

Seguridad pública y conveniencias políticas

Fernando Tenorio Tagle*

Sumario: Introducción. / 1. Génesis del Estado, órdenes exclusivos y sistemas penales. /
2. Hacia una política criminal garantista. / Bibliografía.

Puede señalarse también que ha habido ocasiones en que los sistemas penales concretan eficientemente su cometido, aunque sea en casos aislados, compartiendo probablemente amplios márgenes de consenso, aun cuando sus acciones sean desde una óptica humanista evidentemente injustificada.

Introducción

En una idea que comienza a ser ya vieja en el discurso de la criminología crítica, se ha venido mostrando al completo sistema de justicia penal como un instrumento que obedece a intereses muy distintos de aquellos que se han erigido en sus justificaciones. Esta cuestión, que en ocasiones se argumenta en modo falaz, ha sido muy simple de acreditar, baste pensar en los siempre postergados o ineficaces fines tales como la seguridad pública y la prevención del delito; el ajusticiamiento o represión de los delincuentes y su readaptación social, así como el campo muy amplio de la llamada impunidad que recientemente ha cobrado una importancia significativa para evidenciar la inconsistencia de las políticas y su praxis en este campo. Sin embargo, me parece pertinente hacer dos aclaraciones previas a este respecto. Por una parte, que esas conclusiones han sido extraídas de reflexiones sobre realidades distintas a la mexicana {Cfr. Tenorio, F. 1988), y aunque los resultados fuesen los mismos si se efectuasen las correspondientes investigaciones, podría mostrarse, por otra parte, que ese comporta-

miento del sistema penal no se circunscribe a una época determinada sino que aparece como una constante en las historias de las organizaciones estatales (Tenorio, F. 1991).

De este modo, los sistemas penales parecen perfilarse como instrumentos tendientes a la conservación de un orden sin que éste sea necesariamente aquél orden que las leyes han venido proyectando. Ese mismo discurso de la crítica criminológica ha hablado, no casualmente, a este respecto de un sistema penal paralelo o subterráneo, rastreable en situaciones límite como es el caso de las personas desaparecidas y ejecutadas extralegalmente y en el terreno de la vida cotidiana en rubros como el de corrupción, que develan una justicia tan vendible como era la práctica de la jurisdicción en tiempos de Nueva España, aunque entonces de manera legal conforme a las disposiciones jurídicas de la época (iCfr. Tenorio, F. 1992).

Lo anterior no significa que no haya posibilidades reales de implementar un sistema penal eficiente que además alcance ciertos márgenes de legitimidad, de consenso por parte de la comunidad, de que ésta vuelva a adquirir credibilidad en el sistema; sobre todo en nuestros tiempos, dado que además de seguir arrastrando con la crisis de sentido que cubrió al mundo durante la década de los 60, es apreciable que desde los años 70 y más decididamente

* Profesor-Investigador invitado. Universidad Autónoma de Campeche.

desde los años 80, esta interrogante ha venido guiando las investigaciones en torno a la cuestión criminal, especialmente en el terreno de la filosofía del derecho, que desde luego es el campo que le corresponde, sin que ello indique que las investigaciones explicativas carezcan de utilidad. Sin embargo, a fin de no desarrollar discursos lógicamente inconsistentes, además de tomar en cuenta los estudios descriptivos que muestran cómo se manifiesta un fenómeno (por ejemplo, el crimen) y sus probables explicaciones, es necesario indagar qué intervenciones resultan no sólo convenientes sino ante todo justificables.

Como es sabido, esta doble cuestión relativa al alcance de resultados satisfactorios y a la obtención de consenso, no siempre se corresponde, dado que en ocasiones el sistema se legitima aun cuando no se obtengan los resultados esperados, piénsese a este respecto en casos sumamente debatidos y publicitados como las políticas sobre drogas, que luego de 80 años de inscribirse en el campo punitivo, han venido más bien agudizando la problemática en torno a ese rubro tan amplio como complejo que envuelven las drogas (Tenorio, F. 1989); o en términos más generales, cuando para casos específicos se agrava como una política legislativa la medida de las penas, difundiéndose de esta manera que los instrumentos penales cada vez adquieren mayores grados de intimidación y, consecuentemente, con esas medidas se pretende reivindicar el supuesto carácter preventivo general atribuido a las sanciones penales, en ese nivel de su enunciación legislativa (críticamente véase a Ortiz, Serafín, 1993).

Lo anterior ha venido mostrando como una hipótesis bastante aceptable, que las transformaciones de los sistemas penales, las cuales se verifican cuando éstos pierden márgenes de legitimidad, se han dirigido más bien a recuperar ese consenso perdido y no tanto a la obtención de resultados más satisfactorios que se correspondan con la demanda social (Baratta, Alessandro, 1985). Puede señalarse también que ha habido ocasiones en que los sistemas penales concretan eficientemente su cometido, aunque sea en casos aislados, compartiendo probablemente amplios márgenes de consenso, aun cuando sus acciones sean desde una óptica humanista evidentemente injustificada. Tal es el caso de algunas persecuciones, capturas e interrogatorios ilegales de delincuentes publicitarios como altamente peligrosos, en ocasiones señalados como enemigos de la sociedad, perversos y otros calificativos que algunos de los medios de comunicación se encargan de difundir en la construcción de sus imágenes.

Finalmente, en esos momentos límite, cuando los sistemas penales han perdido gran parte de consenso, miembros de la sociedad civil asumen la potestad del ajusticiamiento. Piénsese, por ejemplo, en el caso literario de Fuente Ovejuna, como los linchamientos efectuados por gran parte de la comunidad, que se han sucedido recientemente en algunos municipios del estado de Morelos, y que parecen circunscribirse a esa anomia tan temida por los discursos funcionalistas y no tanto por la aparente anarquía que pudiera derramarse en las ciudades sino por la pérdida de ese poder de las instituciones, que precisamente nacieron expropiando a los miembros de la comunidad.

Si las cosas se desarrollan conforme a las imágenes expuestas, entonces el llamado Estado de Derecho, al que se ha venido apelando tanto, ha sido inexistente, o más bien, ha venido habitando tanto en la ausencia como en el deseo de aquellos que no dejan de adherirse a los sentidos que los perfilan como "libres ciudadanos", lo que las democracias contemporáneas han venido calificando como el nuevo soberano.

Las líneas que siguen abordan esta temática, teniendo como centro de la reflexión las posibles políticas en este campo susceptibles de concretar resultados satisfactorios pero dentro de un ámbito garantista, y que además puedan gozar de amplios márgenes de consenso.

