

**Juan Carlos Álvarez Álvarez
Sebastián Naranjo Serna
David Enrique Valencia Mesa**

El cuerpo, el alma y la víctima



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**
1803

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

La colección Mejores trabajos de grado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, surge con el objetivo de hacer visibles los trabajos de grado de pregrado y posgrado de nuestra Unidad Académica que han sido distinguidos con la máxima calificación, y como una manera de reconocer a quienes, gracias a su esfuerzo, recibieron recomendación de publicación del texto completo por parte de sus jurados.

Juan Carlos Álvarez Álvarez
Sebastián Naranjo Serna
David Enrique Valencia Mesa

El cuerpo, el alma y la víctima



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

**FACULTAD DE DERECHO
Y CIENCIAS POLÍTICAS**

Colección mejores trabajos de grado

El cuerpo, el alma y la víctima

© David Enrique Valencia Mesa

Juan Carlos Álvarez Álvarez

Sebastián Naranjo Serna

© Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Edición: 2012

ISBN: 978-958-8748-50-4

Este libro hace parte de la colección
MEJORES TRABAJOS DE GRADO
de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
de la Universidad de Antioquia
Número 9

Corrección de textos: Andrés Vergara Aguirre.

Diseño, diagramación e impresión: Imprenta Universidad de Antioquia

Calle 67 N.o 53-108, PBX: (57-4) 219 53 30

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Foto carátula: Máscara

Autor: Ausín Saínz.

Serie: "A mi imagen y semejanza"

Tinta sobre papel.

25 x 25 cm.

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia
Oficina de Comunicaciones
Teléfono (57-4) 219 58 54
Correo electrónico: derecho@mitra.udea.edu.co
Página web: <http://derecho.udea.edu.co>
Ciudad Universitaria
Calle 67 No 53-108, bloque 14
A.A. 1226
Medellín - Colombia

El contenido de la obra corresponde al derecho de expresión de los autores y no desata responsabilidad institucional frente a terceros. Los autores asumen la responsabilidad por los derechos de autor y conexos contenidos en la obra, así como por la eventual información sensible publicada en ella.

Hecho el depósito que exige la ley.

Prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo (Ley 23 de 1982).

Contenido

Presentación	9
Primera parte. Delitos de manipulación genética y clonación: ¿qué se protege?	
<i>Juan Carlos Álvarez Álvarez</i>	17
Introducción	17
1. Más allá de la problemática del bien jurídico protegido y la estructura típica en los delitos de manipulación genética y la clonación	19
Un marco general para la discusión	19
1.1 La religión	20
1.2 La bioética	21
1.3 El derecho	26
2. Aproximación a la problemática del bien jurídico	28
2.1 Consideraciones previas	28
2.2 La vida humana como bien jurídico supuestamente protegido con la prohibición penal de la manipulación genética y la clonación	30
2.2.1 La vida humana como objeto de protección por el derecho penal	31
2.2.2 Los delitos de manipulación genética y clonación no están orientados a proteger de forma inmediata el bien jurídico vida humana	33
2.2.3 Otros bienes jurídicos presuntamente protegidos	38
3. Otros supuestos bienes jurídicos	46
4. Los nuevos bienes jurídicos	47
4.1 El catálogo de bienes o valores protegidos	47
5. Breves consideraciones sobre el artículo 132 del código penal colombiano	51
Contenido	5

Conclusiones	55
Bibliografía	57
Segunda parte. El derecho penitenciario: ¿la nueva cara del castigo?	
<i>Sebastián Naranjo Serna</i>	63
Introducción	63
1. Discurso, poder y verdad jurídica	66
2. Un nuevo horizonte de proyección del castigo: el derecho penitenciario. Vestigios de un punto de dislocación.....	71
3. Derecho y disciplina: dos concepciones del poder. Una visión foucaultiana	81
4. ¿Derecho penitenciario o saber penitenciario?.....	88
5. El discurso penitenciario en Colombia. Una senda	99
Conclusiones	103
Bibliografía	104
Tercera parte. Subjetividad y prácticas penales	
<i>David Enrique Valencia Mesa</i>	107
Introducción	107
1. Las prácticas penales de la soberanía y el cuerpo geminado del rey.....	110
1.1 La <i>realiza cristocéntrica</i> en el paradigma inquisitivo de las prácticas penales...	110
1.2 La soberanía absoluta y el sujeto real	113
1.3 Legislar, interrogar y torturar: las funciones penales del rey	115
1.4 El rey monopoliza el poder penal	116
1.5 Unas prácticas penales para el rey	118
1.6 Tortura: la naturaleza geminada del rey	121
2. La soberanía disciplinaria y el individuo peligroso	123
2.1 Escena de curación de Jorge III: de la macrofísica del poder a la microfísica disciplinaria	123
2.2 Modular los castigos de acuerdo con los individuos culpables: “el alma moderna en el juicio”	125
2.3 La racionalidad igualitaria de las nuevas técnicas penales y la unificación del sujeto jurídico	129
2.4 Sujeto de derecho: el aspecto jurídico de la soberanía disciplinaria	130
2.5 El hombre cognoscible: la tecnología de la pericia penal	135

2.6	Relevo institucional y normalización del cuerpo social en su conjunto: el caso de la publicidad	137
3.	Biopolítica y víctima	139
3.1	La “nueva” víctima	139
3.2	Biopolítica: una nueva estrategia de poder	144
3.3	La criminología del control: discurso y práctica punitiva	148
3.4	El derecho internacional humanitario como derecho penal de los derechos humanos	150
3.5	La víctima: un producto del mismo poder que la protege	153
3.6	La forma del castigo: transformaciones de las prácticas penales y reposicionamiento de la víctima	154
3.7	La histérica y la víctima	155
	Bibliografía	157

PRESENTACIÓN

EL CUERPO, EL ALMA Y LA VÍCTIMA

Bajo este título, la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia da a conocer al público tres trabajos de grado presentados por egresados: “Delitos de Manipulación genética y clonación: ¿qué se protege?”, de Juan Carlos Álvarez Álvarez, “Derecho penitenciario: ¿la nueva cara del castigo?”, de Sebastián Naranjo Serna, y “Subjetividad y prácticas penales”, de David Enrique Valencia Mesa. Los dos primeros se hicieron para optar al título de Maestría en Derecho, en la modalidad de profundización, y el último para optar el título de abogado. Los jurados de los tres trabajos encontraron suficientes méritos en ellos para que fueran publicados, lo que ahora hace la Facultad.

No sobra señalar la importancia que para nuestra facultad tiene el hecho de que se haya emprendido con seriedad, responsabilidad y coherencia este proyecto de publicaciones de los mejores trabajos de nuestros estudiantes de pregrado y de posgrado. Es una política que viene a reforzar el largo y reconocido trabajo que desde hace décadas realiza la institución a través de su revista *Estudios de Derecho*, suficientemente reconocida en el ámbito nacional e internacional y cuyo primer centenario se celebrará en este 2012, aunado al más reciente proyecto de vincularse más estrechamente al mundo académico a través de la revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*, cuyo primer número salió a la luz pública en 2009 y que está relacionada con un hecho, también relativamente reciente, pero que está destinado, sin duda, a cambiar profundamente la faz de nuestra Facultad: la creación del pregrado en Ciencias Políticas y la consiguiente necesidad de divulgar

los aportes de estudiantes, profesores e invitados; y, sobre todo, de fortalecer el diálogo interdisciplinario entre el Derecho y la Ciencia Política.

Por estas y otras razones, me alegré cuando se me invitó a escribir una presentación para este volumen, primero porque me permitía insistir en la importancia de un proyecto de publicaciones que orientará, en gran parte, el destino de nuestra unidad académica en los próximos años, y segundo, por la importancia, en el medio académico, de los trabajos que se reúnen en este volumen.

Delitos de manipulación genética y clonación: ¿qué se protege?

El profesor Álvarez Álvarez ha encarado uno de esos problemas que pasan por novedosos en el derecho penal actual: la manipulación genética y la clonación de seres humanos. Esos dos tipos penales aparecen regulados por primera vez en Colombia en el código penal de 2000 y figuran como delitos que atentan contra la vida y la integridad personal. Como lo indica el subtítulo del trabajo, la preocupación importante del autor fue indagar qué era lo que se protegía con ellos.

Quisiera enfatizar en tres de los méritos más notorios que le encuentro al trabajo.

El primero de ellos es haber hecho una indagación en los distintos campos desde los cuales se ha presentado la discusión sobre estos nuevos delitos: la moral, la religión, la filosofía, la biotecnología, la medicina y, por supuesto, el derecho. El autor ha estado muy atento a estas discusiones, y con gran solvencia académica y gran honradez política, ha demostrado que la importancia de estas discusiones, los valores que ellas ponen en evidencia, no serán jamás suficientes para optar por una penalización de estas conductas, porque la función del derecho penal no es proteger aquellos valores, que desde ciertas perspectivas puedan aparecer importantes, pues su misión es más reducida: mantener unas condiciones mínimas que permitan el desarrollo de la vida social, y para ello no puede abusarse del derecho penal, el instrumento más letal, después de las armas, con el que cuentan las sociedades para mantener el orden establecido. Este instrumento tan peligroso debe ser utilizado con toda prudencia y sin el menor optimismo sobre sus efectos.

En segundo lugar, este barrido acerca de los distintos puntos de vista y enfoques que ha alimentado la discusión sobre la manipulación genética y la clonación, permitió plantear un tema central en el derecho penal: ¿cuál es el bien o interés jurídico que se pretende proteger con el establecimiento de estos delitos? A pesar de que estos han sido regulados en el capítulo del código penal que se ocupa de los delitos contra la vida y la integridad personal, el autor logra demostrar que ninguno de estos intereses se lesiona con la manipulación genética y la clonación, ni aun de una manera indirecta, y que probablemente ante la evidencia de que ni la vida ni la integridad personal pueden ser siquiera puestos en peligro, examina otros intereses que supuestamente se ofenden como la integridad física y psíquica, el derecho a la identidad y a la irrepetibilidad del ser humano, el patrimonio genético de la humanidad, la privación de la dotación genética, y hasta la supervivencia de la especie humana, y en ningún caso atisbó siquiera un peligro, así sea indirecto, para esos bienes jurídicos.

Después de un juicioso análisis de esos intereses “novedosos” o simplemente invocados ad hoc para justificar la punición de la manipulación genética y la clonación, el autor concluye que estos tipos penales solo desempeñan el papel de hacer una vez más un uso simbólico y promocional del derecho penal, y que a lo mejor lo único que revelan son problemas ancestrales como el miedo a lo desconocido, y que pueden significar, en países como el nuestro, un mero obstáculo normativo, y esta vez sumamente autoritario, para la investigación.

Y aquí encuentro el tercer gran mérito del trabajo. Creo que la conclusión más importante que se deduce no es que con estos tipos penales se estén protegiendo unos intereses individuales o colectivos, o se esté buscando la protección del bienestar de la comunidad, sino que se está creando un dispositivo que sirva para frenar la investigación en amplias áreas del mundo, de tal manera que ella siga concentrada en los centros de poder y saber donde siempre ha estado, y que cuando esas investigaciones estén suficientemente maduras y disponibles para ser utilizadas masivamente, ya pasen por el control monopolístico de las grandes transnacionales de la salud y obviamente con la intermediación de unas pocas patentes, y así los costos para la mayoría de la población serán económicamente inalcanzables. Estas novedades en el derecho penal servirán estratégicamente para

mantener la inequidad en el mundo, so pretexto de defender unos bienes jurídicos que no alcanzan tal categoría porque resultan ser más unas máscaras ideológicas muy afortunadas para encubrir los intereses de algunos grupos de investigación y de ciertos grupos económicos que los apoyan para posteriormente beneficiarse de sus hallazgos.

Derecho penitenciario: ¿la nueva cara del castigo?

En este trabajo hay que resaltar una gran utilización del ya clásico *Vigilar y castigar*, de Michel Foucault, para mostrar algo que seguramente a las buenas conciencias les agrada: suponer que a partir de la normatividad penitenciaria avanzamos hacia el reconocimiento de los derechos de los detenidos.

Un punto central en el trabajo es resaltar que hay una tensión permanente entre la norma y la ley, y que mientras el sistema penal en su parte sustantiva y procesal sigue trabajando con el criterio de la ley (la separación entre lo lícito y ilícito), el sistema penitenciario, desde sus inicios, opera con el criterio de la norma (la distinción entre normal y anormal), y de ahí esos desajustes, esas incoherencias, esas dificultades que presentan la aplicación de las normas penales que pretenden sancionar un hecho, con un sistema penitenciario que supuestamente pretende transformar al infractor.

El eje temático del texto se encuentra definido y delimitado de forma clara. Se trata de constatar la validez de la tesis del derecho penitenciario como discurso, como dispositivo normativo que se ha construido con pretensiones de legitimación del castigo, al representárselo como forma de respuesta racional, humanitaria, respetuosa de la dignidad del sujeto infractor, al cual, además, la ley le fija cauces rigurosos para su desenvolvimiento y ejecución.

El análisis del tema tiene como principal referente teórico, como decía, los estudios de Michel Foucault relativos tanto al poder disciplinario como a las relaciones entre poder, saber y régimen de verdad. Los referentes teóricos se complementan con algunos estudios clásicos sobre el penitenciarismo moderno, lo cual, en palabras de Sebastián Naranjo Serna, tiene como finalidad registrar, capturar y aprehender el verdadero significado y funcionalidad de

los discursos penitenciarios como relevos de otras formas de castigar, como los castigos directamente físicos y corporales, pero nos invitan a leerlos como parte de una estrategia, que como lo dice claramente el subtítulo del trabajo, son apenas nuevas *caras* que relegitiman unas nuevas condiciones de dominio.

Cuando se dispone en nuestro ámbito de libros tan importantes sobre el problema carcelario como *Vigilar y castigar* de Michel Foucault, *Cárcel y fábrica* de Massimo Pavarini y Darío Melossi, *Pena y Estructura Social* de Georges Rushe y Otto Kirchheimer, además de la obra precursora *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales* de John Howard, parecería que fuera muy poco lo que pudiera decirse acerca del penitenciarismo, si se pretende hacer un aproximación crítica y no simplemente engolosinarse con un arsenal casi infinito de derechos por fin reconocidos. Pero Naranjo Serna demuestra que todavía hay mucho que hacer, y de hecho creo que este trabajo se puede considerar como un punto de partida para investigaciones posteriores, que reflexionen sobre unas relaciones sobre las que apenas hay algunas aproximaciones, en las cuales creo que sería necesario profundizar. Me refiero a tres categorías utilizadas por Foucault para caracterizar nuestras sociedades: las sociedades de soberanía, las disciplinarias y las sociedades de control o el momento de la biopolítica.

En las sociedades de soberanía, según el pensador francés, los sistemas penales tienen como función básica establecer un hecho y sancionar un infractor, y para tal efecto la pena de muerte, la tortura y los castigos físicos, resultaban “coherentes”. En las sociedades disciplinarias, el sistema penal busca fundamentalmente modificar un sujeto, usando como pretexto para ello el acto; pero lo básico es la indagación sobre las motivaciones, las intenciones más recónditas, las pulsiones que pudieran revelarse en él. Es la sociedad donde florece con toda naturalidad la prisión y donde se ha formado el discurso penitenciario. Y por último, en las sociedades de control el sistema penal aparentemente afloja algunas de sus tuercas, porque ya no se trata tanto de castigar, ni de corregir, sino de gestionar riesgos. La pena no se impone para validar una legitimidad, ni para corregir un desadaptado, sino para controlar focos de desorden. El mismo proceso penal deja de ser un escenario para establecer una verdad fáctica o corroborar una

personalidad enferma, y por lo tanto se convierte en el espacio para negociar una pena y ampliar la red hacia aquellos que el Estado no ha sido capaz de atrapar.

Este punto, que apenas se insinúa en el trabajo de Naranjo Serna, es ampliamente desarrollado por el trabajo de David Enrique Valencia Mesa, aun cuando desde una perspectiva distinta. Antes de hablar del último trabajo, quisiera resaltar el acierto de la facultad al reunir los tres en un solo volumen, porque, como veremos, a pesar de que sus temáticas son diferentes, las recorren utilizando muchos senderos comunes.

Subjetividad y prácticas penales. Este trabajo, igual que el anterior, fue también construido con los “anteojos de Foucault”. Leerlo me ha producido un gran placer. Y quiero explicar, para iniciar, lo del placer. Lo he sentido por varias razones. En primer lugar, porque me hace preguntarme si no estaba seriamente equivocado cuando, hace algunos meses, elaboré una ponencia con un título interrogativo: “¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?”.¹ Este trabajo y el de Naranjo Serna, y en general el volumen, dan una respuesta que no deja la menor duda: ya está aquí, y espero que sea para quedarse. En segundo lugar, porque este trabajo, con su buena escritura, su claridad conceptual y su contundencia discursiva, lo produce.

Valencia Mesa hace un mapa histórico-conceptual de la subjetividad en las prácticas penales, tomando como punto de partida el derecho penal del *antiguo régimen*, hasta llegar a nuestro momento actual (biopolítica). El autor, con mucho tino, muestra cómo en cada caso el ejercicio del poder va construyendo los sujetos para la ocasión. Desde el rey absoluto, como sujeto único y representante de Dios en la tierra, y desdoblado en dos cuerpos, que tienen como correlato el “paciente” del sistema penal, que es solo un objeto para supliciar y arrancarle la verdad, pasando por la *disciplina*, en donde ese poder absoluto se refrena para darle espacio a un sujeto de derecho, igualitario y difuminado, que será construido por la reorganización política que dio origen al Estado de Derecho y a la correlativa idea de que todos los sujetos son iguales ante la ley, y donde el cuerpo será

1 Julio González Zapata. “¿Puede ingresar Foucault a una Facultad de Derecho?”. *Diálogos de Derecho y Política*. N.º 1, 2009. Disponible en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/issue/view/217/showToc>

asediado por las ciencias humanas, que operarán, a su vez, como constructoras y constrictoras “naturales” bajo las banderas parlanchinas de la normalidad, la enfermedad, la desadaptación y hasta de su posible “recuperación”. Es decir, esos humanismos fofos de los que hablaba Foucault.

Luego se pasa a la biopolítica, donde el individuo se desvanece detrás de la mampara de la especie humana y donde resalta un nuevo sujeto que lo reemplazará casi hasta hacerlo desaparecer bajo el imperio de la necesidad del castigo, y donde surgen nuevas funciones para el proceso penal. Ya no se busca castigar una soberanía ofendida, ni reformar a un delincuente anormal, sino garantizar la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de los hechos.

Esta parte sobre la víctima sería suficiente para publicar el trabajo. En ella el autor hace dos o tres afirmaciones que quisiera resaltar: “el mismo derecho penal que dice proteger a las víctimas fue el mismo encargado de crearlas en serie y darlas al estudio científico”; “En primer lugar ya se empieza a escuchar la *presunción de víctima* (sea niño, mujer, etc.) contrapuesta a la presunción de *inocencia* como expresión de un supuesto derecho fundamental al castigo”; “donde hay víctima no puede haber inocente”.

En un momento en que todos a una proclaman la verdad, la justicia, la reparación, y además se espera no solo que esos reclamos sean posibles sino que se cristalicen en el proceso penal o, para ser más precisos, en la sentencia condenatoria, reconforta que alguien se atreva a nadar contra la corriente y tenga el valor civil y político de mostrar que no necesariamente cuando se reclama críticamente contra el imperio de las víctimas, se las está despreciando, sino que es necesario que, por lo menos desde la academia, se levanten las frágiles talanqueras de que dispone el discurso escolar ante este nuevo despotismo.

No sobra recordar que este recobrado entusiasmo por la víctima ha traído enormes y funestas consecuencias para el derecho penal liberal, hasta el punto de que David Garland ha dicho que entre los derechos de las víctimas y los del presunto delincuente se ha establecido una relación de suma cero: donde hay víctimas no hay derecho para el sindicado. De hecho, muchas garantías clásicas del derecho

penal liberal han sido arrasadas por esta renacida euforia punitivista: se relaja el principio de legalidad, se invoca la imprescriptibilidad de ciertos delitos, se cuestiona la intangibilidad de la cosa juzgada, se relativiza el *non bis in idem*, se eliminan posibilidades de libertad provisional y se endurecen las condiciones de ejecución de la pena.

Tal vez sea necesario, para terminar, justificar el título de este volumen. Creo que él puede recoger muchas cosas en común de estos trabajos. Como dije antes, los dos últimos son utilizaciones de las categorías foucaultianas, y el primero, a pesar de que no apela directamente a este autor, recoge dos preocupaciones muy importantes para él: de cómo el saber, una vez se ha renunciado a reprimir el cuerpo a través del dolor, el látigo y la fuerza física, de todas maneras no lo abandona como una de sus preocupaciones centrales. Ahora, a nombre de la ciencia y otros valores, se levanta una barrera de intangibilidad para la investigación sobre el cuerpo humano, es decir, retomar el cuerpo humano, ya no como presa directa del poder, pero sí para valorarlo metafísica, religiosa y moralmente; de él no se pretende *extraer* sino *distraer* conocimiento para seguir construyendo estrategias de dominio, y otra vez vemos presente la misma ecuación, un poco modificada.

En conclusión, si leemos el trabajo de Álvarez Álvarez como un cerco a la investigación sobre el cuerpo, el de Naranjo Serna como el alma que fabricó la disciplina, y el de Valencia Mesa como un examen de las nuevas preocupaciones por esa subjetividad llamada víctima, el título queda suficientemente justificado.

Julio González Z.
Profesor
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

PRIMERA PARTE

DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA Y CLONACIÓN: ¿QUÉ SE PROTEGE?

Juan Carlos Álvarez Álvarez



Dedico este trabajo al alegre y siempre presente recuerdo de mi padre

INTRODUCCIÓN¹

El genoma aparece así como el escenario en que actores muy diferentes, y a menudo antagonistas, representan comedias o tragedias bajo la mirada atenta y solícita de un coro humanista.

Keck y Rabinow, 2006: 82.

Un trabajo de investigación sobre los delitos de manipulación genética y clonación, para mucho puede resultar de poco interés, incluso para los cultores de la dogmática jurídico-penal, los criminólogos, los estudiosos de la política criminal y muy probablemente para quienes nada tienen que ver con el estudio de la cuestión penal.² Este es un asunto que aparece muy alejado de las preocupaciones

1 Los estudios de maestría del autor fueron auspiciados por la Universidad Eafit.

2 La manipulación genética consiste en el conjunto de técnicas utilizadas por la ingeniería genética que “posibilitan la transferencia programada de genes entre diferentes organismos o su modificación en un mismo organismo” (Jiménez, 2001: 19). No obstante, como veremos más adelante, en un sentido amplio estas técnicas de manipulación pueden consistir en procedimientos que no necesariamente impliquen alteración de los genes. De otra parte la clonación consiste en producir en forma asexual “organismos genéticamente idénticos, tanto por división de un embrión (embryo splitting), de manera

más acuciantes y acaso más mediáticas del derecho penal, la criminología o la política criminal.

Sin embargo, en la medida en que uno se va introduciendo en el análisis de los más disímiles textos en los que, desde distintas perspectivas, se aborda el estudio de estas prácticas —hoy convertidas en delitos en diversas legislaciones—,³ va surgiendo y se va acrecentando el interés por las preguntas y discusiones que se plantean desde los ámbitos filosófico, religioso, ético, bioético, médico, genético y biotecnológico, así como desde la biología molecular, la política criminal, la criminología, el derecho en general y el derecho penal en particular, entre otros.⁴ Se constata además que la discusión sobre la existencia o no de un bien jurídico protegido —que pueda servir de criterio mínimo legitimador de la intervención penal— o la estructura típica de estos delitos, son asuntos que si bien merecen ser analizados, no deben serlo al margen de las discusiones en los ámbitos ya señalados, y que sin duda preceden la incorporación de estas conductas en los códigos penales de diversos países.

El presente trabajo tiene la pretensión de indagar si en realidad puede hablarse de uno o más bienes jurídicos protegidos con la incriminación de dichas conductas, y en caso afirmativo, qué bien o bienes jurídicos están en juego, y en cualquier

que los genes, sean nucleares o mitocondriales en pequeño número, son idénticos entre los embriones resultantes, cuanto por transferencia nuclear, caso en el cual solo los genes del núcleo son idénticos” (Botero, 2001: 87). Para una explicación más amplia sobre las diversas formas de clonación, véase: Cancino, 2005: 35-36.

- 3 Véase una relación de derecho comparado sobre el tema en Escobar, 2002: 99-112. En Colombia el delito de manipulación genética está regulado por el Código Penal en el artículo 132 y el de clonación en el 134, así:

“Artículo 132. Manipulación Genética: El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses [...] Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población”.

“Artículo 134: El que genere seres humanos idénticos por clonación o por cualquier otro procedimiento, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento ocho (108) meses”.

- 4 Al respecto, Mayor apunta: “Se trata de cuestiones esencialmente transdisciplinares”, y agrega, citando a Pedro Laín Estralgo, que “Se plantean unas cuestiones que afectan no solo a los médicos sino también a los biólogos, ecólogos, filósofos, juristas, sociólogos y teólogos” (Alonso y Mayor, 2003: 311).

caso escudriñar posibles intereses latentes que subyacen a la prohibición penal. No obstante, como ya se advirtió, un acercamiento de esta naturaleza supone por lo menos contextualizar el problema, y por ello es conveniente plantear, de manera general, algunos de los interrogantes y discusiones que se formulan desde las diferentes perspectivas o disciplinas ya mencionadas, advirtiendo que simplemente se trata de hacer una enunciación de ellos y de adelantar algunas opiniones, pero sin profundizar ni en estas ni en aquellos. Tal enunciación servirá pues de contexto general para la discusión particular del bien jurídico en los mencionados delitos.

1. MÁS ALLÁ DE LA PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO Y LA ESTRUCTURA TÍPICA EN LOS DELITOS DE MANIPULACIÓN GENÉTICA Y LA CLONACIÓN

Un marco general para la discusión

A partir del espectacular avance de la biotecnología en los últimos tiempos,⁵ y de la aparición en el escenario —ahora no solamente en el de la ciencia ficción, sino también en el de la realidad— de la posibilidad de producir artificialmente y de manera asexual ejemplares de seres humanos genéticamente idénticos, esto es, clonados,⁶ se formulan problemas en campos tan diversos como la religión, la bioética, la ingeniería genética y, por su puesto, en el campo jurídico.⁷ Veamos, a modo de ilustración, algunas de las más importantes facetas de las distintas discusiones:

- 5 La biotecnología, que es el nombre general con el que se abarcan las distintas técnicas de la ingeniería genética, puede entenderse como el procedimiento mediante el cual se modifica “en forma intencionada el código genético de microorganismos, con su plan de producción, y así su patrimonio hereditario se fija en un determinado producto. Mediante la biotecnología, así entendida, se interviene en la substancia genética, de tal manera que se puede originar un nuevo DNA, o mejor, DNS (portador de información hereditaria) y producir en forma artificial vida nuevamente combinada, con lo cual la evolución natural se acelerará muchas veces” (Kaufmann, 1999: 536).
- 6 El anuncio de la clonación de una oveja (Dolly), nacida el 5 de julio de 1996, puso al descubierto que el hombre había traspasado un límite que hasta hace poco solo era posible cruzar en la ciencia ficción: se había atrevido a crear artificialmente a un mamífero. De allí a la clonación de un ser humano solo quedaba un paso (véase Cancino, 2005: 47).
- 7 Desde posturas muy críticas del mecanismo de la clonación se afirma que esta más que un medio de reproducción es un “medio de fabricación de seres humanos”; de este modo se pretende responder la objeción de quienes defienden la clonación como una forma de permitir a quienes por diversas razones no tienen posibilidades de tener hijos —por ejemplo por infertilidad— disponer de un mecanismo como la clonación que les aseguraría el ejercicio de su libertad reproductiva (véase Nussbaum y Sunstein, 2000).

1.1 La religión

Desde diversas confesiones religiosas se hacen exhortaciones en el sentido de que el hombre no puede jugar a “hacer de Dios”, máxime ahora que la clonación de seres humanos resulta un novedoso y avanzado mecanismo de reproducción, que le permite traspasar los límites de la reproducción natural —aquella que se da por la unión del óvulo y el espermatozoide— al producir “artificialmente” un nuevo ser humano o seres humanos en serie, mediante el uso de ciertas técnicas.⁸

El eslogan de que el hombre no puede jugar a “ser Dios”, se soporta en ideas como las siguientes, citadas por Nussbaum y Sunstein:

Los seres humanos no deben sondear los misterios de la vida, que pertenecen a Dios [...]. Los seres humanos carecen de autoridad para tomar ciertas decisiones acerca del comienzo o el final de la vida. Estas decisiones están reservadas a la soberanía divina [...]. Los seres humanos son falibles y tienden también a evaluar las acciones según sus perspectivas estrechas, parciales y frecuentemente interesadas [...]. Los seres humanos no poseen el conocimiento, en especial el conocimiento de las consecuencias de las acciones, que se atribuyen a la omnisciencia divina [...]. Los seres humanos no tienen el poder para controlar las consecuencias de las acciones o procesos que es marca de la omnipotencia divina.⁹

Es paradigmática la postura de la iglesia católica en contra de la clonación expresada en la *“Instrucción sobre el respeto a la vida humana (Donum vitae)”* del Vaticano en 1987, en la cual se opone a este procedimiento manifestando que “los intentos o hipótesis para obtener un ser humano sin relación con la sexualidad mediante <<fisión de gemelos>>, clonación o partenogénesis han de considerarse contrarios a la ley moral, ya que están en oposición a la dignidad de la procreación humana y de la unión conyugal”.¹⁰

8 No obstante debe tenerse presente que la clonación no es el único mecanismo “artificial” de reproducción humana, dado que existen otros mecanismos de reproducción asistida, entre ellos el de la fecundación *in vitro*, la donación de óvulos, de espermatozoides, etc. (Nussbaum y Sunstein, 2000: 143).

9 Nussbaum y Sunstein, 2000: 166.

10 National Bioethics Advisory Commission. “Perspectivas religiosas”. En: Nussbaum y Sunstein, 2000: 169. También hay un interesante estudio de diversas perspectivas religiosas sobre el tema en España, en: Fundación BBV, 1993: 129-165.

Como puede apreciarse, desde la perspectiva religiosa se descarta de plano la clonación; no obstante, es pertinente advertir sobre el interesante panorama histórico presentado por la *National Bioethics Advisory Commission* de los Estados Unidos acerca de la postura de las religiones, en relación con este procedimiento de reproducción. En este se concluye que las diversas opiniones religiosas sobre la clonación humana “difieren en premisas fundamentales, en modos de razonamiento y en conclusiones”.¹¹

1.2 La bioética¹²

Los problemas que se plantean en este campo, a manera de argumentos a favor o en contra de la clonación, son múltiples y muy variados. Al respecto, Dan Brock, catedrático de Filosofía y Biomedicina y Director del *Center for Biomedical Ethics* de la Universidad de Brown, en Estados Unidos, recoge los siguientes argumentos, que denomina “morales” a favor de la clonación: la clonación humana es un medio de reproducción humana “en el sentido más literal” y su prohibición implicaría una vulneración del derecho a la libertad reproductiva o libertad de procreación de los individuos;¹³ sin embargo, el autor no desconoce, y así lo pone de presente, que este derecho puede entrar en conflicto con otros derechos morales, y que en todo caso “Aun cuando un derecho moral a la libertad reproductiva proteja el uso de la clonación humana, ello no decide la cuestión moral acerca de la

11 Nussbaum y Sunstein, 2000: 174.

12 Entiendo con González que “La problemática principal de la bioética remite, es cierto, a las grandes y cruciales cuestiones acerca de la vida y la muerte; pero también plantea el decisivo problema de hasta dónde llega la libertad de investigación y sobre todo, la capacidad de «intervención» o «manipulación» en los procesos y en la naturaleza íntima en la «privacidad» de la vida y la muerte. Problema que se halla a su vez ligado a otro, no menos decisivo, como es el de saber hasta dónde llega el poder predictivo del conocimiento; a cuáles son, en suma, los límites éticos del poder de intervención y de predicción de las ciencias de la vida y la salud. En general, se trata de responder a la cuestión de si hay criterios y límites, racionalmente fundados, que permitan encauzar la vertiginosa, y a la vez riesgosa, actividad de investigación científica. Y en caso afirmativo, determinar cuáles son tales criterios y límites, y quien y con qué fundamento los establece. El dilema está ciertamente en saber, por un lado, hasta dónde se tiene derecho a limitar la búsqueda científica [...] Y saber, por el otro, hasta dónde la ciencia es independiente e indiferente de los valores y a las consecuencias reales (y morales) de su propio ejercicio. La correlación entre ambas cuestiones agudiza, sin duda, su carácter problemático” (J. González, 1999: 33).

13 Brock, 2000: 141-161. Para el autor, “el derecho relevante para la clonación humana es un derecho negativo, es decir, un derecho a utilizar tecnologías de reproducción asistida sin interferencia del gobierno o de otros cuando un proveedor dispuesto a ello las hace accesibles” (143).

clonación humana”;¹⁴ pero en cambio sí puede considerarse que “establece una seria presunción moral que respalde el acceso a la clonación”.¹⁵

También se señalan como argumentos en favor de la clonación una serie de beneficios individuales y sociales que se derivarían de la misma. Dentro de los individuales se destaca que la clonación sería un medio para aliviar la infertilidad; podría evitar enfermedades transmisibles genéticamente; permitiría la obtención de órganos y tejidos necesarios para un trasplante; posibilitaría que los individuos clonaran a alguien que tuviera un significado especial, por ejemplo un hijo que hubiera muerto.¹⁶ Entre los supuestos beneficios sociales de la clonación se menciona que esta posibilitaría la duplicación de individuos de gran talento, genio, carácter u otras cualidades ejemplares;¹⁷ se afirma también que la clonación humana y la investigación sobre la misma permitirían importantes avances en el conocimiento científico, por ejemplo sobre el desarrollo humano.¹⁸

De otra parte, como argumentos “morales” en contra de la clonación, Brock propone dos tipos de presuntos derechos que resultarían vulnerados: el derecho a la identidad única y el derecho a la ignorancia sobre el futuro propio o el derecho a un futuro abierto. Por el momento, baste señalar que al presunto derecho a la unicidad, entendido en el sentido de que el ser humano tiene derecho a tener una estructura genética única, se le formula una importante objeción, expresada en los siguientes términos:

Solo en el determinismo genético más burdo, según el cual los genes de un individuo determinan completa y decisivamente todo lo demás del individuo, todos los restantes rasgos y propiedades no genéticos, junto con la historia o biografía entera que constituye su vida. Pero no hay ninguna razón para creer en este tipo de determinismo. Aun con los mismos genes, con el tiempo se desarrollan en los

14 Brock, 2000: 145.

15 Ídem.

16 *Ibíd.* 145-147.

17 *Ibíd.* 148. No obstante, Brock pone de presente que la clonación no garantiza que en realidad el individuo reproducido por este medio tenga las mismas capacidades que el de aquel a partir de cual fue creado, dado que “no es posible duplicar sus medios ni los contextos históricos en los que floreció su grandeza”. Lo cual es cierto en tanto existe relativo consenso en que la herencia genética del individuo —su estructura— no es el único factor determinante en su comportamiento y su desarrollo físico e intelectual, los cuales dependen de condiciones relacionadas con el medio ambiente.

18 *Ibíd.* 149.

gemelos genéticamente idénticos características psicológicas y personales junto con diferencias en las historias de sus vidas, en sus relaciones personales y en sus elecciones vitales; el compartir un genoma idéntico no impide a los gemelos desarrollar identidades propias distintas y únicas.¹⁹

En lo referente al derecho a la ignorancia sobre el futuro propio se afirma que el clon tendría la desventaja de que ya sabe cuál es el futuro que le espera porque de alguna manera su vida ya ha sido vivida por el individuo clonado, lo cual supone un determinismo que no se compadece con el hecho de que el entorno familiar, social, laboral, en fin, el medio en el que se desarrolla cada individuo, crea las condiciones para que viva su propia vida y haga sus elecciones vitales, sin necesidad de estar condicionado por lo que haya sido la vida del ser del cual fue clonado.²⁰

Pero los opositores de la clonación también mencionan una serie de posibles perjuicios individuales y sociales. Así, a nivel individual se dice que la clonación provocaría angustia y daño psicológico al gemelo posterior; se dice además que la clonación conlleva riesgos inaceptables —por ahora desconocidos— para el clon.²¹ Desde el punto de vista social, se advierten posibles daños como que la clonación humana “reduciría el valor de los individuos y disminuiría el respeto por la vida humana”; que la clonación podría ser usada por intereses comerciales para obtener beneficios económicos, que podría ser utilizada por gobiernos u otros grupos para finalidades inmorales o explotadoras.²² Sobre el posible uso inmoral que pudiera hacerse de la clonación algunos traen a colación la experiencia nazi. Así, Müller-Hill, señala:

Diré que la historia nos enseña algo a este respecto. Hace medio siglo, los especialistas alemanes en genética humana se aliaron con el Partido Nazi antisemita para propagar un interés común: aplicar la genética humana al objetivo utópico de un mundo dominado por una raza seleccionada genéticamente, nórdica y superior.²³

19 Ibíd. 151.

20 Ibíd. 151-152.

21 Ibíd. 155.

22 Ibíd. La afirmación de que la clonación —per se— disminuiría el respeto por la vida resulta bastante discutible, y quienes la plantean no ofrecen argumentos convincentes para ello. Podría incluso plantearse lo contrario, en la medida que la clonación es una forma de reproducción que está fomentando la vida, no destruyéndola.

23 Müller-Hill, 1993: 383. En relación con el control que desde el poder se hace de la vida, Foucault (1992) señaló: “Me

Como se advierte en la cita anterior, en lo referente a las manipulaciones genéticas los peligros relacionados con el racismo, la discriminación en razón de las características genéticas, son también objeto de preocupación desde diversos sectores, muchos de los cuales abogan por la prohibición de prácticas de manipulación genética que no estén dirigidas a fines exclusivamente terapéuticos.²⁴ Así por ejemplo, Romeo Casabona, refiriéndose a las manipulaciones genéticas, en particular a la ingeniería genética, pone de presente que frente a estas técnicas

Se pretende evitar el resurgimiento “modernizado” de las corrientes eugenésicas de principios del siglo en el ámbito anglosajón y los abusos cometidos al amparo del régimen nacional-socialista. Incluso las intervenciones en los genes humanos con fines terapéuticos, aunque se tiende a aceptar su licitud [...] tampoco dejan de despertar recelos y plantear dudas en la medida en que presenten esa potencialidad de incidir sobre la especie humana alterando su genoma fuera de ciertas circunstancias.²⁵

Por su parte Tony Vickers, Director del Proyecto Genoma Humano en el Reino Unido, sale en defensa de la investigación científica en el campo de la genética, y si bien reconoce los riesgos individuales y sociales de la manipulación del genoma humano, considera que los beneficios que de ello se pueden derivar lo justifican y propone una serie de criterios para controlar los posibles riesgos. Así, en opinión de Vickers el significado de la ética no es unívoco, y amparándose en ella muchos pueden privar a la humanidad de los importantes beneficios que puede aportar el Proyecto Genoma Humano, que por otra parte no implica mayores riesgos que los de cualquier otra actividad humana. Según el autor, la eficacia del proyecto se debe juzgar a partir del equilibrio resultante entre beneficios y

parece que uno de los fenómenos fundamentales del siglo *xx* es aquel mediante el cual —por así decirlo— el poder se hizo cargo de la vida” (247), y agrega: “Tan solo el nazismo llevó a su paroxismo el juego entre el derecho del soberano de matar y los mecanismos del biopoder” (270).

