

# EL FUTURO

## DERECHO PENAL: ENTRE FAUSTO Y FRANKENSTEIN

**Luis de la Barreda Solórzano**

Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Penal San Luis Potosí, septiembre de 1990

### 1. UN MAL NECESARIO

Al nacer el nuevo milenio, México tendrá más de 100 millones de habitantes con un promedio de vida de 75 años, 70 por ciento de los cuales vivirá en ciudades de más de 15 mil pobladores. Casi la mitad de los mexicanos tendrá menos de 20 años. Para dar trabajo al millón de jóvenes que, desde los ochentas, ingresa anualmente al mercado laboral, habrían de crearse 20 millones de empleos, cifra similar a la existente hoy. Si no varía la tendencia, el año 2000 será dado a luz en un contexto de desigualdad económica duplicada en medio siglo: el 10 por ciento de la gente de más altos ingresos será 40 veces más rica que el 10 por ciento de menores percepciones. Las mujeres constituirán el 30 por ciento de la población económicamente activa.<sup>1</sup>

Hoy, 10 años antes, cronófilos irremediables y obsesivos, nos preguntamos cómo será el derecho penal mexicano de ese 2000 redondo. ¿Se lo preguntan, respecto de sus respectivas materias, los civilistas, los mercantilistas, los

administrativistas y los demás *is/las* del derecho? Quizá, pero seguramente no con la misma pasión y con el mismo interés que nosotros, los penalistas, que nos ocupamos del conjunto de normas jurídicas que tutelan los bienes y valores más caros al ser humano prohibiendo, con graves conminaciones, aquellas conductas que ponen en jaque la convivencia y muestran el lado oscuro del alma. Esas normas no son, por ahora, prescindibles. Son, ciertamente, un mal, pero un mal necesario y un mal menor.

### 2. EL DILEMA DE HAMLET

No hemos sido capaces de fundar la Ciudad de Dios sobre la tierra ni la comunidad en que se garantice "el libre desenvolvimiento de cada uno" como condición "del libre desenvolvimiento de todos"<sup>2</sup> y en la cual no habría explotadores ni explotados, opresores ni oprimidos.

El sueño de terminar con el derecho penal -su reemplazo, proponen Hulsman y Bernat,<sup>3</sup> por instancias intermedias

1. Antonio Alonso, Ana Irene Solórzano e Irene Martínez: *Foro México 2000*, proyecto de prospectiva creado en la Fundación Barros Sierra.

2. Tomado del Manifiesto del Partido Comunista de Karl Marx y Federico Engels, diciembre de 1847 - enero de 1848. Publicado por primera vez en folleto en alemán en febrero de 1848, en <sup>1</sup> Londres. Múltiples versiones en español, entre otras: Marx y Engels, *Obras escogidas*, Ediciones de Cultura Popular, México, páginas 32 a 60.

3. Louck Hulsman y Jacqueline Bernat de Celis, *Peines perdues. Le système penal en question*, Paris, 1982.

o individualizadas de solución de conflictos- es otra de esas utopías que en el último par de años se han venido derrumbando vertiginosamente. Y las utopías -la realidad lo ha demostrado- nunca son inocentes: por allí se han colado, con sus sonrisas de ingenuidad, las dictaduras totalitarias, con sus hogueras inquisitoriales, *sus gulags* y sus campos de concentración o de exterminio. Como lo ha percibido Ferraioli,<sup>4</sup> el abolicionismo -al que califica de *utopía regresiva* asentada sobre la ilusión de una *sociedad buena* o de un *Estado bueno*- engendra el peligro de alternativas peores que el derecho penal: la *reacción vindicativa* descontrolada, sea en manos individuales o en manos estatales; el *disciplinamiento social* mediante la internalización de *rigidos controles* que operen bajo formas de auto-censura o como expresiones de policía moral colectiva, o bien, las *técnicas de vigilancia total* en forma policial o de control tecnológico. El dilema no es el de Hamlet. La disyuntiva no es *sí o no al derecho penal*.

