas de mayoría y minoría entre los ciudadanos, pues, queda claro, que incluso la democracia más perfecta, la más representativa, sería un régimen absoluto o totalitario si el



poder del pueblo fuese en ella ilimitado. Es por ello que debemos darnos cuenta de que los extremos del totalitarismo y del abolicionismo, a final de cuentas, se tocan.

6.- Son dos los elementos constitutivos a partir de los cuales se debe concebir un sistema que se precie de respetar las garantías penales y procesales de los ciudadanos; el primero, se refiere a la definición legislativa y el segundo, a la comprobación jurisdiccional de la desviación punible.

La combinación de ambos elementos traen como consecuencia el sometimiento absoluto, primeramente, del ministerio público investigador, y en segundo lugar, del juez, a la ley. Conforme a ellos, no se pueden calificar como delitos todos o solamente las conductas que determinada persona considera inmorales sino que solamente se encuentran facultados a hacerlo, con independencia de sus valoraciones, a los que están designados por la ley como presupuestos de una pena. Asimismo, el sometimiento absoluto del juez a la ley debe encontrarse fundamentado en que las hipótesis de desviación se encuentren dotadas de referencias empíricas y fácticas precisas. El principio de estricta legalidad debe surgir como una técnica legislativa que debe excluir a personas y no a hechos.

Un principio más, derivado del de estricta legalidad, es el de estricta jurisdiccionalidad, con el que se exige la verificabilidad o refutabilidad de las hipótesis de acusación y su prueba empírica a través de procedimientos que permitan esa verificación y refutación. Bajo esta óptica, el proceso penal se convierte en un proceso de conocimiento y de comprobación y no de valoraciones inevitablemente discrecionales.

Así se asegura la separación entre Derecho y moral y se evita caer en el extremo de generar un proceso inquisitivo que antes de comprobar hechos objetivos, analiza la interioridad de la persona juzgada; en un proceso en el que se diluyen las garantías de estricta legalidad y de estricta jurisdiccionalidad y se acentúan el poder de etiquetamiento.

Las garantías individuales no deben ser vistas como un estorbo para obtener la verdad, sino como un medio a través del cual ésta se obtiene.

La verdad, y la mayor autenticidad de las partes en el proceso aparecen sólo si se satisfacen las garantías del juicio contradictorio. En México aún estamos lejos de ello, vivimos una etapa de investigación de corte inquisitivo ante el ministerio público, donde las pruebas se practican en secreto; es una etapa de investigación en la que el ministerio público desahoga pruebas por sí y ante sí. Etapa en que las fuentes de prueba pierden viveza y no se trata solamente de un registro mecánico de declaraciones sino que además representa un filtro del proceso de

producción de las pruebas, constituido por la subjetividad de todos aquellos que intervienen en la integración de la averiguación previa. agentes de policía auxiliar que redactan la hoja de remisión; los agentes de la policía judicial que interrogan al detenido sin el defensor, en consecuencia de lo cual rinden un informe; la institución de buena fe encarnada en el ministerio público, responsable de la investigación; los secretarios y mecanógrafos que escriben las declaraciones (yo diría, que *arman* la investigación con su característico lenguaje), casi siempre redactado en tercera persona, de acuerdo con esquemas jurídico-interpretativos de corte inquisitorial.

No podemos aceptar como verdadera dentro del ámbito penal, una tesis no probada o no sometible a prueba. No se puede sacrificar la libertad de un hombre a quien no se le haya probado responsabilidad penal, y la única justificación aceptable de las decisiones es la representada por la verdad de sus presupuestos jurídicos y fácticos.

El Derecho Penal garantista siempre trae aparejada una condición que resulta ser fundamento del mismo: para imputar una responsabilidad penal, y para aplicar en consecuencia una pena, se requieren garantías jurídicas. La garantía jurídica, sin embargo, no debe entenderse como un presupuesto suficiente en presencia del cual está permitido aplicar una pena, sino que debe entenderse como condición mínima necesaria en ausencia de la cual está prohibido castigar.