- 24 El problema en muchos casos está en determinar la frontera entre una finalidad terapéutica y una que no lo es. Al respecto François Jacob, premio nobel de medicina 1965, señala: “Lo imprevisible está en la naturaleza misma de la empresa científica. En tanto que lo que encontraremos es verdaderamente nuevo, por definición es desconocido antes de ser descubierto. No hay ningún medio para decir adonde nos conducirá un área de investigación. Por ello no es posible escoger ciertos aspectos de la ciencia y desechar otros [...] la ciencia se tiene o no se tiene. Y si se tiene uno no puede tomar solo lo que le gusta, es necesario aceptar también lo que en ella es imprevisible e inquietante” (Jacob, 2005: 96).
- 25 Romeo, 1994: 369. El caso de Carrie Buck, una mujer estadounidense del Estado de Virginia, que fue esterilizada en contra de su voluntad con el propósito de evitar que el supuesto retardo mental que padecía se transmitiera a su descendencia, es paradigmático de lo que llegaron a hacer esas corrientes eugenésicas en Norteamérica. Para más detalles del caso, véase Smith, 1993: 169-179.

desventajas que pueda ofrecer, e insiste en la planificación del control de sus posibles daños, que es posible a tres niveles: por la ética profesional, a través del control legislativo, y mediante convenios internacionales.²⁶

En una línea similar, se formulan preguntas del siguiente tenor: ¿debe llevarse adelante un experimento genético tecnológico que sirva para alcanzar, por ejemplo, un medio efectivo contra el cáncer, el sida, las malformaciones congénitas etc., solo cuando el análisis de riesgo es favorable? ¿Es aceptable una “ética de la abstención” semejante? ¿Tenemos una responsabilidad por la omisión frente a la humanidad actual?²⁷

Y en el centro de estos debates aparece el tema de la libertad de investigación;²⁸ específicamente, cómo hacer compatible esa libertad, reconocida en muchos textos de derecho positivo en diversos países, con la necesidad de tomar precauciones, y en muchos casos de abstenerse de realizar ciertas actividades, con el fin de evitar riesgos que no se sabe a ciencia cierta cuáles son, pero que se presumen riesgos potenciales que obligan al científico a autorregularse en el ejercicio de su actividad. ¿Qué tanto de autorregulación y qué tanto de regulación estatal?, ¿qué tipo de regulación estatal?, son algunas de las preguntas que se formulan los médicos, los genetistas, los biólogos y los juristas, entre otros.

Por ello se afirma con razón: “el dilema ético al que se enfrenta el jurista y el científico natural, es que o protegen a la sociedad de los males desconocidos (y hasta inimaginables), o bien, congelan el desarrollo de la ciencia y la tecnología y privan al mundo de mejoras que aún no se conocen (pero se pueden imaginar).”²⁹ Al respecto Kaufmann sostiene:

Por supuesto, no pueden los biólogos y éticos eludir simplemente los mandamientos y prohibiciones de la ética invocando la libertad de la ciencia y la investigación, pues esta tiene sus límites inmanentes en los valores del cuerpo, la vida, la

26 Vickers, 1993: 87-92.

27 Kaufmann, 1999: 538.

28 En Colombia, así como en muchos otros países, la libertad de investigación goza de protección constitucional expresa. Véanse artículos 69 inciso 3º y 70 inciso 2º de la Constitución Política.

29 Rodolfo Velásquez, citado por Cancino, 2005: 41-42.

autodeterminación y la dignidad del hombre, y esas limitaciones subyacen no solo a la *aplicación tecnológica*, sino que existían ya en la *investigación básica*.³⁰

Sin que sea posible entrar a tomar partido en un esbozo introductorio como este, no podríamos dejar de citar a Jacob, quien tuvo la lucidez de poner en evidencia que en últimas el problema no es la ciencia, sino el uso que de ella se hace:

Pero lo que mata y lo que no sirve no es la ciencia, son los intereses y la ideología. Como se dijo en el Prólogo, a pesar del doctor Frankenstein y del doctor Strangelove, las masacres de la historia han sido ocasionadas más por curas y políticos que por científicos. Y el mal no viene solamente de la situación en que se utiliza la ciencia con fines destructivos. También puede ser una consecuencia lejana e imprevisible de acciones emprendidas por el bien de la humanidad. ¿Quién hubiera podido prever la sobrepoblación como consecuencia del desarrollo de la medicina?, ¿la diseminación de genes resistentes a los antibióticos como consecuencia misma del uso de tales medicamentos?, ¿la contaminación ambiental como consecuencia del empleo de ingredientes que permiten mejorar las cosechas?³¹

Al examinar algunos de los más relevantes problemas e interrogantes en el ámbito de la bioética, vemos que ellos previenen y ponen de manifiesto serias dudas acerca de la conveniencia, la necesidad —y ni qué decir de la eficacia— de la intervención penal en estas materias. Quizás tiene razón Kaufmann cuando afirma: “Ante todo debe haber un empeño en dotar a la biotecnología de algo semejante a lo que la medicina tiene desde hace miles de años: el juramento hipocrático. Luego habrá de verse si existe un campo de acción para el legislador penal”.³²

1.3 El derecho

En el plano jurídico, los problemas que pueden originarse con la clonación de seres humanos se plantean prácticamente en todos los ámbitos. En el derecho laboral y de la seguridad social se discute acerca de los efectos que pueda tener en la contratación del personal, de los riesgos de que las empresas puedan servirse de la información genética para decidir si contratan o no a un trabajador, dando

30 Kaufmann, 1999: 538-539.

31 Jacob, 2005: 96.

32 Kaufmann, 1999: 543. Véase también Esser, 2001: 149-159.

lugar con ello a prácticas discriminatorias;³³ en el campo del derecho de familia exponen los “problemas” que se derivarían de los cambios en las relaciones filiales y de parentesco así como en el derecho de sucesiones.³⁴

Así mismo, en el derecho civil y comercial surge la compleja problemática de las patentes y se debate con gran intensidad si los organismos vivos, específicamente las células y componentes del cuerpo humano, pueden ser objeto de patentes, así como el propio genoma humano.³⁵ En el campo del derecho de los seguros,³⁶ los asuntos que se discuten no son menos importantes, por cuanto se señala que la utilización de la información genética de los individuos para efectos de establecer su predisposición a determinadas enfermedades o deficiencias podría dar lugar a una discriminación inaceptable para el acceso a los seguros, o en cualquier caso para el incremento de las primas para cubrir esos potenciales riesgos “descubiertos” por medio de cartografiado genético.

También los derechos humanos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, la libertad de obrar, entre otros, aparecen una y otra vez como argumentos a favor o en contra de las prácticas de manipulación genética y clonación. Resulta de particular importancia, y ello se retomará en la discusión del bien jurídico, el tema de la violación al derecho a la intimidad que podría darse con la utilización de la información genética de una persona, de su mapa genético.

Y por su puesto, no podía faltar el derecho penal,³⁷ que, aunque se supone es instrumento de *ultima ratio*, es invocado —y efectivamente utilizado constantemente— en muchas de las discusiones que se han enunciado, como

33 Fundación BBV, 1994, volumen iv: 261-348.

34 Sobre el particular, Cancino muestra que Rodolfo Velásquez responde a la preocupación de los opositores de la clonación afirmando que para dar solución a estos problemas basta apelar a la “sensatez del jurista y del legislador” (Cancino, 2005: 41).

35 Sobre el problema de las patentes de los genes humanos véase, entre otros, el interesante análisis de Christian Byk, “La patente de genes humanos”, que aparece en *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*, de la Fundación BBV, 1994, tomo iv: 135-154. En esta misma obra se encuentran análisis de diversos autores sobre la patentabilidad de los descubrimientos genéticos, pp. 155-287. Sobre el problema de las patentes véanse también Yunis, 2001; 261-271; y Castro, 1999: 89-101.

36 Véanse los diferentes artículos contenidos en el capítulo denominado “El genoma humano en el contrato de seguros”. Fundación BBV, 1994, volumen iv: 13-114.

37 Carrancá, 2003.

el mecanismo mediante el cual el Estado pretende dar respuesta a muchos de los riesgos y problemas que se identifican de forma más o menos precisa, o que simplemente no se identifican claramente, pero se presumen.

Así pues, dado el marco anterior, en las líneas siguientes se abordará la problemática específica del bien jurídico, la cual, sin duda, en muchos casos está relacionada con los diversos problemas y discusiones que se han dejado apenas esbozados en las páginas anteriores, teniendo en cuenta que probablemente muchas de estas preocupaciones se verán reflejadas en la forma como se han tipificado estas conductas en algunas legislaciones, y concretamente en la legislación penal colombiana.

2. APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA DEL BIEN JURÍDICO

2.1 Consideraciones previas

En el transcurso de este capítulo se podrá observar que la noción de riesgo asociada al uso de las biotecnologías aparece una y otra vez como telón de fondo sobre el que se proyectan las distintas razones con las que se pretende justificar la incriminación de las prácticas de manipulación genética y clonación; por esto es posible afirmar que la prohibición penal de estas conductas se inscribe en la recurrente tendencia inflacionaria del derecho penal denominada por algunos “expansión del derecho penal en las sociedades del riesgo”,³⁸ o más eufemísticamente, la “huida hacia el derecho penal”.

Así mismo, y en directa conexión con lo anterior, veremos cómo la incriminación de estas conductas —manipulación genética y clonación— responde al síndrome expansionista consistente en la “creación de nuevos «bienes jurídico-penales», ampliación de los espacios de riesgos jurídico-penalmente relevantes, flexibilización de las reglas de imputación y relativización de los principios político-criminales de garantía”,³⁹ lo que al

38 Silva, 2006: 5. Para un análisis detallado de este fenómeno, veáse también Mendoza, 2001.

39 Silva, 2006: 5. Sobre los delitos de manipulación genética y clonación como delitos de peligro abstracto y delitos obstáculo,

fin de cuentas convierte al derecho penal en la *prima ratio*, abandonando uno de los postulados del ideario liberal ilustrado de que fuese la última ratio.

De igual manera, se advertirá que los delitos de manipulación genética y clonación pueden ser caracterizados como verdaderos delitos de peligro y, según algunos, “delitos obstáculo”, lo cual implica una anticipación aun mayor de la barrera de protección penal, y refuerza la sospecha de que más que proteger un bien jurídico, de lo que se trata es de “tranquilizar” a la sociedad que demanda la protección penal ante los riesgos de todo tipo que se anuncian (función simbólica) —entre ellos, claro está, los riesgos derivados de desarrollos de la ingeniería genética—, o bien promover ciertos valores a través del derecho penal (función promocional).⁴⁰

Así pues, la sanción penal de conductas que no implican de manera inmediata o por lo menos mediata una lesión o un peligro al bien jurídico, o de aquellas en las que sencillamente no es posible identificar claramente un bien jurídico, contribuye a reforzar dos de las funciones que desde hace ya mucho tiempo se han identificado y atribuido al derecho penal: sus funciones simbólica y promocional. Como se verá, es lo que ocurre en gran medida con los delitos que se analizarán.

También se observará la dificultad que comporta determinar claramente cuál es el bien jurídico que se protege, si se trata de delitos pluriofensivos y si el bien o los bienes protegidos tienen naturaleza individual o colectiva.⁴¹ Por supuesto que estas dificultades están directamente ligadas al hecho de que se trata de delitos mediante los cuales se pretende proteger riesgos, que en muchos casos no están ni siquiera identificados.

Para sustentar las conclusiones señaladas, esta aproximación al bien jurídico se hará presentando una delimitación de la vida como bien jurídico protegido por

véase Peris, 1995: 177; y Cuesta, 2002.

40 Sobre la función simbólica, véase Hassemer, 1991: 17-30. Sobre leyes latentes y manifiestas, véase Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2006: 22-32.

41 Al respecto, Peris advierte: “más que dificultad, la imposibilidad de individualizar un bien jurídico único como objeto de tutela jurídico-penal ante las manipulaciones genéticas. Como intentaré mostrar a continuación, la dificultad se extiende incluso al mero intento de perfilar un único criterio que permita la concreción de los distintos bienes afectados” (1995: 97). En igual sentido, Cuesta (2002: 260) y Muñoz (1996: 141).

el derecho penal, y se demostrará por qué no es la vida, así entendida, el bien jurídico protegido con la incriminación de estas conductas.

De otra parte, se mencionarán otros bienes jurídicos tales como la salud individual o la integridad personal física o psíquica. Veremos que tampoco estos bienes, partiendo de aceptar que necesitan protección penal, justificarían la incriminación autónoma de nuevas conductas —en este caso de manipulación genética y clonación—, dado que estas no serían más que formas específicas de ataque a bienes jurídicos a los cuales ya se les ha dispensado protección penal. Consideraciones similares se presentan sobre otros bienes, derechos, valores o intereses como la dignidad humana, la intimidad, la libertad individual, la biodiversidad, las relaciones filiales y de parentesco, y la seguridad personal.

Finalmente, se plantea una consideración sobre los nuevos bienes jurídicos respecto de los cuales sí parece existir un consenso en cuanto a que son los específicamente protegidos, sin perjuicio de una valoración crítica sobre ese consenso, especialmente para debatir la necesidad de protección penal, incluso para discutir en algunos casos su estatus de tales. Esos nuevos bienes mencionados por la doctrina son la inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética); la identidad e irrepetibilidad del ser humano; la privación de dotación genética doble y la protección de la supervivencia de la especie humana.

2.2 La vida humana como bien jurídico supuestamente protegido con la prohibición penal de la manipulación genética y la clonación

En principio, la ubicación de los delitos de manipulación genética y clonación dentro del Título I “Delitos contra la vida y la integridad personal”, haría pensar que el bien jurídico protegido por los tipos especificados en los artículos 132 y 133 del código penal colombiano es la vida humana. Sin embargo, y teniendo en cuenta las razones que más adelante se exponen, no parece que el objeto de protección penal, por lo menos de forma inmediata, sea la vida humana.

Antes de referirnos a la vida humana como objeto de protección penal, esto es, como bien jurídico, conviene ofrecer una breve noción de lo que se entiende como

bien jurídico, poniendo de manifiesto, eso sí, que se trata de un concepto respecto del cual es muy difícil encontrar una fórmula para definirlo y concretarlo que pueda resultar plenamente satisfactoria, pues como sostiene Cadavid Quintero, resulta paradójico que “un concepto al que se ha conferido tanta importancia (tanta, como para que alrededor suyo se haya querido estructurar por tanto tiempo la misión del derecho penal), haya estado sometido a altos niveles de indefinición”.⁴²

Advertido lo anterior, podemos definir los bienes jurídicos como los objetos sobre los cuales recae la protección penal, frente a conductas humanas que puedan dañarlos o ponerlos en peligro. Y esos objetos de protección pueden ser definidos como “relaciones sociales concretas que surgen como síntesis normativa de los procesos interactivos de discusión y confrontación que tienen lugar dentro de una sociedad democrática. Son dinámicos, pues están en permanente discusión y revisión”.⁴³ Y, de la mano de Hefendehl, se puede agregar que con independencia de cómo se defina el bien jurídico, “este ha de encarnar una posibilidad de participación del individuo en el sistema social”.⁴⁴

2.2.1 La vida humana como objeto de protección por el derecho penal. La vida humana que el derecho penal protege es la que surge de la unión de dos células sexuales, el óvulo y el espermatozoide. Sin embargo, un sector de la doctrina penal considera que la vida humana como objeto de protección penal no comienza propiamente a partir de la fecundación y que lo que se llama el límite mínimo de protección comienza en el momento de la anidación del óvulo fecundado en el útero materno.⁴⁵ En efecto, son múltiples las razones que se aducen para ello, entre las cuales se mencionan:

42 Cadavid, 1998: 112. Véase también Castelló, 2002: 4.

43 Bustos, 2006: 73.

44 Hefendehl, 2002: 8. Para un estado de la discusión sobre el bien jurídico, véase Hefendehl, 2007.

45 Sobre el concepto de vida humana como objeto de protección por el derecho penal y los límites mínimo y máximo, así como la distinción entre vida humana dependiente y vida humana independiente, véanse: Gómez y Urbano, 2003: 886-888; Díez y Gracia, 1993: 21-40; y Romeo, 1994a: 137-164. La Corte Constitucional ha entendido que la vida como objeto de protección penal comienza con la fecundación; es lo que se desprende al menos de la sentencia C-013 de 1997, MP José Gregorio Hernández Galindo: “Desde la formación del cigoto hay vida. Una vida que, obviamente, necesita un proceso biológico natural que culmina con la plena formación del mismo, pero la vida, al fin y al cabo, no es inferior ni menos inferior que la posterior al parto [...]. De lo cual se desprende que siempre, desde la fecundación, fue y sigue siendo digna de tutela jurídica”.

a. Las técnicas de fertilización in vitro implican la producción de una cantidad relativa de embriones, de los cuales algunos se tendrán que rechazar y destruir y otros se implantarán en el útero materno. Pensar que con la sola fecundación hay vida protegible penalmente implicaría la consideración de un aborto en los primeros eventos [...] b. Métodos anticonceptivos que impiden la anidación en el óvulo fecundado, tendrían que ser considerados como abortivos [...] c. La individualización o singularidad biológica del embrión solo se adquiere hasta la anidación, momento a partir del cual habrá de afirmarse la “humanidad”, pues antes es “solo un conglomerado de células humanas [...] d. Por otro lado se reporta que el 50% de los huevos fecundados mueren en forma espontánea antes de la anidación y constituyen el 80% del total de abortos espontáneos, muestra la inestabilidad del embrión, pues entre otras causas un elevado número de estos fracasan por ser “portadores de graves patologías de los cromosomas o de malformaciones congénitas.”⁴⁶

También se ha llegado a un relativo consenso en cuanto a que el límite máximo de la vida humana como objeto de protección para el derecho penal está constituido por la muerte cerebral,⁴⁷ lo cual se compagina con la regulación existente en muchas legislaciones, entre ellas la colombiana, en relación con los trasplantes de órganos, actividad para la cual se requiere que el potencial donante se encuentre vivo en el sentido biológico del término, es decir, que exista actividad cardiorrespiratoria y por tanto irrigación sanguínea y de oxígeno a los órganos objeto de trasplante, única forma de que los mismos sean aptos para ese fin.⁴⁸

Ahora bien, entre ese límite mínimo y ese límite máximo se dispensa una protección diferenciada a la vida que se desarrolla dentro del claustro materno, esto es, la vida humana dependiente, protegida por los tipos que prohíben el aborto, cuyas penas son sustancialmente inferiores a las del homicidio, respecto de la vida humana independiente, es decir, aquella a partir de la cual se produce un salto cualitativo en el que el individuo adquiere autonomía vital, protegida por los tipos que incriminan el homicidio.

46 Gómez y Urbano, 2003: 884-886.

47 Sobre el concepto de muerte cerebral en Colombia, veáse el Decreto 1546 de 1998, reglamentario de la ley 9.ª de 1979.

48 Díez y Gracia, 1993: capítulo 1.

2.2.2 Los delitos de manipulación genética y clonación no están orientados a proteger de forma inmediata el bien jurídico vida humana. El bien jurídico vida humana, así entendido y dentro de los límites señalados, está protegido por los delitos de homicidio o aborto, según el caso, contra aquellos ataques que propician su destrucción o su puesta en peligro concreto para el caso de la tentativa, por lo cual ya, de entrada, resulta problemático plantear que las diversas formas de manipulación genética o la clonación, en sí mismas, puedan producir un acortamiento de la vida humana.

En efecto, aun al margen de la problemática sobre el momento en que se inicia la vida como objeto de protección por el derecho penal, lo que salta de bulto, por lo menos en la clonación de seres humanos, es que se trata de una conducta que en vez de atentar contra la vida humana está precisamente dirigida a crearla, pues como se explicó más arriba, la clonación consiste en la creación asexual de seres vivos, que dados los avances de la ciencia actual podrían ser seres humanos.

De otro lado, en cuanto a las diversas posibilidades de manipulación genética, no parece tampoco claro que estas sean medios que en sí mismos comporten un peligro inmediato y concreto para la vida humana. En efecto, el cuadro de posibilidades de manipulación genética que a continuación se transcribe, nos sirve de referencia para constatar lo afirmado:

1. Manipulación de ADN humano:
 - 1.1. Análisis molecular del genoma humano (construcción de genotecas o bibliotecas de ADN; secuenciación total del genoma; diagnóstico prenatal molecular; identificación por huellas dactilares del ADN)
 - 1.2. Utilización de genes humanos (introducción en organismos no humanos; obtención de proteínas humanas en organismos no humanos; terapia génica)
2. Manipulación de células humanas:
 - 2.1. Células somáticas: cultivos celulares
 - 2.2. Células germinales
 - 2.3. Hibridación celular interespecífica (fusión de células somáticas; células híbridas; fecundación interespecífica in vitro)
3. Manipulación de embriones:

- 3.1. Embriología experimental en mamíferos (fecundación in vitro; congelación de gametos y embriones; transferencia de núcleos; formación de quimeras; gemelado; inducción de partenogénesis; control del sexo; transferencia de genes)
4. Manipulación de individuos humanos:
 - 4.1. Eugenesia positiva (transferencia de genes: terapia génica; construcción de mosaicos genéticos; trasplantes de órganos humanos; trasplantes de órganos no humanos; reproducción asistida; inseminación artificial, transferencia intratubárica de gametos; fecundación in vitro y transferencia de embriones)
 - 4.2. Eugenesia negativa (evitar descendencia genéticamente defectuosa: consejo genético; evitar uniones con riesgo genético; control de natalidad: evitando embarazo o esterilizando; eliminar descendencia genéticamente defectuosa: aborto eugenésico-eutanásico e infanticidio)
5. Manipulación de poblaciones humanas (eufenesia; el hombre mediatizador de la evolución)⁴⁹

Analizando de manera sucinta cada una de las posibilidades de manipulación genética mencionadas, nos encontramos con el siguiente panorama:⁵⁰ la manipulación del ADN humano para los fines de los numerales 1.1 y 1.2 no recaen sobre una persona nacida, ni sobre un feto, entonces es obvio que no se configura el sujeto pasivo de los delitos de homicidio o aborto, y por tanto no se puede hablar de la vida de manera directa. Y ni siquiera de manera indirecta, porque en lo que tiene que ver con la construcción de genotecas o bibliotecas de ADN, la secuenciación total del genoma, la diagnosis prenatal molecular, la identificación por huellas dactilares del ADN, son conductas que por sí mismas no afectan la vida humana y, por el contrario, en muchos casos buscan mejorar su calidad, como por ejemplo con la terapia génica o la diagnosis prenatal.

Lo mismo ocurre con la manipulación de células humanas, dado que no recae sobre una persona nacida, ni sobre un feto, y por tanto tampoco hay sujeto pasivo de los delitos de homicidio o de aborto. En los cultivos celulares y la hibridación se trata de experimentos que no afectan de manera directa a ninguna persona, ni a

49 El cuadro es de Lacadena Calero, J.R., citado por Escuchuri y Gracia, 2005: 97.

50 Al respecto véase el análisis realizado por Peris Riera sobre los bienes jurídicos individuales que según este autor podrían verse afectados con algunas de las conductas de manipulación genética a las que hemos aludido (1995: 100- 109).

un feto, y en el caso de la fecundación in vitro, por el contrario se está es creando vida, no destruyéndola.

El caso de la eugenesia positiva es aun más claro, por cuanto está dirigida precisamente a mejorar la vida, o a crearla. Sin perjuicio de los posibles usos abusivos de estos procedimientos de eugenesia positiva, también es claro que no constituyen en sí mismos conductas atentatorias contra la vida humana.

Respecto de las distintas formas de eugenesia negativa enumeradas, se debe distinguir, por una parte lo que tiene que ver con consejo genético, la evitación de uniones con riesgo genético, la esterilización y la prevención del embarazo con medios anticonceptivos, conductas todas ellas que resultan irrelevantes para el derecho penal, salvo que la esterilización se realice contra la voluntad de la persona, caso en el cual no será un delito contra la vida sino posiblemente un delito contra la libertad de obrar, individual y también contra la libertad sexual y reproductiva.

Por otra parte, la eliminación de la descendencia genéticamente defectuosa a través del aborto eugenésico o el infanticidio son conductas ya tipificadas y por tanto la manipulación genética para producir estos resultados —aborto o infanticidio— no sería más que un medio comisivo respecto de los tipos ya existentes. En el caso del aborto eugenésico, ya existe en Colombia y en otras legislaciones un sistema de penalización relativo, que hace impune dicha conducta, entre otros, en aquellos casos en los que el feto tenga una grave malformación que haga inviable su vida.⁵¹

Por último, en la manipulación de poblaciones humanas habría que mirar si se trata de una manipulación dirigida a destruir un determinado grupo humano bien por razones étnicas, religiosas, políticas o de otra índole, para lo cual sería suficiente con el delito de genocidio previsto en artículo 101 del código penal colombiano.⁵²

51 Véase la sentencia de la Corte Constitucional C-355 de 2006. M. P. Jaime Araujo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández.

52 El Art. 101 de la Ley 599 de 2000 establece: “Genocidio: El que con el propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros, incurrirá en prisión [...]. La pena será de prisión de [...] cuando con el mismo propósito se cometiere cualquiera de los siguientes actos: 1. Lesión grave a la integridad física o mental de miembros del grupo; 2. Embarazo forzado; 3. Sometimiento de miembros del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; 4. Tomar medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo; 5. Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”.

Otro tanto puede decirse en relación con los puntos de vista que sostienen que con estos delitos se protege la integridad corporal, la integridad psíquica o física, bienes que tradicionalmente han gozado de especial protección penal, dada su estrecha conexión con el bien jurídico vida humana. Al respecto, se comparte lo expresado por Peris Riera y García González:

Como ya se ha dicho, tampoco faltan autores que identifican entre los bienes jurídicos protegidos en los delitos de manipulación genética la vida, la integridad corporal, la integridad psíquica, la salud [...]. En este sentido cabe recordar lo señalado supra. Si bien es cierto que los aludidos objetos formales se encuentran perfectamente delimitados, no procede su catalogación como tales, por cuanto los comportamientos dirigidos a lesionar o poner en peligro esos bienes realizarán el tipo de injusto contenido en los delitos contra las personas, con la salvedad de utilizar, en su caso, técnicas genéticas para sus fines.

Por otro lado, las mermas causadas en la integridad física/psíquica del individuo que haya sido objeto de intervención genética no consentida encontrarán repuesta penal siendo subsumidas en las respectivas figuras penales de manipulación genética cuando estas sean inherentes a la acción, o propiciando el correspondiente concurso de infracciones cuando excedan a la misma. Razones que reflejan lo inadecuado que sería considerarlos el objeto formal directamente protegido por estas figuras.⁵³

No obstante lo anterior, puede ocurrir que en ciertos casos una determinada forma de manipulación genética produzca la muerte de una o varias personas o ponga en peligro sus vidas, o la de uno o varios *nasciturus* —por dolo o imprudencia—, caso en el cual la manipulación genética no sería más que el medio comisivo para provocar la muerte, puesto que el homicidio y el aborto son delitos de medios indeterminados y, por tanto, cualquier forma de producirlos será típica, a condición de que se cumplan los demás requisitos de correspondiente tipo penal.

En relación con este aspecto, resultan muy precisas las palabras de Peris Riera:

Páginas atrás, se ha tenido la oportunidad de expresar en diferentes ocasiones que la genotecnologías solo suponen, frente a algunos bienes jurídicos “tradicionales” o “constantes” del Derecho Penal, unas muy especiales y novedosas formas de

53 Peris y García, 2005: 118.

ataque. En estos supuestos, y sobre todo a nivel de intereses o bienes individuales, es muy poco lo que aquí se puede decir, puesto que, como se anunció, no es una cuestión que afecte a la aparición de nuevos bienes, sino al nacimiento de nuevas modalidades de ataque o de puesta en peligro.⁵⁴

Sin embargo, en nuestro medio Barbosa Castillo y Gómez Pavajeau sostienen que la vida y la integridad personal son algunos de los bienes jurídicos protegidos en el delito de clonación, dado que

El concepto de vida debe ser entendido funcionalmente desde la perspectiva de la dignidad humana como una forma especial de vivir, aquella que entiende al hombre como un sujeto único e irrepetible, dotado de la capacidad para orientarse conforme a sentido, al valor y a la verdad [...] tal es el concepto normativo de vida e integridad personal. Todo aquello que lo altere, así no se presente como un atentado a la mera existencia biológica, comporta una vulneración a tal forma de existir.⁵⁵

Y más adelante agregan:

A la correcta clasificación de los delitos contra la vida e integridad personal a partir de los criterios vida dependiente y vida independiente, debe sumársele uno previo: protección de la vida independiente-dependiente, puesto que los gametos, oocito, cigoto y embrión tienen vida por sí mismos, no dependen fisiológicamente del cuerpo humano, pero sí de unas determinadas condiciones ambientales que requieren manejo de terceros. Allí en ese estadio previo se ubican los delitos de manipulación genética y consecuentemente de clonación.⁵⁶

Resulta muy criticable la extrema normativización del concepto de vida humana que proponen Gómez Pavajeau y Barbosa Castillo, pues por esta vía se abre una puerta a la criminalización de prácticamente cualquier conducta que, de manera más o menos mediata, pueda afectar la vida humana, con lo cual se difuminan

54 Peris, 1995: 97. En el mismo sentido, Romeo (1994a: 188) afirma: "La mayor parte de los bienes jurídicos de titularidad individual que pueden verse afectados por las actuaciones en el genoma humano han encontrado un reconocimiento expreso por parte de las constituciones modernas y de las declaraciones y convenios relativos a los derechos humanos; el mismo Derecho Penal les ha conferido tradicionalmente una especial protección. Así sucede con la vida humana, con la integridad personal (física y mental), con la libertad de decisión o autodeterminación, bienes jurídicos que gozan todos ellos de protección penal directa frente a casi todas o más importantes formas de agresión a los mismos".

55 Barbosa y Gómez, 2002: 115. En contra de esta postura, expresamente, Jiménez, 2001: 60; y Botero, 2001: 114-115.

56 Botero, 2001: 116.

cada vez más las fronteras y límites de la intervención punitiva estatal. Pero además, en relación con los delitos de clonación y manipulación genética, estos se convierten en delitos de peligro abstracto en los cuales basta la realización de la conducta descrita en el tipo para que se entienda consumado el delito, pues según los citados autores, para que se atente contra la vida humana no es necesario que la conducta constituya “un atentado a la mera existencia biológica”.⁵⁷ Por el contrario, es un presupuesto necesario, aunque no suficiente, para que concurra el tipo de homicidio o el de aborto, que se produzca un atentado en contra de la existencia biológica.

En definitiva, las conductas en mención en verdad no afectan de manera directa la vida humana; sin embargo, son muchas las alusiones que se hacen en el sentido de que las mismas pudieran afectarla a mediano o largo plazo o incluso atentar contra la supervivencia de la especie humana. Así, lo que realmente se protege no es la vida como objeto concreto y delimitado —como debería ocurrir según el principio de legalidad—, sino que en últimas lo que se sanciona son las conductas de las cuales se sospecha que podrían poner en *riesgo* la vida, o destruirla. Es de ese riesgo abstracto, potencial, incierto, indefinido, del que quizás se pretende proteger a la sociedad, pero solo de manera simbólica; más que protegerla, se busca satisfacer demandas sociales de criminalización frente a estos riesgos,⁵⁸ acudiendo, como dice Fernández Bautista, al “tranquilizador derecho penal”.⁵⁹

2.2.3 Otros bienes jurídicos presuntamente protegidos. Habiendo descartado que el objeto de protección de los delitos de manipulación genética y clonación lo constituyan tradicionales bienes jurídicos de carácter individual como la vida, la salud individual, la integridad física o psíquica, cabe ahora mencionar algunos de los supuestos “bienes jurídicos” que, se dice, se protegen con la tipificación de este delito:

2.2.3.1 La dignidad humana. Este parece ser el “cajón de sastre” en el que se guardan de forma desordenada todas aquellas cosas que nadie sabe exactamente

57 Barbosa y Gómez, 2002: 115.

58 Cuesta, 2002: 263.

59 Fernández Bautista, 2007: 324.

qué son o para qué sirven, pero de las que se sospecha que se podrían necesitar. Resultan muy atinadas las observaciones de Peris Riera en este sentido: “Veo muy acertada la afirmación de Esser cuando reconoce que la etiqueta «dignidad humana» es tan fácil de invocar como difícil de definir desde perspectivas jurídico-positivas”;⁶⁰ sin embargo, son múltiples las alusiones a este supuesto bien jurídico, como lo veremos a continuación.

Ya en la Declaración Universal del Genoma Humano y Derechos Humanos, en el artículo 11 se establece que “No deben permitirse prácticas que sean contrarias a la dignidad humana, como la clonación con fines de reproducción en seres humanos”. Según el texto de la citada Declaración, la dignidad puede verse menoscabada en tanto el individuo tiene un carácter único desde el punto de vista genético, y como se sabe el procedimiento de la clonación daría como resultado dos o más seres genéticamente idénticos. No obstante, si bien es cierto que el proceso de reproducción a través de la unión de las células sexuales masculinas y femeninas —espermatozoide y óvulo— da lugar a un individuo genéticamente diverso de sus progenitores, lo que no resulta muy claro es por qué motivo la identidad genética que se produciría a partir de la clonación vulneraría la dignidad humana.

En sentido similar Barbosa y Gómez consideran que “la dignidad del ser humano es el bien jurídico primario en función del cual todos los demás tienen existencia”;⁶¹ y en la medida en que,

Las nuevas tecnologías inciden sobre conceptos y valores que se hallan en la base misma de la autocomprensión del hombre y la organización de la vida humana: nacimiento, familia, integridad corporal, identidad personal, matrimonio y procreación, autonomía personal y responsabilidad, posibilidad de autocontrol y propio perfeccionamiento, respeto por la vida y dignidad en el morir, etc., tocan en definitiva, la misma naturaleza humana en toda su dimensión.⁶²

Por su parte, Cancino considera que

60 Peris. 1995: 99.

61 Barbosa y Gómez, 2002: 115; al respecto véase también Cuesta, 2002: 258.

62 Barbosa y Gómez, 93.

[...] cualquier tipo de clonación ha de ser objeto de serias objeciones éticas ya que modifica artificiosamente la identidad del nuevo ser falseándola, se ha considerado, un grave atentado contra su dignidad, puesto que cada individuo humano tiene entre los atributos personales estrictos el derecho a ser uno y único.⁶³

Como puede observarse en la cita anterior, la vulneración de la dignidad se concretaría en el hecho de producir un individuo genéticamente idéntico a otro, en lo cual coincide con los demás planteamientos reseñados.

De otra parte, si bien es cierto que con la clonación se crea un ser genéticamente idéntico, tal identidad no se da necesariamente en las demás dimensiones de la persona humana. Visto el concepto de persona desde una perspectiva antropológica, y por tanto mucho más amplia, es fácil advertir que la persona humana es mucho más que sus características genéticas, y que si bien estas pueden ser determinantes de algunos rasgos de su personalidad, no es menos cierto que la personalidad se forma a partir de la interacción con el medio social. Por tanto las creencias, los deseos, las aspiraciones, la cosmovisión y en general la postura frente a los temas cruciales de la vida y la muerte, son los que en últimas hacen único al ser humano, y estos factores, sin duda, no están fatalmente determinados por la estructura genética, aunque de algún modo puedan estar influenciados por ella.

Por lo dicho, resulta dudoso que sea tan claro, *prima facie*, que la dignidad humana se vea afectada por la práctica de la clonación, entendida en un sentido amplio como una forma de manipulación genética.⁶⁴

Lo anterior, sin contar con la objeción específica respecto a que la dignidad humana, “en sentido estricto, pueda desempeñar el papel de bien jurídico de delito alguno”.⁶⁵

Un enfoque diferente, que siempre es posible y sobre todo necesario, dirá que el problema va más allá de los gritos de ese “coro humanista” al que se alude

63 Cancino, 2005: 50.

64 Al respecto Kaufmann (1999: 537) afirma: “Tomado en forma estricta tampoco es la *clonación* [...] una manipulación genética, ningún gen cambia o se combina con esto. Si por manipulación se entiende, sin embargo, toda [...] *genetic engineering*, entonces puede también subsumirse la clonación en este concepto”.

65 J. M. Valle Muñoz y M. González González, citados por Peris Riera, 1995: 100.

en el epígrafe de este trabajo, y que el reclamo por la dignidad concretada en esa “unicidad” genética es una “máscara que la sociedad se da a sí misma”:

Ni la afirmación de la autonomía del individuo o de la dignidad de la persona, ni el reconocimiento del patrimonio de la humanidad, como concepciones jurídicas y éticas, resuelven el problema de la relación entre los cuerpos y esta parte que es común a todos aunque se puede aislar de ellos: el genoma. Quizá habría que plantear el problema en otros términos, históricos y antropológicos, tratando de comprender cómo el cuerpo se hace visible socialmente de una forma nueva, al pasar al escenario del genoma, en lugar de trazar las fronteras de una persona inviolable. Un estudio de este tipo podría recurrir a la noción de persona tal y como la ha definido Mauss: máscara que la sociedad se da a sí misma y cuyos contornos dependen del conjunto de las representaciones que organiza. El genoma sería el escenario sobre el cual los cuerpos se hacen visibles mediante las máscaras que los transforman en personas. En ese caso, habría que renunciar a averiguar si el genoma es una cosa o una persona. Quizá habría que plantear la cuestión en estos términos: ¿el genoma es la persona o no es nadie, es una estructura anónima en la que las personas reales se pueden constituir? ¿Estamos dispuestos a dejarnos percibir así? Aunque la respuesta es negativa en la actualidad, habrá que ver qué miradas van a inventar los nuevos actores del escenario genético. La puesta en escena todavía no está definida: el espectáculo no ha terminado.⁶⁶

2.2.3.2 La intimidad personal y la libertad personal. También se encuentran constantes alusiones a la intimidad personal como uno de los bienes jurídicos que podrían verse afectados con las manipulaciones genéticas, dado que la investigaciones dirigidas a realizar el mapa genético (la cartografía del genoma) podrían permitir que terceras personas o instituciones privadas o públicas tengan acceso a la información genética de un individuo, y —al margen de que ese conocimiento tenga finalidades lícitas o no— lo que preocupa a quienes ven amenazada la intimidad es que esta información sea conocida sin el consentimiento del individuo.

Sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad, Fernández Bautista sostiene:

Los análisis genéticos consisten en técnicas utilizadas para determinar la existencia de alteraciones genéticas heredadas o cambios genéticos provocados por las

66 Keck y Rabinow, 2006: 98.

características genéticas personales combinadas con la predisposición a contraer ciertas enfermedades. También deben tenerse en cuenta posibles ataques a la intimidad, que pueden llegar a implicar la elaboración de “mapas genéticos”, pues, a través de ellos, pueden ser conocidos datos que pertenecen al más estricto ámbito de intimidad de la persona. Sobre este aspecto no encontramos ninguna referencia en el código penal.⁶⁷

En sentido similar, Peris Riera afirma:

Existe un particular nivel de intervención genética, más bien de análisis, del individuo que plantea serios interrogantes sobre la afección de determinados bienes. Se trata de los análisis genómicos humanos, que, como resultado de una constante y prolongada tarea de cartografiado genético, todavía en fase de desarrollo, persiguen lograr un “mapa genético humano” a proyectar después sobre el de cada individuo [...] las posibles restricciones de algunos derechos estarán, en general, relacionados con la forma de realización de las pruebas [...]. En este ámbito general, la violación de la “intimidad genética” será la modalidad de ataque más común al derecho a la intimidad. Sin olvidar que la tutela de la intimidad hace viable el ejercicio de otros derechos y libertades del individuo en campos tan lejanos entre sí como el de las relaciones laborales o el de la contratación de seguros.⁶⁸

Es evidente que la intimidad personal puede verse vulnerada por la utilización que se haga de la información obtenida con la manipulación de los genes de una persona o, incluso algo más grave, que esa información se obtenga sin el consentimiento de la misma, caso este último que supondría una clara violación de la libertad personal, más específicamente la libertad de obrar.

Ya existen figuras en el código penal colombiano que, dependiendo de la modalidad de la conducta, podían incardinarse en los tipos previstos en los artículos 134 (Fecundación y tráfico de embriones humanos); 187 (inseminación artificial o transferencia de óvulo no consentidas), y 182 (constreñimiento ilegal). Sin embargo, no se desconoce que podrían darse situaciones en las cuales no resulte tan claro que la manipulación genética no consentida o la revelación no consentida de la información genética de una persona puedan ser sancionadas con base en

67 Fernández Bautista, 2007: 322.

68 Peris, 1995: 101-103.

los tipos señalados; pero ello no justifica, como ya se dijo, la creación de un tipo autónomo de manipulación genética para proteger esa forma de libertad personal.