### 3. LOS CANTOS DE LAS SIRENAS.

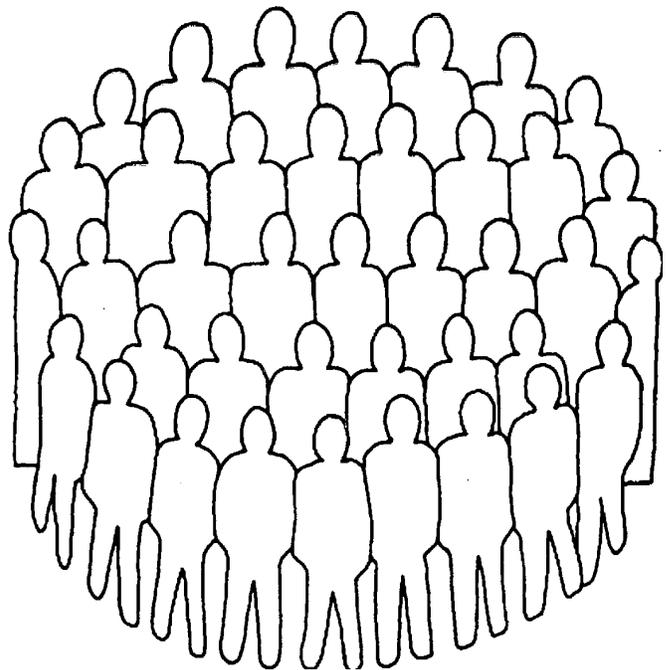
Refutando a Ferrajoli, aclara Zaffaroni que el abolicionismo propone, si bien no explícitamente, un nuevo modelo de sociedad. "No vemos cuál es la razón p- la cual no pueda concebirse una sociedad, por lejana que sea, en que los conflictos puedan resolverse -o no resolverse, si es que no hace falta- sin apelar a penas y a la instancia punitiva formalizada y sin que esto, necesariamente, deba traducirse en una mayor represión", apunta el genial penalista argentino,<sup>5</sup> Y es verdad que podemos *concebir* esa sociedad. Pero de la concepción a la cristalización hay cierto trecho. En todo caso, el abolicionismo no tiene posibilidades en las sociedades de hoy. ¿Y en el futuro? Me siento incapaz de predecir cómo serán los hombres del nuevo milenio. Deseo, como muchos, que seamos capaces de construir comunidades con menos injusticias y desigualdades, con más libertad, democracia y solidaridad. Pero también a veces tengo la pesadilla

de un mundo con mayores abismos entre ricos y pobres, con terror exacerbado, con millones y millones de desempleados: un excelente caldo de cultivo para la violencia. Reparemos en que los grandes predictores del futuro, desde la Pitonisa de De IR hasta el buen Karl Marx, pasando por el apocalíptico San Juan, se han equivocado. Emulando a Tomás Moro, no podemos dejar de soñar. Pero sin dejarnos arrastrar por los cantos de las sirenas. Como Ulises, escuchemos esos cánticos sin dejarnos perder por ellos. En 1990 sabemos que las tierras prometidas se están desvaneciendo.

### 4. EN EL BANQUILLO DE LOS ACUSADOS

El derecho penal ha sido sentado -enhorabuena— en el banquillo de los acusados, por la criminología crítica.<sup>6</sup> No puede seguir "hoy como ayer, mañana como hoy, y siempre igual"<sup>7</sup> como el doctor Fausto que se niega a cambiar. Pero hemos de cuidarnos de los afanes del doctor Frankenstein,

6. Entre los criminólogos críticos de hoy más lúcidos en sus cuestionamientos al derecho penal: Alessandro Baratta, Lolita Aniyar de Castro, Rosa del Olmo, Thamara Santos, por sólo citar algunos.
7. La expresión es de Gustavo Adolfo Bécquer, en *Rimas*.



4. Luigi Ferrajoli, "El derecho penal mínimo", en *Poder y control*, número 0, Barcelona, 1986, páginas 24 y siguientes.
5. Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, Ediar, Buenos Aires, 1989, Dáeina 109.

que fue más allá de los límites del hombre. Busquemos el Vellocino de Oro sin abrir la Caja de Pandora.

La cuestión -el reto- estriba en reducir ese conjunto de normas al mínimo posible, ya que es un mal, y, por lo mismo, diseñarlo y aplicarlo de la manera en que resulte más racional.

Dos prejuicios muy arraigados sobre el derecho penal habría que revisar como punto de partida: a) la creencia de un sector del actual pensamiento criminológico de que el derecho penal es, en bloque, un instrumento de opresión al servicio de la clase dominante, y b) el convencimiento, característico de una postura radical reduccionista, de que los principios liberales del derecho penal son principios *burgueses* que enmascaran privilegios de clase. Más allá de que esas posiciones parten de esquemas hoy superados en el pensamiento político contemporáneo, su formulación sin matices lleva a consecuencias inaceptables.