1. Génesis del Estado, órdenes exclusivos y sistemas penales

L1 De la sociedad sin estado a la sociedad estatal

El orden al que se han venido refiriendo diversas disciplinas como la teoría del Estado y otras áreas convergentes con la materia jurídica, la ciencia política y algunos discursos sociológicos, por lo menos hasta la primera mitad de este siglo, se circunscribe al orden emanado, por las instancias públicas o instituciones estatales, habiéndose asumido normalmente como referencia central el discurso de la ley, a grado tal que en ocasiones la ley y el orden habían venido apareciendo como sinónimos.

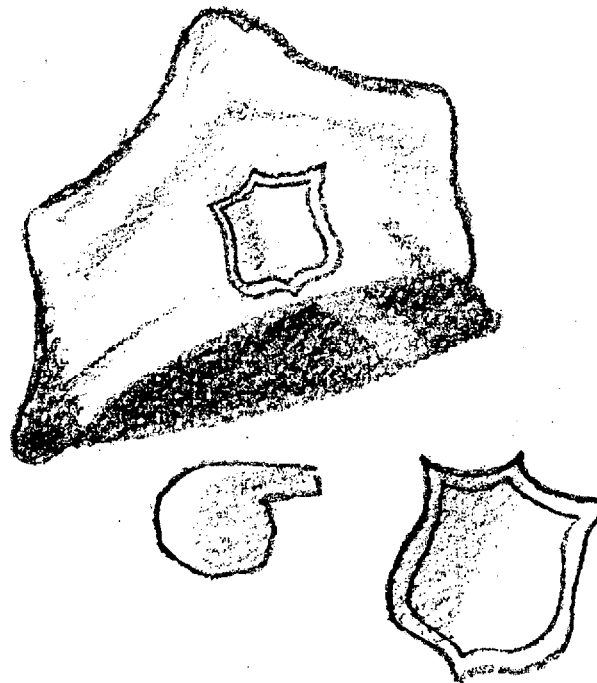
Sin embargo, discursos diferentes, gestados en su inicio en la realidad norteamericana y ulteriormente por la conciencia europea que los vino a acopiar durante la segunda mitad de este siglo, delinearon una imagen bastante diversa, las más de las veces tomando como referencia clave a las manifestaciones de poder diferentes del poder estatal, con lo

cual, el poder y sus órdenes se evidenciaban omnipresentes. Tómese en cuenta, por ejemplo, a Michel Foucault, quien en lo conducente afirma: "Hay que comprender al poder, sin necesidad del rey o de la ley." (1987, p. 112).

Esta serie de indagaciones que comienza a desarrollarse en el terreno sociológico en la Unión Americana, al publicarse a principios de siglo el texto de Ross: "Social Control", generó la idea de un orden diversificado que con posterioridad fue acopiada por los antropólogos, quienes, según comenta Stanley Cohén, fraguaron un concepto clave sobre control social que me parece ha conducido un buen número de investigaciones de manera reciente. En este sentido, el control social vendría a referirse "al conjunto de instrumentos que aseguran que los miembros de una comunidad se conformen a las expectativas". (Cohén, S. 1985. p. 18).

Con ello, en respuesta a los iniciales estudios, sobre todo de carácter jurídico, se develaba la existencia ya no de un orden único ni de diferentes órdenes homogéneos sino de una diversidad de órdenes que podrían ser convergentes, divergentes y aún contradictorios, y los cuales coexistían con aquél proyectado por las leyes. De esta manera, instituciones tales como la familia, las asociaciones civiles, los medios de comunicación, la ciencia, y aún la iglesia que había sido desterrada del poder del Estado ante el auge del liberalismo, recomenzaron a mostrarse nuevamente como instancias de poder, conformadoras de las expectativas, precisamente proyectadoras de orden.

Ese desarrollo de las instancias de poder, por modestas que algunas de éstas pudieran ser, se han venido verificando desde siempre, aunque los estudios, por cuestiones que la sociología del conocimiento ha planteado, hayan pasado desapercibidos de manera intencional o no, como fue durante



varias de las fases por las que las culturas han atravesado sujetas a la edad de la fe, como fueron los tiempos del mito y del derecho divino independientemente de la religión que haya guiado esas prácticas sociales.

Ello ha motivado en diferentes tiempos y por diversas razones, la elaboración de reconstrucciones históricas, a veces enunciadas como una vuelta al origen, como acaeció durante el renacimiento europeo, a fin de incorporar en la memoria los sentidos perdidos de las cosas y de las palabras que las designan. De este modo, cobra especial relevancia el aforisma de Karl Krause: "Entre más mires de cerca una palabra, más lejos esa mirada te llevará." (Cfr. Resta, E. 1985 <a>. p. 59). Pero ante todo, la interpretación de Eligio Resta sobre el ensayo de Elías Canetti: "La Labor del Escritor", contenido en La Conciencia de las Palabras, en la que

recomienda que para no caer en una cultura de la fuga, debe ésta de inscribirse como custodia de la metamorfosis,"...© sea que conserve la memoria de progresivos alejamientos, desviaciones, remociones de la dimensión originaria de las cosas y que por esto sea capaz de penetrar y de hacer propias las diversas razones que el lenguaje conserva y transparenta. Metamorfosis como transmigración de formas y como incesante revelación de su contenido auténtico, inimitable: en efecto, *metamorphosis*," (Resta, E. 1985).

Múltiples estudios se han remontado a los orígenes del orden; de ellos, me parecen pertinentes por la convergencia con las ideas precedentes, las indagaciones que se han desarrollado desde una perspectiva de la antropología jurídica en relación al nacimiento del Estado. Esta perspectiva no contradice en nada las aportaciones conocidas como marxistas pero que han localizado otros aspectos y no necesariamente el orden, la ley o la justicia que aquí se constituyen en las variables objeto de análisis.

Conforme a dichos estudios, las agrupaciones humanas se han manifestado bajo los rubros de sociedades sin Estado y sociedades estatales. Una diferencia en la que todos los estudios han alcanzado consenso es la relativa a identificar a las sociedades sin Estado como sociedades igualitarias en lo relativo al ámbito económico, específicamente lo que puede calificarse como la satisfacción de necesidades; en tanto que las sociedades estatales se han venido dibujando en mayor o menor grado como sociedades desiguales en los mismos aspectos. En ambos tipos de sociedades, se ha apreciado la existencia de relaciones de poder o manifestaciones políticas, así como la presencia de representantes de la comunidad. Para todos esos aspectos, piénsese en las comunidades enunciadas como nómadas y sedentarias, que en la acepción originaria mesoamericana, tales agrupaciones eran rubricadas como chichimecas: dueños de nada y por lo mismo, dueños de todo y como toltecas: los dueños de las casas.