En algunos países, en España por ejemplo, se discute si esa violación a la intimidad genética podría estar abarcada por el delito de violación del secreto profesional o algún delito contra la libertad personal;⁶⁹ pero lo que parece claro, en todo caso, es que la intimidad personal no es el bien jurídico que pudiera servir de criterio de legitimación para incorporar las manipulaciones genéticas al catálogo de los nuevos delitos; que habría otras formas de tutelar este derecho, bien en otros tipos penales ya existentes o bien a través de otros instrumentos jurídicos diferentes al derecho penal.

2.2.3.3 La biodiversidad. Aquí se está aludiendo a un bien de carácter colectivo, cuya afectación podría poner en riesgo la supervivencia misma de la especie humana. Tal biodiversidad, se dice, sería afectada con la clonación y con algunas prácticas de manipulación genética. Así lo expresa Fernández Bautista:

Si bien desde el punto de vista científico no reviste especial dificultad ni especial riesgo la aplicación de estas técnicas de manipulación genética, no podemos asegurar que ello no reporte finalmente en caso de utilización generalizada e incontrolada, connotaciones negativas, como podría ser una afectación en la biodiversidad como principio indiscutible en relación con el equilibrio de los sistemas naturales, e incluso, como veremos, problemas de discriminación.⁷⁰

Romeo Casabona también se refiere a los riesgos para la Biodiversidad cuando advierte: “Piénsese que la diversidad genética puede contribuir decisivamente a preservar la especie humana frente a enfermedades infecciosas o agentes externos de otro tipo a las que podría ser vulnerable una determinada configuración genética”.⁷¹

Barbosa y Gómez por su parte se refieren a “La pérdida de la biodiversidad biológica [sic] que conlleva la reproducción sexual que con su inagotable

69 Ibid. p. 102, nota de pie de página 189.

70 Fernández Bautista, 2007: 321.

71 Romeo, 1994b: 206.

incertidumbre constituye una gran protección del ser humano contra una eventual voluntad paterna o social a determinarlo”.⁷²

Desde el punto de vista científico, los riesgos para la biodiversidad que podrían derivarse de la clonación fueron explicados con gran elocuencia por Jacob hace tres décadas:

La selección en una diversidad de estructuras preexistentes parece ser un medio utilizado a menudo en un mundo vivo para hacer frente a un futuro desconocido: futuro que se da en un corto plazo respecto de la diversidad molecular; tal como se observa en la producción de anticuerpos por los vertebrados; futuro lejano respecto a la diversidad de especies —cuyo número increíble permite a lo vivo establecerse sobre el planeta en las regiones más diversas y en las condiciones más extremas—, y sobre todo, respecto a la diversidad de los individuos que forman la meta principal de la selección natural. Si todos tuviéramos la misma sensibilidad a un virus, la humanidad entera podría ser aniquilada por una sola epidemia. Somos 4.500 millones de individuos únicos para afrontar los riesgos posibles. Y es el carácter único de la persona el que hace tan indignante la idea de producir copias formadas por clones.⁷³

Sin duda, la autoridad científica de Jacob no puede dejar indiferente a la sociedad, y concretamente al Estado frente a los riesgos que las conductas de manipulación genética comportan para los individuos y para el conjunto de la humanidad. Pero, aun reconociendo esos riesgos, de ello no se sigue, necesariamente, que deba acudir al mecanismo penal para sancionar estas conductas, porque quizás no sea el mecanismo más idóneo, y además, y sobre todo, no debe ser, dígame una vez más, la *prima ratio* de la intervención estatal para enfrentar los diversos conflictos, riesgos y desafíos que se le presentan a la sociedad.

Por otra parte, salvo que la clonación se practicara de manera tan generalizada que llegase a reemplazar o a superar los mecanismos naturales de reproducción de la

72 Barbosa y Gómez, 2002: 103.

73 Jacob, 2005: 94-95. En sentido similar, Yunis (2001: 227-228) afirma: “El genoma que recibe cada nuevo individuo reconstruye la especie en su diversidad. Cada vez que se baraja, el producto que se reparte, los genes que se seleccionan juegan grandes y diferentes partidas, algunas de larga duración, en otras se fracasa muy temprano [...] el abanico de posibilidades es enorme, incontable [...]. El juego de cartas recomienza, siempre debe recomenzar. Este es el juego del sexo, de la reproducción sexual y de la diversidad. Esta es la razón por la cual afirmamos que la diversidad es un seguro para el porvenir”.

especie humana,⁷⁴ lo que sí resulta más que dudoso es que de verdad se llegue a concretar el riesgo de que “todos llegáramos a tener la misma sensibilidad a un virus” a que se refiere Jacob, para advertir el riesgo de la uniformidad genética. Ello, por la sencilla razón de que para que “todos” o una porción grande de la humanidad afronte ese riesgo, todos tendríamos que ser clones, o por lo menos una porción significativa de la especie.

Por lo anterior, es posible afirmar que resulta exagerado que se prohíba de manera absoluta la clonación u otras formas de manipulación genética que pudieran poner en riesgo la biodiversidad, tal como sucede hoy en muchas legislaciones actuales y en diversos convenios internacionales a los que ya se ha aludido, sacrificando la libertad reproductiva e impidiendo que muchas personas puedan servirse de esta técnica para resolver sus problemas de infertilidad o que las parejas homosexuales que legítimamente aspiran a tener hijos puedan también valerse de este mecanismo.

Por ello también se puede señalar que tras el argumento de los peligros para la biodiversidad se esconden ciertas concepciones morales que, aunque respetables, no deberían ser impuestas a todos los ciudadanos valiéndose de la mentada función promocional del derecho penal.

Al respecto Peris Riera, refiriéndose de manera general a los delitos de manipulación genética, señala:

También aquí algunas de las conductas más características de la ingeniería genética se erigen en ejemplos paradigmáticos de esta tendencia del legislador moderno a «promocionar» determinados bienes. Entiendo que, al igual que ocurrió en el ámbito fiscal, y sobre todo medio-ambiental, esta es un área en la que la “denostada” función promocional va a encontrar un buen eco, pues, a pesar de las críticas, tal función siempre ha sido bien recibida desde el poder. Igual que se persiguió crear en la colectividad, a través de tipificaciones, una «ética fiscal» o una «ética ecológica», se adivina con facilidad en el prelegislador un interés por despertar en el ciudadano una «gen-ética».⁷⁵

74 Téngase en cuenta que los mecanismos de reproducción natural, que en cierta forma se rigen por “el azar”, hacen imposible que dos seres humanos puedan tener la misma estructura genética, lo cual garantiza esa biodiversidad que parece amenazada con la clonación.

75 Peris, 1995: 130.

Criticando esta tendencia a impulsar modelos éticos a través del derecho penal, el mismo autor nos recuerda, citando a Silva Sánchez, que el Estado “carece de legitimidad para promover (cualquier cosa) a través del Derecho Penal, reforzando procesos educativos ya existentes”; a lo cual agrega: “o, lo que es más común aquí, dándoles comienzo él mismo”.⁷⁶

3. OTROS SUPUESTOS BIENES JURÍDICOS

Solo para enumerarlos, y sin entrar a discutir su contenido, cabe mencionar que se habla de que con las conductas de manipulación genética y clonación se afectarían las relaciones de filiación y parentesco,⁷⁷ la seguridad de las personas y el derecho a ser reproducido de manera heterosexual.⁷⁸ En fin, que esta variedad de bienes jurídicos, intereses, valores o temores que se han mencionado, en gran medida demuestra una de las conclusiones que se presentaron anteriormente, en el sentido de la dificultad de concretar al fin de cuentas cuál es el bien jurídicamente tutelado con respecto a los delitos de manipulación genética y clonación.

Puede decirse también que esa pluralidad de supuestos bienes jurídicos es síntoma de que no se sabe exactamente qué es lo que se quiere proteger, y ello a su vez es consecuencia de que lo latente en muchas de estas alusiones al bien jurídico es esa idea constante de lo que podría suceder, es decir, de los riesgos, que no se sabe exactamente cuáles son, pero hay una compulsión del legislador a incriminar las conductas que los podrían desencadenar.⁷⁹

76 Ibíd. 131.

77 Así, por ejemplo, Barbosa y Gómez (2002: 101) afirman: “La reproducción asexual, la que produce descendencia «monoparental», es una desviación radical de modo humano natural, que introduce confusión en el modo de entender las nociones de padre, madre, hermano, abuelo, etc., y en el modo de ser de las relaciones morales ligadas a ellas. Se haría todavía más radical la desviación si la descendencia fuera resultado de un clon, derivado de un adulto maduro de quien el clon sería un gemelo idéntico”.

78 Según Fernández Bautista (2007: 317), “Los «riesgos» que la aplicación de estas novedosas técnicas científicas pueden provocar no son ajenos a la sociedad, que experimenta ante ellos una nueva sensibilidad y «miedo» quizás a lo desconocido, y que lleva finalmente al legislador a intentar controlar ese riesgo, y mediante la inclusión de determinados tipos penales, ejercer un control garantizando al ciudadano una aparente seguridad frente a la comisión de determinadas conductas de manipulación genética”.

79 Con mucha claridad Fernández Bautista se ha referido a lo indeterminado de los riesgos de la aplicación de la ingeniería genética: “En definitiva, debe concluirse que, en el ámbito científico, se desconoce la totalidad de los efectos negativos que a medio y largo plazo pueden derivarse de la aplicación de técnicas basadas en la manipulación genética” (Fernández Bautista, 2007: 320).

4. LOS NUEVOS BIENES JURÍDICOS

4.1 El catálogo de bienes o valores protegidos

En la doctrina penal europea, uno de los expertos en el tema sin duda es el profesor Romeo Casabona, y es por ello que se retoma de manera textual su síntesis de los que el denomina los nuevos bienes dignos de protección penal, a los cuales les asigna el carácter de bienes colectivos, e incluso a algunos de ellos no les da el estatus de bienes jurídicos sino de “valores democráticos”, cuya protección penal, en su criterio, es el instrumento para proteger dichos valores, los cuales están basados “en el pluralismo y la igualdad, al impedir el dominio de unos seres humanos sobre otros”.⁸⁰

Esos bienes jurídicos o esos “valores democráticos” que entrarían en consideración son, en palabras de Romeo Casabona, los siguientes:

*a) La inalterabilidad e intangibilidad del patrimonio genético del ser humano (herencia genética); b) La identidad e irrepetibilidad del ser humano; c) Privación de dotación genética doble y con ello de la línea genética masculina y femenina, a lo que pueden añadirse potenciales riesgos para la salud genética del procreado: la partenogénesis, u obtención de un ser humano de un solo gameto (óvulo); la obtención de embriones mediante gametos de personas del mismo sexo (xx, femeninos; xx, xy; masculinos) Desde un punto de vista diferente, la ectogénesis, o desarrollo de un individuo en laboratorio [...]; d) Protección de la supervivencia de la especie humana: la creación de armas biológicas u otros mediante técnicas de ingeniería genética: la modificación por los mismos procedimientos de ingeniería genética, del medio ambiente, en particular por la liberación de microorganismos modificados genéticamente, de forma que sea peligroso o incompatible para la vida humana.*⁸¹

80 Romeo, 1994: 204.

81 *Ibíd.* 204-206 [se agregaron las cursivas]. La protección de estos bienes jurídicos daría lugar a las siguientes prohibiciones, según el citado autor: el intercambio genético humano (formación de híbridos); la fecundación interespecies o transferencias de embriones interespecies (de animal a ser humano, y viceversa) con cualquier fin y en cualquier grado de desarrollo, a salvo de ciertas pruebas diagnósticas controladas en su desarrollo temporal; la fusión de preembriones humanos entre sí o interespecies (quimeras) con cualquier fin y en cualquier grado de desarrollo; otras acciones dirigidas a modificar el patrimonio genético humano no patológico; en cuanto al derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás, aceptando la complejidad y variabilidad de la naturaleza humana, se debería prohibir la creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos genéticos con cualquier finalidad (selección de la raza, creación de seres humanos “especializados u homúnculos”).

Esta clasificación es compartida de manera expresa por Peris Riera cuando afirma:

Sin decidir todavía ahora en qué condiciones merecen y están necesitados de la intervención penal, comparto la enunciación efectuada por Romeo Casabona, que recoge —y amplía— parte de las Resoluciones adoptadas en el XIV Congreso de la Asociación Internacional de Derecho Penal, promovido por la Asociación Internacional de Derecho penal, reconociendo como posibles bienes jurídicos a tutelar.⁸²

En Colombia, Escobar López sostiene que el bien jurídico es el patrimonio hereditario de la humanidad, con lo cual parece suscribir la tesis de quienes plantean que el objeto de protección es “el patrimonio genético del ser humano”. No obstante, este autor entiende el patrimonio hereditario en un sentido amplio al afirmar que

Nosotros pensamos que cuando hablamos de patrimonio hereditario, no nos tenemos que limitar a proteger el de la especie humana, en cuyo caso es más gravosa la vulneración, sino en la protección de la diversidad genética [...]. Si todos somos genéticamente iguales y no existe riqueza genética, ello va a generar un grave problema de generaciones, porque estaríamos empobreciendo genéticamente la especie humana y esto es, ni más ni menos, que atentar contra la naturaleza.⁸³

En la misma línea, aunque con diversos matices, también en nuestro país acogen total o parcialmente este catálogo de nuevos bienes jurídicos. Botero Bernal en su estudio sobre estos delitos afirma que en principio estas figuras atentan “contra la identidad genotípica”.⁸⁴ Por su parte Ávila sostiene que es un tipo pluriofensivo (se refiere al art. 133 del Código Penal) que “protege la integridad genética del ser humano desde la concepción hasta después de nacido y el patrimonio genético de la humanidad”,⁸⁵ mientras que la prohibición de la clonación busca “proteger la integridad genética del ser humano, su individualidad; el patrimonio genético de la humanidad y la biodiversidad”.⁸⁶

82 Peris, 1995: 108; y Cuesta, 2002: 257-264.

83 Escobar, 2002: 18-19. No obstante, según Escobar, “debería existir un tipo penal que protegiese concretamente el cromosoma humano, no de la manera global y etérea como lo protege el Código Penal, en sus artículos 132 a 134” (19).

84 Botero, 2001: 108.

85 Ávila, 2002: 83-84.

86 *Ibid.* 100.

Para Jiménez Moreno, la manipulación genética con fines no terapéuticos o de investigación con los mismos fines “es una afrenta a la información genética contenida en el cromosoma humano [...] pero más que esto se trata de un desprecio por la dignidad humana...”, y en relación con la clonación el mismo autor considera que esta ataca “la diversidad genética [...] se pisotea el principio de la unicidad o individualidad del hombre”.⁸⁷

Sobre su naturaleza individual o colectiva, las opiniones se dividen. Por ejemplo, Gracia y Escuchurri, al referirse a la manipulación genética en sentido estricto, es decir sin incluir la clonación, afirman que el bien jurídico es individual, pero que su *ratio legis* tiene una dimensión colectiva. Así, según estos dos autores,

La mayor parte de la doctrina está de acuerdo en que el bien jurídico específicamente protegido por estos tipos está representado por la inalterabilidad e intangibilidad genética, es decir por la integridad del patrimonio genético humano; se trata de preservar el procedimiento natural de la creación de la identidad genética del ser humano frente a posibles intervenciones artificiales, que atenten contra la autenticidad de la individualidad humana. A partir de este presupuesto común las opiniones se dividen: mientras que unos reconocen que el bien jurídico presenta una dimensión exclusivamente individual otros, en el extremo contrario, afirman que se trata de un bien de carácter colectivo. A nuestro juicio este es un bien jurídico individual, en principio, pero la *ratio* de la protección va más lejos y tiene en cuenta una dimensión colectiva, pues la alteración del patrimonio genético de un individuo, dado que se transmitirá luego a la descendencia, puede afectar también a la identidad genética de toda la especie humana.⁸⁸

Muchos autores no se pronuncian explícitamente, pero una parte significativa de ellos parecen admitir tácitamente que, dado que se trata de delitos pluriofensivos, su realización puede afectar tanto bienes jurídicos individuales como bienes colectivos.

Respecto los bienes jurídicos colectivos enumerados por Romeo Casabona, se podría afirmar que el “patrimonio genético no patológico”, es decir, aquel conjunto de características que conforman al ser humano y que son transmitidas genéticamente y que le permiten adaptarse y sobrevivir en el medio, es un bien cuya titularidad no puede adjudicarse a una persona en concreto, ni siquiera a un grupo

87 Jiménez, 2001: 62 y 64.

88 Escuchuri y Gracia, 2005: 89-90.

o población determinada, y en tal sentido cumple con una de las características propias de los bienes jurídicos colectivos; en consecuencia, y al margen de si las concretas prohibiciones penales efectivamente tienen aptitud para protegerlo y qué tan conveniente es esta protección por la vía penal, parecería que este es uno de los bienes que indudablemente se podrían afectar con estas conductas.

En cuanto al llamado “derecho a la individualidad y a la condición de ser uno mismo distinto de los demás”, al parecer no es tan claro que se trate de un bien jurídico colectivo, y sin entrar a debatir la legitimidad de su inclusión como bien jurídico penal se puede advertir, por el contrario, que se trata de un derecho (o bien jurídico si se quiere) de naturaleza eminentemente individual, dado que esa identidad es predicable precisamente de personas individuales y concretas y no de una colectividad indeterminada. La discusión sobre el contenido y alcance de ese derecho a la individualidad trasciende en muchos aspectos el problema penal, y por tanto para ello vale la pena remitirse a lo dicho en páginas anteriores cuando se enunciaron los problemas en el campo de la bioética relacionados con la clonación.

Ahora bien, sobre los riesgos que de la privación genética doble se pueden derivar para “la salud genética del procreado”, cabría señalar que se trata una vez más de un bien de naturaleza individual, dado que se refiere a la salud de un individuo concreto y determinado.

Aunque no queda claro si el bien jurídico protegido es la “supervivencia de la especie humana”, pero suponiendo que así fuera, este podría verse afectado, según Romeo Casabona, con la creación de armas biológicas mediante técnicas de ingeniería genética, modificando el medio ambiente, “en particular por la liberación de microorganismos modificados genéticamente”. La objeción en este caso consiste en que tanto la creación de armas biológicas,⁸⁹ como la provocación de determinados daños al medio ambiente,⁹⁰ son conductas ya tipificadas y, en consecuencia, la realización de estos tipos por medio de técnicas de ingeniería genética no sería más que un medio comisivo del respectivo delito medioambiental o del delito de creación de armas biológicas, con lo cual resultaría innecesario un tipo penal específico (la manipulación genética) para reprimir aquellas conductas.

89 Al respecto véase el artículo 367 del código penal colombiano.

90 Véanse los artículos 328 a 339 del código penal colombiano.

No obstante la pluralidad de bienes jurídicos que se relacionan por la doctrina como posibles bienes protegidos, lo que puede afirmarse con seguridad es que en relación con el “patrimonio genético de la humanidad”, la doctrina, de manera unánime, lo incorpora, al lado de otros, como el bien jurídico protegido; incluso para muchos es el único bien realmente protegido.

5. BREVES CONSIDERACIONES SOBRE EL ARTÍCULO 132 DEL CÓDIGO PENAL COLOMBIANO (LEY 599 DE 2000)

El artículo 132 del Código Penal establece:

Manipulación Genética: El que manipule genes humanos alterando el genotipo con finalidad diferente al tratamiento, el diagnóstico, o la investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, orientados a aliviar el sufrimiento o mejorar la salud de la persona y de la humanidad, incurrirá en prisión de dieciséis (16) a noventa (90) meses.

Se entiende por tratamiento, diagnóstico, o investigación científica relacionada con ellos en el campo de la biología, la genética y la medicina, cualquiera que se realice con el consentimiento, libre e informado, de la persona de la cual proceden los genes, para el descubrimiento, identificación, prevención y tratamiento de enfermedades o discapacidades genéticas o de influencia genética, así como las taras y endémicas que afecten a una parte considerable de la población.

En la exposición de motivos con la que se presentó el proyecto de reforma al Código Penal, que terminó con la expedición de la ley 599 de 2000,⁹¹ se dijo que la inclusión del delito de manipulación genética buscaba poner la legislación penal colombiana “a tono con los avances de la ciencia” y que además buscaba

Brindar especial protección al genoma humano que de acuerdo con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos, “es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad y diversidad intrínsecas. En sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”. Se busca también la protección del genotipo entendido como conjunto de genes que identifican al ser humano en su esencia natural.⁹²

91 Para un completo estudio de los antecedentes véase López, 2000.

92 *Ibíd.* 56.

Si nos atenemos a la exposición de motivos, y no a la ubicación dentro del capítulo de delitos contra la vida por las razones explicadas más atrás, resulta claro que el prelegislador de 2000 estaba pensando en la protección del genoma humano, y más explícitamente, y así lo dijo, en proteger el “patrimonio genético de la humanidad”. Así mismo, de la citada exposición de motivos se puede advertir que se habla también de manera explícita de un objeto de protección de naturaleza individual como lo es el genotipo. Veamos ahora si de la redacción del tipo penal del artículo 132 se puede deducir que, efectivamente, lo que se está tutelando es el “patrimonio genético de la humanidad”, según el querer expreso del legislador:

Dada la similitud entre el delito de manipulación genética del artículo 132 del código penal colombiano y la contenida en el artículo 159 del código penal español,⁹³ las observaciones que a continuación se proponen en parte se fundamentan en planteamientos de algunos comentaristas de código español.

Cabe anotar que el genotipo —al que alude el tipo objetivo del código penal colombiano— es el conjunto de genes presentes en el ADN de los cromosomas de cada célula;⁹⁴ siendo ello así, es posible afirmar que cualquier clase de manipulación de genes humanos que no se lleve a cabo con una finalidad dirigida al tratamiento, diagnóstico o la investigación científica relacionada con ellos, tendiente a su vez a aliviar el sufrimiento o a mejorar la salud de la persona, será delictiva. Como dice Peris Riera refiriéndose al artículo 159 del código penal español,

Esta conclusión, que no es apresurada, se extrae de la única interpretación que cabe dar al término “genotipo” [...] por lo que en principio, cualquier manipulación genética, que lo es porque se refiere a los genes, va a alterar el genotipo aunque se haya realizado *ex vivo* sobre una célula humana.⁹⁵

Ahora bien, una cosa es el genotipo y otra el fenotipo. Este se define como “el carácter físico de un individuo determinado por factores genéticos y no genéticos”,⁹⁶ es decir, en la conformación del fenotipo entran en juego factores

93 La conducta típica descrita por el delito en el código penal español consiste en “manipular genes humanos de manera que se altere el genotipo, con finalidad distinta a la eliminación de taras o enfermedades graves”. Véase Castelló, 2005: 176.

94 Peris, 1995: 174.

95 Ídem. En el mismo sentido, Cuesta, 2002: 268.

96 Fundación BBV, 1994, volumen IV: 397.

genéticos y ambientales, mientras que el genotipo son solo los genes que lo conforman y que son iguales en cada célula. Es por ello admisible la crítica que hace Peris al código español y que cabe también para el artículo 132 del código penal colombiano:

Por eso cuando, por ejemplo, se manipule en una célula epitelial humana que el investigador tenga en un cultivo, se modificará el genotipo de esta célula que era igual al del resto del organismo al que pertenecía, aun cuando el cambio no se llegue a manifestar sobre ese organismo. Y si ya es delictivo tal comportamiento cuando no se haya actuado con la finalidad de disminuir o eliminar taras o enfermedades graves (términos por lo demás conflictivos como ya vimos en su momento) se estará utilizando, en palabras de Soto Lamadrid, “la fórmula onmicomprensiva y facilista de prohibir cualquier tipo de experimentación o manipulación genética... convirtiendo nuevamente el Derecho Penal en el brazo secular de una persecución oscurantista y contraproducente”.⁹⁷

Si a lo anterior se suma el hecho de que el legislador colombiano no distinguió entre manipulación en la línea somática y en la línea germinal, el problema se complica. En efecto, la línea germinal se refiere a células sexuales y cualquier manipulación sobre las mismas se puede transmitir a la descendencia. En cambio, la línea somática se refiere a las demás células diferentes a las sexuales y una manipulación sobre estas no se transmite a la descendencia, según la opinión aceptada hoy por los especialistas en la materia. Lo anterior pone de manifiesto que en el caso de las manipulaciones en la línea somática, estas distan mucho de afectar el llamado patrimonio genético de la humanidad.⁹⁸

Se podría pensar, y es lo que parece más sensato, que el legislador colombiano no buscaba sancionar todas las manipulaciones genéticas que no estuvieran dirigidas a las finalidades establecidas en el artículo 132, pues ello obstaculizaría de manera absurda la posibilidad de realizar investigaciones útiles para la humanidad en este campo. Pero lo cierto es que la interpretación literal del artículo no da pie a una lectura diferente a que el delito se entienda consumado en todos aquellos casos en los cuales se manipulen genes humanos con finalidades diferentes a las establecidas en el artículo 132.

97 Peris, 1995: 174-175.

98 Cuesta, 2002: 174.

El problema radica en que las manipulaciones en la línea somática, si bien alteran el genoma, no afectan “el patrimonio genético”, pues tales alteraciones no se transmiten a la descendencia. Y ni que decir del caso en que la manipulación se realice sobre una célula que se encuentra en un cultivo, caso en el cual el genoma del “dueño” de la célula tampoco se vería alterado.

Ahora bien, podría decirse que en todo caso el patrimonio genético está siendo protegido en tanto que dentro de las manipulaciones prohibidas se encuentran aquellas que se realizan en la línea germinal, las cuales sí se transmiten a la descendencia. A pesar de que ello es así, esto no resuelve el problema de fondo de la legitimidad de la prohibición penal, en la medida en que lo que se teme es que las alteraciones al genoma de una persona, que luego se transmitan a su descendencia, terminen por afectar negativamente el patrimonio genético de la humanidad. Es decir, la incriminación penal lo que busca es neutralizar un riesgo futuro, potencial, no identificado claramente, un riesgo lejano, un peligro presunto, con lo cual se incrementa notablemente la distancia entre la descripción típica y el bien jurídico que se pretende proteger.

Si bien de la redacción del artículo 132 se podría deducir, en principio, que se trata de un delito de resultado, dado que se requiere una alteración del genotipo, ello no resulta tan claro por lo menos en lo que se refiere al patrimonio genético como bien jurídicamente protegido, puesto que, como ya se expresó, las alteraciones del genoma en la línea somática no se transmiten a la descendencia y por tanto “lo que en principio aparecía como un delito de resultado [...] resulta que se trata de un delito de peligro abstracto”,⁹⁹ y en cuanto a las manipulaciones en la línea germinal, como no se sabe si tal manipulación puede tener efectos negativos en el genoma humano, lo que hace el tipo penal es prever un resultado que se adivina, pero cuya causalidad se desconoce por completo.

Así las cosas, podemos afirmar que el bien jurídico “patrimonio genético” se encuentra solo remotamente amenazado con las conductas descritas en el

99 *Ibíd.* 270. Se entiende que estamos ante un delito de peligro abstracto en aquellos casos en los que la realización de la acción típica no supone un peligro efectivo para el bien jurídico. Véase Mir, 2003: 233.

artículo 132 del código penal, y es por ello que se ha venido planteado que se trata de uno de los llamados *delitos de obstáculo*, los cuales, como se dijo en un apartado anterior, tienden a prevenir —mediante su tipificación— la realización de conductas potencialmente peligrosas mediante la punición de actos que son la premisa idónea para la comisión de otros delitos, y “como consecuencia de lo anterior podemos decir que nos movemos en el ámbito del «peligro del peligro» o la «probabilidad de la probabilidad», puesto que se da un paso más allá de la propia técnica de los delitos de peligro abstracto”.¹⁰⁰

Por ello también es posible afirmar que la incriminación de estas conductas termina cumpliendo una función meramente simbólica y promocional de una Gen-Etica. Lo que sí se cumple es ese “efecto retórico que caracteriza la función simbólica”,¹⁰¹ debido a que se proyecta sobre la sociedad, y en esto juegan un papel determinante los medios de comunicación, la idea de un legislador atento a proteger a la sociedad; y, por supuesto, los políticos están persuadidos de ello y saben además que es más barato, exige menos inversión social y probablemente da mayores rendimientos electorales, pues como diría Hassemer: “Los bienes jurídicos comprendidos en ese ámbito son tan generales que no dejan ningún deseo sin satisfacer”.¹⁰²

CONCLUSIONES

Más que presentar unas conclusiones definitivas, lo que se pretende con estas líneas finales es resaltar algunos puntos respecto de los cuales se considera importante ampliar la discusión, y eventualmente sería importante abrir líneas de investigación sobre los mismos. Estas investigaciones pueden contribuir a ampliar la perspectiva de los análisis que se realicen con miras a tomar decisiones sobre la manera como la sociedad puede afrontar los problemas que ciertamente se le plantean con el desarrollo de la ingeniería genética.

100 Ibid. 44. Cuesta Pastor expresamente considera que son delitos de obstáculo: “Tal pena resulta excesiva si tenemos en cuenta que nos encontramos ante un delito obstáculo donde el bien jurídico se encuentra muy lejos del radio de acción del comportamiento típico”.

101 Peris, 1995: 133.

102 Hassemer, 1991: 27.

En primer lugar, parece claro que el uso y aplicación de los desarrollos de la ingeniería genética genera una tensión entre, por una parte, la libertad de investigación y el interés de la sociedad en beneficiarse de las ventajas que las tecnologías utilizadas le pueden ofrecer (p. ej. diagnóstico temprano, tratamiento y cura de enfermedades, solución a problemas de infertilidad, mejora de la calidad de vida a personas enfermas); y por la otra, los dilemas que en el campo de la bioética se plantean con el uso y aplicación de tales desarrollos (por ejemplo en el campo de la clonación), y también los inmensos riesgos para la salud, la vida de las personas, e incluso para la supervivencia de la especie humana que se podrían derivar de aquellas prácticas.

Esa relación de tensión puede resolverse de muchas formas (por ejemplo prohibiendo de manera absoluta la clonación como sucede en este momento en Colombia y en muchos otros países), recurriendo para ello a uno de los recursos más extremos del control como lo es el derecho penal, o bien recurriendo a leyes especiales —no penales—, mediante las cuales se regule el uso y aplicación de las técnicas de la ingeniería genética; o simplemente no interviniendo a nivel legislativo y dejando que estas se desarrollen sin ningún control. Ninguno de los dos puntos extremos parece el más acertado (ni prohibición absoluta, ni desregulación total), y por ello quizás lo que convendría es una amplia discusión pública en la cual se aborden todos los problemas, dilemas éticos, morales, religiosos y de toda índole que permita aproximar un consenso sobre la forma más adecuada de regular las prácticas relacionadas con la ingeniería genética.

En segundo lugar, es posible señalar que el recurso al derecho penal para regular las manipulaciones genéticas y la clonación es una solución que puede aparecer como facilista, poco eficaz y probablemente inidónea para dar una respuesta adecuada a los múltiples desafíos que se le presentan a la sociedad con el uso de las biotecnologías.

Por último, los tipos penales actualmente existentes en relación con las manipulaciones genéticas y la clonación resultan tipos destinados a cumplir una función simbólica y acaso una función promocional, pues la forma como están

redactados no permite deducir con claridad qué es exactamente lo que se protege y cuáles son los límites de esta protección. Pero ello, más que un “defecto en la técnica legislativa”, quizás obedece más bien a la inidoneidad intrínseca del derecho penal para resolver problemas tan complejos.

BIBLIOGRAFÍA

- AA. VV. (2003). *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Alonso Bedate, Carlos y Federico Mayor Zaragoza (coordinadores). (2003). *Gen-Etica*, Barcelona: Ariel.
- Ávila De Miranda, Nancy. (2002). *La Genética en la legislación penal colombiana*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Barbosa Castillo, Carlos Arturo y Carlos Arturo Gómez Pavajeau. (2002). *Estudios de Bioderecho*. Bogotá, Procuraduría General de la Nación, Instituto de Estudios del Ministerio Público, Colección Pensamiento Jurídico N.º 5.
- Benítez Ortúzar, I., L. Morillas Cueva, y J. Peris Riera (Coordinadores). (2005). *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. D Ferrando Montavani*. Madrid: Dykinson.
- Botero Bernal, José Fernando. (2001). *De la manipulación genética en el nuevo código penal colombiano*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda.
- Brock, Dan. (2000). “La clonación de seres humanos: una valoración de los pros y los contras éticos”. En: Nussbaum, Martha C. y Cass R Sunstein (editores). *Clones y Clones, hechos y fantasías sobre la clonación humana*. Madrid: Ediciones Cátedra S.A., traducción de María Cándor Orduña, pp. 141-161.
- Bustos Ramírez, Juan y Hernán Hormazábal Malarée, (2006). *Lecciones de derecho. Parte General*. Madrid: Trotta.
- Byk, Christian. “La patente de genes humanos”. (1994). En: Fundación BBV con la colaboración de: Universidad de Deusto y Excma. Diputación Floral de Bizkaia. *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*. Madrid: Fundación BBV, volumen IV, pp. 135-154.

- Cadavid Quintero: Alfonso. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Diké.
- Cancino Moreno, Antonio José. (2005). *Genética y Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia y Academia Colombiana de Abogacía.
- Carrancá y Rivas, Raúl. (2003). “El derecho penal y la clonación”. *Derecho Penal Contemporáneo*, Revista Internacional No. 5, Bogotá: Legis.
- Castelló Nicas, Nuria. (2005). “La manipulación de genes humanos”. En: Benítez Ortúzar, I., L. Morillas Cueva y J. Peris Riera (Coordinadores), *Estudios jurídico-penales sobre genética y biomedicina. Libro homenaje al Prof. Dr. D Ferrando Montavani*. Madrid: Dykinson, pp. 163-180.
- Castro De Arenas, Rosa Herminia. (1999). *La revolución genética y sus implicaciones ético jurídicas*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Corbin, Alain, Jean-Jaques Courtine y Georges Vigarello [Directores]. (2006). *Historia del cuerpo*. Volumen III, El Siglo XX. Traducción de Martorell Alicia y Mónica Rubio. Madrid: Taurus.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. (2001). “Límites y controles de la investigación genética. La protección penal de las manipulaciones genéticas”. En: Quintero Olivares/Morales Prats (coordinadores). *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*. Pamplona: Aranzadi.
- Cuesta Pastor, Pablo. (2002). *Delitos obstáculo. Tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*. Granada: Editorial Comares.
- Diez Ripollés, José Luis y Luis Gracia Martín. (1993). *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escobar López, Edgar. (2002). *Clonación y Manipulación Genética (aspectos jurídicos, legales y éticos)*. Bogotá: Leyer.
- Escuchuri Aisa, Estrella y Luis Gracia Martín. (2005). *Los delitos de lesiones al feto y los relativos a la manipulación genética*. Valencia (España): Tirant lo Blanch.
- Esser, Albin. (2001). *Estudios de Derecho Penal Médico*. Traducción de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Editorial Moreno S.A.
- Fernández Bautista, Silvia. (2007). “Las biotecnologías: alcance, eficacia y legitimación del derecho penal”. En: Mir Puig, Santiago y Mirentxu Corcoy Bidasolo

(Directores). *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires: Editorial B de F. Fernández Carrasquilla, Juan. (2004). *Derecho Penal Fundamental 1*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

Foucault, Michel. (1989). *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*. México: siglo XXI Editores.

———. (1992). *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Traducción de Alfredo Tzveibely. Madrid: Las ediciones de La Piqueta.

———. (2007). *El nacimiento de la Biopolítica*. México: Fondo de Cultura Económica.

Fundación BBV. (1993). *Proyecto Genoma Humano: Ética*, 2.^a ed. Bilbao: Fundación BBV.

Fundación BBV con la colaboración de la Universidad de Deusto y Excma. Diputación Floral de Bizkaia. (1994). *El derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*. Madrid: Fundación BBV, 4 volúmenes.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (2002). “La clonación como delito”. En: *Estudios de Dogmática en el nuevo código penal*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.

———. (2003). “Los delitos de Manipulación Genética”. En: AA.VV. *Lecciones de Derecho Penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 577-601.

Gómez Pavajeau, Carlos Arturo, y José Joaquín Urbano Martínez. (2003). “Delitos contra la vida y la integridad personal”. En: AA. VV. *Lecciones de derecho penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, pp. 869-1013.

González, Emilssen. (1995). “Embriones en el laboratorio y protección penal. El caso Francés”. *Pensamiento Jurídico. Revista de Teoría del Derecho y Análisis Jurídico*, No. 3, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias y Políticas Sociales, pp. 57-65.

González Juliana. (1999). “Valores éticos de la ciencia”. En: Vásquez, Rodolfo (compilador), *Bioética y Derecho. Fundamentos y problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica, pp.25-41.

Hassemer, Winfried. (1991). “Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos”. *Nuevo Foro Penal No. 51*, Bogotá, Temis, pp. 17-30.

- Hefendehl, Roland. (2007). *La teoría del bien jurídico: ¿fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*. Madrid: Marcial Pons.
- Jacob, François. (2005). *El juego de lo posible*. Traducción de Lizbeth Sagols. México: Fondo de Cultura Económica.
- Jiménez Moreno, Juan Guillermo. (2001). *Aproximación a la manipulación genética en el nuevo código Penal*. Bogotá: Leyer.
- Kaufmann, Arthur. (1999). *Filosofía del derecho*, traducción de Luis Villar Borda y Ana María Montoya. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Keck, Frédéric y Paul Rabinow, (2006). "Invencción y puesta en escena del cuerpo genético". En: Corbin, Alain, Jean-Jaques Courtine y Georges Vigarello (Directores). *Historia del cuerpo. El siglo xx, Vol. III*, traducción de Martorell Alicia y Mónica Rubio. Madrid: Taurus.
- López Morales, Jairo. (2000). *Antecedentes del nuevo Código Penal. Proyecto de ley y exposición de motivos. Ponencias y modificaciones en el congreso. Objeciones del Gobierno y texto definitivos: ley 599 de 2000*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.
- Mayor Zaragoza, Federico (2003). "Gen-Etica" En: Alonso Bedate, Carlos y Federico Mayor Zaragoza (coordinadores). *Gen-Etica*, Barcelona: Ariel. pp. 307-344.
- Mendoza Buergo, Blanca. (2001). *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas.
- Mir Puig, Santiago y Mirentxu Corcoy Bidasolo (directores), Gómez Martín, Víctor (Coordinador). (2007). *Política criminal y reforma penal*, Buenos Aires: Editorial B de F.
- Mir Puig, Santiago. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.^a edición. Buenos Aires: Editorial B. de F.
- Müller-Hill, Benno. (1993). "La desigualdad genética y la injusticia social: una lección de la Historia". En: Fundación BBV. *Proyecto Genoma Humano: Ética*, Bilbao: Fundación BBV, pp.381-388.
- Muñoz Conde, Francisco. (1996). *Derecho Penal. Parte Especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Nussbaum, Martha C. y Cass. R. Sunstein (editores). (2000). *Clones y Clones, hechos y fantasías sobre la clonación humana*. Traducción de María Cándor Orduña. Madrid: Ediciones Cátedra S.A.
- Peris Riera, Jaime Miguel. (1995). *La regulación penal de la manipulación genética en España* (Principios penales fundamentales y tipificación de las genotecnologías). Madrid: Civitas.
- Peris R., Jaime y Javier García G. (2005). "El bien jurídico protegido en los delitos de manipulación genética". En: Benítez O., Ignacio, Lorenzo Morillas C., y Jaime Peris Riera (Coordinadores). *Estudios jurídico penales sobre genética y biomedicina*. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Madrid: Dykinson S.A.
- Romeo Casabona, Carlos María. (1994a). *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.
- . (1994b). "Límites penales de las manipulaciones genéticas". En: AA. VV. *El Derecho ante el Proyecto de Genoma Humano*. Madrid: Edita Fundación BBV, Volumen III. pp. 173-212.
- . (1996). *Del gen al derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- . (Editor). (2002). *El Convenio de Derechos Humanos y Biomedicina. Su entrada en vigor en el ordenamiento jurídico español*. Bilbao-Granada: Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizkaia-Comares.
- Silva Sánchez, Jesús María. (2006). *La expansión del Derecho Penal*. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales. 2ª ed., Buenos Aires: Ad Hoc.
- Smith J. David. (1993). "Determinismo biológico y responsabilidad social". En: Fundación BBV. *Proyecto Genoma Humano: Ética*, 2.ª ed. Bilbao: Fundación BBV, pp. 169-179.
- Vásquez Rodolfo (compilador). (1999). *Bioética y Derecho. Fundamentos y Problemas actuales*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México y Fondo de Cultura Económica.
- Vickers, Tony. (1993). "Proyecto de cartografiado del genoma humano en el Reino Unido". En: Fundación BBV. *Proyecto Genoma Humano: Ética*, 2.ª ed. Bilbao: Fundación BBV, pp.87-92.