La propuesta por la mínima aplicación del Derecho Penal no solamente trae aparejada un máximo de tutela de las garantías y libertades de los ciudadanos, sino que además dota al proceso penal de Racionalidad y de certeza. Ello se traduce en seguridad jurídica. De ahí que se desprende un nexo indisoluble entre garantismo y Racionalismo.

7.- Se trata de madurar una ética civil y política, se trata de introducir la tolerancia como propuesta ética a incluirse dentro de todas las relaciones que se generen entre el Estado y los gobernados y entre estos últimos con sus iguales. Se trata de repensar y revalorizar ¿porqué castigar?, ¿qué es justo? y sobre todo qué es injusto prohibir, qué tipos de pena están justificados y cuáles por el contrario resultan inadmisibles, cuáles deben ser y por qué sus medidas máximas y mínimas y los criterios de su concreta determinación, qué formas y técnicas de juicio más allá de las codificadas son idóneas para dar garantías al ciudadano frente al arbitrio judicial. Cuestionemos al sistema sobre ¿cuáles son los medios lícitos para llegar a la verdad del proceso? ¿Acaso están justificadas la tortura, o la prisión preventiva, o el interrogatorio policiaco sin asistencia de abogado, el secreto o los pactos por la confesión y la colaboración?

La respuesta a estas preguntas dependerá de la presencia o no de normas que dentro de un procedimiento penal de investigación o en un proceso penal, en el que se juzgue a una persona, garanticen el respeto a los derechos humanos fundamentales. El problema de la legitimidad del Derecho Penal en tanto que técnica de control social mediante restricciones a la libertad es también en gran medida el problema de la legitimidad del Estado como monopolio organizado de la fuerza.

No apartemos la vista sobre la necesidad de recuperar la idea del Derecho, de la norma jurídica, de la pena como técnicas institucionales de minimización de la reacción violenta a la desviación socialmente no tolerada y de garantía del inculpaado frente a las arbitrariedades, los excesos y los errores ligados a sistemas jurídicos de control social y démonos cuenta que las doctrinas abolicionistas que buscan la supresión de la pena como medida jurídica aflictiva y coercitiva e incluso la abolición del Derecho Penal, al igual que los sistemas totalitarios, no son la solución. Se trata de argumentos radicales, cuyos extremos, ya se dijo, prácticamente se tocan.

La tesis del Derecho Penal mínimo se opone a la tesis del Derecho Penal máximo, cuya máxima expresión lo es la pena de muerte, la eliminación del Otro. La propuesta por un Derecho Penal mínimo, sin embargo, no debe confundirse con la doctrina abolicionista del Derecho Penal, según la cual, la pena debe desaparecer. La libertad que se busca con el modelo garantista de Derecho Penal mínimo debe ser entendida en razón de que se opone no solamente a cualquier forma de abuso del derecho a castigar, es decir, a la ausencia de garantías, a la antilibertad, sino que además, en estricto apego a legalidad y a ese garantismo máximo ideal, se opone también a la ausencia de reglas.

La doctrina del Derecho Penal mínimo es un intento por rescatar la Racionalidad que se busca en el sistema, pues, estamos conscientes que no podemos dejar, como lo pretende el abolicionismo, a un lado el castigo de conductas penalmente relevantes, ni podemos tampoco olvidar al hombre para dejar caer sobre él, sin respeto alguno por su individualidad ni por las garantías fundamentales, toda la brutalidad estatal, como lo hacen los sistemas totalitarios o absolutistas. Tan utópico es el abolicionismo como utópico creer que el sistema actualmente adoptado funciona como lo dice el discurso oficial: la readaptación social del reo como legitimación de su encierro.

Las razones de Estado, por definición, únicamente son útiles a una de las partes dentro de la relación Estado-gobernados. Lo que se mantiene actualmente son las razones de Estado o quizá debo decir, sus sinrazones. Sería útil, como comienzo, y a manera de compromiso personal con la libertad, con la igualdad, con la democracia y con la tolerancia, proponer

la derogación del artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé la suspensión de garantías, y la posibilidad siempre latente de hacerlo en momentos de grave peligro o conflicto y en nombre del interés público.