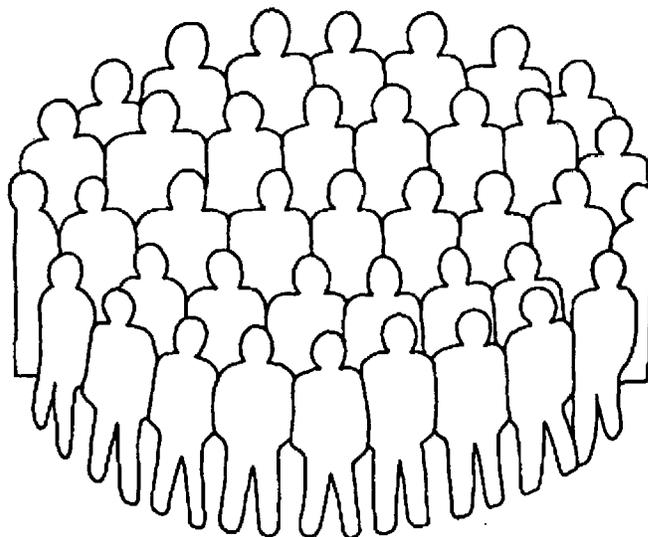
El derecho penal cumple una función preventivo general en un doble sentido que también ha vislumbrado la inteligencia de Ferrajoli:<sup>8</sup> prevención de los delitos y prevención de las reacciones desproporcionadas, con lo que se erige en defensa del débil contra el fuerte, de la víctima frente al delincuente, del delincuente frente a la venganza.

No cualquier derecho penal, por supuesto, sino uno que -como aboga Baratta<sup>9</sup>- cumpla los requisitos mínimos de respeto a los derechos humanos.

## 5. LOS RENGLONES TORCIDOS

El escrúpulo democrático en el ejercicio del *ius puniendi* ha de abarcar las formas de persecución y sanción de los delitos, a las que en México, hoy, se teme más que a las sanciones de la legislación punitiva.

Hemos de lograr, antes de que termine esta centuria, desplazar el procedimiento inquisitorial que hoy impera en la etapa prejudicial,<sup>10</sup> pues la Constitución consagra un juicio



democrático desde el primero hasta el último de los actos procedimentales.

Hemos de proscribir en la realidad -hace mucho lo hicimos en las normas- la tortura.<sup>11</sup>

Hemos de desterrar las detenciones y los allanamientos ilegales así como todo maltrato a los detenidos.

Hemos de conseguir juicios imparciales y expeditos, para lo cual hay que aumentar la cantidad de jueces y, sobre todo, la calidad profesional. Los jueces han de entender, con Zaffaroni,<sup>12</sup> que su deber es buscar y emitir las decisiones socialmente menos violentas. Esa búsqueda es impensable sin juzgadores con una óptima preparación jurídica, una sólida cultura universal y una profunda formación ética.

## 6. LA INFLACIÓN PUNITIVA

En el aspecto sustantivo hay, también, mucho camino que andar.

El derecho penal mínimo supone un combate serio a la expansión inflacionaria de la legislación punitiva.

Hasta ahora los pronunciamientos discursivos en favor de una despenalización parcial no han ido más allá del plano de las abstracciones declamadas, y las propuestas han sido pobres o inexistentes. Aunque no puede subestimarse el impacto que ha tenido el discurso en pro de la

8. Ferrajoli, artículo citado.

9. Alessandro Baratta, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Capítulo Criminológico* número 13, Maracaibo, 1985, páginas 79 a 99. Véase, asimismo, sobre principios democráticos del derecho penal: Luis de la Barreda Solórzano, "La democratización del derecho penal", en *Ensayos de derecho penal y criminología en honor de Javier Piña y Palacios*, Editorial Porrúa, México, 1985, páginas 153 a 159; y la ya citada obra de Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas*, páginas 248 a 250.

10. Sobre este procedimiento, véase "El juicio penal y los derechos humanos en México", de Elpidio Ramírez, en *Revista Mexicana de Justicia*, México, octubre - diciembre de 1987, páginas 229 a 234.

11. Una sugerencia para abatir esta práctica en *La tortura en México*, de Luis de la Barreda Solórzano, Editorial Porrúa, segunda edición, México, 1990.

12. Zaffaroni, obra citada, páginas 213 y siguientes.

desincriminación de conductas antisociales, lo cierto es que por lo pronto este discurso no encuentra traducción en el nivel de las propuestas concretas. Todo parece indicar que la convicción de que las normas penales son excesivas se acompaña, paradójicamente, de un temor a la eliminación de ese exceso.