Yunis, Emilio. (2001). *Evolución o creación. Genomas y clonación*. Bogotá: Planeta.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Buenos Aires: Editar-Temis.

Cibergragía

Hefendehl, Roland. (2002). “¿Debe ocuparse el derecho penal de riesgos futuros? Bienes jurídicos colectivos y delitos de peligro abstracto”. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, RECPC 04-14 (2002). En: <http://criminnet.ugr.es/recpc> [Acceso el 25 de enero de 2009]

Castelló nicas, Nuria. (2002). “El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del código penal español”. *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, RECPC 04-04 (2002), <http://criminnet.ugr.es/recpc> [Acceso el 25 de enero de 2009]

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO PENITENCIARIO: ¿LA NUEVA CARA DEL CASTIGO?

Sebastián Naranjo Serna



A mi madre y a la memoria de mi abuela Lía.

Al profesor Julio González, sin cuya ayuda y amistad este trabajo no hubiese sido posible

INTRODUCCIÓN

Es probable que debamos estar contentos, aunque cínicamente, por el hecho de que el poder parece estar queriendo renunciar finalmente a la máscara de la igualdad detrás de la cual se ha escondido siempre, pero quizás aquella que seguimos llamando civilización (jurídica) no sea más que un conjunto de máscaras que cada uno, en primer lugar el Leviatán estatal, se debe poner.

Santoro, 2008: 178.

El título seleccionado para encabezar el presente escrito no es fortuito. Surge de una sospecha permanente frente al papel que cumplen en las sociedades modernas los discursos jurídicos del derecho penitenciario a la hora de construir, moldear y legitimar las prácticas punitivas desarrolladas en el seno del castigo institucional, en clave de su progresiva racionalización y humanización.

Es probable que al evocar en nuestro tiempo las ceremonias de las prácticas punitivas ejecutadas durante el Antiguo Régimen, marcadas por el sufrimiento y el dolor del cuerpo, experimentemos un agudo sentimiento de desolación e indignación y miremos con desdén y desprecio todo ese arsenal y teatro del castigo que se disponía de manera meticulosa por parte del soberano como expresión de su omnipotencia frente al individuo.

Quizá aquellas escenas sangrientas y colmadas de sufrimiento, con el paso del tiempo se convirtieron en un vago y amargo recuerdo en la historia del ejercicio del poder de castigar, en una imagen cuyos contrastes de brutalidad y sadismo tal vez nos permita hoy ufanarnos y sentirnos orgullosos de las novedosas y refinadas prácticas punitivas ejercidas en las sociedades modernas a partir del surgimiento en el siglo XVIII de la prisión como referente político, social y cultural del castigo institucional.

No es de extrañar que apaciguemos nuestros sentimientos de indulgencia por las incontrastables consecuencias devastadoras del castigo cuando en nuestro horizonte cultural se proyecta un dispositivo normativo subrepticio que penetra y atraviesa de arriba a abajo todo el discurso del castigo para modelarlo, redefinirlo y legitimarlo con una *nueva cara* que denota una lógica y una racionalidad de humanismo y de dignidad para el sujeto infractor.

En este trabajo se plantea que uno de esos dispositivos normativos de legitimación moderna del castigo no es otro que el derecho penitenciario, cuya naturaleza jurídica evoca desde sus propios orígenes un sueño sublime de proyectar el castigo como un artefacto racional, general, útil, atado al imperio de la ley, basado en el confinamiento y la segregación institucional del individuo.

Con lo anterior, debemos precisar que el objeto y el horizonte de proyección del presente escrito discurre precisamente por la senda de estudiar y explorar el derecho penitenciario como un espléndido dispositivo discursivo al servicio de las prácticas punitivas surgidas en las sociedades occidentales modernas a partir del siglo XVIII,¹ como un saber que abre una nueva *verdad* acerca del

1 Al respecto, Garland (2006: 233) afirma: "Las leyes e instituciones penales siempre se proponen, analizan, legislan y funcionan dentro de códigos culturales definidos. Están enmarcadas en lenguajes, discursos y sistemas de signos que encarnan significados culturales determinados, distinciones y sentimientos que es preciso interpretar y entender si queremos comprender el significado social y los motivos del castigo".

castigo, un nuevo imaginario de legitimación. En el marco de esta senda teórica también nos proponemos, basados en el análisis de la obra de John Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, y la de Alexis de Tocqueville y Gustave Beaumont, *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*, ambas piezas discursivas genuinas del penitenciarismo moderno, explorar el tono y los matices políticos de los discursos allí impregnados con el objetivo de constatar o refutar las raíces humanitarias que suelen atribuirse a estos discursos precursores de todo el pensamiento penitenciario moderno.

Se intenta descifrar los contornos políticos que subyacen tras los discursos penitenciarios en sus propios orígenes y que trazan las coordenadas de las construcciones jurídicas modernas plasmadas en innumerables textos normativos, para lograr captarlas y aprehenderlas en su genuina realidad, despojadas por completo del velo ideológico que las recubre. En este sentido, Foucault sostiene:

Ocuparse del funcionamiento ideológico de una ciencia para hacerlo aparecer o para modificarlo, no es sacar a la luz los presupuestos filosóficos que pueden habitarla; no es volver a los fundamentos que la han hecho posible y que la legitiman: es volver a ponerla a discusión como formación discursiva; es ocuparse no de las contradicciones formales de sus proposiciones, sino del sistema de formación de sus objetos, de sus tipos de enunciaciones, de sus conceptos, de sus elecciones teóricas. Es reasumirla como práctica entre otras prácticas.²

Este sendero dibuja un esquema de trabajo que nos conduce a los terrenos movedizos del análisis del discurso. Poder definir su naturaleza, su perspectiva intrínseca como herramienta difusa y estratégica de lucha, constituye entonces un marco teórico esencial que nos permite abordar y aprehender el carácter discursivo del derecho como un instrumento dual de restricción del poder estatal, por un lado, y de lucha, represión, dominación y resistencia, por otro. Esa naturaleza bipolar y conflictiva del saber jurídico se torna aun más visible tras el advenimiento de la sociedad burguesa y la instauración del estado de derecho.

Debemos reconocer y anticipar que esta reflexión acerca del discurso definido como un poderoso artefacto a través del cual circula y se reproducen de forma

2 Foucault, 2005a: 313.

permanente relaciones de poder, parte del pensamiento de Michel Foucault, cuya majestuosa obra sobre el análisis del poder disciplinario, así como sus diversos escritos acerca de la relación entre el poder, la verdad y el saber, se erigen en una poderosa lupa teórica para abordar el estudio de los rasgos característicos de algunos de los discursos penitenciarios elaborados a finales del siglo XVIII y principios del XIX, y además contrastarlos con sus consignas supuestamente humanitarias.

Hechas las anteriores advertencias, creemos que hemos logrado explicar de manera bastante esquemática la razón por la cual al inicio ya anunciábamos que el título *Derecho penitenciario: ¿la nueva cara del castigo?* no es en modo alguno un hecho fortuito; antes bien, dicha denominación es deliberada y también pretende erigirse en una invitación al lector para que interrogue y cuestione si el discurso del derecho penitenciario abre en realidad una nueva cara, una nueva concepción del castigo, o por el contrario se erige en una nueva máscara de un poder que en su propia genealogía siempre ha permanecido intacto, inmodificable, pero disfrazado y enmascarado tras el velo de una discursividad normativa que ha pretendido cubrirlo y redefinirlo en términos de una racionalidad supuestamente humanista o reformista, desde luego funcional a las nuevas prácticas disciplinarias y normalizadoras que redefinen el ejercicio del poder en la sociedad moderna.

1. DISCURSO, PODER Y VERDAD JURÍDICA

El análisis del discurso que se emprende y que nos servirá de sustento teórico no está en modo alguno dirigido a la búsqueda de las reglas internas que regulan su construcción; nuestro interés no radica en poder desentrañar la estructura lingüística que subyace tras las elaboraciones discursivas. Esta reflexión se orienta más bien a desentrañar sus estrategias desde una perspectiva política o, si se quiere, conflictiva, externa. Esto nos lleva a entender el discurso, no como un objeto de estudio propio de la lingüística o de la filología, sino como un poderoso dispositivo por medio del cual se ejerce y encarna de manera estratégica el poder; a aprehenderlo como un artefacto de lucha, como un escenario abierto de confrontación política.

Debemos reconocer además que el discurso así entendido se perfila como un formidable artefacto en el cual confluyen y se concretan de manera conjunta el

poder, el saber y la verdad: “Poder y saber se articulan por cierto en el discurso. Y por esa misma razón, es preciso concebir el discurso como una serie de segmentos discontinuos cuya función táctica no es uniforme ni estable”.³

Estos elementos —saber, verdad y poder— interactúan en un plano de permanente circularidad y reciprocidad; el poder en su dinámica de expansión y enmascaramiento produce ficciones de la verdad a través de saberes condicionados por voluntades inmanentes, difusas.

El ejercicio de poder que se proyecta desde el discurso impone además una espesa capa de restricciones a los sujetos que interactúan en torno a él, pues el discurso tiene reglas fijas de producción, encargadas de determinar las fuentes y las calidades subjetivas de los individuos considerados aptos para adueñarse de él y transmitirlo. Cualificación del sujeto parlante. Además, la ubicación estratégica de los individuos en el entramado de las relaciones sociales en muchos casos garantiza su acceso a la trama de la producción y difusión del discurso, convirtiéndose de esta forma en un instrumento de inclusión y a la vez de exclusión del sujeto.

La construcción de saber en las sociedades modernas, a modo de verdades absolutas, se halla atravesada por una voluntad de saber que hunde sus raíces en exigencias estratégicas de poder, cuyo canal esencial de difusión, expansión y reproducción se materializa en el discurso. Foucault dice que

En una sociedad como la nuestra, pero en el fondo en cualquier sociedad, relaciones de poder múltiples atraviesan, caracterizan, constituyen el cuerpo social; y estas relaciones de poder no pueden disociarse, ni establecerse, ni funcionar sin una producción, una acumulación, una circulación, un funcionamiento del discurso. No hay ejercicio del poder posible sin una cierta economía de los discursos de verdad que funcionen en, y a partir de esta pareja. Estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad.⁴

3 Foucault, 2005b: 122.

4 Foucault, 1992a: 147-148.

Con lo anterior queremos expresar un presupuesto que orientará toda la construcción discursiva de este trabajo, a modo de contradiscurso,⁵ de oposición o resistencia estratégica frente a los discursos jurídicos que se construyen en la modernidad en torno al castigo, y es precisamente concebir el derecho como un dispositivo, como un mecanismo de naturaleza enteramente discursiva, a través del cual se modelan voluntades de saber y se construyen realidades y verdades sociales.

El pensamiento jurídico moderno se concibe así como un dispositivo de poder, como un mecanismo discursivo que desde su seno reproduce relaciones de poder y de dominación, como un instrumento que moldea verdades y realidades que tienen plenos efectos estratégicos en el imaginario social, como un instrumento que produce sujetos. Las relaciones de poder terminan así por permear e imbricarse en la estructura discursiva del derecho, por medio del cual se canalizan, se reproducen, se expanden.

Esta relación circular y permanente que se teje entre el poder y el discurso devela una postura bastante conflictiva e histórica de la verdad, la cual deviene un acontecer pasajero, relativo, efímero, contingente, condicionado por las fuerzas y las contiendas políticas que continuamente suscitan voluntades de verdad que reproducen a su vez relaciones de poder y de dominación. El discurso es a la vez un instrumento y un efecto del poder. En palabras de Foucault:

Quizás haya que renunciar también a toda una tradición que deja imaginar que no puede existir un saber sino allí donde se hayan suspendidas las relaciones de poder, y que el saber no puede desarrollarse sino al margen de sus conminaciones, de sus exigencias y de sus intereses. Quizás haya que renunciar a creer que el poder vuelve loco, y que, en cambio, la renunciación al poder es una de las condiciones con las cuales se puede llegar a sabio. Hay que admitir más bien que el poder produce saber [...] que poder y saber se implican directamente el uno al otro; que no existe relación de poder sin constitución correlativa de un campo de saber, ni de saber que no suponga y no constituya al mismo tiempo unas relaciones de poder.⁶

5 Como lo dice Foucault, "Hay que admitir un juego complejo e inestable donde el discurso puede, a la vez, ser instrumento y efecto de poder, pero también obstáculo, tope, punto de resistencia y de partida para una estrategia opuesta. El discurso transporta y produce poder; lo refuerza pero también lo mina, lo expone, lo torna frágil y permite detenerlo" (2005b: 123).

6 Foucault, 2005c: 34.

El saber jurídico moderno entendido como un artefacto discursivo y de poder queda atrapado en esta dinámica de construcción de la verdad, moldeando los contornos de la realidad social y la subjetividad del individuo.⁷

Es innegable que tras el advenimiento de las ideas liberales y del estado de derecho, las doctrinas jurídicas han desempeñado un papel bipolar, antagónico y estratégico en el ejercicio del poder estatal.⁸ Por un lado, la teoría jurídica moderna, imbuida en la lógica del principio de legalidad, se perfila como un dispositivo normativo de carácter general orientado a restringir y someter en sus dominios el ejercicio del poder político, para despojarlo de su espectro de arbitrariedad, irracionalidad e inseguridad. El pensamiento jurídico así concebido se convierte en un instrumento discursivo orientado estratégicamente a controlar el ejercicio del poder por parte del soberano. Esta faceta puede ser interpretada en clave de un contradiscurso que se filtra estratégicamente en los intersticios del poder para atacarlo, limitarlo, resistirlo, neutralizarlo. Esta perspectiva estratégica del discurso normativo constituye la esencia política y jurídica que sustenta actualmente toda la teoría del garantismo. Por otro lado, sin embargo, de manera coetánea, la teoría jurídica deja entrever y traslucir un rostro oscuro que se erige en una discursividad al servicio y en función del poder, que legitima los confines de su ejercicio bajo dinámicas de prohibición y dominación. Así lo reconoce Foucault cuando sostiene que “la teoría del derecho, desde la Edad Media, tiene esencialmente el papel de fijar la legitimidad del poder; es decir, que el principal problema alrededor del que se organiza toda la teoría del derecho es el de la soberanía”.⁹

La anterior caracterización del discurso como dispositivo de poder y de verdad constituye una poderosa herramienta para analizar, descomponer y descifrar los contornos del castigo a partir del surgimiento del derecho penitenciario. Esta

7 Sobre los procesos de subjetivación producidos a través de las diferentes doctrinas penales surgidas a partir de la Ilustración, véase González, 2006: 13-53.

8 “El sistema de derecho, el campo judicial, son los transmisores permanentes de relaciones de dominación, de técnicas de sometimiento polimorfos. El derecho visto no desde el lado de la legitimidad que se instaura, sino de los procedimientos de sometimientos que pone en marcha” (Foucault, 1992a: 150).

9 *Ibíd.* 149.

parcela del ordenamiento jurídico ofrece importantes indicios para hallar pistas en torno a la dinámica por la que discurre el castigo moderno, el cual, lejos de hallarse dibujado solamente por prácticas materiales y reales de sometimiento de los individuos, logra proyectarse en un escenario normativo y discursivo que atraviesa y penetra toda la realidad social que se teje en torno a él. El discurso implanta realidades sociales sobre el castigo. “Así, la penalidad moderna se ordena institucionalmente y se representa discursivamente en formas que niegan la violencia que continúa dominando sus prácticas”.¹⁰ Es decir, el castigo como hecho social se redefine permanentemente, tanto a partir de prácticas reales de dominación y sujeción como de múltiples discursos que se edifican a su alrededor.¹¹ Piénsese por ejemplo no solamente en los dominios del derecho penitenciario sino también en todas las discursividades que se han confeccionado en torno a la teoría de la pena.

Ahora bien, es tarea del observador descifrar tales discursos para hallar pistas que permitan desnudarlos y aprehenderlos en toda su magnitud y esplendor. En sintonía con este enfoque, Garland afirma que el castigo se personifica tanto en términos materiales como discursivos, pues

Las políticas penales, los discursos y las instituciones sostienen conceptos específicos de subjetividad y autorizan formas de identidad del individuo. En su práctica rutinaria, así como en sus pronunciamientos más filosóficos, la penalidad difunde nociones definidas de lo que debe ser una persona, qué tipos de personas hay, y cómo deben entenderse dichas personas y sus subjetividades.¹²

10 Garland, 2006: 285.

11 “Con demasiada frecuencia en el análisis sociológico existe la tentación de dividir en dos lo que se analiza: una parte instrumental y una simbólica. La primera se reconoce con toda facilidad en virtud de que está compuesta de prácticas materiales que hacen que las cosas sucedan, y la otra es meramente decorativa o discursiva, y no parece tener una función sustancial. [...] No sé si este enfoque ha sido útil alguna vez, pero definitivamente no sirve para dividir el castigo. Como he tratado de probar, las prácticas instrumentales siempre se conciben dentro de un contexto de mentalidades y sensibilidades culturales, por lo que las formas instrumentales y culturales son una y la misma cosa. Además, nunca es posible poner por un lado los instrumentos del castigo y, por el otro, los símbolos; en esta esfera (como en las demás), los símbolos tienen un efecto práctico: los signos y símbolos de la condena son centrales para el castigo y constitutivos del mismo, mientras que los instrumentos de la política penal tienen, como veremos, un ineludible significado cultural” (Garland, 2006: 234).

12 *Ibid.* 311.

2. UN NUEVO HORIZONTE DE PROYECCIÓN DEL CASTIGO: EL DERECHO PENITENCIARIO. VESTIGIOS DE UN PUNTO DE DISLOCACIÓN

Parece indiscutible que en las sociedades organizadas el castigo constituye una realidad política presente en el imaginario social, una expresión absoluta del ejercicio del poder por parte del soberano. Con ello, conviene advertir que el castigo como expresión absoluta del poder logra proyectarse en la realidad como un acto de coacción, de represión, de dolor, de dominación, como una manera de ejercicio del poder.

El castigo tiene, pues, una entidad y una realidad material. Ostenta una naturaleza enteramente afflictiva; constituye un mal que se impone de manera calculada, intencional, metódica,¹³ un poder cuyos modelos ideológicos de legitimación pueden ser detectados en las mismas bases políticas de cada orden social.

No existe entonces una suerte de castigo que pueda ser caracterizado de manera abstracta o absoluta; sus condiciones de existencia, de legitimación y de actuación están atravesadas por variables de orden político, social, religioso y cultural.

El castigo en su esencia constituye un acto de poder, un poder que se apropia en cada época de distintos dispositivos, mecanismos, instituciones y discursos, para su configuración y legitimación.

A este respecto, Garland propone una visión integral y más amplia del castigo, entendiéndolo como una realidad social impregnada de múltiples prismas de proyección en el imaginario social. Desde esta óptica de análisis, el castigo se proyecta como un poderoso artefacto investido de diversas cualidades específicas que se reflejan de manera pluridimensional en la realidad social, de tal suerte que

Hoy por hoy el castigo es un aparato para hacer frente a los delincuentes, una entidad administrativa circunscrita, discreta, legal. Sin embargo, también es la expresión del poder del Estado, la afirmación de la moralidad colectiva, un vehículo de la expresión emocional, una política social condicionada por motivos

13 Sobre el particular, véase Christie, 1984: 11-15.

económicos, la representación de la sensibilidad vigente y un conjunto de símbolos que despliega un *ethos* cultural y ayuda a crear una identidad social.¹⁴

La penalidad se proyecta como una institución social cuyos contornos materiales y discursivos inevitablemente se hayan penetrados por distintas variables, de tal suerte que su personificación refleja una determinada cosmovisión del poder y del individuo.

En sintonía con la caracterización del discurso que hemos planteado, debe anotarse que este dispositivo de poder circula y se desliza a través de todo el reticulado social no solamente en clave de un conjunto de enunciados lingüísticos, sino también a través de un enjambre inusitado de representaciones simbólicas, muchas de ellas visibles en rituales que transmiten a los sujetos expectantes una determinada concepción del poder.

El discurso en su materialidad, lejos de erigirse solamente como un conjunto de signos lingüísticos, circula y se desliza también por todo el entramado social a través de gestos, conductas, teatros, rituales. El poder de expresión del discurso va más allá de la palabra, convirtiéndose así en una especie de actor que a través de movimientos meticulosamente calculados define con gestos, movimientos, sonidos y miradas, todo un escenario de comunicación y seducción.

Esta personificación del discurso se convierte en un valioso dispositivo para acercarse e intentar descifrar los contornos específicos del castigo durante un período determinado. Así, el espectro en el que se representa la penalidad también puede ser leído y reconstruido en clave de una discursividad colmada de palabras, gestos, creencias, espacios, conductas.

A continuación vamos a delimitar y caracterizar de manera bastante esquemática dos discursividades del castigo pertenecientes a dos períodos y a dos concepciones completamente distintas del poder y del sujeto, resaltando los ejes centrales de su personificación. Nos referimos concretamente al modelo de la penalidad dibujado fundamentalmente durante la Edad Media bajo el dominio del régimen absolutista, y al paradigma liberal del poder punitivo que se abre paso desde finales del

14 Garland, 2006: 333.

siglo XVIII en las sociedades occidentales modernas, a través del confinamiento y la segregación institucional. Aquí encontramos dos discursividades distintas en torno al castigo, con sus propios gestos, conductas, mensajes, técnicas.

Una mirada a estas dos discursividades de la penalidad nos permitirá detectar los rastros dejados desde finales del siglo XVIII y comienzos del XIX por los nacientes discursos penitenciarios aparecidos tras el surgimiento de la prisión como eje central en el nuevo horizonte de proyección del castigo institucional, pues, como bien lo sostiene Sergio García Ramírez, “cada castigo trae bajo el brazo su discurso de fundación, colmado de promesas”.¹⁵

En primer lugar, debemos decir que en el modelo del Antiguo Régimen la configuración del poder de castigar estaba enteramente atravesada por ideologías religiosas, casi mágicas, donde el monarca se erigía en un representante de Dios en la tierra, y detentaba un poder divino sobre los sujetos para castigar sus pecados, sus desobediencias. Quien poseía el poder absoluto no conocía límite alguno entre los hombres, quienes antes que ciudadanos eran concebidos como meros objetos librados a su entera voluntad.¹⁶

Tras este panorama se vislumbra ciertamente una multiplicidad de dispositivos, de instituciones y de discursos, que sirven como fuente de legitimación a tales prácticas punitivas. El castigo desde esta perspectiva se proyecta en dos vías: una caracterizada por la venganza, el dolor y el sufrimiento físico que se inflige de manera metódica y calculada sobre el cuerpo para expiarlo y liberarlo de sus culpas, y otra marcada por la necesidad de exponerlo al público bajo la mirada de todos los espectadores que concurren a la ceremonia sangrienta del poder, con el propósito de reafirmarse y reactivarse.¹⁷

15 García, 2003: 9.

16 “El derecho penal se aplica en nombre del rey como representante de Dios en la tierra y básicamente para producir dolor, un dolor que además de garantizar la salvación del alma, sirva de escarmiento para toda la población, como una muestra viva del poder del monarca. No es gratuito que las ejecuciones se realicen en la plaza pública, los días de fiesta o de mercado, para que todos puedan presenciar el espectáculo” (González, 2006: 20).

17 Sobre el particular, Pieter Spierenburg sostiene: “Las ejecuciones de finales del medioevo y comienzos de la época moderna servían especialmente para evidenciar el poder del Estado. Se realizaban como una manifestación ejemplar de este poder, precisamente porque este poder todavía no se había consolidado completamente. Ello explica los dos elementos fundamentales del sistema penal preindustrial. La publicidad era necesaria porque el poder de castigar de los magistrados

Pero no cabe duda de que uno de los rasgos más relevantes del castigo durante el Antiguo Régimen, según Foucault, consiste en la mirada permanente que opera sobre el cuerpo del condenado, presa fiel del suplicio. El cuerpo del condenado se convierte en el objeto material del castigo, su blanco de ataque, su punto de convergencia, el lugar donde se deposita y se descarga todo el poder de la penalidad.

Bajo este enfoque concreto del poder, permeado y atravesado por concepciones de índole religiosa, el cuerpo se vuelve presa del castigo, en el lugar visible donde este se aplica, se ejecuta, se ejercita, a la vez que se erige en el sitio prodigioso donde se obtiene la verdad, a través de la confesión y la tortura. Foucault explica:

La atrocidad propia del suplicio desempeña, pues, un doble papel: principio de la comunicación del crimen con la pena, es, de otra parte, la exasperación del castigo en relación al crimen. Asegura al mismo tiempo la manifestación de la verdad y la del poder; es el ritual de la investigación que termina y la ceremonia por la que triunfa el soberano. Une los dos en el cuerpo del supliciado.¹⁸

La verdad, en definitiva, como lo sostiene Foucault,¹⁹ brota de la lucha que se suscita entre dos fuerzas en disputa: por un lado la fuerza del poder estatal, y por otro la fuerza del cuerpo que resiste, que habla sin modular por medio del dolor.

Con todo lo anterior, se tiene entonces que el castigo durante el período premoderno se proyecta a través de una discursividad bastante compleja, caracterizada de un lado por fuentes ideológicas de carácter religioso, desprovista de toda alusión directa a fuentes normativas como el principio de legalidad; de otro, por deslizarse a través de ceremonias de dolor infligidas sobre el cuerpo de los reos en una especie de venganza personal promovida por el soberano en un intento por doblegar a su enemigo y reafirmar su autoridad; discurso de un poder irresistible e irrefrenable; y, por último, caracterizado también por perfilarse como un discurso de la verdad, de una verdad que discurre por la senda no del método de la indagación sino de la

debía ser concretamente visible: de aquí la ceremonia, la exposición de los cuerpos y el rechazo de abstenerse de las ejecuciones en la tensa situación que se vive tras las rebeliones. Estas penas públicas, que normalmente implican la imposición de un sufrimiento físico, están estandarizadas con su función de manifestar el poder de los magistrados. La punición física daba cabida a una forma muy directa de ejemplaridad" (tomado de Rothman, 2008: 385).

18 Foucault, 2005c: 61.

19 Foucault, 2003: 27.

lucha, de la confrontación, el dolor y el sufrimiento. Los vínculos entre el poder y la verdad son aun más visibles. En definitiva, el discurso del castigo premoderno es el de la guerra, el de un poder desnudo cuyo rostro no conoce límites. Por ello Foucault advierte:

El suplicio penal no cubre cualquier castigo corporal: es una producción diferenciada de sufrimientos, un ritual organizado para la marcación de las víctimas y la manifestación del poder que castiga, y no la exasperación de una justicia que, olvidándose de sus principios, pierde toda moderación. En los excesos de los suplicios, se manifiesta toda una economía del poder.²⁰

No obstante, a partir de finales del siglo XVIII, por virtud de los cambios políticos y económicos evidenciados en Europa y en los Estados Unidos, tras el advenimiento y ascenso de la burguesía como clase hegemónica y el creciente desarrollo de la economía capitalista, se produjeron de manera gradual cambios estratégicos en la forma de ejercerse y deslizarse el poder en las sociedades occidentales.²¹

Entre los muchos cambios surtidos en todos los sectores, debemos destacar el operado en el ámbito del castigo. Estas transformaciones tuvieron rasgos muy particulares en cada uno de los contextos políticos y espaciales donde se surtieron, de tal modo que nuestro objetivo consiste en tratar de identificar solamente algunos de esos rasgos comunes que caracterizaron este proceso.

En primer lugar, las bases del sistema punitivo fueron redefinidas en términos estratégicos desde distintos frentes; de la venganza sobre el cuerpo se abrió paso a una manera bastante novedosa de castigo reducido al confinamiento o al secuestro institucional. Surge entonces en el horizonte de las sociedades modernas la prisión como referente material de ejecución del castigo estatal. Se pasa del castigo del cuerpo al castigo del alma. Se abre camino un nuevo dispositivo de poder bastante subrepticio, eficaz, general, disciplinante, en fin, ajustado a los nuevos requerimientos económicos y políticos de la sociedad capitalista.

20 Foucault, 2005c: 40.

21 Un completo análisis de los procesos políticos, sociales y económicos que se surtieron a finales del siglo XVIII y comienzos del XX en Europa y en los Estados Unidos de América y que incidieron en la conformación de la institución penitenciaria, puede consultarse en Melossi y Pavarini, 2005.

Debemos destacar que los antecedentes inmediatos de la prisión se hallan, por un lado, en los vestigios de la institución carcelaria, concebida desde el Antiguo Régimen como una institución procesal de carácter provisional para custodiar a los infractores que estaban a la espera de la ejecución de su condena;²² y, por otro, en las casas de corrección, esto es, aquellos sitios donde solía depositarse a segmentos excluidos de la población como vagos, alcohólicos, mendigos y pequeños infractores para ser sometidos a un régimen de disciplina y adiestramiento laboral. Países como Francia, Italia, Holanda, Inglaterra y especialmente Estados Unidos, experimentaron tempranamente y de manera progresiva la conversión y la redefinición de los centros carcelarios y de las casas de corrección en centros penitenciarios, tras evidenciarse una fuerte influencia de discursos reformistas. Este paulatino proceso de transformación de la cárcel y las casas de trabajo en centros penitenciarios es descrito por Teresa Miralles en los siguientes términos:

Al final del siglo XVIII, las corrientes ideológicas materialistas, aunadas a las premisas morales y de introversión del luteranismo, dan lugar a las posturas reformistas de las cárceles, de las casas de trabajo y de los asilos, con el fin de implantar una efectiva disciplina en la zona marginada, disciplina que se pretende inculcar a través de la reformas moral y religiosa así como de la disciplina sanitaria del cuerpo.²³

Es precisamente en este contexto político y social en el que emerge John Howard —catalogado por algunos como el pionero del penitenciarismo moderno— y publica en 1779 su obra *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, la cual de manera casi inmediata se erige en un baluarte del discurso reformista y penitenciario moderno.²⁴ A lo largo del texto Howard denuncia las deplorables condiciones materiales y psicológicas en las que permanecían confinados los individuos privados de la libertad en las cárceles y en las casas de corrección

22 “En el siglo XVIII los lugares de encarcelamiento eran generalmente usados como sitios donde se custodiaba a los imputados en espera de proceso, a los condenados que esperaban la ejecución o la deportación y, en particular, a los deudores” (Santoro, 2008: 13).

23 Miralles, 1983: 98.

24 Sobre Howard, García Ramírez (2003: 43) afirma: “De John Howard, más que de las anticipaciones de diversos hombres y tiempos [...], provino la reforma de las prisiones, y con él nace la enorme corriente del penitenciarismo; una corriente penitenciaria que revolucionaría el mundo de las prisiones; su obra, en suma, es el punto de partida de los nuevos sistemas carcelarios, y con ella se dio nacimiento a la moderna penología. En fin, la historia de la ciencia penitenciaria comienza con Howard”.

visitadas por él en casi toda Europa, y proyecta una serie de reformas y medidas de diversa índole con el propósito de garantizar la reforma moral de los individuos a través de la disciplina, el aislamiento, el trabajo y la oración.

Es por lo anterior que nos atrevemos a sostener que la obra de John Howard constituye sin lugar a dudas el primer indicio de lo que se dará a conocer desde entonces como el nuevo horizonte de proyección del castigo a través del discurso penitenciario. Al respecto, García Ramírez afirma:

Mientras Beccaria ha llegado a nuestro tiempo como el gran reformador del derecho penal —y del procedimiento respectivo—, Howard ha trascendido como el gran reformador del sistema carcelario. Esto no es cosa menor: a partir de las ideas humanitarias que sustentaba, influyó en el conjunto del sistema penal. No es posible modificar las prisiones sin conmovir, en el mismo sentido, los fundamentos filosóficos, jurídicos, éticos y políticos en los que aquéllas se apoyan. El cambio puede provenir de arriba, donde se agitan las ideas, o de abajo, donde discurre la existencia, pero en todo caso se propalará a lo largo y ancho del sistema al que corresponden esas ideas y esa existencia.²⁵

Y agrega más adelante: “hay que construir, pues, el derecho penitenciario, y a partir de este, erigir o reconstruir la realidad penitenciaria. Howard destaca la importancia de los reglamentos carcelarios, que no dejan de ser una vertiente, oscura y dramática, de la rule of law”.²⁶

Es pues la obra de Howard el primer antecedente histórico del discurso penitenciario elaborado desde finales del siglo XVIII en Europa. Allí reposan sus raíces discursivas.

Conviene advertir que estos discursos reformistas, orientados fundamentalmente a redefinir las técnicas del castigo en clave de una racionalidad a la vez humanista y disciplinante, fueron acogidos más rápidamente en Estados Unidos, tras el surgimiento en 1787 de la *Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons*, organización filantrópica que, bajo el influjo de doctrinas religiosas

25 García, 2003: 43.

26 *Ibid.* 110.

y morales,²⁷ impulsó en 1790 la promulgación de una nueva ley mediante la cual se dispuso la instalación en el estado de Pensilvania de la primera institución penitenciaria conocida como *Walnut Street*, basada en el sistema de aislamiento celular. La prisión surge de esta manera como institución moderna en Estados Unidos. Este importante acontecimiento en la historia del castigo moderno es relatado por Pavarini en los siguientes términos:

Fue obra de esta sociedad filantrópica y su continua e incisiva apelación a la opinión pública lo que hizo que la autoridad comenzara a moverse en 1790 para realizar la institución en la que el aislamiento en una celda, la oración y la abstinencia total de bebidas alcohólicas debían crear los medios para salvar a tantas criaturas infelices. Con una ley se ordenó así la construcción de un edificio celular en el jardín interior de la cárcel (preventiva) de Walnut Street, para el solitary confinement de los condenados, mientras que la construcción que ya existía debía seguir funcionando como cárcel preventiva.²⁸

Sergio García Ramírez, por su parte, además de asegurar que la institución penitenciaria florece a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX en Estados Unidos, sostiene que la fuente nutricia de todo este movimiento reformista estuvo profundamente atravesada por el pensamiento de John Howard y el de toda la Ilustración en Europa:

El sistema celular se aplicó en la Walnut Street Jail por un impulso de una esforzada organización originariamente integrada en 1787 por 37 particulares, entre los que figuraba el doctor Benjamín Rush, la Philadelphia Society for Alleviating the Miseries of Public Prisons —la primera de las grandes sociedades modernas dedicadas a la reforma de las prisiones—, en la que tuvo influencia el pensamiento de Howard. Aquélla elevó a la legislatura un pedimento para que se sustituyera el castigo público —trabajo de presos en las calles de la ciudad— por una labor más privada, e inclusive solitaria. Estas ideas se recogerían en una ley de marzo de 1789, seguida de la ley de 5 de abril de 1790, que sería el cimiento del sistema

27 En el acta de constitución de la citada organización se evidencia una fuerte influencia por parte de doctrinas religiosas, en los siguientes términos: “Cuando consideramos que los deberes de caridad que se fundan en los preceptos y los ejemplos del Fundador de la cristiandad no se pueden cancelar por los pecados y los delitos de nuestros hermanos los criminales [...] todo esto nos lleva a extender nuestra compasión a esta parte de la humanidad que es esclava de estas miserias. Con humanidad se deben prevenir sus sufrimientos inútiles [...] y se deben descubrir y sugerir las formas de castigo que puedan —en vez de perpetuar el vicio— ser instrumentos para conducir a nuestros hermanos del error a la virtud y la felicidad”. Citado por Pavarini, en Melossi y Pavarini, 2005: 168.

28 *Ibid.* 168. Al respecto también puede consultarse Miralles, 1983: 99.

penitenciario de Pensilvania. Así apareció la primera institución celular del mundo. Los reformadores de Filadelfia acogieron el pensamiento europeo de la Ilustración y de las ideas de Howard.²⁹

Aunado a estos planteamientos, también nos ayuda a confirmar la hipótesis enunciada el trabajo publicado en 1833 por Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont, *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*,³⁰ concebido después de un viaje realizado por estos autores a los Estados Unidos entre 1831 y 1832 como emisarios del estado francés con el objeto de analizar y examinar los avances y las experiencias norteamericanas en la construcción e implantación de diversos discursos y modelos penitenciarios.³¹ Ambos autores emprendieron un estudio acerca de la acalorada controversia originada a principios del siglo XIX entre defensores y detractores del sistema de Filadelfia, de un lado, basado en el aislamiento celular del individuo, o del modelo de Auburn, de otro, fundado en el trabajo conjunto de los presos durante el día por medio de una rigurosa rutina de control y disciplina, y en su aislamiento celular durante la noche.³²

No cabe duda que el viaje de estos dos pensadores europeos a tierras de América con el fin de conocer en detalle los avances alcanzados en materia penitenciaria, ratifica a los Estados Unidos como cuna y fuente nutricia por antonomasia de los discursos penitenciarios en la época moderna.

A diferencia de la discursividad dibujada en el castigo en la época premoderna, el penitenciarismo perfila una nueva concepción de la penalidad que mira con desdén los excesos burdos del poder, proclamando la necesidad estratégica de convertir la

29 García, 2003: 30-31.

30 Tocqueville, 2005.

31 “Las grandes aportaciones penitenciarias de Howard, Livingston, Julius, Lucas, Bentham, con las que tuvieron que debatirse Tocqueville y Beaumont, reflejan la misma preocupación científica: una incursión por el proceloso mundo de las prisiones que supone una auténtica revisión de los presupuestos deductivos ilustrados. La discusión sobre si el aislamiento celular completo conduce al suicidio o a la locura, el debate acerca de si el alma es reformable o solo es objeto de la jurisdicción divina, el disciplinamiento corporal en las cárceles a la vez que el repudio del látigo a favor de los tratamientos humanitarios, no dejan de apuntar al predominio científico de la biología, en el siglo XIX, tras la hegemonía de las matemáticas y la física” (Ros y Sauquillo, 2005: XIII-XIV).

32 Un completo análisis de las incidencias de ambos modelos y discursos penitenciarios en los Estados Unidos puede encontrarse en Pavarini, 1998: 189-233.

ejecución del castigo en un episodio completamente oculto e invisible, sustraído a todas las miradas. Desde entonces el castigo se convertirá en un capítulo oculto en el ejercicio del poder. Pero además en esta nueva discursividad de la penalidad, el cuerpo quedará suspendido para siempre en una trama infinita de restricciones físicas y morales, atrapado en una red inacabable de técnicas disciplinarias, cuyo propósito es moldearlo, convertirlo en un cuerpo útil, dócil y obediente.³³ Surge la alianza estratégica entre el castigo y la ley.

Vinculado a esas nuevas dinámicas y estrategias del poder, el castigo sufre ciertamente una redefinición política e ideológica capaz de despertar entre los hombres los más infinitos sentimientos de humanismo.³⁴ El poder punitivo, pues, desde aquel entonces sentaba sus propias bases sobre un escenario catalogado por sus predecesores como racional; una racionalidad de naturaleza jurídica, entendida como discurso de garantía del sujeto frente al poder estatal.

Desde entonces, el castigo se halla enteramente atravesado y legitimado en las sociedades occidentales modernas, entre otros dispositivos por el principio de legalidad.

Dentro de este escenario tal vez se puede enmarcar el surgimiento del derecho penitenciario, entendido como un conjunto de normas jurídicas orientadas a regular de manera predeterminada —en la lógica de la legalidad— el acto de ejecución penal, es decir, el castigo institucional.³⁵ Con ello, se intenta diseñar un castigo atado, atrapado, moldeado, limitado, presuntamente sometido al imperio del

33 Al respecto, véase Foucault, 2005c: 77-174.

34 “Los orígenes de este movimiento humanizador, como de la ciencia penitenciaria que sería su criatura, están marcados con caracteres aún más sentimentales que los que en la reforma de las leyes y enjuiciamiento punitivos se encuentran, tarea, ésta, que acometió Beccaria” (García, 2003: 43).