Si el fin del Derecho Penal consiste únicamente en alcanzar la máxima seguridad social, así como la prevención de delitos, entonces también servirá para justificar la aplicación de penas más severas, incluyendo la pena de muerte, los procedimientos de investigación más antigarantistas, incluyendo la tortura, así como las medidas policiacas más autoritarias. Por el contrario, si reconocemos que el fin del Derecho Penal lo es también la procuración del mínimo sufrimiento, ya sea para la prevención de delitos futuros, para la investigación de delitos ya cometidos o para la aplicación de las penas, se justificará solamente la utilización de los medios mínimos, generando, en consecuencia, un mínimo de prohibiciones y de penas.

Repensemos al Derecho Penal como el instrumento que posibilita la libertad de los ciudadanos ante el Estado y su violencia y no como un instrumento que la impide, vigilando y castigando. Como se ha dicho, no solamente se trata de la mínima aplicación del Derecho Penal, sino de crear un sistema en el que se viva un máximo garantista que permita el desarrollo de cada uno de los ciudadanos en su individualidad, así como en sus relaciones con los demás miembros de la sociedad.

#### CAPÍTULO CUARTO.

1.- ¿Pena de muerte o muerte de la pena? La respuesta adelantada: ninguna de las dos, pues ambas posturas son irracionales y al final del camino, como dos líneas paralelas, en el infinito, se tocan.

¿Porqué destruirnos con algo como la pena de muerte? No lo sé. Si nacimos fue para florecer. Retomemos al hombre como argumento y la primacía de la persona como valor; retomemos el valor de todas sus específicas y diversas identidades, así como el respeto a la pluralidad y a la diversidad. Retomemos la tolerancia como punto de partida y seamos, eso sí, intolerantes con la intolerancia.

Es precisamente el respeto de todas las posibles identidades y de los diversos puntos de vista, el valor sobre el que se debe basar la moderna tolerancia, pues son esos, precisamente, los elementos constitutivos del principio de igualdad jurídica. La tolerancia es la atribución de idéntico valor a cada persona: mientras, la intolerancia es el desvalor asociado a alguna persona por su particular identidad.

El hombre es el ser vivo más dichoso, el más digno por ello de admiración. Lo asombroso del hombre es precisamente que se mantiene abierto e indeterminado en un universo en el que ya todo tiene su lugar.

El principio de tolerancia busca respetar e incluir las diferencias personales y excluir las diferencias sociales. Con la tolerancia se reconoce la igualdad de ser de las personas, la no diferenciación y sobre todo, la no exclusión por motivos de sexo, de raza, de religión ni de condiciones sociales ni políticas. Se trata de asignar el mismo valor a todas las razones que dan a un individuo, su identidad, y que hacen a cada persona distinta de los demás, pero que también la colocan, como persona, en igualdad con todas las demás. Se trata de un reconocimiento o incluso un Derecho a la diferencia, a ser diferente, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo diferente de los demás.

Reconozcamos una soberanía popular basada en los derechos fundamentales, la primacía de los pueblos sobre los Estados, y de la persona, del ciudadano, sobre ambos. La democracia es el fruto de una constante tensión entre poder político-representativo, que se identifica con el Estado, y poder social-directo, que se identifica con el ejercicio de las libertades en función de permanente alteridad y oposición.

2.- El Estado debería buscar que la pena no se convirtiera en la total negación de la libertad, de la dignidad y hasta de la vida de la persona humana; es esta la crisis en la que se encuentra la legitimación y fundamentación de la pena, consecuencia quizá de la propia crisis que enfrenta el Estado moderno.

La pena es un símbolo de poder; el punto de partida mínimo debería ser justamente impedir que se convierta en la total negación de la libertad y la dignidad de la persona humana. Si hay una utilidad individual y social que buscar, es garantizar que la pena no destruya al individuo y con ello al tejido social. La alternativa verdadera no es nunca otra pena o una pena diferente, sino la no existencia de la pena; pero mientras ello no sea posible, la legitimación y la fundamentación de la pena sólo pueden provenir desde su limitación, esto es, profundizando las garantías para la libertad y la dignidad de la persona humana.