Según se desprende de los estudios de Evans-Pritchard, Marcel Gauchet y sobre todo de Piere Clastres {Cfr. Gil, José, 1983}, las sociedades sin Estado que pueden identificarse por la ausencia de un poder sobre los miembros de la comunidad, mantenían la existencia de una doble representatividad en la persona del jefe de la comunidad y en aquélla que asumía el papel como instancia religiosa, cuyas funciones no sólo propiciaban esa igualdad material ya apuntada sino también se erigían en instrumentos de contrapoder evitando el nacimiento del Estado.

La tesis precedente cobra sentido si se considera que mientras la instancia religiosa asumía como función intervenir en la comunidad en todo aquello que fuera abundancia, quemando los excesos sociales, recibiendo entonces de los miembros de la comunidad bienes y fuerzas como vino posteriormente a signarse el sacrificio de chivos expiatorios, la instancia estrictamente política actuaba en la carestía social, con lo que en lugar de recibir bienes y fuerzas, las entregaba ahí donde éstas fueran inexistentes. No obstante, el hecho de no haber un poder sobre los miembros de la comunidad, no significa que las manifestaciones de poder fuesen ausentes sino más bien que cada miembro, familia o grupo de la comunidad se erigían en titulares de esas potestades; piénsese a este respecto, que toda esta etapa del desarrollo social (aunque ciertamente no fue la única) ha venido a ser calificada por los estudios penológicos como la fase de la venganza, ulteriormente calificada como venganza privada; una forma de manifestación de las fuerzas que al paso del tiempo vino a exhibirse o construirse como violencia desproporcionada que provocó y la imposición de ciertos límites formales, entre los que destaca por su vital importancia valorativa, la fórmula conocida como Ley del Talión, con la cual las expresiones de fuerzas sólo vendrían a justificarse cuando fuesen proporcionales a los daños sufridos.

En ello radicó precisamente la justificación en la inversión de funciones de la instancia política, pues al momento de calificarse como ampliamente desbordada la venganza, en lugar de que la instancia política entregase, vino a verificarse el inicio de la expropiación de fuerzas de la comunidad, sufriendo estas manifestaciones su inicial metamorfosis, al trasmigrar hacia el rubro de *justicia*, que no casualmente transparenta en los actos que lo invocan, ese sentido originario de ser ejercicio de violencia.

Es así como formalmente nacen las organizaciones estatales, cuando los titulares de estas nacientes instancias públicas vendrían a asumir para sí el aibro de la justicia y consecuentemente habrían de formular la inicial prescripción jurídica en ese principio básico que limita las potestades de los también nacientes particulares: *nadie puede hacerse justicia por su propia mano*.

A partir de entonces las organizaciones estatales han venido progresivamente a intensificar la expropiación de fuerzas, verificable no únicamente en los actos formales del ajusticiamiento, donde ello es evidente, sino también en el otro de sus rubros originarios, en sus funciones de intervención en la carestía y penuria sociales.

Empero, si las cosas son así, se devela también que en el ámbito de los espacios privados, donde los miembros de la sociedad civil mantienen potestades, -manifestaciones de poder no expropiadas por el Estado o devueltas a la tutela de la sociedad civil- coexisten otros escenarios del orden junto a aquellos proyectados por las leyes. En consecuencia, si los órdenes proyectados por los sistemas jurídicos se evidencian como fantasías, es porque existen otros sistemas normativos que guían las prácticas sociales, incluyendo las acciones de quienes formalmente están inscritos como miembros de las burocracias gubernamentales, aunque tales sistemas no se expliciten sino más bien se oculten en mayor o menor grado.

En cierto modo, parte de esas dilucidaciones provocó en el discurso sociológico funcionalista la distinción entre funciones declaradas, relativas a los objetivos que las instancias sociales declaran perseguir y que se constituyen por ello en sus respectivas justificaciones; y funciones latentes o reales, relativas a los objetivos que esas mismas instancias van alcanzando aún cuando no hayan sido declaradas y se mantengan ciertamente ocultas; cuestión no distante, como se aprecia, de las conclusiones alcanzadas por Marx, en *La Ideología Alemana*. A éste respecto pregunta Foucault: "Sería aceptado el poder, si fuera enteramente cínico?" (*op. cit.* p. 105).

1.2 El discurso del orden entre exclusión e inclusión

De los diversos discursos que dibujan el desarrollo de las organizaciones sociales, destaca para los fines de estos escritos, aquél que divide la historia social en los proyectos conocidos bajo los nombres de la edad de la fe y de la modernidad. Han sido proyectos fraguados y practicados por los hacedores de la historia y, por lo tanto, proyectos que han venido decidiendo el estado de las cosas. En este sentido, han sido racionalidades que han transmigrado como Jus, conformadoras de las expectativas, proyectadoras de orden.

En términos generales, aunque ambos proyectos todavía coexisten en el mundo, dado que éstos narran más bien la historia de occidente, puede aceptarse que la edad de la fe culmina con los órdenes emanados de las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII, a partir de los cuales se inaugura formalmente la modernidad que aún habita en esa conciencia de occidente y en la de los pueblos por ella articulados. Como es comprensible, las diferencias entre ambos proyectos pueden ser rastreadas en todos los ámbitos de la vida social, didácticamente expuestos por los filósofos en los campos de la

epistemología; la moral y la justicia; y la estética. En cierta forma, como narra Habermas, siguiendo las dilucidaciones de Weber (1986), una diferencia central estriba en que esas esferas citadas se encontraban durante la edad de la fe dentro de una visión unificada del mundo, mientras que en la modernidad se escinden autoconstruyendo cada una de ellas sus propios criterios de validez. Puede también aceptarse que los fundamentos de ambos proyectos se diferencian porque mientras en la edad de la fe los fundamentos de los órdenes eran sobrenaturales o sacros, en la modernidad sus órdenes han venido acopiando fundamentos laicos. Dentro de ambos proyectos se han venido perfilando órdenes de inclusión, como órdenes de exclusión que muestran, éstos últimos, el grado de intolerancia que han dibujado los diversos antropocentrismos y la actitud mesiánica de los grupos o pueblos que han venido comandando y portando historias, cuestión que en apariencia se aprecia más evidente durante la edad de la fe, cuando desde los iniciales mitos (la verdad de los hechos traducida en palabras) que dieron lugar a las culturas del mundo, el ser humano aparece imaginando su origen y destino como divinos. Quizá ese grado de intolerancia sea más inteligible en las palabras de Octavio Paz, cuando afirma: "Cada sociedad se asienta en un nombre, verdadera piedra de fundación; y en cada nombre la sociedad no sólo se define sino que se afirma frente a las otras. El nombre divide al mundo en dos: cristianos-paganos, musulmanes-infieles, civilizados-bárbaros, toltecas-chichimecas,... nosotros-ellos." (1974, p. 39).