35 Iñaki Rivera Beiras define el concepto de derecho penitenciario en los siguientes términos: “*En consecuencia, se partirá aquí de la base de entender que es posible hablar de un Derecho de la ejecución penal (en el marco de una auténtica Sociología del control penal), entendido con la última secuencia del fenómeno punitivo —como prolongación del Derecho penal material y del Derecho procesal penal en la realidad de sus consecuencias jurídicas— al cual le es plenamente aplicable la garantía efectiva derivada del principio de legalidad y que tiene por objeto analizar tanto el cumplimiento de las penas y medidas de seguridad —y las funciones que materialmente cumplen esas respuestas punitivas—, cuanto las posibilidades de superación alternativas de las mismas de acuerdo con las exigencias que plantea el Estado social y democrático de derecho*” (Rivera, 2006: 309). [La cursiva es de la fuente].

derecho, el cual irradia destellos de humanidad y dignidad a las nuevas prácticas punitivas. El derecho penitenciario se convierte así en un poderoso dispositivo discursivo al servicio de las nuevas técnicas de la penalidad.

3. DERECHO Y DISCIPLINA: DOS CONCEPCIONES DEL PODER. UNA VISIÓN FOUCAULTIANA

Como se ha reseñado, desde finales del siglo XVIII en las sociedades occidentales modernas se perfila una redefinición estratégica de la manera en que se concibe, fundamenta y ejerce el poder. Así, de un poder que solía sustentarse en lazos de sangre y en doctrinas religiosas, se proyecta uno completamente entrelazado a las nuevas dinámicas del pensamiento jurídico asociado al movimiento de la Ilustración europea, basado en la razón, en la legalidad, en el utilitarismo y en la igualdad.³⁶

En esta dirección surge una alianza entre el poder y el derecho, concebido desde entonces como un instrumento de naturaleza discursiva que promueve dos realidades acerca del poder bien definidas y a la vez contradictorias: de un lado, una que suele sustentar su legitimidad, y de otro, una que suele limitarlo, reducirlo, resistirlo.

Concebimos el poder desde un enfoque foucaultiano, es decir, no como un elemento que se posee, que se detenta, que se administra y que se enajena, sino, antes bien, como una posición estratégica que ocupa un individuo en una situación concreta, como una relación de fuerza dinámica y mutable, en permanente y constante redefinición, que circula y que atraviesa todo el reticulado social para transformarlo, distorsionarlo, construirlo y moldearlo. En definitiva:

El poder tiene que ser analizado como algo que circula, o más bien, como algo que no funciona sino en cadena. Nunca está localizado aquí o allí, no está nunca en las manos de algunos, no es un atributo como la riqueza o un bien. El poder funciona, se ejercita a través de una organización reticular. Y en sus redes no solo circulan los individuos, sino que además están siempre en situación de sufrir o de ejercitar ese poder, no son nunca el blanco inerte o consintiente del poder ni son siempre

36 Para una caracterización jurídica del poder, puede verse Beccaria, 2003.

los elementos de conexión. En otros términos, el poder transita transversalmente, no está quieto en los individuos.³⁷

El poder que emerge del pensamiento jurídico y que atraviesa por completo la nueva concepción del castigo institucional constituye un poder soberano basado, entre otros aspectos, en la razón, en la utilidad, en la necesidad y en la legalidad de la pena, entendida esta como un mecanismo punitivo de carácter correctivo y afflictivo que se impone sobre el individuo con el propósito de restablecer el daño social ocasionado con el delito y prevenir su repetición. A la luz de este enfoque político el castigo se encuentra permeado por doctrinas de índole utilitarista y moral.³⁸

El poder jurídico tiene por objeto delimitar un espectro de libertad para el individuo en clave dual de prohibición-permisión, mediante la calificación de los comportamientos y el castigo de las infracciones. En palabras de Foucault,

Esta forma es el derecho, con el juego de lo lícito e ilícito, de la trasgresión y el castigo. Ya se le preste la forma del príncipe que formula el derecho, del padre que prohíbe, del censor que hace callar o del maestro que enseña la ley, de todos modos se esquematiza el poder en una forma jurídica y se definen sus efectos como obediencia. Frente a un poder que es ley, el sujeto constituido como sujeto —que está “sujeto”— es el que obedece.³⁹

Precisamente es esta mirada la que le permite sostener a Foucault que la institución penitenciaria es un invento que no emana del pensamiento ilustrado ni del poder jurídico; que su concepción política no aparece en este horizonte de redefinición del poder; en suma, que “la prisión no pertenece al proyecto teórico de la reforma de

37 Foucault, 2005b: 112. El autor amplía su definición del poder: “Me parece que por poder hay que comprender, primero, la multiplicidad de las relaciones de fuerzas inmanentes y propias del dominio en que se ejercen, y que son constitutivas de organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las refuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los corrimientos, las contradicciones que aíslan a unas de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales” (113).

38 Al respecto, véase Foucault, 2005c: 135-136.

39 *Ibid.* 103.

la penalidad del siglo XVIII, surge a comienzos del siglo XIX como una institución, de hecho, casi sin justificación teórica”.⁴⁰

Con lo anterior, deviene de manera evidente la siguiente conclusión: el discurso del derecho penitenciario, a diferencia de lo sucedido con los intrincados discursos confeccionados acerca de los contornos jurídicos del concepto del ilícito penal, no proviene en modo alguno del proyecto político del pensamiento ilustrado; sus raíces, por el contrario, pueden reconducirse a un modelo distinto del ejercicio del poder que, ejercitado desde el subsuelo en que se halla soportado todo el pensamiento jurídico moderno, tiende de manera casi obsesiva hacia un control de los cuerpos, de sus gestos y de sus movimientos, desde comienzos del siglo XIX. Sospechamos que es aquí, en esta concepción sobre el poder, donde podemos ubicar el surgimiento de la prisión y de sus discursos.⁴¹

Foucault sostiene que entre finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, en las sociedades occidentales modernas lograron instalarse para siempre, al lado de los discursos jurídicos, una serie de artefactos subrepticios, casi imperceptibles, por medio de los cuales se puso en funcionamiento toda una suerte de mecanismos meticulosamente calculados, eficientes, absolutos, sutiles, una red infinita de relaciones de dominación con miras a doblegar los cuerpos, sus actitudes, sus pensamientos. Foucault concluye que detrás del surgimiento de la sociedad moderna subyace en lo profundo un sueño casi delirante por moldear de manera paralela una sociedad del control o disciplinaria, capaz de producir sus efectos en

40 Foucault, 2003: 100. En este mismo sentido, Foucault asegura “que la prisión no es la hija de las leyes, ni de los códigos, ni del aparato judicial; que no está subordinada al tribunal como el instrumento dócil o torpe de las sentencias que da y de los esfuerzos que quisiera obtener; que es él, el tribunal, el que es, por relación a ella, exterior y subordinado” (Foucault, 2005c: 314).

41 Foucault (2005c: 226) afirma al respecto: “Y para volver al problema de los castigos legales, la prisión, con toda la tecnología correctiva de que va acompañada, hay que colocarla ahí: en el punto en que se realiza la torsión del poder codificado de castigar, en un poder disciplinario de vigilar, en el punto en que los castigos universales de las leyes vienen a aplicarse selectivamente a ciertos individuos y siempre a los mismos; hasta el punto en que la recalificación del sujeto de derecho por la pena se vuelve educación útil del criminal; hasta el punto en que el derecho se invierte y pasa al exterior de sí mismo, y en que el contraderecho se vuelve contenido efectivo e institucionalizado de las formas jurídicas. Lo que generaliza entonces el poder de castigar no es la conciencia universal de la ley en cada uno de los sujetos de derecho, es la extensión regular, es la trama infinitamente tupida de los procedimientos panópticos”.

todos los espacios y por todas las instituciones que se proyectan desde la creciente sociedad capitalista. Por ello,

Las disciplinas son portadoras de un discurso, pero este no puede ser el del derecho; el discurso de las disciplinas es extraño al de la ley, al de la regla efecto de la voluntad soberana. Las disciplinas conllevarán un discurso que será el de la regla, no el de la regla jurídica, derivada de la soberanía, sino el de la regla natural, es decir, el de la norma. Definirán un código que no será el de la ley sino el de la normalización, se referirán a un horizonte teórico que no serán las construcciones del derecho, sino el campo de las ciencias humanas, y su jurisprudencia será la de un saber clínico.⁴²

Nace así, dice el autor, un modelo de sociedad disciplinaria, gobernada no solamente por el imperio de las normas jurídicas, sino también por el de unas reglas que permiten ajustar los cuerpos a dispositivos disciplinarios, para clasificarlos, examinarlos, inspeccionarlos, controlarlos. Surge, pues, en palabras de Foucault, toda una anatomía política,⁴³ un saber sobre el cuerpo y sus movimientos, sometido a artefactos de poder y de normalización. Tales dispositivos de poder suelen concebirse a gran escala; sus principios de control pueden difundirse y adaptarse fácilmente entre un conjunto de instituciones sociales como la prisión, la escuela, la fábrica, el hospital, el manicomio y el ejército:

En el panóptico se producirá algo totalmente diferente: ya no hay más indagación, sino vigilancia, examen. No se trata de reconstituir un acontecimiento, sino de vigilar sin interrupción y totalmente. Vigilancia permanente sobre los individuos por alguien que ejerce sobre ellos un poder —maestro de escuela, jefe de oficina, médico, psiquiatra, director de prisión— y que, porque ejerce ese poder, tiene la posibilidad no solo de vigilar, sino también de constituir un saber sobre aquellos a quienes vigila. Es este un saber que no se caracteriza ya por determinar si algo ocurrió o no, sino que ahora trata de verificar si un individuo se conduce o no como debe, si cumple con las reglas, si progresa o no, etcétera. Este nuevo saber no se organiza en torno a cuestiones tales como “¿se hizo esto? o ¿quién lo hizo?”; no se ordena en términos de presencia o ausencia, existencia o no existencia, se organiza alrededor de la norma, establece qué es normal y qué no lo es, qué cosa es incorrecta y qué otra cosa es correcta, qué se debe o no hacer.⁴⁴

42 Foucault, 1992a: 159.

43 Foucault, 2005c: 142.

44 Foucault, 2003: 104-105.

Foucault suele plantear que todo el pensamiento de la sociedad disciplinaria logra concretarse y reflejarse nítidamente en el modelo político y arquitectónico del panóptico concebido a finales del siglo XVIII por Jeremy Bentham.⁴⁵ El panóptico evoca una sociedad normalizada a gran escala. Un delirio de control absoluto, incesante y asfixiante. Bentham resume sus propiedades diciendo:

Si fuéramos capaces de encontrar el modo de controlar todo lo que a cierto número de hombres les puede suceder; de disponer de todo lo que los rodea a fin de causar en cada uno de ellos la impresión que quisiéramos producir; de cerciorarnos de sus movimientos, de sus relaciones, de todas las circunstancias de su vida, de modo que nada pudiera escapar ni entorpecer el efecto deseado, es indudable que un medio de esta índole sería un instrumento muy potente y ventajoso, que los gobiernos podrían aplicar a diferentes propósitos, según su trascendencia.⁴⁶

La invención de este aparato de control estuvo acompañada además de un discurso de reforma no solamente de las especificaciones arquitectónicas de estas fortalezas del control, sino también de todas las condiciones materiales en que se debía disponer, ubicar y clasificar a los individuos, imponiendo meticulosamente toda una suerte de reglas internas para normalizar, entre otros aspectos, su salud, su higiene, su vestuario, su alimentación, sus castigos, sus creencias.⁴⁷ En este aspecto concreto son bastante similares los trabajos de Howard y Bentham, este último considerado también como uno de los grandes pensadores del movimiento de la reforma de finales del siglo XVIII, pero ya no solo en el campo del control penal en particular sino también en el del control social en general.⁴⁸

Con el advenimiento de la sociedad disciplinaria y con el surgimiento de esa especie de laboratorio humano —panóptico—, explota y emerge en el horizonte de proyección del pensamiento moderno el hombre como objeto de saber, ese hombre que desde entonces estará condicionado y penetrado por una multiplicidad de conocimientos que lo circundan, lo moldean, lo atrapan, lo definen, lo controlan. Foucault indica:

45 Foucault (2005c: 212) afirma: “El panoptismo es el principio general de una nueva anatomía política cuyo objeto y fin no son la relación de soberanía sino las relaciones de disciplina”.

46 Bentham, 2005: 14.

47 *Ibid.* 23-44.

48 Ros y Sauquillo, 2005: xv.

El modo de ser del hombre tal como se ha constituido en el pensamiento moderno le permite representar dos papeles; está a la vez en el fundamento de todas las positividades y presente, de una manera que no puede llamarse privilegiada, en el elemento de las cosas empíricas. [...]. Este hecho es sin duda decisivo para la posición que debe darse a las “ciencias humanas”, a este cuerpo de conocimientos (pero quizá esta palabra misma sea demasiado fuerte: digamos, para ser aun más neutros, a este conjunto de discursos) que toma por objeto al hombre en lo que tiene de empírico.⁴⁹

Los dispositivos disciplinarios y los mecanismos de poder que estos logran implantar sobre los cuerpos dan apertura a un conjunto de artefactos de saber, a un poder epistemológico, que, basados en la observación de los gestos, los movimientos, las conductas y las sensaciones de los individuos, confeccionarán todo un saber taxonómico en torno a su funcionamiento, sus inclinaciones, sus desviaciones, sus perversiones. Desde esta óptica, la prisión, lejos de perfilarse solamente como un dispositivo de castigo, se proyecta a la vez como un laboratorio de observación y de investigación tanto de los sujetos desviados como de las estrategias de control aptas para propiciar su transformación. Así,

Bajo la benignidad cada vez mayor de los castigos, se puede descubrir, por lo tanto, un desplazamiento de su punto de aplicación, y a través de este desplazamiento, todo un campo de objetos recientes, todo un nuevo régimen de la verdad y una multitud de papeles hasta ahora inéditos en el ejercicio de la justicia criminal. Un saber, unas técnicas, unos discursos científicos se forman y se entrelazan con la práctica del poder de castigar.⁵⁰

Es muy probable que el florecimiento de los discursos penitenciarios esté directamente asociado al devenir de las técnicas de control disciplinarias aparecidas a finales del siglo XVIII y comienzos del XIX, así como que toda su concepción epistemológica se nutra insaciablemente de los recientes campos de observación abiertos a la mirada de nuevos expertos en el control y en el tratamiento de los sujetos sometidos al ejercicio del control penal. El derecho penitenciario constituye, pues, un saber con raíces auténticamente normalizadoras. En este sentido, John Pratt plantea que

49 Foucault, 2005d: 334.

50 Foucault, 2005c: 29. Al respecto también puede verse González, 2006: 33-37.

Más allá del control burocrático y monopólico del poder de castigar que se estaba creando, inicialmente no fue el silencio que ahora asociamos con las prisiones lo que resulta tan llamativo, sino el volumen, el alcance y el peso de las fuentes diferentes de conocimiento que llegaron a estar disponibles sobre este tema: el cambio hacia la centralización burocrática, al menos inicialmente, no acabó con el debate acerca de las prisiones, sino que lo estimuló. El nacimiento de la prisión moderna fue acompañado por procesos formales de inspección, investigación, rendición de cuentas e información.⁵¹

Bastante concluyentes al respecto son las palabras de Garland cuando señala:

De hecho, si pensamos en los avances específicamente modernos en materia penitenciaria relacionados con la prisión —la investigación del criminal, la preocupación por las medidas correctivas y el ajuste, el involucramiento de expertos cuya tarea es observar, evaluar y curar— veremos el grado en que los problemas disciplinarios y de normalización han penetrado en el marco jurídico del sistema de justicia penal.⁵²

En definitiva, desde las postrimerías del siglo XVIII asistimos a un proceso gradual de tecnificación y de redefinición de las estrategias para el ejercicio del poder en las sociedades modernas. Derecho y normalización, castigo y disciplina, son dos concepciones nuevas del poder que, lejos de repelerse u oponerse, interactúan constantemente en un espectro de circularidad y complementariedad. Foucault sostiene que ambos paradigmas del poder han logrado subsistir de manera paralela y armónica, pues aunque si bien el saber jurídico dista de operar como un poder normalizador, es en este, en el derecho, donde precisamente se ocultan, proliferan y se expanden todas las técnicas del control disciplinario:

En relación con las sociedades que hemos conocido hasta el siglo XVIII, hemos entrado en una fase de regresión de lo jurídico; las constituciones escritas en el mundo entero a partir de la Revolución francesa, los códigos redactados y modificados, toda una actividad legislativa permanente y ruidosa no deben engañarnos: son las formas que tornan aceptable un poder esencialmente normalizador.⁵³

51 Pratt, 2006: 175.

52 Garland, 2006: 178.

53 Foucault, 2005b: 175. Véase también Foucault, 1992a: 158-159.

4. ¿DERECHO PENITENCIARIO O SABER PENITENCIARIO?

Hasta aquí hemos buscado pistas que nos permiten anclar el surgimiento del derecho penitenciario en las sociedades modernas a una suerte de discursividad jurídica basada, al menos en apariencia, en el principio de la legalidad, pero cuyo terreno fértil emerge de las redes infinitas de las tácticas disciplinarias puestas en funcionamiento desde finales del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Desde el advenimiento de la obra de Howard, *El estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*, asistimos a una progresiva y masiva expansión y construcción de nuevos discursos que desde distintos prismas han pretendido y pretenden modelar un nuevo rostro del castigo institucional alojado en el confinamiento del cuerpo. Por eso, aprehender los contornos del castigo en la modernidad nos conduce inexorablemente a adentrarnos en los rasgos discursivos del derecho penitenciario, a escudriñar en torno a sus matices y a intentar descifrar el código *secreto* por medio del cual este opera y se despliega.

Hoy en día suele encontrársele refugiado en múltiples dispositivos de naturaleza normativa en todas las latitudes, tanto nacionales como internacionales, revistiendo algunas veces la forma de un tratado o una recomendación, y en otras la de una ley o un reglamento. A este respecto, García Ramírez comenta:

Como se trata, ya, de un ámbito hacia el que se dirigen muchas miradas [...], hay un amplio conjunto de disposiciones para gobernarlo, que reflejan el estado de conciencia o, como se suele decir, el estándar internacional en esta materia, desde que la antigua Comisión Internacional Penal y Penitenciaria preparó unas reglas que las Naciones Unidas asumirían y que, una vez revisadas y adoptadas por el Primer Congreso sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente (Ginebra, 1955), se constituirían en columna vertebral del régimen penitenciario bajo el nombre de reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. A partir de ahí se multiplicarían las disposiciones sobre esta materia, para mayores y menores de edad.⁵⁴

Impregnado de todas y cada una de las especificidades propias que gobiernan la producción y difusión del discurso, es fácil detectar en el horizonte de proyección

54 García, 2003: 130-131.

del discurso del derecho penitenciario la estructuración y la proliferación de distintos focos descentralizados desde donde este se origina, efectuando una rigurosa selección de un cualificado grupo de expertos, todos detentadores del saber y la verdad. El régimen de producción y de distribución del derecho penitenciario se encuentra sometido a las reglas de prohibición y control impuestas por una especie de policía discursiva.⁵⁵

Si bien debemos reconocer que el trabajo de Howard no constituye una obra de naturaleza estrictamente normativa, bien es sabido que sus ideas en torno a la reforma de la prisión han perdurado y se han convertido en una formidable fuente nutricia de los textos jurídicos modernos en materia penitenciaria, y, por ende, de los discursos en que estos se soportan. Por ello conviene acercarnos un poco más a la obra de este autor para auscultar la lógica de poder que allí habita.

Sea lo primero manifestar que Howard trasluce a lo largo de toda su obra una profunda preocupación por las deplorables condiciones existentes en los centros carcelarios y en las casas de corrección a finales del siglo XVIII en casi toda Europa. La desorganización y las perniciosas condiciones materiales imperantes en estos sitios, así como las malas costumbres de los reclusos, dice Howard, constituyen obstáculos infranqueables para poder alcanzar los fines esenciales que deben guiar el destino de la reclusión, esto es, “el reformar a los presos y lograr que mejoren su nivel moral siempre debe ser la prioridad en cualquier correccional y sus ganancias deben ser sólo cosa secundaria”.⁵⁶

En este sentido, Howard denuncia de manera recelosa los principales males que aquejan a la institución carcelaria en su tiempo, diciendo:

Ahora hablaré de mis protestas por lo que resulta pernicioso para su moralidad. Se encierra a los presos juntos, sin establecer ninguna distinción; deudores y malhechores, hombres y mujeres, jóvenes delincuentes novatos y delincuentes empedernidos. Además, en algunos condados los culpables de delitos menores que deberían haber sido enviados a una correccional para que se regenerasen con dilección y trabajo van a parar, por falta de medios para comprar víveres, a cárceles de condado donde al menos cuentan con algunos fondos para adquirir comida.

55 Véase Foucault, 2005e: 38.

56 Howard, 2003: 212.

Durante el día en pocas cárceles se separa a hombres y mujeres. En algunos condados la cárcel también se utiliza como correccional; en otros, estos establecimientos están contiguos y comparten un mismo patio. En estos casos el delincuente menor aprende mucho de los delincuentes envilecidos.⁵⁷

El anterior panorama conduce a Howard a proponer entonces una profunda reforma de la institución carcelaria, orientada no solamente a propiciar un cambio en su estructura arquitectónica, sino también a favorecer la implementación de un nuevo régimen interno de clasificación y ubicación de los sujetos, de su vestimenta, de su higiene, de su trabajo, de su salud, de su alimentación, todo ello acompañado de una rigurosa rutina de oración y recogimiento espiritual:

Lo correcto sería por lo menos que hubiera sermón y se dijeran oraciones una vez en el día consagrado al Señor y, además, plegarias dos veces por semana en días fijos. Si uno de los reclusos leyera diariamente a sus compañeros un capítulo del Nuevo Testamento, o si la lectura la hiciera el carcelero antes de la distribución de las asignaciones, realizarían una labor muy provechosa.⁵⁸

La clasificación, la supervisión y la reorganización espacial y material de los sujetos y sus cuerpos, constituyen, según Howard, las condiciones adecuadas para propiciar una transformación profunda en las costumbres y en las almas de los reclusos.

Devienen bastante interesantes y también afines al pensamiento de Beccaria las ideas esbozadas por Howard acerca de la pena de muerte y de su íntima relación con la utilidad del cuerpo:

Las leyes inglesas no permiten las ejecuciones privadas. No se puede dar muerte en secreto a ningún malhechor, ni asesinarlo directa o indirectamente dentro de la prisión, y mucho menos podrá privarse de la vida a aquellos que no han sido condenados a muerte. Quitarles la vida no solo constituye un acto injusto, es algo totalmente inconsistente con la moderación y con una política recta. Se trata de personas que sin duda podrían ser útiles en Inglaterra o en el extranjero, si en la prisión se procurara conservarlas sanas y capacitadas para trabajar.⁵⁹

57 *Ibíd.* 175.

58 *Ibíd.* 199.

59 *Ibíd.* 189.

El trabajo y la utilización del cuerpo se proyectan desde entonces como una técnica del poder disciplinario que acompañará para siempre la lógica del control que gobierna a la institución penitenciaria.

Pero la concreción de las ideas revolucionarias planteadas por Howard para la reforma de la cárcel no hubiera sido posible sin la aparición de un poderoso artefacto que, aunque si bien en apariencia reviste un refinado ropaje de carácter normativo, rápidamente sus efectos nos permiten comprender que este pone en funcionamiento todo un arsenal de dispositivos de dominación que discurren por la senda del poder disciplinario. Me refiero al reglamento, ley absoluta de la prisión, a aquella disposición normativa que hunde sus raíces en los imperativos del poder normalizador, a un micropoder que atraviesa y regula meticulosamente el comportamiento y el adiestramiento de los cuerpos.⁶⁰

Si no se presta la debida atención a la economía y al gobierno de una cárcel, es evidente que por mucho que se idee sobre la estructura del edificio ello nunca bastará para evitar que reinen la perversidad, las enfermedades y toda clase de desgracias. Por consiguiente, haré algunas sugerencias para que mejoren los reglamentos de las prisiones.⁶¹

Acerca de la relación existente entre el reglamento y la dispersión de prácticas disciplinarias dentro de la institución penitenciaria, García Ramírez dice:

La cárcel debe imponer cierta disciplina, que refleja y permite el desempeño de la función penal misma —o procesal: también una privación de libertad determinada por el poder punitivo del Estado—, y que además garantice a los propios internos un mínimo de seguridad. De ahí la existencia de reglamentos, que Howard reclama, cuya publicidad exige [...], en los que figuren las reglas de la vida carcelaria y los castigos correspondientes a cada infracción.⁶²

En igual sentido discurre el pensamiento y la obra de Jeremy Bentham. Su concepción acerca del panóptico se encuentra estrechamente entrecruzada con

60 Foucault (1992a: 153) afirma: "Más bien se debe hacer un análisis ascendente del poder, arrancar de los mecanismos infinitesimales, que tienen su propia historia, su propio trayecto, su propia técnica y táctica, y ver después cómo estos mecanismos del poder han sido y todavía están investidos, colonizados, utilizados, doblegados, transformados, desplazados, extendidos, etc., por mecanismos más generales y por formas de dominación global".

61 Howard, 2003: 196.

62 García, 2003: 97.

el proyecto de transformar a toda una masa dispersa y amorfa de sujetos vagos, mendigos y delincuentes, en cuerpos dóciles, a través de la implantación de reformas estructurales en los nuevos centros panópticos consistentes en una rutina de control, alimentación, vestimenta, castigo, salud y trabajo. No obstante la implementación de estas medidas aparentemente humanitarias, detrás de este proyecto de control confeccionado por Bentham subyace una voluntad latente por preservar una dosis calculada y deliberada de dolor y de sufrimiento en los mecanismos punitivos. Así, en cuanto a la alimentación sostiene que

El segundo error en el que se ha incurrido por una benevolencia irreflexiva, es la de proponer variedad en los alimentos de los presos, al punto de que algunos reformadores entre ellos el bueno de Howard —más indulgente para los otros que para sí mismo— han pedido que se les diera carne por los menos dos veces a la semana, sin pensar que la mayoría de los habitantes rurales y muchos también en las ciudades, no pueden procurarse este artículo de lujo.⁶³

En lo relativo al vestuario, Bentham indica:

Que la economía decide en todo lo que no es contrario a la salud ni a la decencia. Para responder al gran objetivo del ejemplo, la indumentaria debe detentar alguna nota humillante. Lo más sencillo y útil sería hacer las mangas del traje y de la camisa de una longitud desigual para ambos brazos.⁶⁴

Finalmente, en lo que concierne al régimen de salud y de limpieza, el autor señala:

El preso debe llevar un traje burdo, pero blanco y sin teñir, para que la suciedad se detecte de inmediato; sus cabellos deben ser rasurados o cortados muy cortos. El uso del baño debe ser regular. No debe tolerarse ninguna especie de tabaco, ni costumbre alguna contraria a los usos de las casas más limpias. Se fijarán los días para el cambio de ropa.⁶⁵

Casi a mediados del siglo XIX, Alexis de Tocqueville y Gustave de Beaumont, con su obra *Del sistema penitenciario y su aplicación en Francia*, dieron apertura a un nuevo horizonte de proyección del discurso del derecho penitenciario. Desde

63 Bentham, 2005: 35.

64 Ibíd. 36.

65 Ibíd. 37.

la genuina noción de sistema penitenciario que traen en su obra estos dos autores, se advierte tempranamente una línea de continuidad y de consolidación de los discursos penitenciarios elaborados a finales del siglo XVIII por Howard y Bentham. Según Tocqueville y Beaumont, por sistema penitenciario debe entenderse “el conjunto de reglas morales a las que se somete el criminal cautivo que la sociedad pretende mejorar al tiempo que le imposibilita causar más daño”.⁶⁶ Y añaden: “¿Cuál es el principal objetivo de la condena para el que la sufre? Es el de proporcionarle hábitos sociales y, en primer lugar, el aprender a obedecer”.⁶⁷ Trasluce también en estos autores un agudo delirio por la reforma moral de los presos a través del orden y el control.

A lo largo de toda su obra ambos autores examinan las ventajas y desventajas de los sistemas penitenciarios implantados por ese entonces en los Estados Unidos, resaltando en todo caso el modelo de aislamiento celular durante la noche y de trabajo obligatorio y remunerado de los presos durante el día, así como las rutinas obligatorias de oración y silencio impuestas a estos. Tanto Tocqueville como Beaumont consideran de manera un poco paradójica que detrás de estas reglas del orden aparece toda una suerte de discurso y de prácticas punitivas colmadas de humanidad. “Esa disciplina severa de las penitenciarías en América, ese silencio absoluto impuesto a los presos, ese aislamiento perpetuo que les separa, y esa uniformidad inflexible de un régimen que no puede rebajarse para unos sin injusticia para otros, ¿no se trata, en definitiva, de rigores llenos de humanidad?”.⁶⁸

Sin embargo, existen pasajes del texto donde pareciera que estos autores, despojándose de toda máscara humanista, desnudan por completo su discurso en clave de la defensa del orden y la seguridad de la sociedad, renunciando a cualquier alternativa humanista en provecho de los derechos de los reclusos:

No olvidemos, cuando la filantropía excite nuestra piedad ante un infeliz aislado, reservar un poco de nuestra simpatía para el interés todavía más grande de la sociedad entera; desconfiemos de esos puntos de vista estrechos y mezquinos que solamente ven al individuo y nunca al conjunto de los hombres, y recordemos continuamente

66 Tocqueville y Beaumont, 2005: 46.

67 Ibid. 143.

68 Ibid. 234.

este pensamiento de un gran filósofo: es una gran crueldad hacia los buenos la piedad para los malvados.⁶⁹

Y agregan más adelante:

Creemos que la sociedad tiene el derecho de hacer todo lo que sea necesario para su conservación y la del orden establecido en su seno, y comprendemos perfectamente que un grupo de criminales que han infringido las leyes del país y cuyas inclinaciones son totalmente corruptas y sus instintos viciosos, no sean gobernados dentro de la prisión según los mismos principios y con la mismas medidas que los hombres libres cuyas intenciones son honestas y sus acciones conformes a la ley. También comprendemos que el condenado que no quiera hacer nada sea obligado por la fuerza a trabajar y que se empleen medidas disciplinarias para reducir al silencio al que no lo observe; a este respecto, el derecho de la sociedad no nos parece dudoso, a menos que se pueda llegar a los mismos resultados con la ayuda de medidas más suaves.⁷⁰

Otro acontecimiento importante en la historia del discurso del derecho penitenciario viene dado por el surgimiento, a partir de mediados de la década de 1840, de los Congresos Penitenciarios Internacionales. Según Fernando Cadalso, por Congreso Penitenciario debe entenderse las “Asambleas que se reúnen para tratar de las instituciones penitenciarias, de la delincuencia, de la penalidad, de la educación, reforma y protección del culpable y desvalido”.⁷¹

Estos eventos oficiales rápidamente se convirtieron en una poderosa fuente nutricia de los discursos penitenciarios imperantes en la modernidad.⁷² Francisco Bueno Arus sostiene al respecto:

Es indiscutible que estos han sido importantes factores del desarrollo del Derecho y las Ciencias Penitenciarias, por la intervención de peritos de los diversos países civilizados y por la difusión de sus acuerdos entre los Estados participantes, no obstante la carencia de fuerza coercitiva de tales acuerdos. En todo caso, es ocioso repetir aquí que de la discusión nace la luz y, consecuentemente, que la confrontación de diversos pareceres sobre una materia es siempre fructífera para la consolidación

69 *Ibíd.* 89.

70 *Ibíd.* 173-174.

71 Cadalso, 1916: 714.

72 Un análisis detallado de los Congresos Penitenciarios Internacionales y de los temas abordados en ellos, puede consultarse en Cadalso, 1916: 714-802. Así mismo, puede verse Bueno, 1963: 113-402.

o renovación de las corrientes doctrinales existentes sobre la misma, así como en ocasiones también lo es para la adopción de importantes medidas legislativas.⁷³

Retomando una idea planteada por Marcelino Rodríguez, Bueno Arus concluye:

Sin embargo, con el solo carácter de recomendaciones, único que podían tener, ejercieron la suficiente influencia en varios países para trocarse en verdaderos preceptos, por la autoridad científica y el valor moral en que consistían. De este modo la reforma penitenciaria cobró auge en algunas naciones como efecto de acomodar su legislación a lo acordado en Congresos.⁷⁴

Sospechamos que es en estos eventos internacionales acerca del saber penitenciario en donde se ha consolidado y expandido toda una suerte de discurso que ha perdurado hasta nuestros días en forma de tratados internacionales y de leyes nacionales.

Debemos advertir que escapa a los objetivos trazados en este trabajo proceder a describir y a examinar en detalle los contenidos y las incidencias de los Congresos Penitenciarios Internacionales; sin embargo, y solo a modo de ilustración, conviene resaltar que en el primero de ellos celebrado en Londres en 1872 —como también puede constatarse en los que lo suceden— se retoma y se consolida una temática de vieja data, que evoca, entre otros, el pensamiento de Howard, Bentham, Tocqueville y Beaumont:

Temas tratados y opiniones:

1. El número máximo de reclusos que debe contener una prisión es de quinientos.
2. Es conveniente la clasificación de los reclusos basada en su carácter, a fin de facilitar la individualización del tratamiento.
3. El sistema penitenciario debe ser regulado por Ley, pero dejando a la Administración las cuestiones de detalle.
4. Los castigos corporales no debe admitirse como correcciones disciplinarias en los establecimientos penitenciarios. (Sin embargo, los delegados británicos opinaron a su favor).

73 Bueno, 1963: 114.

74 *Ibíd.* 114, nota al pie número 6.

5. Se debe proporcionar a los penados una instrucción y educación de carácter civil, industrial, moral y religioso. Su objeto es devolver a la sociedad un hombre reformado apto para trabajar honradamente.⁷⁵

Con lo anterior, tras examinar algunas de las principales fuentes nutricias del discurso del derecho penitenciario moderno —que se erigen sin duda alguna en un elogio al poder disciplinario—, creemos que es dable sostener que el sendero por donde aquél transita no es precisamente el del pensamiento jurídico sino, antes bien, el de la trama infinita y reticulada de las técnicas disciplinarias aparecidas a comienzos del siglo XIX. En el subsuelo del discurso del derecho penitenciario opera una red infinita de artefactos de saber y de poder cuyo objetivo es someter al cuerpo fustigado a ciertas reglas de limpieza, salud, alimentación, trabajo y clasificación.

Es probable que el castigo moderno quiera perfilarse, al menos en apariencia, como un dócil cuerpo normativo de carácter jurídico arropado tras el velo ideológico de los principios de la legalidad y de la humanidad de las penas,⁷⁶ como un dispositivo atrapado en los confines del derecho y de sus dominios; pero esa realidad no debe confundirnos y hacernos olvidar que el discurso del derecho penitenciario se encuentra irreductiblemente atravesado desde sus comienzos por el deseo de alcanzar la normalización de los individuos.

Esta perspectiva ha llevado a cuestionar la consigna humanista que suele atribuirse a las reformas producidas en materia punitiva a partir de finales del siglo XVIII. Emilio Santoro asegura:

Estas medidas, particularmente los rituales higiénicos eran también un medio para quitarles a los detenidos su identidad personal. Ello evidencia la ambivalencia de las reformas humanitarias: las mismas medidas que protegían la salud de los presos

75 *Ibíd.* 119.

76 Esta connotación del castigo moderno ha originado en los centros de creación del discurso penitenciario todo un saneamiento del lenguaje; al respecto John Pratt sostiene: “Otro de los signos distintivos del castigo en el mundo civilizado se relaciona con la manera en que llegó a sanearse el lenguaje formal que se refiere al mismo: un lenguaje despojado de la fuerza emotiva peyorativa que pudiera invocar su imposición en favor de un lenguaje que habla del castigo en términos más neutrales, objetivos y científicos” (Pratt, 2006: 121).

eran explícitamente justificadas como una mortificación saludable del espíritu. Algo parecido se puede decir acerca de la prohibición de las visitas y del ingreso de las mujeres a la cárcel: también en este caso se mezclaban motivaciones humanitarias [...] y coercitivas [...].⁷⁷

Son cuestionables los matices y las raíces humanistas que suelen atribuirse al derecho penitenciario, porque además de que sus fuentes discursivas emanan de un saber disciplinario, bien es sabido que el castigo, entendido como un hecho social, todavía constituye en la modernidad una realidad colmada de dolor y de sufrimiento.⁷⁸

El código *secreto* mediante el cual opera el derecho penitenciario es el del saber disciplinario, el de un saber normalizador. Sospechamos también que es por lo anterior que no es fácil detectar entre los discursos del derecho penitenciario una suerte de construcción jurídica de corte dogmático, como la que en cambio sí es muy palpable en los discursos del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal. Y es claro que no son compatibles esta clase de discursos dogmáticos con los del derecho penitenciario, habida cuenta de que este último ostenta unos rasgos esencialmente normalizadores ocultos tras un ropaje jurídico.

Pensamos también que esta caracterización que se ha hecho del derecho penitenciario es la que le permite a Foucault entender tal discurso, no como un dispositivo de naturaleza jurídica sino, antes bien, como un saber auténticamente normalizador. Foucault prefiere hablar de saber penitenciario en lugar de derecho

77 Santoro, 2008: 13-14. Al respecto, David Rothman afirma: "Relacionando estas observaciones generales con el nacimiento y la perpetuación de las prisiones, de los hospitales psiquiátricos, de los reformatorios y de las casas para pobres, resulta ahora claro que los vínculos que ligan a estos lugares de confinamiento con un espíritu humanitario no son evidentes. Que todas sus celdas fueron colmadas por quienes pertenecen a las clases inferiores, que la retórica de sus sostenedores comunicaba a la sociedad mucho más que hagamos el bien, que en el espacio de pocos decenios desde su establecimiento, todos se convirtieron inevitablemente en lugares de desesperación [...], que originalmente adoptaron regímenes organizados basados en la puntualidad marcada por la campana. Estas consideraciones exceden el poder explicativo de la noción de reforma" (Rothman, 2008: 373).

78 Al respecto, Pieter Spierenburg indica: "El encarcelamiento moderno requeriría otra historia. Pero de todas formas, el actual sistema penal lleva la marca de los acontecimientos que lo han originado. Por una parte, ha mantenido, en cierta medida, sus viejas características. En efecto, todavía es necesario que todos adviertan que la pena existe, lo cual es la esencia de la noción de prevención general. Y una pena implica todavía, de un modo o de otro, la provocación de una herida" (Tomado de Rothman, 2008: 392).

penitenciario. “El margen por el cual la prisión excede la detención está lleno de hecho por unas técnicas de tipo disciplinario. Y este suplemento disciplinario en relación con lo jurídico es, en suma, lo que se ha llamado lo penitenciario”.⁷⁹ El derecho penitenciario devela entonces un saber que gira en torno al individuo encarcelado, como un discurso jurídico que se construye en dirección ascendente, esto es, desde los mecanismos más imperceptibles del control disciplinario sobre los cuerpos, que se ocultan y disfrazan tras un ropaje jurídico. No es fortuito el papel protagónico que tienen los reglamentos disciplinarios en la concepción del derecho penitenciario.

La lógica binaria en la que opera el poder jurídico no es lo que configura la forma de ejecución de las prácticas punitivas modernas; antes bien, son los artefactos del poder disciplinario los que atrapan y moldean los cuerpos en una red infinita de restricciones y controles, redefiniendo el ejercicio del poder de castigar en las sociedades modernas en clave de obediencia y modulación.

Pero alguien podría interrogar: ¿acaso no existe un conjunto de normas jurídicas que denominamos derecho penitenciario? Y a ese que interroga debemos contestar: es cierto, recordándole y advirtiéndole en todo caso que nunca puede perderse de vista que a pesar de que esas discursividades logran personificar apenas un sueño, una utopía de un castigo más racional y más humano, muy en lo profundo de ellas se oculta otro deseo —conquistado— del castigo de permanecer intacto e indemne en medio de las turbulencias propiciadas por cualquier redefinición estratégica del poder.