Represión y educación son conceptos incompatibles. La realidad ha demostrado que no existen penas terapéuticas o correctivas y que la cárcel es un lugar criminógeno en el que lejos de reeducar, el delito se vive y se sufre día con día. La privación de la libertad y la libertad misma que constituye la sustancia y el presupuesto de la educación, también son conceptos incompatibles, de tal forma, que lo único que se puede pretender de la cárcel es que sea lo menos represiva posible y por lo tanto, lo menos desocializadora y deseducadora posible.

Miremos al mundo que nos rodea tratando de liberarnos de esa carga histórica, hay que deconstruir la mirada que tenemos y no prejuizar; olvidemos que lo que al hombre le da felicidad es la seguridad y el orden, olvidemos que el límite de nuestra felicidad es el orden que nos ha sido regalado. Retomemos ese valor esencial de la civilización que es el respeto por la persona humana y démonos cuenta además que la reeducación, la rehabilitación y la resocialización son ideas contrarias a las de libertad y autonomía de la conciencia. Se puede segregar a un hombre para evitar que siga causando un mal, sin embargo, no se le puede obligar a readaptarse.

Para que un sistema penal pueda considerarse justificado, hay que valorar su funcionalidad, pues la total ineficacia de las penas es suficiente para deslegitimarlas pero su eficacia no lo es para legitimarlas, principalmente porque se viola la soberanía de cada individuo, porque se quebranta el derecho y el principio de cada hombre y mujer de ser quien es, de ser él mismo y de seguir siendo como es. La corrección coactiva de la persona resulta inaceptable como justificación de cualquier pena.

No por justificar o legitimar las funciones del Derecho Penal y de la pena debemos tener también por justificadas todas sus instituciones. A pesar de dichas justificaciones, resultan difícilmente justificables figuras tan absurdas como la pena de muerte. Pretender que las penas impidan la comisión de todos los delitos es prácticamente imposible. Pretender lograrlo únicamente ha demostrado generar crueldad en los castigos. Es claro que cualquier delito cometido, demuestra que la pena prevista para él no ha sido suficiente para prevenirlo y que quizá, para tal fin resulta necesaria una pena mayor. El argumento como tal es inválido y únicamente provoca un incremento en las penas, así como en su crueldad. Entendamos que el Derecho Penal nace como negación de la venganza y no como desarrollo de la misma.

3.- En la problemática del castigo es donde más claramente se comprueba la naturaleza contradictoria de las disposiciones legales. La pena de muerte es la verdadera sanción, la más antigua y la más poderosa. Si se la suprime, el deber y derecho del Estado, el de castigar, escapa de la mágica oscuridad de las ideas religiosas para entrar en el campo del pensamiento racional.

Me pronuncio irremediabilmente en contra de la destrucción del Otro. El Derecho Penal no debe utilizarse como discurso a través del cual se pueda introyectar en la sociedad la muerte de un ser humano como castigo. La función del Derecho Penal es otra, no la de posibilitar la ejecución capital, sino la de proteger la vida y la libertad. Esa es su verdadera misión. Ninguna pena se equipara en violencia a la pena de muerte; nada se equipara a quitarle la vida a Otro ser humano.

Por eso, una propuesta: terminar con la posibilidad, siempre latente, prevista en el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que posibilita la pena de muerte para el traidor a la Patria en guerra extranjera, para el parricida, para el homicida con alevosía premeditación o ventaja, para el incendiario, el plagiarlo, el salteador de caminos, y el pirata, así como para los reos de delitos graves del orden militar. Su existencia a nivel constitucional no representa mas que una puerta, que siempre podrá abrirse para proponer su aplicación.

El argumento de la soberanía a toda costa, con sus materiales bélicos y sus justificaciones punitivas, por su sola existencia, anula todos los derechos humanos que pasan a ser meras amnistías revocables en cualquier momento. Aquí solamente recordemos la posibilidad también siempre latente de que en nuestro querido México se ordene la suspensión de garantías individuales.