Evidentemente en esos orígenes que narran las glorias y derrotas de una otredad siempre amenazante, se produjeron diversas simbiosis y ecisiones culturales como se muestra en las raíces de occidente dibujadas como tradición grecolatina, o bien judeocristiana que afirmadas construyeron a su vez la diferenciación de una nueva otredad, en su caso, tan amenazante como amenazada como lo ha sido el mundo islámico custodiado por Alá. Es en esas simbiosis y ecisiones que se desatan durante el Medioevo y se radicalizan en el renacimiento europeo a partir de la afirmación del cristianismo romano latino frente al paganismo y la herejía, cuando se radicalizan, a su vez, los sistemas u órdenes de exclusión, independientemente de que diversas prescripciones jurídicas ordenaran la permisión de que los miembros de grupos ajenos a la religión y cultura dominantes se desarrollasen por sus propios usos y costumbres. Piénsese a este respecto, que una vez verificada la resurrección de la España cristiana, ya agotada la guerra, tanto

Si las cosas se desarrollan conforme a las imágenes expuestas, entonces el llamado Estado de Derecho, al que se ha venido apelando tanto, ha sido inexistente, o más bien, ha venido habitando tanto en la ausencia como en el deseo de aquellos que no dejan de adherirse a los sentidos que los perfilan como "libres ciudadanos lo que las democracias contemporáneas han venido calificando como el nuevo soberano.

judíos como musulmanes allí radicados habrían de ser expulsados del territorio peninsular. Quizá la institución más ejemplificativa de esta práctica de exclusión, que no sólo indica la afirmación y la diferenciación de grupos como más adelante demuestro, haya sido el Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición.

Efectivamente, como ya he acreditado en otros espacios (1992), a la proyección del orden que sólo figura el destino de los a él sujetos, le siguen las acciones de hacerlo cierto, las cuales se reservan a la potestad de los titulares del ajusticiamiento, los que llevan a cabo la función de decir el derecho (*jurisdiceré*). De esta manera, el tribunal inquisitorial radicalizó esa actitud de intolerancia del orden que lo había engendrado, producto de un mesianismo que sólo contempló a sus usos y costumbres como única posibilidad de vida y a sus saberes como los expresadores de la única y auténtica verdad, perdiendo de vista el principio platónico que afirmara: *auctoritas et non veritas facit legem*. No casualmente esta etapa del desarrollo social se caracterizó en el campo epistemológico por guiar sus saberes con base en criterios sobrenaturales incapaces de aceptar cuestionamiento alguno. No es el caso de la realidad mesoamericana la cual, a pesar de inscribirse dentro de esta edad de la fe, de fraguar guerras y someter pueblos y dejarse capturar por el mesianismo, planteó un orden inclusivo, respetuoso de la diversidad, sobre todo religiosa,

rastreado no únicamente en las edificaciones de los teocallis para los dioses de los otros sino también en el terreno del ajusticiamiento, cuando para apreciar la verdad de los hechos motivo de las causas, emergía el simbolismo de Tezcatlipoca, el espejo humeante, reflector de la realidad consultada, siempre distinta, nunca homogénea.

Por lo que se refiere a los órdenes instaurados por la modernidad, éstos han sido identificados en general como órdenes inclusivos que tienden a alejarse de fundamentalismos como los que aún habitan en oriente. Empero, un análisis más cuidadoso puede develar que la inclusión, que no ha estado ausente en las labores de amplios sectores de intelectuales y humanistas, muchos de ellos herederos de la ilustración, ha sido un proyecto en permanente lucha contra la "razón de Estado", si bien signada como liberal, todavía no concretadora de los ideales de afirmar al ser humano como un sujeto maduro, capaz, libre y por lo tanto, responsable de sus actos.

Este proyecto que en su génesis da lugar al Estado liberal guardián, es a su vez el proyecto que inicia los tiempos de los derechos humanos que en su primera generación se refieren sobre todo a los derechos individuales. Son múltiples los aspectos que en torno a esta temática pueden ser abordados y todos ellos de suma importancia; sin embargo, para los fines de estos escritos me parece pertinente destacar que el ingreso formal al liberalismo no representó en las ideas de los constructores del nuevo orden, explicitada como burguesía, los sentidos que en nuestros días preñan a esos originarios derechos fundamentales de las personas.

Ciertamente el paso a la modernidad significó la erradicación de la estratificación social simbólicamente expresada en los rubros de la nobleza y de la plebe, como el traslado de la soberanía de la persona del rey a la persona del ciudadano. Los hechos han constatado que durante estos dos siglos de modernidad se ha venido construyendo pacientemente una nueva estratificación social, más agudamente vivencia da en las regiones que luego del dominio colonial se abismarían a una vida independiente de nombre pero de franca dependencia en los hechos, como lo han sido las naciones latinoamericanas; igualmente, salvo aislados casos en donde la violencia permea la textura social, la ciudadanía no ha podido mostrar el rango que la califica como entidad soberana.