En definitiva, creemos que es cierto que el derecho penitenciario constituye en realidad una nueva cara, esto es, la máscara moderna del castigo institucional, su nuevo horizonte de legitimación, su discurso propagador y humanizador; como también lo es que el castigo entendido como dispositivo de poder siempre ha permanecido indemne, incólume, irreductiblemente penetrado por una lógica de dolor y sufrimiento, pero de manera más subrepticia, fina, suspicaz, sutil, refinada, en fin, al amparo del derecho.

79 Foucault, 2005c: 251.

5. EL DISCURSO PENITENCIARIO EN COLOMBIA. UNA SENDA

La línea de investigación esbozada en párrafos anteriores se perfila como un referente teórico para emprender, en el futuro, un análisis que permita acercarnos y descifrar, entre otros aspectos, las raíces del discurso del derecho penitenciario en Colombia, con miras a dilucidar sus fines políticos e ideológicos. Sería interesante poder articular la presente línea de estudio con un proyecto de investigación orientado a detectar desde una perspectiva histórica tanto los escenarios políticos como los autores que en su tiempo recepcionaron y adoptaron la ideología del penitenciarismo moderno en Colombia, para aprehenderlo desde nuestra propia realidad.

Lo anterior deviene en un proyecto académico interesante si tenemos en cuenta además que toda la discursividad del derecho penitenciario forjada en Europa entre finales del siglo XVIII y principios del XIX rebasó sus propias fronteras y logró extender sus dominios a contextos foráneos, con miras a cimentar una determinada concepción política y jurídica de la penalidad.

Nuestro país no ha sido ajeno a los efectos del discurso del derecho penitenciario. En el año 1993 se expidió la Ley 65, Código Penitenciario y Carcelario, por medio de la cual se dictaron normas orientadas a regular en la lógica del principio de legalidad la condiciones en las cuales las personas privadas de la libertad deben purgar una sanción penal o una medida restrictiva de la libertad. Conviene anotar que la ley en comento conserva la estructura bipolar propia del genuino discurso del derecho penitenciario moderno, pues oscila en dos direcciones aparentemente contradictorias: la de la legalidad y la del poder disciplinario.

No cabe duda de que la normatividad en comento devela desde el título primero de “principios rectores” un discurso orientado a delinear el castigo en clave de unos rasgos supuestamente humanitarios. El artículo 5 establece: “En los establecimientos de reclusión prevalecerá el respeto a la dignidad humana, a las garantías constitucionales y a los derechos humanos universalmente reconocidos. Se prohíbe toda forma de violencia síquica, física o moral”.⁸⁰

80 Colombia. Ley 65 de 1993.

No obstante esta caracterización, los rasgos auténticamente disciplinarios que atraviesan la lógica del derecho penitenciario afloran con mayor vigor cuando en el artículo 10 se establece cuáles son los fines que informan el tratamiento penitenciario:

El tratamiento penitenciario tiene la finalidad de alcanzar la resocialización del infractor de la ley penal, mediante el examen de su personalidad y a través de la disciplina, el trabajo, el estudio, la formación espiritual, la cultura, el deporte y la recreación, bajo un espíritu humano y solidario.⁸¹

El penitenciarismo moderno se erige en un formidable dispositivo capaz de definir los contornos jurídicos del castigo en función de una supuesta consigna humanista y garantista. Este espectro de actuación del discurso penitenciario ha logrado deslizarse y canalizarse en nuestro país a través no solamente de la expedición de textos legales como el referenciado, sino además por medio de fuentes descentralizadas que promueven y fijan pautas sobre los discursos de la penalidad. En este sentido, el rol institucional de la Corte Constitucional es vital, toda vez que ha moldeado una discursividad de la penalidad basada en principios como los de humanidad, dignidad y fin resocializador del infractor, despuntando en todo caso un rostro humanista y garantista de las prácticas punitivas. A este respecto, resulta bastante ilustrativa la sentencia T-153 de 1998, mediante la cual la Corte Constitucional declaró el estado de cosas inconstitucional en los centros penitenciarios por la violación sistemática y recurrente de los derechos fundamentales de las personas privadas de la libertad. En esta oportunidad el pronunciamiento de la Corte entra en relación con los contornos discursivos del castigo:

Actualmente, se acepta que las penas no tienen un fin único. Por eso, el Código Penal determina en su artículo 12 que la pena tiene función retributiva, preventiva, protectora y resocializadora. Sin embargo, como bien lo señala el Código Penitenciario la función primordial de ella sí debe ser la resocialización. Ello por cuanto esta función es la que materializa en mejor forma, en este campo, la definición del Estado colombiano como social de derecho y el principio de la dignidad de la persona humana, una de las piedras angulares de la Constitución Política. Del derecho a la dignidad y del concepto de Estado social de derecho, se

81 Ibíd.

deduce el derecho de los reclusos a contar con centros carcelarios que les garanticen la posibilidad de reinserción en la sociedad.⁸²

Con todo, puede apreciarse cómo el derecho penitenciario en Colombia discurre por una senda que intenta configurar la penalidad en clave de consignas supuestamente humanitarias, cuyo eje discursivo de legitimación gira fundamentalmente en torno a la ideología resocializadora del castigo. Este fin asignado a las prácticas punitivas devela de manera inevitable la tensión que se suscita en el derecho penitenciario entre las dos concepciones del poder analizadas antes: legalidad y disciplina, derecho y control, garantía y dominación. Creemos que la estructura discursiva del derecho penitenciario colombiano está ampliamente influenciada por el carácter dual e ideológico que determinó el surgimiento del penitenciarismo moderno, el cual delinea la penalidad como una práctica de segregación institucional con rasgos marcadamente humanistas, en cuya base operan dispositivos subrepticios de control y dominación.

El penitenciarismo en Colombia irradia sus efectos en el imaginario social principalmente a través del discurso resocializador que moldea las prácticas punitivas en función del restablecimiento y la rehabilitación del sujeto infractor. En este sentido, el derecho penitenciario modela un rostro del castigo atravesado por una lógica supuestamente humanista basada en el tratamiento del individuo.

Sin embargo, toda esta proyección discursiva del castigo que moldea el derecho penitenciario en clave de humanidad, pareciera que en los últimos tiempos se ha venido desvaneciendo de manera paulatina, abriendo paso a su vez a una nueva concepción discursiva de la penalidad que se despoja del velo ideológico que le recubre para representarse en su genuina realidad, alejada de las fuentes de legitimación tradicionales fundadas en la legalidad y el discurso rehabilitador. Aquí surge una nueva línea de investigación para intentar descifrar los contornos y los matices que ha adoptado la política criminal colombiana en los últimos años, con miras a analizar los efectos que estos nuevos cambios en las estrategias del control del delito producen en el discurso del derecho penitenciario y, por ende, su influencia en la redefinición ideológica de la penalidad.

82 Corte Constitucional. Sentencia T-153 de 1998, Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

No cabe duda de que en los últimos tiempos asistimos no solamente en nuestro país sino también en otras latitudes a un endurecimiento de la política criminal, la cual proclama el abandono del fin rehabilitador de la pena y redefine la institución penitenciaria como una suerte de espacio de confinamiento institucional en donde se alberga o deposita a desechos humanos peligrosos con el único y declarado objetivo de aislarlos, neutralizarlos, segregarlos en fin, controlarlos. Sospechamos que ante estos nuevos cambios producidos por la política criminal, al derecho penitenciario no le queda otro camino que redefinir su horizonte de proyección social en clave, ya no de una consigna supuestamente humanitaria o rehabilitadora, sino antes bien en función de un discurso atravesado por una lógica de exclusión, control, dominación, normalización; en últimas, de gestión y administración de riesgos. Discurso de un poder que logra proyectarse en su genuina y auténtica realidad.

Los rasgos que asume actualmente la política criminal en países como Estados Unidos e Inglaterra —claro referente de análisis de las reformas penales implantadas en Colombia en los últimos años—, así como la redefinición de la institución penitenciaria dentro de este nuevo espectro discursivo marcado por el endurecimiento punitivo y el desmonte de diversas garantías penales sustanciales y procesales, son descritos con precisión por Loïc Wacquant en su obra *Las cárceles de la miseria*, en los siguientes términos:

Este cambio de objetivo y de resultado traduce el abandono del ideal de la rehabilitación como consecuencia de las críticas cruzadas de derecha e izquierda en la década de los setenta y su reemplazo por una “ciencia penal” cuya finalidad ya no es prevenir el crimen ni tratar a los delincuentes con vistas a su posible regreso a la sociedad una vez cumplida su sentencia, sino *aislar grupos percibidos como peligrosos y neutralizar a sus miembros más perturbadores* mediante un seguimiento estandarizado de los comportamientos y una gestión aleatoria de los riesgos que están más emparentados con la investigación operativa o el reciclado de los “desechos sociales” que con el trabajo social.⁸³

En definitiva, los párrafos anteriores trazan las coordenadas de una nueva línea de investigación que desborda nuestro eje temático, el cual, sin embargo, se erige como un importante punto de partida para explorar los contornos del

83 Wacquant, 2000: 85. [La cursiva es de la fuente].

penitenciario colombiano desde diferentes prismas. Baste mencionar que el derecho penitenciario en Colombia enfrenta en la actualidad un profundo desafío ante las nuevas perspectivas político-criminales, las cuales sin lugar a dudas le obligan a modular y redefinir en términos estratégicos el discurso de la penalidad, así como a abandonar de manera paulatina aquella máscara seductora de humanismo y racionalidad que lo ha investido, al igual que a confesar y a reconocer sus rasgos auténticamente normalizadores. Habrá que indagar entonces si ha llegado por fin el momento en que el penitenciario, tras recoger y reconocer sus propias raíces históricas, logra proyectarse como un auténtico y genuino instrumento de control y normalización.

CONCLUSIONES

Como conclusiones es dable plantear que el derecho penitenciario aparece en el horizonte de proyección de las sociedades modernas a partir de finales de siglo XVIII y comienzos del XIX como un poderoso discurso jurídico que atraviesa y redefine el castigo como una realidad social investida de rasgos marcadamente racionales y humanistas, basado en el confinamiento institucional. El derecho penitenciario desde esta perspectiva se erige en un nuevo rostro del castigo, en un nuevo discurso de legitimación, en un discurso que emerge indudablemente desde el principio de la legalidad.

Sin embargo, en el subsuelo en el que se asienta todo este nuevo dispositivo del poder jurídico emerge otra suerte de poder disciplinario y normalizador que atrapa al cuerpo y lo envuelve en una red inconmensurable de control y de dominación. Los discursos confeccionados en torno al derecho penitenciario, sobre todo a principios del siglo XIX, permiten sospechar fundadamente que sus raíces provienen de un poder normalizador, de un saber que emerge de las rutinas propias del control disciplinario sobre los cuerpos.

Estos dos matices que proyecta el derecho penitenciario hacen que este quede atrapado irreductiblemente entre dos polos que interactúan en un escenario permanente de complementariedad y de cohesión, de un lado, como también

en uno de tensión y confrontación, de otro. Nos parece que es dentro de este espectro de análisis en el que debemos intentar aprehender en toda su magnitud la importancia del derecho penitenciario como discursividad, esto es, concebirlo como un mecanismo discursivo que, aunque si bien se halla atravesado en su estructura por rasgos auténticamente normalizadores, en algunos casos está llamado a desempeñar un rol estratégico —a modo de contradiscurso— imponiendo límites irrebasables a las prácticas punitivas modernas.

BIBLIOGRAFÍA

- Beccaria, Cesare. (2003). *De los delitos y de las penas*. Bogotá: Temis.
- Bentham, Jeremy. (2005). *El Panóptico*. Trad. Fanny D. Levit. Buenos Aires: Editorial Quadrata.
- Bueno Arus, Francisco. (1963). “Los Congresos Penitenciarios Internaciones”. *Revista de Estudios Penitenciarios*, No. 160, año xix.
- Cadalso, Fernando. (1916). *Diccionario de legislación penal, procesal y de prisiones, Tomo I*. Madrid: Hijos de Reus Editores, Impresores, Libreros.
- Christie, Nils. (1984). *Los límites del dolor*. trad. Mariluz Caso. México: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (1992a). *La microfísica del poder*. Trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría. Madrid: La Piqueta.
- . (1992b). *Genealogía del racismo. De la guerra de las razas al racismo de Estado*. Traducción de Alfredo Tzveibely. Madrid: Las ediciones de La Piqueta.
- . (2005c). *La verdad y la formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. Barcelona: Gedisa.
- . (2005a). *La arqueología del saber*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México: Siglo xxi.
- . (2005b). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Trad. Ulises Guiñazú. México: Siglo xxi.

- . (2005c). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México: Siglo XXI.
- . (2005d). *Las palabras y las cosas*. Trad. Elsa Cecilia Frost. México: Siglo XXI.
- . (2005e). *El orden del discurso*. Trad. Alberto González Troyano. Barcelona: Tusquets Editores.
- García Ramírez, Sergio. (2003). “Estudio introductorio. John Howard: la obra y la enseñanza”. En: Howard, John. *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. trad. José Esteban Calderón. México: Fondo de Cultura Económica.
- Garland, David. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. Trad. Berta Ruiz de la Concha. México: Siglo XXI.
- González, Julio. (2006). “El sujeto en el discurso penal”. *Nuevo Foro Penal*, No. 70. Medellín: Universidad Eafit, Julio-diciembre de 2006, p. 13-53.
- Howard, John. (2003). *El Estado de las prisiones en Inglaterra y Gales*. Trad. José Esteban Calderón. México: Fondo de Cultura Económica.
- Melossi, Darío y Massimo Pavarini. (2005). *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Trad. Xavier Massimi. México: Siglo XXI.
- Miralles, Teresa. (1983). “El control formal: la cárcel”. En: Bergalli, Roberto y Juan Bustos (directores). *El pensamiento criminológico II. Estado y control*. Bogotá: Temis.
- Pavarini, Massimo. (1998). *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. trad. Ignacio Muñagorri. México: Siglo XXI.
- Pavarini, Massimo. (2006). *Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Trad. Máximo Sozzo y Magdalena Candiotti. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Pratt, John. (2006). *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios*. Trad. Gabriel Zadunaisky. Barcelona: Gedisa.
- Rivera Beiras, Iñaki. (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.

- Ros, Juan Manuel y Julián Sauquillo. (2005). *“Estudio preliminar. Un sistema penitenciario traído de viaje”*. En: Tocqueville, Alexis de, y Gustave de Beaumont. *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*. Trad. Juan Manuel Ros y Julián Sauquillo. Madrid: Tecnos.
- Rothman, David. (2008). “Control social: el uso y el abuso de un concepto en la historia del encarcelamiento”. En: Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedad liberal*. Trad. Pablo Eiroa. Bogotá: Temis.
- Rusche, George y Otto Kirchheimer. (2004). *Pena y estructura social*. Trad. Emilio García Méndez. Bogotá: Temis.
- Santoro, Emilio. (2008). *Cárcel y sociedad liberal*. Trad. Pablo Eiroa. Bogotá: Temis.
- Tocqueville, Alexis de, y Gustave de Beaumont. (2005). *Del sistema penitenciario en Estados Unidos y su aplicación en Francia*. Trad. Juan Manuel Ros y Julián Sauquillo. Madrid: Tecnos.
- Wacquant, Loïc. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Trad. Horacio Pons. Madrid: Alianza Editorial.

TERCERA PARTE

SUBJETIVIDAD Y PRÁCTICAS PENALES

David Enrique Valencia Mesa



Para Ana María,
mi cómplice en la efectucción de los posibles

INTRODUCCIÓN¹

El presente trabajo pretende hacer una *comprensión aplicada* de algunas de las principales categorías analíticas desarrolladas por Michel Foucault, como son las de *arqueología* y *genealogía*. Por genealogía se entenderá el ejercicio consistente en “hacer la historia del pasado en los términos del presente”, es decir, partir “de un problema en los términos en que se presenta actualmente e intentar establecer su genealogía. La genealogía significa desarrollar el análisis partiendo de la situación actual”.² La arqueología por su parte, “al dirigirse al espacio general del saber, a sus configuraciones y al modo de ser de las cosas que allí aparecen, define los sistemas de simultaneidad, lo mismo que la serie de las mutaciones necesarias y suficientes para circunscribir el umbral de una nueva positividad”;³ se trata de

1 La realización de este trabajo ha sido posible gracias a la generosa compañía de los profesores Armando Luis Calle y John Jaime Posada, quienes junto a Hernando Londoño y Julio González conforman los renglones de mis primeras palabras.

2 Foucault, 2005b: 8.

3 Ídem.

describir las condiciones de posibilidad de un objeto que se da al estudio científico o se impone en las prácticas corrientes de una sociedad determinada.

La tesis central de este trabajo consiste en presentar las prácticas penales, los ritos judiciales, los discursos en torno al castigo, como ritos políticos y, como tales, productores de específicas formas de poder, las cuales a su vez se expresan en formas de subjetividad. En este sentido, se pretende hacer una aproximación a la subjetividad política como efecto de poder de las prácticas penales, o en términos más precisos, mostrar las prácticas penales como productoras de subjetividad política. Y todo a la luz del desarrollo e impulso de la víctima como sujeto político del discurso y como habitante de los actuales horizontes punitivos. Más que al sujeto de derecho, aparecido en nuestra modernidad penal y centro de atención exclusiva de los discursos penales dominantes, es al sujeto político que se crea y se refunda en el crisol discursivo y práctico del sistema penal contemporáneo, al que se pretende seguirle la pista en este trabajo.

Para ello, en términos genealógicos, se hará una historia de los sujetos políticos surgidos en las prácticas penales dominantes en las sociedades de la monarquía absoluta, en la modernidad disciplinaria, y en nuestra contemporaneidad biopolítica, como clave para esbozar el sujeto político que habita nuestras prácticas penales.

Primera aclaración: al no ser este trabajo más que un intento de “entender a Foucault aplicándolo”, no se trata de seguir una línea evolutiva de perfeccionamiento constante en la que se desarrollarían los rasgos inacabados del sujeto político de las prácticas penales; el intento consistirá en partir de la discontinuidad de la historia, de las prácticas y de los discursos;⁴ más que hacer una historia general, se trata de hacer una historia global, sustituyendo

el tesoro enigmático “de las cosas” previas al discurso, por la formación regular de los objetos que solo en él se dibujan. Definir esos objetos sin referencia al fondo de

4 A partir de la multiplicación de las rupturas, los ceses de continuidad, los rompimientos momentáneos, y las fugas y contrafugas del sentido, la discontinuidad en la historia aparece como una nueva disposición de la narración. La discontinuidad implica no dar por supuesta la historia sino captarla allí donde parece perderse, esto es, en las decisiones, los accidentes, las crisis, las iniciativas, pero no a la manera de los inicios excepcionales, sino a la manera de las existencias que no cesan de precisarse. La discontinuidad aparece como un resultado de cierta manera de descripción histórica que busca deshacerse de los índices de continuidad.

las cosas, sino refiriéndolos al conjunto de las reglas que permite formarlos como objetos de un discurso y constituyen así sus condiciones de aparición histórica. Hacer una historia de los objetos discursivos que no los hundiera en la profundidad común de un suelo originario, sino que desplegara el nexo de las regularidades que rigen su dispersión.⁵

La historia, no como un objeto preconstituido al discurso, sino como un resultado del mismo.

Para el desarrollo de este objetivo “genealógico” se describirá el correlato político —soberano— de las prácticas penales y del sujeto político al que ellas dan lugar. Las sociedades del antiguo régimen conocieron un ejercicio absoluto de la soberanía, a partir del cual el poder penal asumía la forma inquisitiva que tanto convenía al adecuado “estatus subjetivo” del rey. Con el desarrollo de nuevas técnicas disciplinarias, a partir del sujeto jurídico la sociedad moderna creará un individuo peligroso, objeto de una constante intervención sobre su cuerpo y su “alma”. Dicho “doblete subjetivo” tendrá su principal escenario en la práctica médico-judicial del castigo moderno. Por último, con el paso de la sociedad disciplinaria a la sociedad biopolítica, y la puesta en escena de un castigo *humanizante y globalizante*, aparecerá una población potencialmente victimizada; de esta manera, cierta víctima aparece como el resultado más visible de un nuevo escenario punitivo.

Segunda aclaración: soberanía, disciplina, biopolítica; rey, individuo, víctima: más que una sucesión lineal-histórica, cuyos rasgos se desarrollan conforme a un plan —histórico o providencial—, se trata del orden metodológico elegido para esta presentación.⁶

Más allá de cierta perspectiva jurídica que excluye cualquier análisis externo que esté por fuera de la lógica autonomizada del sistema, el análisis político propuesto por Foucault “desciende” al nivel de la materialidad para investigar desde allí la transformación del paradigma de poder. A partir de esta estrategia analítica se

5 Foucault, 2005b: 79.

6 “No hay sucesión, esta última es, antes bien, una manera de sumar, de hacer funcionar, además de los mecanismos [biopolíticos] propiamente dichos, las viejas estructuras de la ley y la disciplina” (Foucault, 2007b: 26).

intentará presentar el castigo como parte de esos medios y fuerzas que producen la realidad social, así como las subjetividades que la animan.

De esta manera, el objeto del trabajo se conecta con la propuesta arqueológica foucaultiana, pues no es más que la *descripción de las condiciones de posibilidad de la víctima como sujeto político de las prácticas penales actuales*; un recorrido por la continua dinámica de las relaciones de poder, que permite que un objeto, antes ubicado en los márgenes de los discursos y las prácticas del sistema penal, se encuentre ahora en el centro, demandando su adecuado estatuto epistemológico. Tal vez una descripción discontinua, dirigida a analizar las condiciones de posibilidad de la víctima, más que (o en contra de) su aparente ontología forjada a partir del avance de la razón y el progreso, permita denunciar la instrumentalización de la *víctima* en la actual relegitimación del sistema penal.

1. LAS PRÁCTICAS PENALES DE LA SOBERANÍA Y EL CUERPO GEMINADO DEL REY

1.1 La realeza cristocéntrica en el paradigma inquisitivo de las prácticas penales

Como lo enseña una vertiente de la teoría política moderna, ningún poder obrante en las comunidades humanas se sustrajo a la tarea de crear condiciones simbólicas de legitimidad;⁷ “organizar las condiciones de legitimidad del poder era equivalente a la búsqueda de sus últimos fundamentos”, tarea que asumía un carácter perentorio, pues “el poder distanciado de sus fundamentos, separado de todo criterio de legitimación, perdía su estatuto de tal y se convertía en violencia simple, en pura fuerza, quedando privado de toda correlación de su sentido”.⁸ El poder político, y las prácticas penales como paradigma extremo de su ejercicio, se hacen a todo un escenario de dispositivos de poder, que no solo implican la búsqueda de legitimidad racional, sino también, y principalmente, las necesarias cuotas de irracionalidad, de símbolos gratificantes y filiales que permitan la

7 En este sentido, González García (1998: 24) al reseñar la relación histórica entre política y uso de símbolos afirma: “no se trata de suprimir las metáforas contenidas en él [lenguaje político] porque solo nos conduzcan a engaños ni de asumirlas acríticamente, sino de ser conscientes de sus usos y significados”.

8 Mari, 1993: 63.

identificación colectiva con las formas de poder puestas en práctica, y sin los cuales todo acto de fuerza no alcanza a superar el umbral de legitimidad que convierte la violencia en derecho legítimo.⁹ Precisamente es el derecho penal, como grado sumo de violencia política, el que más imaginación ha desplegado en la búsqueda de legitimidad.

El paradigma cristológico en la Edad Media y en el régimen de la monarquía absoluta es la representación, el símbolo más elevado y eficaz de la operación ficticia o imaginaria esencial destinada a comentar y cimentar la legitimidad del sistema político en su conjunto. En esta búsqueda de legitimidad, las prácticas penales han desempeñado un papel ambivalente pero no contradictorio: siendo una de las manifestaciones políticas más necesitadas de legitimidad, en su búsqueda se han constituido en el principal medio simbólico de poderío político. En este sentido, el suplicio, como práctica penal inquisitiva, en un determinado momento histórico representó el ámbito en que mejor se expresaba la funcionalidad política, no solo de los símbolos para el poder en occidente, sino de las prácticas penales en la constitución de las formas de soberanía y poder.

El proceso de unificación del poder político desarrollado a partir del siglo XIII en occidente, que desembocó en la creación del Estado moderno y en el ejercicio de la monarquía absoluta, dio lugar a las prácticas penales inquisitivas, y encontró su principal fundamento de legitimidad, a la vez que su condición de existencia, en el paradigma cristológico de gobierno. En el contexto de las ideas clericales de la monarquía absoluta, la doctrina cristológica, explica Kantorowicz, estaba en pleno apogeo sobre todo alrededor del 1100, cuando un autor conocido como el Anónimo Normando escribe *De consecratione pontificum et regum*.¹⁰ Desde este paradigma teológico-político, la calificación y caracterización de la persona del rey venía dada por una doble naturaleza: cuerpo concreto, temporal; y cuerpo geminado, esencia espiritual, cuerpo majestuoso que se expresaba en la ficción, en la cual las prácticas penales jugaron un papel esencial, de un supercuerpo impersonal e inmortal, traducido en la máxima *el rey nunca muere*.¹¹ Por una de

9 “No creo que cualquier teoría política medieval pudiera funcionar sin alguna ficción o metáfora de perfección, y sus razones hay para dudar si una moderna puede hacerlo” (Kantorowicz, 1985: 144).

10 Kantorowicz, 1985: 59.

11 Ídem.

sus naturalezas el rey es un hombre individual; por la otra, derivada de la gracia y construida en un largo proceso de clericalización del oficio real, un dios-hombre, una esencia atemporal. Sostener el carácter geminado del rey significaba plantear que, a diferencia del hombre individual, el rey era figura e imagen del cuerpo de cristo, de la divinidad *intemporal*.

Esta parece haber sido la principal exigencia que el comienzo del Estado moderno le hacía a los juristas medievales: fundar la soberanía absoluta, más allá de la humanidad del monarca concreto, a partir de la vinculación del rey (que se confundía con el Estado) con la naturaleza divina de Dios. Esta situación es expresada perfectamente en una crónica legal del siglo xv que retoma kantorowicz, en la cual se afirma que

El rey tiene dos capacidades, puesto que tiene dos cuerpos, uno de los cuales es un Cuerpo natural compuesto de miembros naturales como el de cualquier otro hombre, y por el cual está sujeto a las pasiones y a la muerte como cualquier otro hombre; el otro es un cuerpo político, cuyos miembros son sus súbditos [...] de forma que él se halla incorporado con ellos, y ellos con él, siendo él la Cabeza y ellos los miembros, y él tiene la absoluta capacidad de Gobierno sobre ellos; y este cuerpo no está expuesto a las pasiones como el otro, ni a la muerte, pues en lo que se refiere a este cuerpo el rey nunca muere.¹²

Dejando a un lado las largas polémicas teológicas e históricas que esta fundamentación del poder suscita, son las cuestiones políticas, más precisamente aquellas referidas a las prácticas penales, las que interesan en este texto para entender los objetivos y los efectos de la organización inquisitiva del poder penal.

La cultura jurídica y política de la edad media presenció un trasvase de definiciones de la esfera de la teología al derecho, de tal manera que “la costumbre de los juristas de recurrir a la eclesiología, y de utilizar el lenguaje eclesiástico con fines seculares, contaba con una larga tradición”.¹³ Este contexto funcionó como condición de posibilidad del poder penal, y del desarrollo de los rasgos específicos que asumirían las prácticas penales inquisitivas.

12 *Ibíd.* 24-25.

13 *Ibíd.* 30.

1.2 La soberanía absoluta y el sujeto real

Históricamente el desarrollo del Estado-nación, sobre la base de la creación de instancias políticas centrales, dominantes en un territorio vasto y en confrontación de poder con las asociaciones locales comprendidas en él, comienza en el siglo XII de la era cristiana, anticipada por el mismo fenómeno en el seno de la Iglesia católica romana y presidido por su vocación de universalidad. La Inquisición precisamente traduce, en el ámbito del derecho penal, el movimiento de reemplazo del método de la composición de los conflictos por sus protagonistas,¹⁴ bajo la forma de un juicio, sustituyéndolo por la persecución penal pública y la encuesta escrita y secreta, desarrollada por el inquisidor, funcionario del soberano (hombre corpóreo, cuerpo geminado), en la búsqueda de la verdad histórica como forma básica de la administración de justicia penal.¹⁵

El inicio de las prácticas penales que se conocen con el nombre de *inquisición* determinó la entrada del monarca absoluto en la historia; en este sentido, es esclarecedora la presentación realizada por Maier sobre el comienzo y desarrollo de la idea inquisitiva: “su desarrollo fue el producto de un cambio político profundo y se acomodó perfectamente a él”.¹⁶ En su lucha con los señoríos locales, el monarca impulsó una única forma de organización política central.¹⁷ La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía en un poder central, el monarca, consustanciado con el mismo Estado. De esta manera, la grandeza del monarca era la grandeza del Estado, y las prácticas penales aportaron el principal instrumento de esta ecuación: el suplicio.

Con la pujanza de la jurisdicción eclesiástica y la reforma del derecho canónico,¹⁸ Europa vivió la introducción de la persecución penal de oficio y la consiguiente supresión del duelo judicial de los anteriores sistemas acusatorios germánicos basados en sistemas probatorios subjetivos que, como los juramentos o las pruebas

14 Foucault, 1998.

15 Maier, 2002: 293; Grossi, 2003: 30; Dusso, 2005: 123.

16 Maier, 2002: 300.

17 Grossi, 2003: 54.

18 Maier, 2002: 295.

de Dios,¹⁹ se dirigían más a probar las condiciones personales de los sujetos — nobleza, educación, apoyo público— que a buscar una verdad objetiva, como se impondría a partir de la reforma introducida por el sistema de enjuiciamiento inquisitivo. La búsqueda de la verdad como fin y fundamento de las prácticas penales inquisitivas fue el correlato necesario, más aun, el principal instrumento para la afirmación del Estado nacional bajo el dominio de un *soberano absoluto*; la verdad judicial permitió la soberanía absoluta de un rey construido a imagen de cristo.

Es en este contexto que se produce lo que algunas críticas al sistema penal, como las producidas por la escuela del abolicionismo, denominan *expropiación del conflicto*, es decir, la reconversión simbólica del conflicto y del castigo penal en asunto público que, por tanto, no debe ser gestionado por los particulares sino por el nuevo poder centralizado: el Estado (identificado con el rey en ese momento histórico). Tal idea, como lo recuerda Christie,²⁰ respondía a la concepción absolutista del Estado en la teoría política y a la progresiva publicidad del derecho penal en la teoría jurídica, que veía el delito como un ataque al orden social y a la organización estatal, de tal manera que todo delito pasó a ser considerado como delito de *lesa majestatis*.²¹

En el surgimiento de la penalidad estatal se revela el contexto de inestabilidad y conflicto en torno a la autoridad que caracterizaban la Europa de la modernidad temprana; “los señores soberanos victoriosos ofrecían *pax et justicia*”, de ahí que “la garantía de la ley y el orden fue desde un principio, una característica clave del poder soberano”.²² La imposición de la ley era, en el contexto del naciente Estado moderno y en el afianzamiento del poder del rey contra los señores feudales, “una cuestión de señorío y dominio político”.²³ El proceso de apropiación del conflicto, anteriormente de carácter privado, era el proceso a través del cual la voluntad

19 Para la presentación de los cambios que significó el abandono de la penalidad propia de la sociedad feudal y la construcción de un sistema penal inquisitivo se sigue a Maier y Foucault en las obras anteriormente citadas.

20 Christie, 1992: 162.

21 Maier, 1996: 55-74.

22 Garland, 2005: 74.

23 Ídem.

soberana del rey se imponía contra la de sus enemigos y contra sus propios súbditos rebeldes e insubordinados: “las disputas privadas y los daños infligidos a los individuos se reconstruyeron como asuntos públicos a ser tratados por los tribunales penales”.²⁴ Las respuestas privadas y los reclamos de los individuos que habían sufrido daño fueron subsumidas por un aparato estatal gestionado simbólicamente como el único criterio de justicia.

Es clave esta representación en el campo del derecho, en el cual la lucha entre el señorío local, feudal, y el poder central, real, se tradujo en el avasallamiento del derecho local, foral, germano, con fuente en la tradición popular, por el derecho romano imperial canónico.²⁵ En la consolidación y construcción de un modelo penal como el inquisitivo, la iglesia jugó un papel determinante, pues además de brindar el paradigma de legitimación cristológica, en su afán de ampliar su poder temporal introdujo el derecho romano imperial como fundamento jurídico de la *inquisitio*.²⁶

1.3 Legislar, interrogar y torturar: las funciones penales del rey

En el contexto inquisitivo de una lucha contra el pecado, la investigación de la *verdad* se constituyó en el eje central del procedimiento; el secreto de los procedimientos concluyó por abolir la publicad presente en el sistema acusatorio germánico, y la constancia escrita de los actos hizo lo propio con la oralidad del juicio. De un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado, de un sujeto del procedimiento que enfrentaba a otro que lo acusaba, como en los duelos feudales, en un objeto de la investigación que se practicaba sobre su cuerpo.²⁷

Por otra parte, el combate judicial, característico del procedimiento probatorio de los germanos, cedió su lugar, conforme a la herencia romana, a la búsqueda de la

24 Ídem.

25 Maier, 2006: 289.

26 Ibid. 293.

27 Foucault, 1998.

verdad histórica en procura de que cada pecador expiara su pecado, aunque con el paso del tiempo esto no significó más que la afirmación por cualquier medio de la autoridad de la iglesia. Fue por ello que la tortura o tormento, practicada por los germanos solo en casos excepcionales, retornó aplicada a todos los acusados como método “científico” para averiguar la verdad. La confesión era un fin del procedimiento y la sanción representaba a la penitencia y, por ende, cualquier medio útil para obtener la confesión se reputaba legítimo.²⁸ La aplicación de los “instrumentos” de tortura fue regulada específicamente, incluso como garantía del imputado, para moderar su práctica indiscriminada y los riesgos físicos; se exigía que la confesión bajo tormento fuera ratificada sin ella al día siguiente para apreciarla como válida; acto que al mismo tiempo pretendía corroborar la perseverancia en el arrepentimiento y la magnanimidad de un poder que lograba la conversión y la salvación del pecador.²⁹

Al mismo tiempo que para la organización política, para las prácticas penales el siglo XIII de nuestra era abrió una transformación total de sus principios y puntos de partida, de sus fines, de su estructura, de sus formas y de sus objetivos; transformación que quedaría consolidada ya en el siglo XV y que perduraría hasta finales del siglo XVIII cuando una nueva revolución —ideológica, política y social— transformaría nuevamente el enjuiciamiento penal.

1.4 El rey monopoliza el poder penal

Un primer cambio aconteció en la organización judicial. Frente a la jurisdicción feudal —común y local— ejercida por tribunales compuestos por jueces accidentales del lugar, y por la jurisdicción eclesiástica que arribó al siglo XIII, comenzó a desarrollarse la jurisdicción real. Esta jurisdicción de tribunales compuestos por funcionarios permanentes, profesionales de la administración de justicia, vencería finalmente a las jurisdicciones locales-feudales y se constituiría prácticamente en la única existente. De comienzo débil y final potente y pujante, alrededor del siglo XV la jurisdicción real terminó por avasallar todas las facultades que antes pertenecieron a tribunales locales y populares.

28 Langbein, 2001: 3-30.

29 Ídem.

El poder de administrar justicia, como componente de la soberanía, residió exclusivamente en el rey, quien empezó a delegar ese poder en tribunales y funcionarios permanentes, y organizó esta delegación jerárquicamente. Allí se halla el fundamento de la posibilidad de atacar o recurrir las decisiones de los funcionarios inferiores de la organización judicial. Si la potestad de juzgar pertenecía en definitiva al rey, consultar el sentido de la ley era consultar la voluntad del soberano; de ahí que la queja sobre el proceder judicial de sus funcionarios delegados debía regresar a él, en una suerte de devolución del poder delegado.³⁰

Una organización tal debió necesariamente ser más fuerte, ordenada y segura —en cuanto a la posibilidad de predecir sus decisiones— para el naciente proceso de racionalización burocrática, que el caos de la jurisdicción feudal distribuida en múltiples jurisdicciones locales, cada una con su propia ley aplicable y sin formas establecidas; pero la principal razón de tal unificación de la justicia en manos del rey era el posicionamiento de este como centro indiscutible de poder. El proceso penal inquisitivo permitió el poder soberano.

Desde ese momento, el crimen sería algo más que la afectación de un derecho individual o el simple quebrantamiento de la ley que prohíbe o manda una acción. La infracción penal representará, además, el quebrantamiento de la paz del rey, la afectación del poderío del soberano, quien verá retadas sus fuerzas en todo acto criminal; y por lo tanto, de ahí en adelante toda respuesta penal tendrá algo de venganza.

Más allá de la reparación del afectado o del restablecimiento de la ley, la infracción afectará el poder del soberano, y por tanto será percibida como un quebrantamiento de la paz que solo aquél garantiza; mejor aun, la indemnidad del soberano será identificada con la paz general, la paz del reino, de la que participan todos los súbditos hasta que a su propio riesgo decidan alejarse y hacerse merecedores del

30 Este es solo un posible ejemplo del uso de la historia para develar el sentido de muchas instituciones, que como los recursos contra decisiones judiciales, funcionan muchas veces en contravía de las declaraciones de principio de los cultores de la teoría jurídica contemporánea —es decir como garantía del procesado—, pero en línea con su razón de ser histórica, que no era otra que servir en el proyecto de unificación y centralización de la justicia en manos del rey, opuesto en su momento a la multiplicidad de centros de creación e interpretación de la ley, propio de la sociedad estamental de la Edad Media.

castigo, de la venganza del soberano, del suplicio al regicida, pues en este contexto toda infracción será un crimen de lesa majestad.

Y al ser toda infracción un crimen de lesa majestad, todo castigo será una respuesta del soberano dirigida a poner de presente la continuidad no interrumpida de su poderío. El castigo, las prácticas penales, se convertirán así en un ritual político, que al igual que las ceremonias de coronación, las fiestas religiosas, las declaraciones de guerra y hasta las facultades curativas atribuidas al rey,³¹ tendrán por objeto la manifestación de su poderío. De esta manera, supliciendo al infractor, el rey no solo recupera la paz retada por cualquiera de sus súbditos; también satisface la venganza por la afrenta causada a su persona con el quebrantamiento de la ley. Con la aplicación del castigo, el rey renueva las condiciones de su omnipotencia y de su propia existencia como poder (absoluto en este caso; ya cambiará en el momento de su ejercicio disciplinario y biopolítico). El poder penal nunca ha abandonado su carácter político, y todo poder se hará a unas específicas prácticas penales como condición y efecto de su existencia.

1.5 Unas prácticas penales para el rey

Como lo muestra Maier, cuando el ejercicio del poder penal por el Estado alcanza su cumbre histórica, el imputado se convierte en un objeto de la investigación; su defensa y asistencia técnicas desaparecen como consecuencia del secreto del procedimiento, lo que además produce la incomunicación del detenido; la pérdida de su libertad ambulatoria y su sometimiento a prisión durante el procedimiento se transforman en la regla;³² y las medidas de coerción posibles contra el imputado adquieren tal relevancia que llegan a caracterizar hasta nuestros días cualquier sistema como inquisitivo. De esta manera el imputado pierde el carácter de sujeto del procedimiento que poseía en el anterior sistema de enjuiciamiento acusatorio feudal. Se perfeccionan técnicas de investigación y medidas procesales que, como la tortura y el encarcelamiento preventivo, tienen su razón histórica en el afianzamiento del poder soberano del rey como cuerpo absoluto que en el despliegue de su poder requería del cuerpo enjuiciado para

31 Bloch, 2006.

32 Maier, 2002: 300.

demostrar su grandeza. Es así como la tortura ejercida sobre el cuerpo del súbdito se convierte en el escenario donde el rey despliega todo su poder; el proceso penal es la principal herramienta de la ecuación que transforma todo exceso en el suplicio del condenado en exceso de grandeza del cuerpo del rey, el cual aparece precisamente en el momento del suplicio, en su doble naturaleza de supercuerpo impersonal e inmortal.