Los argumentos justificacionistas de la pena de muerte no funcionan, difícilmente se sostienen. La pena de muerte no logra ni la

expiación, ni la intimidación, ni la retribución, ni la protección de la sociedad, ni su ejemplaridad. La pena de muerte es una acción criminógena en sí misma, hay una marcada desigualdad en su aplicación, pues en los países en los que no solamente se prevé, sino que además se regula, sólo concierne a un número reducido de criminales, sin dejar de mencionar la aterradora posibilidad de cometer un error irreparable al ejecutar a un inocente.

Aceptar la pena de muerte como solución es aceptar el fracaso no solamente del Derecho, sino especialmente del Derecho Penal, de la legalidad y de las instituciones creadas para servirlo. Aceptar la pena de muerte es conferir el derecho a decidir sobre la vida al poder público. Imponer la pena de muerte es la salida fácil que el sistema le da a los problemas de delincuencia que lo habitan, significa ignorar la problemática social, que dicho sea de paso, no puede ser resuelta con decisiones técnico administrativas, ni con estadísticas que reflejen de manera confiable o no los resultados sobre la aplicación de la pena de muerte.

La propuesta debiera ser enterrar la pena de muerte y penalizar las penas, teniendo en consideración que si se niega la pena de muerte hay algo más que un compromiso humanitario, hay un veredicto implícito que es la condena a vivir y frente a esta condena, la sociedad civil, los defensores de los derechos humanos, los organismos gubernamentales y no gubernamentales estaríamos obligados a responder al reto de hacer posible la vida, de volver vivible la existencia.

4.- La pena en general, por su carácter aflictivo y coercitivo es un mal que no debe ser encubierto con pretextos filantrópicos que buscan reeducar y resocializar al delincuente. Hay que decir, sin embargo, que la pena, aun siendo un mal, es justificable solamente si la misma se reduce a un mal menor respecto de la venganza o de otras reacciones sociales y solamente si el reo se beneficia, recibiendo de ella la garantía de que no le serán aplicados castigos informales, esto es, no previstos en la ley, no controlados y además desproporcionados. La pena está justificada entonces no solamente en el interés de los demás, sino también en el interés del condenado de no sufrir vejaciones y maltratos mayores.

¿Porqué hemos tenido la capacidad de llegar a la Luna, de llegar a Marte, de desintegrar el átomo, pero ni el Estado, ni nosotros hemos sido capaces de castigar en una forma distinta de la prisión? ¿Porqué seguimos imponiendo la pena de prisión como solución?

Debemos mejorar en general el sistema penal. Hoy es todo, menos garantista. Hoy día la prisión preventiva y el proceso penal son instrumentos de estigmatización pública que se producen y reproducen



antes de que el individuo sea condenado, esto es, declarado culpable; la prisión preventiva y el proceso penal han pasado a ocupar ya el lugar de la propia pena como sanciones primarias por la comisión de un delito, o debo decir, por la probable responsabilidad y sospecha de que se cometió un delito.

Por cuanto hace a la ejecución de la pena, su finalidad comprende la corrección del reo en un sentido disciplinario ya que los beneficios y las reducciones de pena son condicionados a la buena conducta del reo o a otros juicios de valor semejantes en torno a su personalidad. Se produce entonces un medio carcelario negocial en donde el preso que desee acogerse a los beneficios deberá demostrar cotidianamente su disponibilidad al tratamiento, hasta que su personalidad sea juzgada como meritoria del beneficio y de la vida en libertad.

La autoridad que concede o que niega un beneficio penal no comprueba hechos a través de los principios de contradicción, de refutación, de verificabilidad y de publicidad, sino que valora y juzga directamente la personalidad e interioridad de las personas con base en el nivel de peligrosidad, arrepentimiento, y buena conducta que demuestre.

El doble aspecto de la pena, el de su aplicación y el de los beneficios, se convierte en una hipocresía institucional que demuestra la perversidad del sistema ya que, aunque las medidas alternativas son percibidas por los presos como beneficios, estas no son mas que graciosas, e incluso arbitrarias concesiones. En otras palabras, si todos los delitos fueran castigados con la pena de muerte, entonces cualquier medida alternativa, no importa cual, mientras fuera distinta al castigo, sería considerada como un beneficio.