Aunado a ello, ha sido claro que esos derechos fundamentales tenían como sujetos destinatarios a aquéllos que la declaración francesa estipuló: el hombre y el ciudadano. No casualmente las tendencias humanistas han debido luchar en la teoría y en

la práctica porque otros segmentos sociales no literalmente inscritos en esa declaración fueran reconocidos como destinatarios de los mismos; piénsese a este respecto en las sucesivas declaraciones de derechos fundamentales que cuentan en nuestros días con cuatro generaciones, ejemplificadas en la declaración de los derechos de la mujer, la respectiva de los derechos del niño, la de los pueblos y desde luego, previamente, la de los llamados derechos colectivos que apelarían a una justicia social diversa a la fraguada por la burguesía. En cualquier forma, ese inicial Estado guardián acopió las ideas progresistas de entonces que insistían en afirmar a todos los habitantes de la tierra como seres iguales, tal como habían pugnado algunos segmentos de las órdenes religiosas que se dieron a la tarea de cristianizar Mesoamérica, ejemplificados, entre otros por de las Casas, a fin no sólo de provocar la aceptación de que el indígena era ser humano y con alma, como lo sancionase la bula papal *Sublimis Deus*, sino de que éste debiera ser tratado de manera igual que el trato dado al español. Evidentemente tal como he apuntado con precedencia, este contexto del orden bajo la forma de una igualdad formal no fue aceptado inicialmente y no sería sino hasta el siglo XX cuando, además de algunas constituciones, se prescribirían esos esfuerzos en las declaraciones promulgadas por la Organización de Naciones Unidas, aun cuando en la praxis de los órdenes formales e informales siga manteniéndose un cínico trato desigual, producto de la herencia racista que han legado esos antropocentrismos y mesianismos de los tiempos pre modernos, redimensionados por las reglas económicas del capitalismo maduro y recientemente por la era postindustrial; a este respecto, acéptese que cada orden va construyendo a sus propios menesterosos.

La Modernidad trajo consigo los diversos principios que, a pesar de su fragilidad, hoy parecen identificar a las democracias contemporáneas, como fueron los tiempos (hoy renovados), del dejar hacer, dejar pasar, consecuencia de una muy reducida idea de libertad, dado que en el área estrictamente económica el estado olvidó esa inicial función de intervenir en la carestía y penuria sociales, limitando las potencialidades de desarrollo de amplios márgenes de población. No obstante, ese mismo dejar hacer, dejar pasar implicó en el campo punitivo erigirse en limitación formal, consecuencia de los dos principios rectores de la edad moderna, que ciertamente son inconcebibles el uno sin el otro, a saber: la libertad y la igualdad formal.

En sentido estricto, igualdad formal significa la aceptación de una diversidad cultural y por ello es que surge la exigencia de un trato igualitario, o más exactamente el derecho del ciudadano a ser diferente. Por lo tanto, este contexto formal posibilita un desarrollo libre del ciudadano, sobre todo en lo que a su conciencia se refiere. La carencia de ese contexto implica la restricción de la libertad.

De este modo se hace inteligible que los ciudadanos sólo puedan responder por el resultado de sus procederes, cuando éstos configuren un daño social material; de este modo, quedaba sancionada en este pensamiento humanista la vital distinción entre derecho y moral. Consecuentemente, un régimen inclusivo es aquel que se contextualiza bajo el ámbito de la igualdad formal, aunque en este caso que tratamos, sumamente restringido a la esfera de las reacciones punitivas. Habrían de sucederse nuevas interpretaciones sociales, desde luego las marxistas, para fraguar (al menos en la enunciación) un contexto igualitario que trascendiese del campo del derecho penal y pudiese afirmar una idea de libertad más amplia explicitada como el desarrollo de potencialidades del ser humano. De este modo se conjugarían los ideales de una justicia penal garantista, con aquéllos de una justicia social reivindicadora de otros aspectos de la dignidad humana.

***Conforme a
dichos
estudios, las
agrupaciones
humanas se
han
manifestado
bajo los rubros
de sociedades
sin Estado y
sociedades
estatales.***

En ese ámbito restrictivo del derecho penal, trascendental por las consecuencias que implica: el ejercicio radical de la violencia del Estado, el nuevo orden con el que se inauguraba la modernidad, daría lugar a la llamada escuela clásica que en lo conducente, afín a esa figuración que describe la emancipación del hombre frente a su creador, los ciudadanos fueron concebidos como sujetos capaces y libres. En razón de ello, la reacción punitiva dependería no únicamente de la concreción de las hipótesis delictivas sino también del grado de responsabilidad o culpabilidad de sus autores, la cual, basándose en el principio del libre albedrío, dejaba entrever que su contenido estaría circunscrito a las posibilidades de motivación normativa. En consecuencia, los sujetos condicionados, como ha sido siempre el caso de los inimputables, no les sería exigible responder por sus actos. Así las cosas, las penas expresadas en las codificaciones se erigían de manera por demás decidida en lenguajes motivacionales cuya aplicación sólo sería procedente como reacción a los actos dañinos de las personas y no por la forma de ser de éstas, o más precisamente por la forma de su conciencia, como acaecía en los estados pre modernos; no casualmente este nuevo derecho penal vino a ser calificado como derecho penal de acto.

No obstante, a la par de irse develando las nuevas contradicciones que el Estado liberal había instaurado, según los esquemas de la producción marxista, otros estudiosos de lo social imaginaban que las relaciones sociales se regían por los mismos principios que las ciencias naturales habían desprendido; me refiero evidentemente a la filosofía positiva de Augusto Comte. En base a ella, la locura, por ejemplo, alcanzaba razonables explicaciones de carácter biológico.

Paralelamente el darwinismo puso en tela de juicio las especulaciones pre modernas del origen del hombre, aunque también vendría a fundamentar un nuevo mesianismo en la caracterización de las razas superiores. A la postre, estas nuevas concepciones habrían de especular en la naturaleza del hombre los factores o causas de sus procedimientos sociales, sobre todo de aquellos procedimientos que aquí interesan, relativos a la desviación, como es el caso del crimen; De este modo, la medicina o las visiones antropológicas naturalistas comenzaban a adjudicarse el dominio teórico de este peculiar objeto de reflexión, afirmando una diversidad biológica que reivindicaba las viejas creencias, como la aristotélica relativa a la razón superior, aunque ahora redimensionada y encausada hacia la naturaleza biológica de los actores sociales. De este modo las desviaciones eran signos indudables de males natu

rales que aquejaban a sus protagonistas, los cuales debieran ser enfrentados por criterios terapéuticos. Con estos nuevos saberes comenzaba a desmoronarse la reivindicación de la dignidad humana que había conducido a su caracterización como ser libre y, por ello, distinto de las demás entidades que poblaban la tierra, como los animales, que carecían de ese atributo. Lo anterior daba paso a la concepción del hombre como ser determinado o condicionado en sus procedimientos, precisamente un ser incapaz de conformarse a las expectativas de manera voluntaria, entonces, no susceptible de motivación normativa.