Urge abolir las figuras límite del autoritarismo penal mexicano: en las partes generales de los códigos, la retención, la reincidencia y los criterios peligrosistas de individualización judicial; en las partes especiales, por supuesto, hay que borrar el adulterio, el aborto, la vagancia y mal vivencia, que en ninguna sociedad democrática y laica debieran pertenecer al universo punitivo.<sup>13</sup>

Pero no basta. Las figuras delictivas con una baja punibilidad sugieren que resultará más favorable trasladarlas a cuerpos normativos distintos al Código Penal. Frente a la sórdida realidad penitenciaria, capaz de dejar secuelas imborrables en un lapso relativamente breve, es inadecuado enviar a prisión a un individuo que no ha realizado una conducta antisocial muy grave.

Podría quizás, al revisarse los códigos, admitirse que todas aquellas figuras delictivas cuya punibilidad media aritmética no excede de tres años de prisión, merecen abandonar el universo penal. Los individuos que han concretado estas hipótesis no pueden ser calificados como criminales. Para esas conductas las sanciones no penales brindarían un resultado más apetecible, lo que ha reconocido la doctrina al postular los principios de subsidiariedad -de acuerdo con el cual sólo ha de acudir a la pena si ello es ineludible para una vida comunitaria ordenada y únicamente como último recurso, cuando no basten otras sanciones jurídicas- y de fragmentariedad -según el cual el ordenamiento punitivo debe contemplar sólo los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes- Si esas conductas dejaran de perseguirse penalmente, el aparato de procuración de justicia podría concentrarse con mayor ahínco en la persecución de los delitos verdaderamente graves. Además, la libertad del enorme contingente de *pequeños* delincuentes tendría consecuencias insoslayables: descongestionaría las cárceles, lo que se traduciría en ahorro de gastos -que en estos tiempos parece tan importante-, e impediría que una gran cantidad de personas fuesen víctimas, innecesariamente, de la innegable contaminación antisocial derivada de la pena de prisión.

El miedo a las consecuencias de una política de parcial despenalización -aceptada, sin embargo, en el discurso- ha llevado a sustituir las proposiciones por la reiteración ideológica más o menos abstracta.

No se trata de un torneo discursivo: se trata de formular propuestas racionales e imaginativas capaces de llevar adelante el cambio hacia la contracción posible y deseable del *ius poenale*,<sup>14</sup>

De no formularse, seguiremos presenciando la orientación deformada del derecho penal, las penas exageradas por delitos no tan graves, las insufribles reproducciones de la desigualdad social en virtud de una ley penal injusta, la sobrepoblación carcelaria perteneciente en abrumadora mayoría a las clases socialmente desfavorecidas, la marginación multiplicada a partir de la definición legal, la criminalización selectiva, el usufructo desigual del criterio legislativo, el inaudito desequilibrio ante la justicia entre el *pobre diablo* y el *ciudadano respetable*, la prolongación ininterrumpida de los estigmas (pobre - delincuente o disidente - delincuente por definición), el abandono de la racionalidad y el desastre desde el punto de vista de la evolución penal que teóricamente se propugna.

## **7. LA INVULNERABILIDAD DE LOS PODEROSOS: ¿UNA FATALIDAD?**

El mayor desafío para el sistema de justicia penal es el de romper la impunidad de los abusos de poder. El sistema no será totalmente legítimo si no logra la punición correspondiente de quienes, abusando de su cargo político o su poderío económico, infligen los mayores daños a los bienes jurídicos. Pero adviértase que frente a esos crímenes no hay mejor respuesta que la que ofrece el derecho penal. Cuando lo permita la correlación de fuerzas, mejor que linchar o ejecutar sin previo juicio a esos delincuentes, será sancionarlos conforme a derecho.

## **CONCLUSIÓN**

En el umbral del nuevo milenio, la vida humana sobre la tierra aún requiere de prohibiciones. No nos gustan. En algún recodo de nuestra alma se asoma un anarquista. Aprovechémoslo para crear el menos autoritario, el más democrático de los sistemas de justicia penal posible.

13. Véase, al respecto, Luis de la Barreda Solórzano, "Los jinetes de la peligrosidad" en *Revista Mexicana de Justicia*, México, octubre - diciembre de 1987, páginas 21 a 28.

14. "La ciencia es valiosa como herramienta para dominar la naturaleza y remodelar la sociedad", explica Mario Bunge en *La ciencia. Su método y su filosofía*, Siglo Veinte. Buenos Aires, página 36.