De la presentación de las principales características del procedimiento inquisitivo de juzgamiento penal impuesto, se advierte el objetivo político de las prácticas penales en la monarquía absoluta. En primer lugar, el procedimiento inquisitivo no representaba un debate al cual cada parte acudía en defensa de su interés con iguales facultades que su contraria, como ocurría en el proceso acusatorio premonárquico, sino que se reducía a una *investigación oficial de la verdad*, la cual, además, se caracterizaba por ser *secreta* y se documentaba en actas escritas. Son precisamente estas tres características, investigación oficial de la verdad, secreto y escritura, las que se enlazan para alcanzar las metas perseguidas por la inquisición: la represión de los delitos y el mantenimiento de la paz pública y del orden establecido, como medios de un espectáculo punitivo dirigido a la creación del rey como sujeto absoluto de poder.

Por otra parte, la preocupación por interrogar al imputado, por hacerlo hablar, porque declarase y reconociese sus actos y de esa manera legitimara la intervención del monarca en su cuerpo que acompañaba toda la práctica judicial inquisitiva, no es otra cosa que la configuración jurídica del modelo religioso-pastoral de la confesión y el examen de conciencia, modelo religioso convertido en la principal estrategia de conocimiento de los hombres e instauración de un poder de tipo pastoral; un ejercicio del poder a partir de la verdad del individuo. Este modelo de gobierno de los individuos en función de su propia verdad, que introduce el cristianismo para occidente, se verá reflejado en el afán con que las prácticas penales posteriores al acto del suplicio se hacen a la palabra del supliciado o procesado. En el proceso inquisitivo, la declaración libre será un requisito para validar la confesión sacada bajo suplicio; en el procedimiento jurídico disciplinario que se instaurará con los cambios del siglo XVIII, será la expresión de un derecho, fundamento de legitimidad y de existencia de un poder penal que no se agotará

en la aplicación de la ley sino que buscará además tematizar al hombre en toda una estrategia política de conocimiento y dominación.

Pero de regreso al proceso inquisitivo, la preocupación del poder penal por la palabra del supliciado se expresa claramente en el siguiente pasaje:

Citado o puesto en prisión, el juez debía interrogar al acusado, en secreto, con la sola presencia del actuario que redactaba el acta y bajo juramento. Encarcelado el imputado, la indagatoria debía llevarse a cabo, a más tardar, a las 24 horas de haber sido detenido. Negarse a prestar juramento equivalía al silencio o a la negación a declarar, y el silencio voluntario determinaba para el acusado la pérdida de todas las facultades ulteriores [...] casi siempre conducía a la tortura. Previamente se lo intimidaba tres veces a responder y las mismas veces era advertido sobre las consecuencias del silencio. La comunicación con otras personas solo era posible —estaba prohibida para los delitos capitales— en delitos menos graves, después del interrogatorio. El interrogatorio representaba un arte para el juez de instrucción, cuya habilidad debía procurar la confesión de la verdad. Estaba estrictamente reglamentado.³³

Para el logro de la confesión como fin primordial del enjuiciamiento, se instrumentó la tortura como modelo para su obtención, de tal manera que confesión y tortura fueron elementos indisociables del procedimiento penal inquisitivo. La búsqueda de la verdad y la palabra del supliciado (para los efectos el cuerpo sufriente valía por cualquier palabra) contribuyen a la gestación de la soberanía absoluta que tiene su símbolo máspreciado en el cuerpo inmortal del rey, imagen de Dios-hombre en la tierra. Por una parte, la confesión permitía averiguar la verdad —la mayor información posible sobre el acusado—, el reconocimiento de su culpabilidad y la necesidad de la penitencia; por otra parte, la tortura permitía mostrar el poderío del rey frente a la insignificancia del acusado, pero también la magnanimidad del soberano que agenciaba la salvación de su súbdito a partir de la expiación de sus pecados. El rey no solo podía matar, sino que al hacerlo salvaba.

Otra de las notas características del sistema de enjuiciamiento inquisitivo es el régimen de las pruebas legales. Este régimen exigía que el tribunal, para condenar, reuniera ciertos elementos de prueba que de darse condicionaban la condena: en

33 *Ibíd.* 317.

los supuestos de prueba legal el juez estaba obligado a pronunciar la condena, con prescindencia de su convicción personal. El oficio de juzgar se convirtió en la aplicación correcta de la ley como expresión de la verdadera voluntad del soberano; de ahí que la justicia de la decisión judicial dependía del grado de conformidad de la misma con la voluntad del rey. El sistema de prueba legal representaba una idea de la jurisdicción como poder delegado por el rey, acorde con la idea de soberanía absoluta.

En este sistema probatorio, el testimonio era el principal medio de prueba; la obtención de la confesión del procesado garantizaba una plena prueba de culpabilidad, y el medio para obtenerla era la tortura. El proceso penal inquisitivo no era más que una serie de prácticas penales encaminadas a un claro objetivo político que tenía su centro en las necesidades políticas de la realeza: el régimen probatorio de la prueba legal entronizaba la voluntad del rey como justicia; la búsqueda insistente del testimonio le permitía al rey el conocimiento de su reino y de todos y cada uno de sus súbditos;³⁴ y la tortura, al igual que las demás ceremonias reales, permitía mantener un cuerpo real absoluto, al interior de un paradigma político como el de la realeza cristocéntrica.³⁵

1.6 Tortura: la naturaleza geminada del rey

Pero era la tortura el principal medio de la pragmática política inquisitiva. La tortura estaba admitida y regulada no solo para los imputados, sino también para testigos reticentes o sospechosos de ocultar la verdad. Ordinariamente se conocían tres grados para el tormento: el primero consistía en la amenaza de utilizarlo, que comprendía la exhibición de los instrumentos y los preparativos (por ejemplo, en la tortura de la soga, el proceder a las ataduras); el segundo grado consistía en la primera aplicación del tormento (elevarlo y tenerlo colgado); el tercer grado implicaba una agravación de su aplicación (sacudirlo bastante hasta que sus brazos y huesos se desencajaran). Incluso se podía repetir la tortura hasta tres

34 Como se verá, ese conocimiento es condición de un ejercicio pastoral del poder que se ocupa de todas y cada una de sus ovejas.

35 Kantorowicz, 1985: 65.

veces, en días distintos.³⁶ La resistencia al tormento muchas veces era explicada mágicamente como intervención del demonio, por lo cual en esos casos eran empleados también ritos mágicos para impedirlo, tales como esparcirle agua bendita, cortarle el cabello o la barba, lavarlo con agua caliente y otros exorcismos religiosos.³⁷ Como lo recuerda Foucault,³⁸ la tortura era una práctica penal, un suplicio público, un teatro político en el que el exceso en la aplicación de dolor era a su vez un exceso de poderío real; la tortura era una práctica en la que la realeza se detenía, condición de existencia de un poder real, donde la muerte del supliciado se hallaba a la vez *aplazada por interrupciones calculadas, y multiplicada por una serie de ataques sucesivos*.

El siglo XVIII es caracterizado como aquel momento “en el cual la discusión principista, ideológica, alcanzó su cumbre y consumió todos los esfuerzos intelectuales de su tiempo”.³⁹ En este contexto,

Es claro que el derecho penal, en sentido amplio, como factor superior del control social, no pudo quedar al margen de la polémica, pues al lado de las críticas a los principios de organización social y su réplica, él aparecía como el instrumento más efectivo para conservar el *ancien régime*, que contrariaba los nuevos principios humanitarios, e impedía el advenimiento de un nuevo orden social, cuyo centro no estaba representado por el orden del rey, sino por el individuo y su dignidad⁴⁰.

La reforma del sistema de persecución penal iniciada en el siglo XVIII y continuada y desarrollada en el siglo XIX, que tuvo sus fuentes principales en el derecho romano republicano y en el derecho practicado en Inglaterra, proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados.⁴¹ Unido a estas formas del procedimiento y a la manera de integrar la organización judicial, se erigió

36 Manzini, 1951.

37 Maier, 2006: 326-327.

38 Foucault, 1998.

39 Maier, 2002: 334.

40 Ídem.

41 Ippolito, 2008.

el gran debate contra la tortura como método para averiguar la verdad. Todo el posterior movimiento crítico alcanza su fundamento en la razón humana, fuente de todo derecho (natural), y en un profundo sentimiento humanitario hacia el ser humano.⁴² Pero precisamente a partir de este sentimiento humanitario logra tomar forma la panoplia de instituciones disciplinarias que caracterizarán nuestra modernidad penal, y que configurarán una nueva forma de soberanía y, por tanto, de poder penal.

2. LA SOBERANÍA DISCIPLINARIA Y EL INDIVIDUO PELIGROSO

2.1 Escena de curación de Jorge III: de la macrofísica del poder a la microfísica disciplinaria

Un monarca [Jorge III] cae en la manía y, para que su curación sea más rápida y sólida, no se pone ninguna restricción a las medidas de prudencia de quien lo dirige; por ello, todo el aparato de la realeza se desvanece, el alienado [el rey en este caso], alejado de su familia y de todo lo que lo rodea, queda confinado en un palacio aislado y se lo encierra solo en una recámara cuyos cristales y muros se cubren de colchones para impedir que se hiera. Quien dirige el tratamiento le informa que ya no es soberano y le advierte que en lo sucesivo debe mostrarse dócil y sumiso. Dos de sus antiguos pajes, de una estatura hercúlea, quedan a cargo de atender sus necesidades y prestarle todos los servicios que su estado exige, pero también de convencerlo de que se encuentra bajo su entera dependencia y de que allí en más debe obedecerlos. Guardan con él un tranquilo silencio, pero en cuanto oportunidad se les presenta le hacen sentir la superioridad de su fuerza. Un día, el alienado, en su fogoso delirio, recibe con mucha dureza a su antiguo médico durante su visita y lo embadurna con suciedades y basura. Uno de los pajes entra al punto a la recámara sin decir una palabra, toma por la cintura al delirante, también reducido a un estado de mugre repugnante, lo arroja con vigor sobre un montón de colchones, lo desviste, lo lava con una esponja, le cambia la ropa y, mirándolo con altivez, sale deprisa para retomar su puesto. Lecciones similares, reiteradas a intervalos durante algunos meses y secundadas por otros medios de tratamiento, han producido una curación sólida y sin recaídas.⁴³

42 Ibid. 63.

43 Foucault, 2007a: 36-37.

Ninguna escena tan plásticamente representativa del cambio político que significó el paso de una soberanía absoluta a un ejercicio disciplinario del poder, como la de este rey que ha trocado su esplendor por la pasividad de los cuidados debidos a su delirio. Se trata, en palabras de Foucault, de una ceremonia de destitución, donde el médico, que en cierto modo es el operador de ese desmoronamiento, esa desacralización, le informa al rey que “ya no es soberano”.

A partir de los estudios consagrados a las instituciones totales —la escuela, la fábrica y la prisión, entre otras—, que empiezan a desarrollarse en Europa en el siglo XVI y encuentran su primera manifestación en las órdenes monacales de la Edad Media,⁴⁴ Foucault, para entender el funcionamiento político de las sociedades modernas, propone a manera de hipótesis una forma de poder que caracteriza como disciplinario. Este poder disciplinario pondrá en juego una serie de prácticas y técnicas cuyo objetivo último consiste en hacerse al cuerpo como objeto de poder; tocar los cuerpos, aferrarse a ellos, tomar en cuenta los gestos, los comportamientos, los hábitos, las palabras: acciones que definirán una nueva manera de ejercer el poder, ya no estructurado, o por lo menos no exclusivamente, en la relación de subordinación soberano-súbdito, sino concentrado en las técnicas que a partir de la relación poder-cuerpo “modifican y dirigen lo que Servan llamaba las fibras blandas del cerebro”.⁴⁵

Las técnicas disciplinarias son técnicas de encierro, y en el momento en que ese poder disciplinario se convierte en una forma social absolutamente generalizada, el *panóptico*, como figura paradigmática del ejercicio disciplinario del poder, adquiere carácter de *símbolo*. La mecánica de las instituciones disciplinarias como la fábrica, la escuela o la cárcel, consiste en poner en juego el cuerpo con las variables de espacio y tiempo. El poder disciplinario tiende a ser una captura exhaustiva del cuerpo en un espacio determinado: del comportamiento; de los gestos; de las actitudes, de tal manera que el ideal de este poder consiste en advertir el más mínimo movimiento, la más mínima actividad corporal —y en su límite mental— a través de una vigilancia continua. Espacio y tiempo son de esta manera la sustancia misma de las técnicas disciplinarias.

44 Foucault, 2007b.

45 Foucault, 2010: 134.

Una diferencia esencial entre la soberanía absoluta y la disciplina moderna consiste en que esta no requiere para su funcionamiento ese juego discontinuo y ritual que caracterizaba la ceremonia del castigo y en la cual el monarca manifestaba su poder absoluto. Las técnicas disciplinarias se expresan ahora de forma continua, constante y silenciosa: más que por el rigor espectacular y el ritual del castigo, las disciplinas apuestan por una vigilancia continua y anónima. En las sociedades contemporáneas, el poder será a la manera de una “mirada sin rostro”:⁴⁶ imperceptible pero incesante.

2.2 Modular los castigos de acuerdo con los individuos culpables: “el alma moderna en el juicio”

La disciplina inaugura la época en que desaparece el cuerpo supliciado, el cuerpo como principal blanco de la represión penal, y aparece un nuevo cuerpo que ya no es objeto de suplicios sino sujeto de derechos. En la soberanía absoluta, las prácticas penales se dirigían a poner de presente el cuerpo del monarca; la individualización que vemos esbozarse en la cima de la relación de soberanía implica la multiplicación del cuerpo del rey. Por el contrario, la soberanía disciplinaria que empieza a esbozarse en el siglo XVI y alcanza su esplendor en el siglo XIX, llegando hasta nuestros días, produce una individualización por lo bajo. La soberanía disciplinaria inaugura el cuerpo como instrumento o intermediario: “si se interviene sobre él encerrándolo o haciéndolo trabajar, es para privar al individuo de una libertad considerada a la vez como un derecho y un bien”; el modelo del contrato, fundamentado en un cálculo economicista de cesión de derechos a cambio de seguridad y orden, y consistente en un intercambio político cuyo nivel de legitimidad pasará por la utilidad y racionalidad de las condiciones pactadas entre soberano y súbditos; el nuevo modelo político de la soberanía dará cuenta de una nueva subjetividad, el sujeto de derecho será el nuevo objeto de las prácticas penales: “El castigo ha pasado de un arte de las sensaciones insoportables a una economía de los derechos suspendidos”.⁴⁷

46 Foucault, 2010: 217.

47 Ibíd. 18.

El correlato punitivo de esta soberanía disciplinaria que funciona a dos bandos, el jurídico y el médico, es la aplicación del castigo a un sujeto jurídico, poseedor de derechos en virtud del contrato social y susceptible de perderlos al sustraerse de las condiciones del mismo.⁴⁸

En el modelo clásico del contractualismo, las leyes civiles son producto de la misma voluntad de los sujetos que participan en el pacto social,⁴⁹ por tanto, toda infracción es un atentado directo ya no contra la omnipotencia del monarca, sino contra la estabilidad del contrato, y todo infractor es un sujeto de derecho que se sustrae a la protección social instaurada con la conformación de la sociedad civil por intermedio del contrato y de su misma calidad de sujeto de derecho, haciéndose objeto de la afectación legítima de su libertad y de su vida. Ya no estamos frente al modelo clásico de la soberanía, donde toda infracción convertía a su agente en un regicida, y donde el castigo venía a restaurar la dignidad del monarca afectada por la infracción de su súbdito.

Con la consolidación de la ideología contractualista como fundamento del castigo, se tratará de suspender los derechos de un sujeto jurídico a partir de un castigo que no solo es represión sino tratamiento y curación, de tal manera que “si el suplemento de poder del lado del rey provoca el desdoblamiento de su cuerpo, el poder excedente que se ejerce sobre el cuerpo sometido del condenado, ¿no ha suscitado otro tipo de desdoblamiento? El de un incorpóreo, de un «alma»”.⁵⁰

El cuerpo supliciado, que tenía por objeto restaurar al monarca en su plenitud, viene a ser remplazado por el sujeto de derecho, que además de ser susceptible de

48 “Entre finales del siglo XVIII y a lo largo del XIX, diversos movimientos irán introduciendo cambios sustanciales en la orientación del derecho penal, y algo más tarde en el enjuiciamiento criminal. La búsqueda de una finalidad de la pena a partir de Beccaria, su fundamento en el contrato social, y la codificación, como instrumento que impida la arbitrariedad de los jueces del poder absoluto, fijando los presupuestos formales y materiales de aplicación del derecho penal, cumplen una función estabilizadora de las condiciones de aplicación del mismo, que consagran una serie de límites abarcados por la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*”. (Armenta, 1995). Desde el contenido jurídico como uno de los componentes de la soberanía disciplinaria, esta cita presenta los rasgos principales que caracterizan las prácticas penales a partir del siglo XVIII.

49 En este sentido funciona el mecanismo de la representación en el contractualismo clásico: todo acto del soberano, incluida la legislación, se considera como un acto del pueblo o del sujeto particular (según la variante roussoniana o hobbesiana, respectivamente).

50 Foucault, 2010: 36.

perder la protección jurídica de la comunidad es también objeto —y aquí se revela el carácter específicamente médico de la soberanía disciplinaria— de tratamiento:

Si no es ya el cuerpo el objeto de la penalidad en sus formas severas, ¿sobre qué establece su presa? La respuesta de los teorizantes es sencilla, casi evidente [...]. Puesto que ya no es el cuerpo, es el alma. A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones.⁵¹

Las prácticas penales se cargan de elementos externos a los específicamente jurídicos; tras la aparición de un sujeto de derecho con una interioridad a tratar —el “alma”— aparece toda una serie de técnicas médicas y psicológicas. El taller de los suplicios que tanto interesaba al monarca se transforma en el espacio médico donde se empieza a gestar un saber, discursos científicos, prácticas de poder-saber indispensables para la *humanidad* de un nuevo sujeto de derecho.

Todo este instrumental punitivo, a la vez médico y jurídico, se inscribirá en el espacio que le permite el desbloqueo epistemológico de las ciencias humanas, la aparición de una nueva *episteme* científica a la vez efecto y condición de posibilidad de nuevos objetos y nuevos sujetos. Si la penalidad clásica era posibilitada, a la vez como causa y como efecto, por un complejo de soberanía donde los rituales punitivos eran la fiesta en la cual aparecía el cuerpo del rey absoluto doblando al monarca concreto, la penalidad disciplinaria será permitida por una infinidad de estrategias dirigidas a doblar al sujeto jurídico del contrato social en el individuo caracterizado y clasificado de las ciencias humanas. Es en este escenario donde la anatomo-política del cuerpo hace su aparición:

finalmente lo que se trata de reconstituir en esta técnica de corrección, no es tanto el sujeto de derecho, que se encuentra prendido de los intereses fundamentales del pacto social; el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, a órdenes, a una autoridad que se ejerce continuamente en torno suyo y sobre él, y que debe dejar funcionar automáticamente en él. Dos maneras, pues, bien distintas de reaccionar a la infracción: reconstituir el sujeto jurídico del pacto social, y formar un sujeto de obediencia plegado a la forma a la vez general y escrupulosa de un poder cualquiera.⁵²

51 Foucault, 2007a: 23.

52 Foucault, 2005a: 134.

Nuevamente se manifiesta aquí el carácter político de las prácticas penales, su instrumentalización en una estrategia determinada de poder, que más que a una ingenua pretensión de control de la criminalidad o restablecimiento del orden vulnerado con la infracción, se inserta en una serie de técnicas y dispositivos dirigidos a la producción de específicos efectos de poder. La *función sujeto* aparece como el principal efecto disciplinario.

El individuo aparece como efecto del poder disciplinario. Mientras en la soberanía absoluta la individualización se producía en la cima, siendo el soberano el efecto de una serie de ceremonias y ritos entre los cuales el castigo ocupaba un lugar central, en la disciplina, por el contrario, la mecánica del poder va dirigida al cuerpo general de la población; al ocuparse de los cuerpos, los desplazamientos, el tiempo de la vida, las funciones vitales, la relación con el medio, y al hacerlo de manera continua a través de una mirada perpetua que se reparte por toda la red social en la que se insertan los cuerpos, la disciplina dará lugar a la *realidad-hombre*,⁵³ una individualidad jurídica y biológica. La subjetividad moderna encuentra entonces su génesis.

La emergencia del individuo en el pensamiento y la realidad política de Europa suele presentarse como el efecto de un proceso doble, pues se da a la vez el desarrollo de la economía capitalista y la reivindicación del poder político por parte de la burguesía; de allí habría nacido la teoría filosófico-jurídica que, en líneas generales, se desarrolla desde Hobbes hasta la revolución francesa. Pero aunque se pueda ver cierta idea del individuo en este nivel jurídico y económico, la constitución concreta del individuo se produjo en el nivel de determinada tecnología de poder. Más allá del sujeto jurídico, del individuo teórico del contrato social, el poder disciplinario, a partir del juego del cuerpo y las técnicas políticas que pone en práctica, dio lugar a un elemento nuevo, a una realidad histórica como el individuo.

La disciplina como forma política para las sociedades occidentales inaugura de esta manera el individualismo moderno. Este individualismo será la expresión de dos formas diferentes pero imbricadas de ejercer el poder: se trata de una

53 Foucault, 2007a: 79.

estrategia jurídica y de la puesta en práctica de un saber posible sobre el hombre. Sujeto jurídico y sujeto disciplinario coinciden como efecto único de dos formas de ejercer el poder. La penalidad moderna será el escenario por excelencia para la caracterización de esta dualidad, en tanto todo instrumento penal será al tiempo una institución jurídica y una práctica disciplinaria. Si el suplicio ponía en juego la mecánica de una soberanía absoluta, el castigo ilustrado indicará un poder jurídicamente limitado pero infinitamente invasivo, de tal forma que los jueces penales podrán afirmar que

lo esencial de la pena que nosotros infligimos, no crean ustedes que consiste en castigar; trata de corregir, reformar, “curar”; una técnica del mejoramiento rechaza, en la pena, la estricta expiación del mal, y libera a los magistrados de la fea misión de castigar. Hay en la justicia moderna y en aquellos que la administran una vergüenza de castigar que no siempre excluye el celo; crece sin cesar: sobre esta herida, el psicólogo pulula así como el modesto funcionario de la ortopedia moral.⁵⁴

A partir de esta doble realidad se abordará el complejo penal propio de la reforma ilustrada.

2.3 La racionalidad igualitaria de las nuevas técnicas penales y la unificación del sujeto jurídico

La reacción al procedimiento inquisitivo, a partir del triunfo del iluminismo, se realizó en gran medida en el plano jurídico. Fueron las reformas penales y procesales, expresadas por el movimiento de codificación que recorrió a Europa— el cual se basaba en la recientemente adquirida ideología humanista que propugnaba en materia penal por la comprensión del imputado como un sujeto de derechos, con categoría de inocente durante el procedimiento—, la que transformó la antigua manera suplicante de castigar; relativizó la utilización de cualquier medio para alcanzar la verdad histórica —que continuó siendo la meta del procedimiento—, y subordinó el proceso penal al respeto de ciertos atributos fundamentales de la persona humana plasmados en garantías y derechos individuales, los cuales eran expresión de la naciente categoría de sujeto de derecho. A continuación se hará una breve presentación del componente jurídico de la soberanía disciplinaria.

54 Foucault, 2010: 17-18.

2.4 Sujeto de derecho: el aspecto jurídico de la soberanía disciplinaria

En el ámbito jurídico, el Renacimiento inaugurará una antropología individualista, basada en un vuelco en la relación entre los individuos y la autoridad política, que desde los contractualistas del siglo XVI hasta las proclamas del XVIII girará en torno a un nuevo orden jurídico y político. Sobre la magnitud de tal cambio comenta Zolo:

Superada la concepción organicista de la vida social —el modelo aristotélico y aristotélico-tomista— que hacía de la integración del individuo en el grupo político la condición misma de la humanidad y la racionalidad, surgió la perspectiva iusnaturalista. De la prioridad de los deberes de los súbditos hacia la autoridad política y religiosa se pasó a la prioridad de los derechos del ciudadano y al deber de la autoridad pública de reconocerlos, protegerlos y, al final, también de promoverlos.⁵⁵

En el Estado moderno europeo la figura deontológica del deber, presente en las comunidades feudales y en la soberanía absoluta medieval, se transformará en la figura deontológica de la expectativa o pretensión individual colectivamente reconocida y defendida como “derecho subjetivo”.⁵⁶ En este contexto sobresale el protagonismo de la ley, ya no entendida como *lex* según la acepción de Santo Tomás —como expresión de la idea armónica y nomológica del orden natural y de su estructuración jerárquica— sino como *ius*, volición de un sujeto soberano —uno o múltiple, según las variantes teóricas—. De esta manera se consolida el primado metafísico y social del sujeto humano y de su conciencia individual como lugar de la autonomía moral y de la libertad política, en un contexto social que se pretende ordenado por la razón, la moral y el derecho.⁵⁷

En el contexto del mundo feudal, la soberanía no estaba concentrada en las manos del príncipe, ni tenía este el monopolio exclusivo de la soberanía, sino que se repartía en una variedad de funcionarios, como los magistrados

55 Zolo, 2007: 94.

56 Ídem.

57 Scattola, 2005: 54.

intermedios,⁵⁸ los cuales representaban a un sinnúmero de sujetos políticos que se regían por las normas de su profesión, de su religión o de su clase social, lo que constituía una multiplicidad de centros de interpretación de la ley y de producción del mando supremo. El mundo medieval no conocía la unificación del sujeto jurídico que inaugurará la soberanía moderna.

La Europa medieval se caracterizaba por ser una sociedad estamental, con centros de gobierno autónomos y una estructura policéntrica de poder. Esta diversidad de centros de mando encontraba su correlato en una diversidad de súbditos como sujetos políticos, los cuales, como particulares, se disponían en una pluralidad de niveles y daban vida a una multiplicidad de formas de inclusión, diferenciándose en esclavos, extranjeros, amigos, aliados y asociados, nobles y siervos, ciudadanos y burgueses; y aunque solo los ciudadanos podían conformar la república, estos a su vez no pertenecían a una categoría homogénea, pudiendo una república estar constituida por varias ciudadanías, y cada una de estas podía tener leyes y costumbres diferentes.⁵⁹ De esta manera, ni el concepto de súbdito ni el de ciudadano producen un universo de sujetos particulares idénticos. Con la categoría de ciudadanía del mundo jurídico medieval se conservaban todas las diferencias naturales, propias de los súbditos

[...] por haber nacido en un determinado lugar o ser miembros de cierto linaje, estamento o cuerpo social, y además los miembros de cada ciudadanía se diferencian también por todos aquellos derechos corporativos o comunitarios que les corresponden como habitantes de una determinada ciudad. Dentro de una república pueden darse múltiples ciudadanías, cada una dotada de leyes y costumbres diferentes.⁶⁰

Como lo muestra Dusso, y más allá de sus tintes nostálgicos, esta antropología de la diversidad permitirá la existencia de un orden no unificado aún por la soberanía moderna: “De hecho, la asociación no se basa en la igualdad de los hombres, sino en su diversidad; el conjunto de las diversidades que colaboran entre sí llevará

58 Ídem.

59 *Ibid.* 55.

60 *Ibid.* 60.

al resultado de la cooperación y la concordia, así como la diversidad de las notas lleva a la diversidad de la música”.⁶¹

El siglo XVIII conocerá una reacción contra esta diversidad propia del contexto político de la sociedad estamental de la edad media. Se tratará del surgimiento de una novedad en las organizaciones jurídicas de la Europa continental entre finales del siglo XVIII y comienzos del siglo XIX. En palabras de Tarello, corresponde a la “vicisitud histórico política de la codificación moderna”.⁶² La reforma penal producida en el siglo XVIII, pero ya gestada desde el siglo XVI con la puesta en marcha del voluntarismo hobbesiano (*Auctoritas non veritas facit legem*) y la teoría moderna del conocimiento, se materializó en la idea de codificación, un movimiento político teórico que está en el origen de los primeros códigos penales y procesales penales en la historia moderna. Este movimiento de codificación tendrá un papel trascendente en la unificación y creación del sujeto jurídico tal y como en la actualidad lo conocemos. De ahí que para efectos de este trabajo, se pretenda mostrar cómo la idea de codificación, propia de las reformas penales modernas, y característica de la cultura jurídica aún dominante, tuvo como consecuencia la superación de la multiplicidad de sujetos propia de la multiplicidad de ordenamientos y de interpretaciones a los mismos, de las prácticas jurídicas medievales, y el inicio de la historia para un sujeto unificado conocido como *sujeto de derecho*.

Siguiendo con la presentación de Tarello, “estas estructuras organizativas complejas”,⁶³ los derechos codificados y los códigos, están dotadas de un elemento ideológico, de una filosofía operativa que las idea, las promueve, las percibe y las reflexiona. A partir de la confluencia de diversos complejos ideológicos y de nuevas necesidades políticas, vemos el surgimiento de los derechos codificados, que incidirán directamente en la manera como se ejerce el derecho penal en las sociedades modernas, lo que supondrá una reconfiguración de la subjetividad gestada en el ejercicio del poder penal.

61 Dusso, 2005: 64.

62 Tarello, 1995: 39.

63 *Ibid.* 40.

La idea ilustrada de codificación impuso una comprensión del derecho como un conjunto de leyes caracterizadas por ser simples, claras, pocas, breves y concisas; lo cual a su vez obedecía a la idea propiamente ilustrada, consistente en que cada uno debía estar cierto de la propia posición frente al derecho, “y que por esto el derecho mismo debía ser cierto”.⁶⁴ La condición de esa certeza estaba dada por la existencia de un derecho único, preestablecido y conocido por todos. Pero para materializar esta idea de derecho, el movimiento de codificación tuvo que vencer algunos problemas políticos propios del particularismo y pluralismo jurídico medieval.

Entre esos problemas, el principal a resolver era la pluralidad de status o pertenencias de clase de los individuos, pues ningún sistema jurídico podía ser estructuralmente simple si configuraba diferencias subjetivas debidas a la clase social, a la religión, a la ciudadanía, a la raza, al sexo, al estado familiar, entre muchas otras. Frente a esto, la ideología igualitaria jugó un papel esencial en la unificación del sujeto jurídico. En el curso de las últimas décadas del siglo xviii, y sobre todo durante la revolución francesa, la ideología igualitaria se manifestó como igualdad ante la ley: “esta igualdad frente a la ley no significó otra cosa que unicidad de sujeto jurídico, y por esto fue más que una ideología política, un instrumento técnico de simplificación de los sistemas jurídicos”.⁶⁵

Las principales diferencias atacadas por el igualitarismo jurídico del siglo xviii, conforme a sus basamentos ideológicos —la libertad de cultos y la igualdad ante la ley—, fueron las diferencias subjetivas de clase y las diferencias subjetivas de religión, dejando intactas las relativas al sexo, la ciudadanía y la estructura familiar, entre todas aquellas otras funcionales a las relaciones de poder recientemente instauradas. La unidad del sujeto de derecho se realizó solo parcialmente, pero de manera suficientemente amplia para permitir los códigos modernos.⁶⁶ No obstante las diferencias que pervivieron, fue al final una estratagema jurídica la que permitió la unificación completa del sujeto de derecho, pues la estructura normativa de

64 Ibid. 48.

65 Ibid. 50.

66 Presentan la estructura propia de la unificación del sujeto de derecho, en materia penal, el Código Penal de José II (1787) y el Código Penal de Napoleón (1811).

los códigos ocultó dicha diversidad subsistente al trasladar las diferencias del plano subjetivo al plano descriptivo de las normas. Las diferencias subjetivas del autor o de la víctima, la diferencia entre un homicidio cometido por un noble, un católico, un comerciante o un carpintero contra un campesino, un protestante, un ciudadano o un peletero, serán trasladadas al predicado normativo bajo la forma de atenuantes o agravantes de la acción. La misma idea de imputabilidad, tan celebrada por la doctrina moderna, no fue más que un instrumento para excluir todos aquellos residuos subjetivos que implicaban una diferenciación de sujetos en la creación y aplicación del derecho.

Por último, para efectos de esta presentación es necesario comentar un hecho adicional en el movimiento de codificación que perfilará los rasgos del derecho penal moderno: se trata de la reducción de las figuras de delito y de la reducción de los instrumentos de la represión penal. La idea de un código claro y breve no era posible en el contexto de la penalidad medieval. La multiplicidad de objetos y maneras con que se intervenía el cuerpo supliciado y la creación no limitada por ningún texto escrito de circunstancias merecedoras de castigo, fueron los principales límites contra los cuales se construyó la penalidad moderna. La ideología humanitaria y proporcionalista de textos y autores ilustrados propugnará por punir exclusivamente conductas externas preestablecidas en un instrumento con fuerza vinculante como la ley, y por imponer un castigo único que sea graduable y cuantificable según el delito; de esta manera, el desborde de imaginación del castigo supliciante será remplazado por la búsqueda de instrumentos cuantificables y funcionales a la nueva idea utilitaria, que buscará un castigo económico y eficiente. De esta manera, la estructura del derecho codificado instauraba un sistema penal que aparecía, para las nuevas necesidades políticas de distribución de poder y de bienes,⁶⁷ como el más breve y económico sistema de guía de los comportamientos. Pero para ello tuvo que inventarse al sujeto jurídico.

67 Por otra parte el sistema penal será condición de una sociedad de mercado que tendrá su centro en los procedimientos de repartición de bienes. En este sentido, véase el capítulo I de Portilla (2007). Aunque en este texto, más preocupado por mostrar las prácticas penales como creadoras de subjetividad, no se comparte la reducida visión del derecho penal como superestructura del sistema económico, estando más cercano a la visión del sistema penal (*Vid:* Garland, 2005) como campo cultural con múltiples funciones, entre ellas la económica.

Todo este movimiento jurídico, como se recordó al comienzo de este acápite, tuvo su principal cometido en la superación de los excesos propios del castigo inquisitivo, ahora insoportables para el nuevo humanitarismo y la idea de hombre que se elaboró a partir de él; pero este hombre liberado del suplicio, este sujeto jurídico opuesto como límite a las prácticas penales, encontró prontamente el fin de su recientemente adquirida liberación.

La nueva forma de soberanía que se fundó para el mundo moderno no se desentendió del cuerpo; por el contrario, por medio del *doblete ético-moral del sujeto jurídico*, transformó las estrategias y los objetivos, construyendo una nueva realidad-referencia sobre la cual aplicar el castigo:

psique, subjetividad, personalidad, conciencia, etc., sobre ella se han edificado técnicas y discursos científicos; a partir de ella, se ha dado validez a las reivindicaciones morales del humanismo. Pero no hay que engañarse: no se ha sustituido el alma, ilusión de los teólogos, por un hombre real, objeto de saber, de reflexión filosófica o de intervención técnica. El hombre de que se nos habla y que se nos invita a liberar es ya en sí el efecto de un sometimiento mucho más profundo que él mismo. Un “alma” lo habita y lo conduce a la existencia, que es una pieza en el dominio que el poder ejerce sobre el cuerpo.⁶⁸

2.5 El hombre cognoscible: la tecnología de la pericia penal

Simplemente investigamos si, en el plano médico-legal, sus anomalías de carácter tienen un origen patológico, si realizan un trastorno mental suficiente para alcanzar la responsabilidad penal.

Foucault, 1975.

Así como en las prácticas penales del antiguo régimen el exceso funcionaba como un dispositivo amplificador de la soberanía hasta tal punto que doblaba el cuerpo mortal del rey en la imagen cristológica del rey absoluto —el rey que nunca muere—, la introducción de mecanismos paralelos al derecho y que trascienden el fundamento jurídico, funcionan, en la práctica disciplinaria del castigo, como dispositivo amplificador del objeto —ahora nuevo sujeto— de la

68 Foucault, 2010: 36.

soberanía disciplinaria. La conjunción del discurso médico que aparece a partir de las primeras reformas ilustradas y del discurso jurídico tiene sus particulares efectos en el plano de la subjetividad. En la soberanía disciplinaria el cuerpo del rey cede su espacio —aunque sin desaparecer definitivamente— al delincuente, nuevo blanco de aplicación y efecto de las prácticas penales.

La práctica penal disciplinaria permitirá doblar el delito en algo más que la simple infracción a la ley penal; más allá de la descripción legal, aparece toda una serie de circunstancias objeto de las prácticas disciplinarias del castigo. Conceptos como “inmadurez psicológica”, “personalidad poco estructurada”, “mala apreciación de lo real”, “serias perturbaciones emocionales”, “imputabilidad disminuida”, tienen como función “repetir tautológicamente la infracción para inscribirla y constituirla como rasgo individual”;⁶⁹ la personalidad del delincuente, su historia personal o clínica, pasarán a ser componentes de una práctica disciplinaria que tendrá por objeto *inscribir el alma del delincuente*.

En este sentido y como técnica representativa de los instrumentos que se impondrán en la configuración disciplinaria de las prácticas penales —*técnicas meditadas de transformación de los individuos*— se encuentra la pericia psiquiátrica. La pericia psiquiátrica permitirá un doble movimiento de reconversión, pues de la simple consideración del delito como infracción a la ley penal se pasará a la consideración de una serie de componentes que vendrán a ser el *doblete psicológico y moral* del delito y que lo convertirán en una infracción a las leyes naturales de la normalidad —definidas desde esas instancias científicas que empiezan a hacer su aparición. En este sentido, a partir de su fundamento científico, la pericia, y toda la serie de instrumentos paralelos a la ley que se introducen en las prácticas penales, permitirá legitimar la extensión del poder de castigar algo más allá del hecho infractor; en palabras de Foucault, “la pericia psiquiátrica permite trasladar el punto de aplicación del castigo, de la infracción definida por la ley a la criminalidad evaluada desde el punto de vista psicológico y moral”.⁷⁰ Pero además de esta función de duplicación del objeto del castigo, en el discurso penal la pericia cumplirá un papel imprescindible para un poder que intenta hacerse al alma del condenado: duplicará al autor infractor en una subjetividad nueva destinada a convertirse

69 Foucault, 1975: 29.

70 Foucault, 2007a: 30.

en el blanco de todos los poderes paralelos que acompañan al legal; creará al delincuente y a toda la estela de psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales y demás “humanistas” que acompañan la escena del castigo hasta nuestros días.

Estos nuevos científicos de las ciencias humanas tendrán su principal objeto de interés en la reconstrucción de la “larga serie de infraliminares” que acompañan al crimen como el correlato individual del hecho exterior.⁷¹ El objetivo de la penalidad disciplinaria, que no se agota en la reacción penal a una infracción, será encontrar todos esos elementos que permiten caracterizar como delincuente al infractor penal, encontrar todas esas “faltas sin infracción”,⁷² o “defectos sin ilegalidad”,⁷³ que permiten reencontrar el crimen —precediéndolo, preparándolo, anunciándolo de manera imperceptible para la sociedad no científica— en la vida cotidiana del delincuente, en sus pequeñas manías y sus recurrentes desórdenes. Y es el *delincuente* así formado, investido por toda una serie de nuevos discursos, objeto de readaptación, reinserción y corrección por parte de toda una tecnología disciplinaria, el correlato de las prácticas penales disciplinarias. Más allá del sujeto jurídico *responsable* de su acto aparecerá el individuo delincuente objeto de *normalización*: “se pasó del problema jurídico de la atribución de responsabilidad a otro totalmente distinto: ¿el individuo es peligroso? ¿Es susceptible de la sanción penal? ¿Es curable o readaptable?”.⁷⁴

2.6 Relevo institucional y normalización del cuerpo social en su conjunto: el caso de la publicidad

Los principios fundamentales de la práctica penal moderna,⁷⁵ asumidos como condiciones de la *civilización* del castigo, tuvieron su origen histórico y su desarrollo doctrinario en pensamientos filosóficos propios de la Ilustración, que en materia penal, como se anotó, tuvieron su paradigmática expresión en el movimiento de la codificación.⁷⁶

71 Foucault, 1975: 101.

72 *Ibíd.* 72.

73 *Ibíd.* 16.

74 *Ibíd.* 63.