Ambos saberes (la crítica a las injustas condiciones de vida que imperaban en el Estado liberal y la concepción de una ciencia social paradójicamente naturalista) provocaron el paso hacia el Estado benefactor e intervencionista, respectivamente. Por una parte, habrían de gestarse los derechos humanos de la segunda generación, que en su caso significaron declarativamente la implementación de políticas tendientes a equilibrar las desigualdades materiales existentes, imponiéndose ciertos límites a las actividades económicas y posibilitando, aunque endeblemente, la satisfacción de necesidades sociales. Por otra parte, el dejar hacer, dejar pasar vino a reducirse ante el auge de una concepción penal intolerante que habría de reaccionar contra los individuos, no por sus actos sino por una forma de ser que según esta óptica hacía segura su proclividad al crimen y a la desviación en general. Así nació la escuela positiva de derecho penal, sustentando la suposición de un determinismo en lugar de un libre albedrío, anulando el principio de responsabilidad y sustituyendo la idea punitiva por la práctica terapéutica en la voz que designa a las medidas de seguridad, dirigidas entonces, a seres incapaces y, por lo tanto, necesitados de ayuda.

Como una lógica consecuencia, esa sustitución de la idea de libertad por la relativa al determinismo trajo consigo la sustitución de la igualdad formal por la actitud desigual homogeneizadora de la diversidad cultural existente; en virtud de ello, los actos, dañinos o no, carecían de importancia, lo único que contaba era la disciplina. Así, los sistemas penales se exhibieron cínicamente como defensores del orden y no tanto como defensores de la comunidad, produciendo un derecho penal de autor en lugar del derecho penal de acto que el humanismo había propuesto.

Ciertamente el centro de esta propuesta portada por la nascente criminología, que en nuestros días acapara la atención bajo el rubro de la criminología "clínica", se encuentra en el espíritu resocializante

De los diversos discursos que dibujan el desarrollo de las organizaciones sociales, destaca para los fines de estos escritos, aquél que divide la historia social en los proyectos conocidos bajo los nombres de la edad de la fe y de la modernidad

que ha venido justificando las intervenciones penales bajo la suposición de su carácter "científico" (aunque efectivamente tal carácter ha sido muy frágil ante la crítica epistemológica). En cualquier modo, tales intervenciones que significaron el derecho de cambiar a las personas, derogadoras entonces de los principios garantistas de igualdad formal y de libertad, vinieron a dibujar un orden de exclusión que todavía persiste en esta década con la que cerrará el segundo milenio en la cuenta occidental.

No obstante, de la cultura criminológica que habría de desarrollarse durante este siglo, la llamada teoría del etiquetamiento, vino a significar, como la ha apreciado Baratta (1986), una irreversible revolución científica en este campo, al acreditar que el crimen como cualquier forma de desviación se involucra en el más amplio proceso de construcción social de la realidad, resultado de los estudios de la sociología fenomenológica. Con ello, se develaba, entre otras cosas, que el crimen dependía ante todo de la definición, cuestión que vino a profundizarse con las investigaciones que con esa guía dieron lugar a las teorías de la estigmatización y del estereotipo del delincuente.

Conforme a esas versiones, el proceso de criminalización que se inicia con la construcción de las etiquetas de desviación y culmina con la aplicación de las mismas a determinados sujetos, implica un acto de diferenciación social selectivo, con lo cual se producen dos efectos adversos para los segmentos sociales seleccionados; por una parte, que al etiquetarse o marcarse a una persona como diferente pues necesita de un tratamiento, ésta interioriza el sentido de la misma y asume el papel social de dicha etiqueta, cuestión que se reafirma con la reacción social de los miembros de la comunidad que igualmente los estigmatizan, y por la otra, que esta selección y la contribución de las aparentes explicaciones del crimen por parte de los criminólogos tradicionales que insisten en buscar las probables causas del proceder desviado en la naturaleza de

sus protagonistas o en los ambientes en que estos se desenvuelven, han venido produciendo una imagen biológica y social de quienes podrían ser proclives a la desviación. Si ello es así, entonces bastaría con que las personas agotasen el estereotipo del desviado para que la sociedad reaccionase ante ellos estigmatizándolos. Si la actitud antropológica que se conserva en esa criminología clínica percibió en su miopía que ciertas características físicas de las personas las destinaban al crimen, como una práctica quiromántica, los estudios funcionalistas no han dejado de identificar a la pobreza con la criminalidad. Con ello se develaría con las aportaciones de la crítica criminológica, quiénes habrían de ser los sujetos motivo de exclusión no sólo simbólica sino en el terreno del penitenciarismo, que se erigía en el nuevo espacio para acopiar a los chivos expiatorios de esa práctica selectiva.

Ha sido bastante difundido que la práctica custodial no necesariamente en las prisiones sino en todas las instituciones signadas como totales que son justamente las instituciones segregativas, al paso del tiempo han perdido todo el prestigio de que gozaron al inaugurarse como instancias que modificarían a las personas bajo esas guías terapéuticas. Esta cuestión se ha radicalizado en la vida carcelaria porque además de ser una institución de esa naturaleza, comparte los ideales de un castigo simultáneamente exhibido como justo, valorativa-, mente hablando, esto es, proporcional al daño causado. Por esas razones, la pena privativa de libertad que nace con la pretensión de ser una pena justa y además útil en la finalidad de readaptar a los delincuentes, habría de ingresar en sucesivas etapas de crisis por ser ambas pretensiones incompatibles. Lo anterior se acredita si al aceptarse la posibilidad de concretar el fin readaptador, éste no necesariamente sería equivalente, en la duración del supuesto tratamiento, con el tiempo de segregación o medida de la pena con base en el daño causado y la responsabilidad del autor. De este modo, si la guía fuese

sólo la tentación de modificar al sujeto, la medida del internamiento dependería del probable diagnóstico que sobre él se obtendría, que no necesariamente se correspondería con el tiempo de privación de libertad como una pena justa o proporcional con el daño causado.