5.- La minimización del Derecho Penal exige la determinación, primero por los legisladores y después la aplicación por el juez, de la pena mínima necesaria. La garantía de certeza de la duración de la pena es elemento fundamental para lograr una minimización en la aplicación del Derecho Penal.

Se pensará quizá que entonces la pena no tendría los efectos buscados. Por el contrario, mientras una pena sea siempre cierta, tendrá mayor eficacia disuasoria que una pena incierta; el mayor grado de certeza en la pena traería como consecuencia una disminución en la gravedad de la misma y una simplificación en la legislación penal y procesal.

Resulta posible hoy plantear una estrategia de reforma del derecho penal que apunte a largo plazo a la supresión integral de las penas privativas de libertad y a corto y medio plazo a una drástica reducción de su tiempo de duración.

La cárcel es una institución constituida por la desigualdad, lesiva para la dignidad de las personas, penosa e inútilmente aflictiva. Es una institución cada vez más carente de sentido, cuyos costos en sufrimientos en forma alguna quedan compensados con las supuestas ventajas argumentadas por quienes defienden la privación de la libertad como castigo. Para que algún día podamos abolir la pena privativa de libertad debemos comenzar con la creación y exigencia de elementos esenciales de certeza que permitan restringir las hipótesis de aplicación y el acortamiento de la duración del encierro; esto es, una reforma penal creíble en la que para los delitos menos graves no se utilicen sustitutivos, sino que las penas se sustituyan por unas más leves, lo que también traería como necesaria consecuencia una reducción en las penas para los delitos más graves.

Pienso que la duración máxima de la pena privativa de libertad, cualquiera que sea el delito cometido, podría muy bien reducirse, a corto plazo, a 10 años y, a medio plazo, a un tiempo todavía menor; ello, por supuesto, incluido en la norma constitucional.

Con la reducción del encierro a través de penas que así lo prevean y no a través de medidas administrativas discrecionales de sustitución se protegen los elementos garantistas de la pena, como lo son su predeterminación legal, su determinación judicial, su certeza, su igualdad y su proporcionalidad a la gravedad del delito.

La pena pecuniaria por su parte también resulta ser una pena injusta. Se trata de una pena impersonal que puede pagarse por alguien más. El reo que no la paga se sustrae así de la pena, mientras que, podría decirse, un tercero que la paga por él, queda sometido a una pena por un hecho que le fue ajeno. La pena pecuniaria es desigual ya que golpea en forma diferente, según el patrimonio y es percibida la mayor de las veces, más como una tasa que como una pena.

Es por ello que el principio de lesividad juega un papel esencial en la elaboración, cuando menos teórica, de un Derecho Penal mínimo con fundamentación no teológica, ni ética, sino laica y jurídica, que defiende a los más débiles, con el propio Derecho Penal, por medio de la tutela de derechos considerados universalmente como fundamentales.

La prohibición, presupuesto del castigo, debe fundarse entonces en un daño o en un peligro verificable empíricamente, conforme a las características de cada comportamiento específico que se encuentre prohibido, y no considerar en abstracto sólo el contenido de la prohibición.

Podemos afirmar que ningún bien justifica una protección penal -en lugar de una civil o administrativa- si su valor no es mayor que el de los

bienes de que priva la pena. Se trata de un criterio cierto para rebajar la entidad de las penas. Ningún bien, justifica, por ejemplo, la pena de muerte para prevenir su lesión.

Por eso la importancia que tiene excluir del catálogo de delitos, las conductas descritas en términos vagos o valorativos, las abstracciones que se relacionan con la personalidad del Estado, con la administración pública, con la actividad judicial, con la religión y la fe, con el orden público, con la economía pública, con el honor, con el matrimonio, con la moral y con la opinión, pues son delitos que atentan no solamente en contra de la libertad sino además en contra de la democracia. Atendiendo al principio de estricta legalidad, la lesividad permite considerar como bienes jurídicamente tutelados sólo a aquellos cuya lesión se concreta en un ataque a otras personas de carne y hueso y no a entes abstractos como el Estado.