La última fase en la que emerge la crisis penitenciaria habría de verificarse cuando los sistemas sociales se inscribieron en la crisis de sentido generalizada de los años 60. A partir de entonces, los defensores de la prisión como institución re adaptadora vinieron a aceptar el fracaso de sus justificaciones e implementaron, como en el renacimiento europeo, una nueva época de penas alternativas a las codificadas como amenazas terminales. Empero, al ser éstas sólo alternativas y no sustitutivas del encarcelamiento, hubo necesidad de buscar nuevas justificaciones que afirmarían la nueva fase de la prisión, que es justamente la que México ha iniciado en una práctica que adquiere ciertas tipicidades en estos últimos años. Tales justificaciones que renovaron la vida de la prisión fueron propuestas por la tendencia norteamericana conocida como el nuevo realismo de derecha, que al aceptar la imposibilidad de la readaptación social, le adjudicó la única finalidad de neutralizar o incapacitar al delincuente; por estas razones, las prisiones vendrían a transmigrar como instituciones de máxima seguridad {Cfr. Tenorio, F. *op. cit.* 1991). Ello sólo vino a radicalizar la simbología y práctica de la exclusión, pues los nuevos delincuentes seleccionados para las nuevas prisiones, no únicamente serían vistos como necesitados de la ayuda re adaptadora sino incapaces de todo tratamiento, aunque en realidad vienen a ser los sujetos irreductibles a la disciplina del sistema que, como ya acredité, no es necesariamente la sujeción al orden de las prescripciones jurídicas.

De este modo, esos actos de afirmación y diferenciación de las culturas a las que Paz se refiere, según he anotado precedentemente, han trascendido en nuestros días en el seno de las sociedades, afirmando papeles sociales a los que las personas deben circunscribirse bajo la amenaza penal. Es ciertamente la práctica de la exclusión, que conlleva no únicamente las dramáticas consecuencias del ajusticiamiento penal formal sino también, aquellas otras que en la vida social aparentemente libre, implican limitaciones de las expectativas de amplios márgenes de la población, justo de aquéllos sujetos cuya imagen se experiencia en la conciencia social como modelos de sujetos prestos a dar el salto a la desviación. En consecuencia, en los tiempos de crisis de cualquier naturaleza que al final de cuentas se convierte en una crisis de sentido, la diversidad o

alteridad aparece como disidencia y, por ello, peligrosamente moderna (*op. cit.* p. 39, 1989).

2. Hacia una política criminal garantista

Es evidente que cualquier propuesta no conduciría de manera inequívoca a la obtención de resultados totalmente eficientes. La historia de las organizaciones estatales ha dado cuenta de ello y las interpretaciones y proposiciones que aparecen como novedosas pueden caer, las más de las veces, en el terreno de la ingenuidad. La razón de estado en mayor o menor grado siempre ha producido razonable desconfianza. Esas mismas experiencias han venido develando como una buena posibilidad, la implementación de normas y acciones que tiendan a limitar las potestades estatales y, con ello, las consecuencias negativas de los sistemas penales y de los sistemas estatales en general.

Quizá el hilo conductor más adecuado para apreciar esas posibilidades lo sea la historiografía de los derechos humanos, cuya función justificadora, entre otras posibles, lo es el afirmarse como límites a las acciones de las instancias de poder. En este sentido, los iniciales derechos fundamentales dieron lugar a su configuración como garantías del gobernado, destacándose aquellas que inciden en el campo del ajusticiamiento penal; de este modo, las mismas han sido evaluadas como límites a las potestades punitivas del Estado. Por su parte, los derechos humanos reconocidos como de la segunda generación, implicaron limitar las potestades de los segmentos sociales económicamente fuertes, a fin de que las relaciones contractuales con los segmentos débiles se desarrollasen dentro de un ámbito de menor injusticia social. A su vez, los derechos de la tercera generación, afirmaron, entre otros aspectos, a los pueblos y países en desventaja como pueblos iguales, a fin de que sus soberanías no fueran vulneradas por las acciones de los países poderosos. Finalmente, los derechos humanos de la cuarta generación, como los derechos de la mujer y de la infancia, implicaron limitar a los sujetos que contra ellos siempre habían venido asumiendo ciertas potestades, como es el caso del hombre respecto a la mujer, o de los adultos respecto de los menores.

A pesar de que esta concepción sea la acuñada por occidente (un occidente que parece hoy dominar las relaciones mundiales justificándose en los mismos derechos humanos), sus sentidos ya madurados, con lenguajes y retóricas diversas, han estado pre-

sententes en algunos de sus aspectos en distintas culturas, como ha sido el caso mesoamericano o la cosmovisión portada por la India clásica. Ello puede ser el resultado de la conciencia que podría ser calificada como humanista, desarrollada, aunque siempre en conflicto con otras racionalidades, en todas las sociedades y en distintas de sus épocas. De este modo, independientemente de que la teoría y práctica de los derechos humanos sea vivencia da todavía a partir de discursos a veces contradictorios o afectados por los intereses de políticas específicas más interesadas en la conservación del orden, pueden estos derechos erigirse en buenos fundamentos, a condición, sin embargo, de que las reglas para invocarlos y aplicarlos no entren en esa contradicción, como acaeció a finales del siglo XIX con las ideas re socializantes y terapéuticas que erosionaron a los sistemas penales, creándose nuevos espacios para la exclusión, como fue el caso de los menores de edad {Cfr. Pitch, T., 1989). En cierta forma, las acciones coactivas de instituciones de esa naturaleza se han venido inscribiendo en el perfil de las políticas paternalistas que se suponen dirigidas a brindar ayuda a sujetos construidos como incapaces. Por lo expuesto, actualmente la política criminal alternativa oscila, como ha acaecido desde los años 80 entre el derecho penal mínimo, como una actitud garantista y hasta cierto punto defensora del proyecto de modernidad; y el abolicionismo penal, que apela a la propuesta de Radbruch:

en vez de buscar cómo mejorar al derecho penal, busquemos algo mejor que el derecho penal. Ciertamente las bases teóricas de las que ambas actitudes han partido son las mismas y el distanciamiento que entre ambos se perfila se circunscribe a la hipótesis política relativa a justificar o no justificar a los sistemas penales. No obstante, el derecho penal mínimo viene a ser, hasta cierto punto, un paso en la dirección abolicionista. En estos escritos, me circunscribo a las tesis del derecho penal mínimo y, en particular, a la propuesta de Luigi Ferrajoli (Cfr. Ferrajoli, L., 1990; Tenorio, F., 1991). Aunque en todo caso, la específica propuesta que enseguida describo sólo particularizará

las bases en las que debiera sustentarse la actuación punitiva. Una cuestión, que a mi modo de ver, redimensiona izaría las cosas a grado tal, que los resultados positivos serían evidentes a corto plazo. Sin embargo, soy consciente de que además de un planteamiento de esta naturaleza, es decir, circunscrito al campo del derecho penal., se precisa de otras transformaciones en el tejido político y social, relativas a los sentidos de la democracia y de la justicia social, sin las cuales la crisis continuaría al asecho y los sistemas penales se resistirían a todo cambio.