Es por eso que la verificabilidad de la hipótesis acusatoria y del supuesto fáctico típicamente satisfecho se convierten en las principales garantías frente al arbitrio; es por eso que debe haber una máxima sujeción del juez a la ley, es decir, una estricta legalidad y en consecuencia una estricta jurisdiccionalidad penal. De esta forma la verdad no es una verdad regalada, sino una obtenida mediante pruebas y refutaciones frente al abuso del poder y al error. Es así como la libertad, la dignidad del individuo que se juzga, el respeto por su persona y por su verdad, están protegidas frente al abuso del poder gracias al carácter Racional, cognoscitivo y no potestativo del juicio.

De esta forma, y como ya quedó apuntado, se puede concebir al Derecho Penal no solamente como instrumento de prevención de delitos, sino también, como técnica de minimización de la violencia y del arbitrio en la respuesta al delito. De esta manera se va formando Racionalmente un sistema penal de respeto garantista. De esta forma el proceso penal asume el carácter Racional que lo debe caracterizar y hoy, el presupuesto de toda política garantista es la crítica del sistema de justicia adoptado y entender al Derecho Penal esencialmente como un instrumento de paz.

6.- La prisión preventiva se contrapone con el principio *nulla poena sine iudicio*, es decir, no debe haber pena sin juicio. La prisión preventiva es una pena corporal en sí misma, que en nada se distingue de aquella a la que es condenado un reo al momento en el que se le dicta sentencia.

La prisión preventiva es propia de un sistema inquisitorial en el que de entrada se busca disminuir a la persona, se quiere al imputado en una situación de inferioridad respecto de la acusación. Los argumentos que la justifican señalan que no hay mejor forma de evitar el peligro de fuga del

imputado. Al respecto únicamente hay que señalar que la solución se encuentra en el mismo problema, es decir, en la prisión.

En efecto, el peligro de fuga está provocado predominantemente, más que por el temor a la pena, por el miedo a la prisión preventiva. Si el imputado tuviera una perspectiva distinta, seguramente tendría interés en no escapar y defenderse. Bajo esta lógica, se puede deducir que el peligro de fuga es directamente proporcional a la severidad de las penas, por lo que, si hay una disminución considerable en las penas, también habrá una reducción en el peligro de fuga.

Así pues, queda clara la posibilidad de terminar con esa contradicción que es la cárcel sin pena, es decir la prisión preventiva. El imputado debe tener el Derecho a no ser secuestrado durante el juicio y a defender en libertad su presunción de inocencia. Lo que ya marcaría de entrada una gran diferencia.

Así las cosas, en conclusión, podemos señalar, a manera de definición, que el garantismo designa un modelo normativo de derecho: precisamente, por lo que respecta al derecho penal... modelo de estricta legalidad... propio del Estado de Derecho, que en el plano epistemológico se caracteriza como un sistema cognoscitivo o de poder mínimo, en el plano político como una técnica de tutela capaz de minimizar la violencia y de maximizar la libertad y en el plano jurídico como un sistema de vínculos impuestos a la potestad punitiva del Estado en garantía de los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, es garantista todo sistema penal que se ajusta normativamente a tal modelo y lo satisface de manera efectiva.

## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Bustos Ramírez, Juan, *Aspectos Filosófico-Jurídicos, Introducción*, en Poder y Control, Revista hispanoamericana de disciplinas sobre el control social, n.º 0, Prevención y Teoría de la Pena: presente y alternativas. Estudios, Barcelona, España, Promociones Publicaciones Universitarias, S.A., 1986.
- 2.- Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl, *Código Penal Anotado*, vigésimo primera edición, México, editorial Porrúa Hnos. y Cia, 1998.
- 3.- Carrancá Bourget, Víctor Antonio, *Principio de Legalidad o Instrumento de Legitimación*, en Revista de Análisis Jurídico de la Escuela de Derecho de la Universidad Intercontinental, México, 1991.
- 4.- Ceballos Garibay, Hector, *Foucault y el Poder*, colección Diálogo Abierto. 2a. edición, México, Ediciones Coyoacán, S.A. de C.V., 1997.
- 5.- Donzelot, Jaques, *Espacio cerrado, trabajo y moralización. Génesis y transformaciones paralelas de la prisión y del manicomio*. Artículo publicado en *Espacios de Poder*, colección Genealogía del Poder, 2a. edición, Madrid, España, Las Ediciones de la Piqueta, 1991.
- 6.- Enzensberger, Hans Magnus, *Política y Delito*, España, Editorial Anagrama, S.A., 1997.
- 7.- Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, colección Estructuras y Procesos, serie Derecho, 3a. edición, Madrid, España, Trotta, S.A., 1995.
- 8.- Foucault, Michel, *Historia de la Sexualidad*, vol. 1, Siglo XXI, México, 1983.
- 9.- Foucault, Michel, *Hacia una crítica de la razón política*, en La Cultura en México, Revista Siempre, 3 de noviembre de 1982.
- 10.- Foucault, Michel, *Microfísica del Poder*, colección Genealogía del Poder, 3a. edición, Madrid, España, Las Ediciones de la Piqueta, 1992.

- 11.- Foucault, Michel, *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la Prisión*. Editorial Siglo XXI, México, vigésima primera edición en español, 1993.
- 12.- Foucault, Michel, *Historia de la Locura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2a. edición, v. I, 1976.
- 13.- Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Editorial Gedisa, México, 1984.
- 14.- Frankl, Viktor, *El hombre en busca de sentido*, decimonovena edición, editorial Herder, S.A., Barcelona, España, 1998.
- 15.- Freud Sigmund, *Tótem y Tabú*, Obras Completas, tomo II, 1a. edición, España, Editorial Biblioteca Nueva, 1996.
- 16.- Galeano, Eduardo, *Patas Arriba. La escuela del mundo al revés*. Siglo XXI editores, 1998.
- 17.- Jiménez de Asúa, Luis, *Principios de Derecho Penal; La Ley y el Delito*, Abeledo Perrot, Argentina, Tercera Edición, 1958.
- 18.- Juárez, Benito, *Documentos, Discursos y Correspondencia*, tomo 12, México, Secretaría del Patrimonio Nacional, 1967.
- 19.- Kundera Milan, *Los Testamentos Traicionados*, colección Marginales, 1a., reimpresión, México, Tusquets Editores, S.A., 1994.
- 20.- Lagunas María Elisa y Sierra María Laura, *Transgresión, Creación y Encierro-Encuentros*, Universidad Iberoamericana, México, 1998.
- 21.- Legendre, Pierre, *El Crimen del Cabo Lortie. Tratado sobre el Padre*, colección: Lecciones, número VIII, serie Teoría, 1a. edición, México, Siglo Veintiuno Editores, S.A. de C.V., 1994.
- 22.- Pico della Mirandola, Giovanni, *De la dignidad humana*, Editorial Nacional, Madrid, 1992.
- 23.- Rousseau, Juan Jacobo, *Contrato Social*, colección Austral, 9a. edición, México, Espasa Calpe, Mexicana, S.A., 1990.
- 24.- Saramago, José, *Ensayo sobre la ceguera*, España, Editorial Alfaguara, 1997, décimo primera edición.
- 25.- Savater, Fernando, *Las preguntas de la vida*, editorial Ariel, S.A., Barcelona, España, 1999.

26.- Sófocles, *Tragedias; Edipo Rey*, 2a. reimpression, Madrid, Editorial Gredos, S.A., 1992.

27.- Sófocles, *Tragedias; Antígona*, 2a. reimpression, Madrid, Editorial Gredos, S.A., 1992.

28.- Von Jhering, Rudolf, *El Fin en el Derecho*, editorial Heliasta, Buenos Aires, 1978.

OTRA BIBLIOGRAFÍA:

29.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 100a. edición, México, editorial Porrúa Hnos. y Cía, 1993.

30.- Apuntes del diplomado *Exclusión Social y Encierro, Psicoanálisis y Derecho*, impartido en la Universidad Iberoamericana, 1997-1998.

31.- Diario *La Jornada*, domingo 16 de mayo de 1999, sección Cultura, pág. 30.