En este sentido, es recomendable como punto de partida mantener y recuperar toda la experiencia garantista del derecho penal que ha venido estableciéndose en las constituciones y codificaciones desde la asunción de México como país autónomo (como es el caso del llamado principio de legalidad en todas sus facetas, el principio de proporcionalidad, de la materialidad de las acciones, de la dañosidad de los actos, etc.), incluido el liberalismo propuesto por el segundo imperio que, en parte, aunque modesta, ocasionó su propio eclipse, al contrariar los anhelos conservadores.

Ciertamente el paso a la modernidad significó la erradicación de la estratificación social simbólicamente expresada en los rubros de la nobleza y de la plebe, como el traslado de la soberanía de la persona del rey a la persona del ciudadano.

Los esfuerzos en este sentido han sido múltiples aunque siempre encontrados con los discursos anti garantistas que dinamizan la vida pública de los cuerpos legislativos. Piénsese, por ejemplo, que en el año de 1984, cuando finalmente es prescrito en el Código Penal para el Distrito Federal el error de prohibición invencible, como causa de inculpabilidad, también vino a establecerse que el mismo error sufrido por personas en extremo atraso cultural (léase indígenas), únicamente vendría a considerarse como atenuante de responsabilidad y, por ello, atenuante de la medida de un castigo explicitado como tratamiento, lo cual radicalizó esa práctica de la exclusión simbólica anteriormente dilucidada.

En consecuencia, el centro de una política criminal alternativa no puede basarse sino en la recuperación de los principios iniciales ya redimensiona izados relativos al reconocimiento del otro, de la alteridad, de la diversidad y, por lo tanto, posibilitador de la libertad de los individuos. Lo anterior cobra

especial relevancia si se considera que todo el drama penal encuentra su punto neurálgico en aquello que encierra la palabra justicia, que como he mostrado, puede traducirse como la expresión de fuerza. Por lo mismo, el problema central radica en las justificaciones de esa expresión de fuerza que hasta nuestros días no han dejado de apelar a las ideas correccionalistas y resocializantes, y en su caso neutralizantes, que han implicado la práctica de la exclusión. De esta forma, si se erradica ese tipo de justificaciones, las acciones punitivas del estado tenderían a sancionar a las personas, bien o mal que ello se realizase, por la responsabilidad y consecuencia de sus actos y no por su específica forma de ser. Si ello no se implementa, seguirá merodeando en la conciencia de las personas que existe una diferencia esencial entre el delincuente, el sujeto ajusticiado que normalmente lo configuran miembros de los segmentos sociales marginados, y el no delincuente, el sujeto que no ha sido receptor de la aplicación de las etiquetas penales.

Evidentemente, una transformación de esta naturaleza exige apelar a distintos fundamentos así como a implementar ulteriores transformaciones convergentes con el garantismo penal ya recuperado. La cuestión radica en apreciar cuáles pueden ser las justificaciones adecuadas para la violencia punitiva. La doctrina que en este sentido promueve el derecho penal mínimo, se centra en mostrar, ante todo, cuáles son los requisitos exigidos para construir justificaciones desde esa actitud valorativa y no teórico-explicativa, una distinción portada, entre otros, por Hume desde el siglo XVII. A este respecto, tales requisitos que focalizan la relación medios- fines pueden sintetizarse en los siguientes:

- a) Es necesario que el fin sea reconocido como un bien extrajurídico -es decir, externo al derecho-, y que el medio sea reconocido como un mal -esto es, como un costo humano y social que precisamente por eso ha de justificarse.
- b) Es también necesario que los medios sean congruentes con los fines, de modo que las metas justificadoras del derecho penal puedan ser empíricamente alcanzadas con las penas y no lo sean sin las penas. Pero además, es indispensable que sean estos medios homogéneos, de modo tal que representen el medio menos lesivo para el alcance de los objetivos propuestos.

Siendo las cosas así, las justificaciones que hoy se difunden en los manuales especializados, sobre todo los nacionales, no alcanzan a satisfacer los requisitos enunciados, como es el caso de la intimidación y la resocialización y, en su caso, la neu-

tralización del delincuente, convencionalmente tratados como productos de las llamadas teorías utilitarias de la prevención general y de la prevención especial. La primera, porque aún cuando pudiera razonablemente prevenirse el delito ante castigos radicalizados, su aplicación escaparía de los límites de justicia, valorativamente hablando, de ahí que a ese viejo principio relativo a la máxima felicidad de los no desviados, se le haya impuesto como límite el principio del mínimo sufrimiento de los desviados. Consecuentemente, el fin de la pena no podría estribar sólo en la utilidad de prevenir el delito, sino ante todo, de prevenir las reacciones desproporcionadas de la venganza. Y en cuanto a los segundos, no sólo porque se atentaría contra los principios de libertad e igualdad de las personas ya expuestos sino porque las relaciones medios y fines escaparían de las limitaciones que las justifican, esto es, las penas 110 pueden satisfacer la necesidad de ser el medio menos lesivo para el alcance de esos objetivos. De este modo, se comprende que la violencia estatal, bajo el airo de las penas, sólo puede justificarse como violencia menor, es decir, como violencia que alcanza a prevenir ulteriores y más desbordadas formas de violencia, como lo son ciertamente el delito, pero sobre todo la venganza contra sus autores. De ahí se desprende que, mientras el sistema penal no ajusticie, la sociedad civil estará en posibilidades de recuperar, dentro de la clandestinidad, las potestades del ajusticiamiento; pero en ese marco de la clandestinidad, las violencias, 110 planteando limitación alguna, significan el regreso a una violencia sólo emotiva sin ningún marco de racionalidad.

De esta manera se comprende que la ejecución del castigo, particularmente el privativo de libertad que nace por determinadas condiciones de existencia y determinada maduración de las ideas, no pueda sino erigirse en una ejecución que restrinja estrictamente la libertad de tránsito, sin ningún ánimo terapéutico como tampoco radicalizando el castigo para neutralizar al desviado. En consecuencia, la ejecución del castigo como el que aquí se trata: la exclusión física, debe mantener como marco esa conciencia humanista que se formaliza con los derechos humanos y de este modo, los castigos deben ser siempre respetuosos de las restantes libertades de sus destinatarios, es decir, despojándolo de la exclusión simbólica que ha estado presente en los ánimos correccionalistas y neutralizado res. Así las cosas, la vida en prisiones debería mantener esa diversidad de operadores sociales como psicólogos, trabajadores sociales, médicos, educadores, etc.,