75 Entre ellos la libre apreciación de la prueba, la publicidad, la inmediatez, la no autoincriminación, la oralidad del procedimiento principal, y todo el catálogo disponible en cualquier manual de derecho procesal penal.

76 Una detallada exposición de cada uno de ellos se encuentra en: Hendler, 2001: 359.

Pero más allá de la influencia de una escuela determinada, o de las particularidades de un pensamiento filosófico que se convierte en expresión de la misma, son los condicionamientos políticos —entre los que se encuentran los discursivos— los que posibilitan y dan forma a una nueva manera de juzgar y castigar.

Con el advenimiento de la reforma procesal penal de la modernidad ilustrada, el juego de la publicidad se introduce en unos juegos de poder nuevos, en unas necesidades políticas renovadas y en un horizonte de subjetividad que ya no se reduce al fasto del rey o al suplicio del procesado —aunque tampoco se hayan abandonado. Nuevas perspectivas y horizontes, inaugurados en un contexto histórico-político determinado, llevan a una radical transformación de la publicidad penal. Mientras la inquisición histórica consistía en un procedimiento secreto, donde la búsqueda de la verdad era un privilegio exclusivo del poder regio, y el proceso de investigación de la verdad —la culpabilidad— se construía a espaldas del procesado —este no podía conocer la acusación, los cargos, las declaraciones, las pruebas— y del público en general, el movimiento de codificación moderno, por el contrario, introdujo un procedimiento penal público, cuya misma legitimidad política consistía en la efectiva participación del público y en la construcción de una serie de instituciones que garantizaran una activa participación del procesado en el desarrollo del proceso. Pero mientras en el procedimiento inquisitivo al condenado le correspondía mostrar con su cuerpo la verdad del crimen cometido y juzgado,⁷⁷ las condenas modernas se caracterizan por cierto silencio protegido por el muro de las prisiones dentro de las cuales se desenvuelve su ejercicio. El poder que castiga ya no buscaba las credenciales de su poder en la verdad de la ejecución pública; por el contrario, fundaba su legitimidad en intervenciones que, aunque parlanchinas —médicos, psicólogos, educadores—, hacían gala de cierta modestia en su funcionamiento.

Desde el acercamiento jurídico a los principios que demarcan el procedimiento penal moderno, la publicidad se concibe como criterio de legitimidad y control de las

77 “Su cuerpo exhibido, paseado, expuesto, suplicado, debe ser como el soporte público de un procedimiento que había permanecido hasta entonces en la sombra; en él, sobre él, el acto de justicia debe llegar a ser legible por todos” (Foucault, 2010: 48).

actuaciones públicas de juzgamiento y castigo. Pero como instrumento disciplinario la publicidad posibilitará la existencia de una vigilancia continua e ininterrumpida sobre toda la población como sujeto potencial de las prácticas penales.

Teniendo en cuenta el efecto de sufrimiento emocional que se deriva de unas prácticas que ya no buscan marcar el cuerpo, sino el control molecular sobre las capacidades emocionales del público espectador, lo cierto es que podría afirmarse que el cambio de escenario, esto es, el paso de la ritualización del castigo a la ritualización del enjuiciamiento, no supuso ninguna suavización, moderación o blandura en el ejercicio del poder penal, lo que sucede es que esa violencia del suplicio se ejerce ahora de forma mucho más hipócrita, encubierta (así esté iluminada por la publicidad) y total.

3. BIOPOLÍTICA Y VÍCTIMA

3.1 La “nueva” víctima

El modelo de justicia punitiva se caracteriza por definir la ilicitud penal como infracción a una norma, es decir, como quebrantamiento de la voluntad del soberano. En él la persecución penal es pública y no dependerá de la existencia de un daño concreto alegado por un individuo, y los intereses de la víctima del hecho punible serán dejados de lado en aras de los intereses estatales de control social sobre los súbditos (la pena). De este modo, la intervención del derecho penal redefine un conflicto entre dos individuos —autor y víctima— como un conflicto entre uno de esos individuos —el autor— y el Estado.⁷⁸

Si esta parecía ser la definición más correcta del sistema penal, compartida por tirios y troyanos, ahora parece no ser más que un capítulo de la historia, propio de tiempos en los cuales la víctima no ocupaba el naturalizado protagonismo en el que hoy se la ha puesto. Si antes se consideraba que el derecho penal, con su única respuesta, la pena, ignoraba los intereses concretos de las personas que han sido victimizadas, ahora es en cierta obsesiva consideración de la individualidad y especificidad de la víctima donde parece que se han puesto los acentos de las nuevas prácticas penales. De esta manera el sistema penal se ve abocado a una repunitivización a partir de la víctima y sus derechos.

78 Bovino, 1998: 14.

La euforia por la víctima se ha convertido en la más delirante euforia por el derecho penal. Si la década del setenta vivió el interés por el delincuente, y su readaptación, tratamiento, curación, y todo intento criminológico, legislativo y judicial no eran más que la expresión de un interés etiológico dirigido al individuo infractor, el actual movimiento por la víctima⁷⁹ parece expresar el descontento del nada funciona,⁸⁰ transformando el sistema penal hasta el punto de convertirlo en “una ideología de la punición infinita”.⁸¹ La estructura básica del proceso penal y el derecho penal material se ha llenado con los contenidos propios de una victimología que piensa el castigo como expresión última de satisfacción para las víctimas, las cuales, a su vez, vienen siendo la principal estrategia de legitimación de los Estados penales contemporáneos. Respecto a la importancia que ha asumido la víctima como nuevo paradigma de los sistemas penales y causa del abandono de la penalidad basada en el individuo infractor, se ha comprobado que

En el complejo penal-welfare, el individuo delincuente estaba en el centro de la escena, era el foco de preocupación principal de la criminología. La condena debía ser individualizada para poder atender las necesidades y el potencial de reforma particulares del delincuente. Se recolectaba información sobre su biografía. Se preparaban informes sociales y psicológicos. Las características individuales del delincuente eran —en teoría, aunque no siempre en la práctica— el factor determinante de toda acción penal. [...]

En la penalidad contemporánea esta situación ha sido revertida. Los procesos de individualización se centran cada vez más en la víctima. A las víctimas individuales hay que mantenerlas informadas, darles el apoyo que necesitan, consultarlas antes de tomar decisiones, involucrarlas en el proceso judicial desde la denuncia hasta la condena y más allá de la misma. Las evaluaciones del impacto sobre las víctimas se introducen en el proceso judicial para individualizar el impacto del delito, para demostrar cómo afectó el delito a esta víctima en particular, en toda su particularidad, en toda su especificidad humana. Actualmente, algunos Estados norteamericanos permiten a las víctimas hacer recomendaciones al juez antes de que este dicte la

79 La preocupación por la víctima se ha considerado por algunos autores como un **contragolpe** contra la preocupación resocializadora de la política criminal europea y anglosajona de los años 60 y 70. En este sentido véase Hirsch, 1992.

80 Como resultado de una serie de investigaciones criminológicas R. Martinson publica en 1974: “What Works? –Questions and Answers About Prison Reform”, artículo que contiene el desencanto del *nada funciona* (Nothing Works), expresión que caracterizará el abandono de la criminología basada en el ideal resocializador y su reemplazo por todas las corrientes conservadoras de *mano dura* en el tratamiento del delito. Al respecto véase Garland, 2005; Anitua, 2006.

81 Pastor, 2005a: 73 y ss.

condena y exponer sus puntos de vista ante las juntas de libertad condicional antes de que se libere a «su» delincuente.⁸²

Las prácticas penales han sufrido una transformación, una nueva semiótica se ha introducido en sus instrumentos de intervención, modificando a su vez la estructura de los mismos. Nuevos símbolos de poder vienen a ocupar el sitio del rey y del individuo tematizado. Una nueva forma de poder, que no solo es soberana y disciplinaria, aunque también es ambas, viene a alojarse en las prácticas penales. Los intervinientes del proceso penal, aunque obedezcan a los mismos nombres, ya no tienen el mismo contenido;⁸³ la víctima, que escasamente aparecía en el seno del sistema penal, parece estar recorriendo la misma senda que cierto ejercicio político del castigo le hizo recorrer al delincuente; aquella ya empieza a tener su propia escuela clásica y positivista;⁸⁴ su individualidad se ha convertido en el parámetro para la escala de los castigos: un niño víctima implica un plus de cárcel sin beneficios ni subrogados penales; una mujer, una exigencia cognoscitiva menor en el proceso y un ejercicio probatorio más simple para alcanzar el castigo. Si las ideologías de la rehabilitación imponían una condena indeterminada para el delincuente reincidente, el afán victimológico parece no encontrarse satisfecho sino con la pena de muerte cuando la humanidad de la víctima sea de la suficiente magnitud para exigirla. El sistema penal actual ya ha creado una escala jerárquica para ubicar a las víctimas según la importancia de su humanidad; escala que tiene su correlato de inhumanidad en el sujeto activo de la conducta, que si no fuera porque las nuevas estrategias del castigo se esfuerzan en mostrarlo procesado y castigado —o castigado en tanto procesado—, podría creerse que ya no importa para el poder de castigar. Porque el derecho penal en la actualidad, aunque siga consistiendo en la aplicación de dolor intencionado al individuo previamente seleccionado como infractor, dice tener su centro de atención en la satisfacción

82 Garland, 2005: 298.

83 “La posición que ocupa actualmente la víctima en el proceso penal no es la misma que ella tenía con anterioridad a la instauración del sistema de persecución penal pública”. Bovino, 1998, p. 130.

84 La búsqueda de las causas del delito ya no en el infractor sino en la víctima tiene su expresión en la llamada *victimodogmática*: “La discusión actual sobre el ofendido ha hecho surgir también, en el Derecho penal material, una —llamada— **dogmática de la víctima**. Mientras, de ordinario se habla del mejoramiento de la posición jurídica del ofendido, se trata aquí de la tendencia contraria: deben ser eliminadas de la punibilidad aquellas formas de comportamiento frente a las cuales la víctima hubiera podido protegerse por sí misma de manera simple y exigible” (Hirsch, 1992: 125).

de derechos de las víctimas, ellas también previamente seleccionadas y creadas —el derecho penal que dice proteger a las víctimas fue el mismo encargado de crearlas en serie y darlas al estudio científico.

De esta transformación victimológica del sistema penal da cuenta la estructura del proceso penal como ritual punitivo por excelencia, aunque no exclusivo. Si el suplemento de poder del lado del rey en las prácticas penales inquisitivas provoca el desdoblamiento de su cuerpo mortal en otro inmortal, fundamento de la soberanía absoluta; y el poder excedente que ejercen las ciencias humanas sobre el sujeto jurídico reproduce un cuerpo-objeto para las instituciones disciplinarias, “un incorpóreo” sobre el cual se ejerce un poder jurídico y médico, el *victimismo* de las prácticas penales actuales conlleva un ritual punitivo que produce un nuevo sujeto, una nueva estrategia política de subjetividad, un nuevo objeto para un ejercicio político de castigar que aquí será caracterizado como *biopolítico*.⁸⁵

A la transformación política que de la soberanía absoluta, pasando por la soberanía disciplinaria, ha llevado a la soberanía biopolítica, le ha seguido una transformación en las prácticas penales, y de esa transformación en la forma de castigar da cuenta a su vez la metamorfosis del sujeto del castigo: del cuerpo del súbdito —objeto de reproducción del cuerpo del rey—, al sujeto jurídico, y de este a un público como víctima potencial.

Si en un primer momento “El proceso de construcción de la víctima, esto es, el proceso a partir del cual las prácticas penales definen la calidad de víctima de ciertas personas, se caracteriza por su autoritarismo y, por ello, por no tener en cuenta los intereses concretos de la persona que ha sufrido una agresión”,⁸⁶ en la actualidad las prácticas penales, sin perder su autoritarismo, intentan definir su funcionamiento a partir del “rescate” de los intereses de la víctima; rescate que parece no consistir más que en el reposicionamiento de la misma como objeto de poder, de su humanidad y de sus intereses; se trata de borrar los límites de la

85 La comprensión y desarrollo de este concepto se hará a partir de los cursos que Michel Foucault dedicara al tema en el Colegio de Francia: *Defender la sociedad. Curso en el College de France (1975-1976)*, [Foucault, 2000]; *Seguridad, territorio y población. Curso en el College de France (1977-1978)* [Foucault, 2007b]; *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el College de France (1978-1979)*, [Foucault, 2007c].

86 Bovino, 1993.

víctima individual y concreta para reconstruirlos según la forma de una humanidad potencialmente victimizada, lo cual permitirá a su vez el reposicionamiento de un ejercicio biopolítico del poder, más preocupado por medir variables, identificar causas, asignar efectos y combinar estadísticamente todas estas perspectivas en la creación de un nuevo objeto de las prácticas penales: la víctima como individuo y como grupo social, variantes ambas que permiten una más amplia derivación de efectos de poder.

En este capítulo se describirá el contexto discursivo y la serie de prácticas penales que se cruzan posibilitando la aparición de la víctima como nuevo sujeto del sistema penal. Se trata de analizar las condiciones de posibilidad y el régimen de materialidad; las prácticas a las que obedecen y en última instancia a las que se deben dichos discursos. Al tratar los discursos y los enunciados, no como el producto de una historia evolutiva sino como el resultado momentáneo de un horizonte discursivo y material específico, se intentará mostrar cómo la identidad de lo que se dice varía con un régimen complejo de instituciones materiales. Tal vez al mostrar a la *víctima* como un producto de discursos y prácticas, que pueden variar en cualquier momento —y que de hecho han variado a lo largo de la historia, como se mostró en los dos capítulos anteriores—, se consiga percibirla más como el juego de una serie de estrategias y no como el destino último de una humanidad que al reflejarse en el espejo construido por el sistema penal solo encuentra los trazos de una víctima.

De esta manera la víctima será tratada como un producto del discurso, y a partir de la descripción de este se intentará definir el sistema de formación de las diferentes estrategias que en ella —la víctima— se despliegan. Se trata de poner de presente “las condiciones de aparición” de un nuevo “objeto” discursivo como resultado de una serie de estrategias que aunque diversas pueden ser reconducidas a un mismo efecto de poder. En este sentido, el discurso victimológico se advierte como una estrategia que crea en su puesta en práctica el objeto que supone su enunciación. La víctima aparece así como el producto de un discurso en el que participan no solo técnicas penales como el derecho internacional, la victimología, la criminología del control o el populismo punitivo; más allá de ello, aparece como el resultado

de una forma de ejercicio de la soberanía que tiene en la vida su principal objeto y el mayor de sus efectos. Nuevamente, se trata de recordar que este es un trabajo pensado para entender a Foucault:

Tarea que consiste en no tratar —en dejar de tratar— los discursos como conjuntos de signos (de elementos significantes que envían a contenidos o a representaciones), sino como prácticas que forman sistemáticamente los objetos de que hablan. Es indudable que los discursos están formados por signos; pero lo que hacen es más que utilizar esos signos para indicar cosas. Es ese más lo que los vuelve irreducibles a la lengua y a la palabra. Es ese “más” lo que hay que revelar y hay que describir.⁸⁷

3.2 Biopolítica: una nueva estrategia de poder

El siglo XIX es el momento identificado por Foucault para ubicar el pleno desarrollo de un nuevo ejercicio de poder en las sociedades occidentales que denominará soberanía biopolítica. Sin dejar de tener elementos absolutistas o disciplinarios, esta forma de soberanía tendrá su punto central en la consideración de la vida por parte del poder; se trata de un ejercicio del poder sobre el hombre en cuanto ser viviente, en cuanto perteneciente a la especie, una tendencia denominada como *estatización de lo biológico*.

Para alcanzar este objetivo, el ejercicio biopolítico de la soberanía desarrollará un conjunto de mecanismos por medio de los cuales aquello que en la especie humana constituye sus rasgos biológicos fundamentales podrá ser parte de una política, una estrategia política, una estrategia general de poder, a partir de la cual *la sociedad occidental moderna toma en cuenta el hecho biológico fundamental de que el hombre constituye una especie humana*.

Si la soberanía disciplinaria se caracteriza por la puesta en funcionamiento de una serie de técnicas de poder que se centraban esencialmente en el cuerpo individual, mediante las cuales se aseguraba la distribución espacial de los individuos y la organización a su alrededor de todo un campo de visibilidad y vigilancia, la biopolítica intentará, más allá del cuerpo individual, otras derivaciones de poder a partir de nuevos objetos y técnicas de intervención. La biopolítica se hará a todo un campo nuevo de intervención donde, en vez de afectar a los individuos

87 Foucault, 2005b: 81.

como un conjunto de sujetos de derecho capaces de acciones voluntarias —así sucedía con la soberanía—, en vez de afectarlos como una multiplicidad de organismos, de cuerpos susceptibles de prestaciones, y de prestaciones exigidas como en la disciplina, se tratará de afectar, precisamente, a una población. Se tratará de una multiplicidad de individuos que están y solo existen profunda, esencial, biológicamente ligados a la materialidad dentro de la cual existen.⁸⁸ El problema de la biopolítica lo definirá Foucault precisamente como la irrupción de la naturalidad de la especie humana dentro de un medio artificial. De esta manera, más allá del hombre/cuerpo de la disciplina, las técnicas biopolíticas se destinan al hombre especie. Una nueva subjetividad hace su aparición.

Otra diferencia importante, y que a su vez plantea la especificidad de la biopolítica como técnica de gobierno, es que la soberanía biopolítica ya no tendrá su objeto principal en la relación de subordinación entre súbdito y soberano y en la consiguiente jerarquización de todo el cuerpo social, ni en la intervención en el individuo y su cuerpo a partir de las técnicas disciplinarias. Ahora el objeto de las nuevas tecnologías de poder es un nuevo cuerpo: cuerpo múltiple, cuerpo de *múltiples cabezas*. Aparece de esta manera la idea de *población*: “La biopolítica tiene que ver con la población, y esta como problema político, como problema a la vez científico y político, como problema biológico y problema de poder, aparece en ese momento”.⁸⁹ Si la soberanía se ejerce en los límites de un territorio, y la disciplina se ejerce sobre el cuerpo de un individuo, la seguridad, tendrá su centro en el conjunto de una población: “Límites del territorio, cuerpo de los individuos, conjunto de la población”.⁹⁰

Al desplazar su centro primordial de atención, del *individuo tematizado* a la población, los mecanismos introducidos por la biopolítica tendrán su interés puesto “en las previsiones, las estimaciones estadísticas, las mediciones globales; se tratará, igualmente, no de modificar tal o cual fenómeno en particular, no a tal o cual individuo en tanto que lo es, sino, en esencia, de intervenir en el nivel de

88 Foucault, 2007b: 41.

89 Foucault, 2000: 222.

90 Foucault, 2007b: 44.

las determinaciones de esos fenómenos naturales”.⁹¹ A diferencia de la soberanía disciplinaria, que se ejerce sobre el cuerpo del individuo al nivel del detalle, de los gestos, la biopolítica actuará mediante mecanismos globales “de tal manera que se obtengan estados globales de equilibrio y regularidad; en síntesis, de tomar en cuenta la vida, los procesos biológicos del hombre/especie y asegurar en ellos no una disciplina sino una regularización”.⁹²

El surgimiento de estas nuevas técnicas y de este ejercicio de la soberanía es puesto en contexto por Foucault en el siguiente pasaje:

Todo sucedió como si el poder, que tenía la soberanía como modalidad y esquema organizativo, se hubiera demostrado inoperante para regir el cuerpo económico y político de una sociedad en vías de explosión demográfica e industrialización a la vez. De manera que muchas cosas escapaban a la vieja mecánica del poder de soberanía, tanto por arriba como por abajo, en el nivel del detalle y en el de la masa. Para recuperar el detalle se produjo una primera adaptación: adaptación de los mecanismos de poder al cuerpo individual, con vigilancia y adiestramiento; eso fue la disciplina. Se trató, desde luego, de la adaptación más fácil, la más cómoda de realizar. Por eso fue la más temprana —en el siglo xvii y principios del xviii— en el marco limitado de instituciones como la escuela, el hospital, el cuartel, el taller, etcétera. Y a continuación a fines del siglo xviii, tenemos una segunda adaptación, a los fenómenos globales, los fenómenos de población, con los procesos biológicos o biosociológicos de las masas humanas.⁹³

Así, entonces, el Estado contemporáneo caracterizado por Foucault desplegará, en el ejercicio político de la soberanía, dos tecnologías de poder. Una técnica que es disciplinaria: está centrada en el cuerpo, produce efectos individualizadores, manipula el cuerpo como foco de fuerzas que hay que hacer dóciles y útiles a la vez. Por otro lado estarán las técnicas biopolíticas, que definen nuevos objetos de intervención y nuevas técnicas de gestión a partir de las cuales un nuevo sujeto, la *población*, aparecerá en la escena política.

La naturaleza biopolítica del nuevo paradigma de poder tendrá su principal característica en la regulación de la vida social desde su interior: ahora la vida

91 Foucault, 2000: 223.

92 Ídem.

93 Ibíd. 226.

ha llegado a ser un objeto de poder.⁹⁴ La biopolítica se encargará de la vida siguiéndola, interpretándola, absorbiéndola y rearticulándola. Es así como el poder llegará a alcanzar un dominio efectivo sobre toda la vida de la población en el momento en que se constituya en una función vital, que cada individuo apoya y reactiva voluntariamente.⁹⁵

La traducción punitiva del biopoder se presentará como una curiosa forma de dominación, pues el instrumento usado para absorber en su conjunto la vida, será gestionado, reproducido y puesto en práctica por los mismos destinatarios de sus efectos. El desarrollo de movimientos sociales organizados en torno a la gestión y ampliación del castigo; la confianza puesta en el desarrollo del derecho penal como instrumento de protección y reivindicación de intereses grupales; la aparición de una víctima ávida de verdad, justicia y reparación que solo encuentra satisfacción a sus derechos en el castigo; todo esto se configura en el mejor medio para un poder que se presenta como el más “democrático”. Pero de esta manera, el poder que se expresa en las actuales configuraciones punitivas llegará a ser completamente biopolítico, es decir, logrará que “La sociedad, absorbida dentro de un poder que se extiende hasta los ganglios de la estructura social y sus procesos de desarrollo, [reaccione] como un solo cuerpo”.⁹⁶

Para ello, el sistema penal, se configura a partir de nuevas técnicas y estrategias biopolíticas, que implicarán toda una nueva serie de preguntas y objetivos: ¿cuál es el índice medio de la criminalidad?, ¿cómo se puede prever estadísticamente que habrá tal o cual cantidad de hurtos en un momento dado, en una sociedad

94 “La hipótesis del *biopoder* es la siguiente: la vieja potencia de la muerte en la que se simbolizaba el poder soberano es ahora recubierta cuidadosamente a través de la administración de los cuerpos y de la gestión calculada de la vida. Desarrollo rápido de disciplinas diversas: hospitales, escuelas, colegios, talleres, fábricas, cuarteles. Aparición también, en el campo de las prácticas biopolíticas, y de las observaciones económicas, de consideraciones acerca de la natalidad, de la longevidad, de la salud pública del *hábitat*, de la migración de las poblaciones. Surgimiento explosivo, entonces, de técnicas diversas y numerosas que tienen como objetivo sujetar a los cuerpos y controlar las poblaciones. De esta manera, aprendemos poco a poco lo que es ser una especie viviente en un mundo viviente, tener un cuerpo, condiciones de existencia, probabilidad de vida, salud individual o colectiva, fuerzas que se pueden modificar y un espacio en el cual esas fuerzas se pueden repartir de manera óptima. Por primera vez en la historia lo biológico entra en lo político” (Castrillón y Pulido, 2003: 29).

95 Negri y Hardt, 2005: 45.

96 Ídem.

dada, en una ciudad determinada, en la ciudad, en el campo, en tal o cual capa social, etc.? En lo referente al robo, ¿cuánto cuesta a la sociedad, qué perjuicios genera, qué lucro cesante, etc.? ¿Cuánto cuesta la represión de esos hurtos? ¿Es más costosa una represión severa y rigurosa, una represión blanda, una represión de tipo ejemplar y discontinuo o, al contrario, una represión continua? En términos generales, el interrogante será, en el fondo, cómo mantener un tipo de criminalidad, que aunque sentido como peligro, sea a su vez el mejor medio para mantener dentro de ciertos límites que sean social y económicamente aceptables a la población en su conjunto, sobre la cual se articularán las nuevas prácticas penales y las estrategias políticas que tendrán en una humanidad potencialmente victimizada su principal objetivo y su más seguro medio de existencia.

3.3 La criminología del control: discurso y práctica punitiva

A partir de este ejercicio biopolítico de la soberanía, las prácticas penales tendrán nuevos objetivos y nuevas técnicas de intervención. Con la introducción de la población como nuevo sujeto de poder y la transformación de las relaciones de subordinación y disciplina en relaciones de *regulación*, la criminología conocerá el auge de una estrategia de control dirigida a grupos de riesgo. Del ideal rehabilitador, o por lo menos del discurso criminológico basado exclusivamente en la peligrosidad individual, se pasará a un modelo basado en la gestión de riesgos y en el control de poblaciones disfuncionales.

Con la implementación de técnicas biopolíticas en el control de la criminalidad, no se tratará exclusivamente del castigo de una colección de sujetos jurídicos, en relación individual o colectiva con una voluntad soberana. Por el contrario, con la introducción de la población, se tratará de gestionar un conjunto de elementos que, por un lado, se inscriben en el régimen general de los seres vivos, y, por otro, ofrecen una superficie de agarre a transformaciones autoritarias, pero meditadas y calculadas. La dimensión por la cual la población se incluye entre los demás seres vivos es la que va a ponerse de manifiesto y la que se sancionará cuando, por primera vez, se deje de llamar a los hombres “el género humano” y se comience a llamarlos “la especie humana”. A partir del momento en que el género humano aparece como especie en el campo de determinación de las relaciones de poder, puede decirse que el hombre se presentará en su inserción biológica primordial.⁹⁷

97 Foucault, 2007b: 213.

De esta manera el control penal ya no se ilusiona con fundarse sobre la observación científica de la personalidad, y en lugar de confiarse al riesgo de “apostar al hombre” a través de una valoración personalizada de la peligrosidad, se ocupará primordialmente en un cálculo estadístico de los riesgos por poblaciones criminales y grupos sociales desviados. Lejos de la patología, las técnicas de la criminología del control consideran la existencia del delito como algo que debe darse por sentado, suponen la desviación como un acto normal que debe ser medido y circunscrito en una tabla de estadísticas y según unos precisos criterios de gravedad. Sus intervenciones no deben dirigirse a la vida individual, no la cuestionan moralmente, ni pretenden explicarla causalmente, ni normalizarla. Solo procuran regular grupos humanos peligrosos para optimizar el manejo o gerencia de los riesgos. Para ello será decisivo el empleo de toda una serie de técnicas que, como las estadísticas, se configuran en un medio de conocimiento directo de factores y distribución de los riesgos, un mapa de probabilidades a reducir o redistribuir.

Al remplazar la obsesión por el delincuente por la obsesión por un nuevo sujeto plural, el público, y al concebir a este como un sujeto potencialmente victimizado, las nuevas estrategias penales transformarán sus objetivos a partir de los nuevos espacios de control desbloqueados con la presencia de la víctima, aunque más que a un cambio del sistema penal, se asista a un cambio en el sistema penal. La misma ideología del tratamiento, vigente en Estados Unidos y en algunos países europeos en la segunda mitad del siglo xx, será usada ahora para nuevos objetivos:

El objetivo inmediato ya no es mejorar la autoestima del delincuente, desarrollar la capacidad de discernimiento o prestar servicios centrados en el cliente, sino imponer restricciones, reducir el delito y proteger al público. Estos cambios en la práctica, junto con el reciente resurgimiento de la preocupación por la menor elegibilidad, hacen que los programas de tratamiento se presenten a sí mismos como beneficiosos para las futuras víctimas más que para el delincuente. Son las futuras víctimas las que ahora son “rescatadas” a través de la rehabilitación, en lugar de los delincuentes.⁹⁸

98 Garland, 2005: 288.

3.4 El derecho internacional humanitario como derecho penal de los derechos humanos

Un elemento importante en la reconfiguración del mapa punitivo biopolítico es la comunidad internacional. El poder ejercido por la comunidad internacional, en un contexto biopolítico, también ha recurrido a renovar las credenciales de su legitimidad y los instrumentos de su intervención. Dentro de las primeras, ocupa un lugar importante el papel de los medios de comunicación. Estos representan el nuevo escenario de creación y expansión de figuras simbólicas, a través de las cuales se regulan las necesarias cuotas de aceptación filial y emocional. Al guiar y canalizar lo simbólico, el poder internacional encuentra en la publicidad la mediación necesaria entre su ejercicio y cierto grado general de aceptación o legitimidad: “Las industrias de la comunicación integran lo imaginario y lo simbólico dentro de la trama biopolítica, con lo cual no solo los ponen al servicio del poder, sino que realmente los integran en su mismo funcionamiento”.⁹⁹ De esta manera algunos autores ya afirman que el arsenal de fuerza legítima para la intervención de este poder internacional “ya es en realidad vasto y deberíamos incluir en él no solo la intervención militar, sino además otras tales como la intervención moral y la intervención jurídica”.¹⁰⁰ Es de tal magnitud la fuerza simbólica que ha desplegado este poder internacional en la búsqueda de legitimidad, que “En realidad, se obtiene un panorama más claro de los poderes de intervención del imperio si se considera que no comienzan directamente con sus armas de fuerza letal, sino, más bien, con sus instrumentos morales”.¹⁰¹ Dentro de esta intervención moral pueden ser ubicadas un gran número de instituciones sociales que desde los medios periodísticos y las organizaciones religiosas, pasando por movimientos sociales de toda índole, llega hasta las organizaciones no gubernamentales, siendo precisamente estas las que más contribuyen en la atribución de imperativos éticos o morales al poder internacional. Estas ONG en su carácter humanitario se convierten en una de las armas pacíficas más poderosas del nuevo orden mundial, pues libran guerras justas sin armas, sin violencia, sin fronteras: “Como los dominicos del período medieval tardío y los

99 Negri y Hardt, 2005: 54.

100 Ídem.

101 Ídem.

jesuitas de los albores de la modernidad, estos grupos luchan por identificar las necesidades universales y defender los derechos humanos. Mediante su lenguaje y su acción, primero definen al enemigo como privación y luego reconocen al enemigo como pecado”.¹⁰²

Es interesante la observación que hacen algunos teóricos frente a estas ONG. En la definición y denuncia pública de los enemigos que atentan contra la humanidad representada en sus intereses, estas organizaciones allanan el camino para la intervención militar y/o penal. Al identificar al enemigo como enemigo de la humanidad, se prefigura el estado de excepción “desde abajo y sin fronteras” como una lucha excepcional para un mal excepcional. De esta manera se comprueba cómo el relajamiento de garantías en el ámbito penal y procesal penal, y la reconfiguración del instrumento penal, es la *natural* continuación de la previa intervención moral de estas organizaciones. La respuesta penal y bélica se presenta como “la reacción del brazo secular” de estas cruzadas humanitarias sancionadas internacionalmente. Se trata de una intervención continua con un carácter tanto moral como policial y penal; intervenciones que se presentan como excepcionales, así su ejercicio empieza a ser permanente.

La acción de todos estos organismos que se constituyen como representantes de los intereses de la humanidad se convierte de este modo en “la soberbia ética del iushumanismo”.¹⁰³ Ya se la denomine neopunitivismo, populismo punitivo, ideología *Volk*, derecho penal securitario o autoritarismo *cool*, esta tendencia parece compartir en cualquiera de sus expresiones algunas características básicas. En primer lugar ya se empieza a escuchar la *presunción de víctima* (sea niño, mujer, etc.) contrapuesta a la *presunción de inocencia* como expresión de un supuesto derecho fundamental al castigo. A partir del desarrollo del derecho internacional y su influencia en los derechos nacionales se establece la obligación de tutelar penalmente los intereses representados por dichos ordenamientos. Se desplaza la consideración del derecho penal como *ultima ratio* encargado de proteger

102 *Ibíd.* 56.

103 “[...] cuando alguien se presenta y dice «me dedico a los derechos humanos» no hay más lugar para ambigüedad alguna: el personaje es alguien admirable, honrado, digno, justo, solidario, preocupado por el bienestar de todos, dispuesto al sacrificio para defender la justicia y los derechos de los otros. En fin, un ser excepcional y extraordinario, para orgullo de su familia y admiración de todos los sexos”. Pastor, 2005, p. 30

derechos individuales considerados esenciales para la vida en sociedad, por la protección de intereses cada vez más difusos, de carácter colectivo, siempre y cuando se encuentren representados por organismos o grupos *iushumanistas*. De esta manera, cuando un Estado quiera congraciarse con alguno de estos grupos o con el ordenamiento internacional que los avala, simplemente expide una ley penal encabezada con el interés que se dice proteger. Frente a cierta obviedad del sistema penal como instrumento encargado de proteger cualquier interés posible, vale recordar una cita de Daniel Pastor: “Una cuestión es que los bienes e intereses penalmente tutelados sean también bienes e intereses constitucionalmente protegidos (p. ej. la vida, la integridad personal) y otra que exista además una obligación de castigar penalmente la lesión de esos bienes o intereses”.¹⁰⁴

De otra parte, se impone cada vez con más fuerza la *creencia* en bienes o intereses inderogables o imprescriptibles. Se trata de la vieja transferencia de privilegios eclesiásticos al Estado secular. En la conformación del Estado moderno, los juristas medievales, preocupados por hacer participar los conceptos estatales de la naturaleza intemporal de la religión, crearon la expresión *el tiempo no corre contra el rey*, la cual era la expresión de un interés especial en el que se involucraba la idea de sempiternidad, o de una perpetuidad suprapersonal. Se trataba de desligar al rey —en lucha contra el papa y los señores feudales— de cualquier límite impuesto por la Razón o el Derecho:

Respecto de estas cosas sagradas (*res quasisacrae*), el poder real se hallaba definitivamente por encima del Derecho. El rey, por ejemplo, no tenía la carga de la prueba cuando impugnaba una franquicia, puesto que sus reales derechos le pertenecían *no por parte del tiempo*, sino, por así decirlo, *por esencia de la corona* [...] Además, respecto de las cosas públicas o sagradas el rey se convertiría prácticamente en juez en causa propia, lo que de todos modos resultaba cierto en los casos de alta traición, puesto que su propia causa se presentará como causa pública o causa del reino. Finalmente, todos aquellos perjuicios cometidos en relación con las *res quasisacrae* no podían acogerse al principio, válido en los demás casos, de la prescripción, porque *el paso del tiempo no disminuye el perjuicio sino que lo aumenta*. En resumen, la máxima *nullumtempus* situaba al rey y sus derechos imprescriptibles por encima del derecho, que vinculaba al resto de los hombres.¹⁰⁵

104 Ibíd. 38.

105 Kantorowicz, 1985: 166-167. [Las cursivas son de la fuente].

Si estos *teologismos de Estado* fueron imprescindibles para la consolidación del Estado moderno, parece que el nuevo orden mundial tampoco ha querido prescindir de ellos. En recientes pronunciamientos la Corte Interamericana de Derechos Humanos, expresión regional de la comunidad internacional, ha sostenido que “son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos”.¹⁰⁶

3.5 La víctima: un producto del mismo poder que la protege

Con el fin de la segunda guerra mundial y el desmantelamiento de los regímenes totalitarios de toda Europa, se buscó la superación y la creación de mecanismos que impidieran la repetición del desastre europeo. Es en este contexto que surge el derecho internacional de los derechos humanos, ahora convertido en derecho penal internacional de los derechos humanos. El inicio del derecho internacional de los derechos humanos se dio entonces la protección de la víctima; más precisamente, la protección de la comunidad internacional como víctima potencial. Asumida la *enseñanza de Auschwitz* como laboratorio de producción de víctimas en serie, y aceptada la facilidad del poder para construir campos de concentración y para recluir en ellos a grupos enteros, se gestó el instrumento del derecho internacional de los derechos humanos como límite de cualquier pretensión política que se mostrara cercana a la experiencia europea de la segunda guerra mundial. Pero la contradicción insalvable en que se encuentra la víctima viene dada por el hecho de que el instrumento al cual se le encomienda su protección fue el mismo instrumento que la produjo en serie y que la posibilitó como concepto para su estudio científico. Siguiendo la tesis de la “sociología del holocausto”,¹⁰⁷ este no fue más que la exacerbación del poder penal, es decir, la instrumentalización del derecho penal como mecanismo dirigido a producir muertes en serie, poder penal que no es otra cosa que el reverso del *derecho* del Estado a hacerles la guerra a sus enemigos. El derecho internacional de los derechos humanos, por su parte, devino en derecho penal; y hasta ahora, en ausencia de políticas de inclusión cultural y ciudadana y de aseguramiento de condiciones sociales y económicas de existencia, el castigo

106 Caso “Bulacio vs. Argentina”, sentencia del 18.9.2003, citado por Pastor, 2005a: 73 y ss.

107 Christie, 2006.

es la única respuesta de un poder, que por su autoasignada labor de protección de víctimas, es asumido “como octava maravilla del mundo”.¹⁰⁸ La víctima, la que habita las actuales prácticas penales, y refunda su legitimidad, debe darle vida al mismo poder penal que la creó. Esta es precisamente una de esas ironías de la historia de las que tanto advertía Foucault.

Si en su momento se dijo, a partir de desarrollos sociológicos, que el delincuente no es en últimas sino lo que el Estado dice que es, hoy más que antes puede afirmarse que la víctima es lo que el poder dice que es. Y ese espacio político de definición lo ocupa actualmente el derecho internacional, que como derecho penal de los derechos humanos pretende justificar su intervención apelando al uso de la víctima. La generalización de este concepto y de sus usos va creando una especie de código simbólico que habita los imaginarios de todos los operadores penales, definiendo sus prácticas en un sentido muy concreto. Además, actuando en el imaginario de la sociedad el nuevo poder tiene garantizadas las cuotas de irracionalidad que llevan a la identificación colectiva con conceptos como derechos humanos y víctima colectiva, los cuales, en última instancia, garantizan la legitimidad del poder penal internacional.

3.6 La forma del castigo: transformaciones de las prácticas penales y reposicionamiento de la víctima

Como lo comprueba la más lúcida doctrina procesal penal, cuando se quiere mejorar la situación de la víctima, no se puede evitar, al edificar esa nueva posición, golpear, y hasta derribar parcialmente, los fundamentos del sistema penal estatal y aun los de otras áreas de la vida jurídica: los fines expiatorios o preventivos de la pena y la función del derecho penal, la relación y los límites entre la pena estatal y el interés particular, los fines del procedimiento penal, la relación de los sujetos procesales entre sí, en especial la de los órganos estatales con los intervinientes privados en el procedimiento, y la posición del imputado. Todo ello se ve afectado por el creciente interés por mejorar las condiciones de la víctima desde el derecho penal.¹⁰⁹ La víctima se ha convertido en un elemento

108 Pastor, 2005a: 73.

109 Maier, 2006: 588.

especialmente útil para la reforma de la justicia penal. Pero más que sus intereses, el único que sale revitalizado de tal empresa es el sistema penal.

En el modelo ilustrado de persecución penal, dominado por principios como la inocencia, la víctima era un resultado del proceso penal, al igual que el delincuente protegido por el principio de presunción de inocencia, quien solo adquiriría la condición de infractor al final de una sentencia condenatoria y ejecutoriada; la víctima se configuraba como tal en el mismo momento que el procesado se configuraba como delincuente. Víctima y victimario aparecían al final de un procedimiento cognoscitivo que arrojaba una sentencia condenatoria. Por su parte, en la configuración del proceso penal de la actualidad la víctima se ha convertido en un *a priori histórico*, definido y construido en otras instancias discursivas que la suponen como dato incuestionable para la comprensión de la realidad y no como consecuencia de la realidad construida. Esto ha tenido sus efectos más visibles en el proceso penal, donde una víctima predefinida se introduce en la lógica del enjuiciamiento criminal haciendo valer sus derechos por adelantado, los cuales se imponen a toda la lógica procesal, siendo una de sus necesarias consecuencias el adelantamiento de la aparición del culpable, del infractor penal como correlato indispensable que permite mantener la lógica binaria que anima el derecho penal moderno, la cual informa que sin culpable no hay víctima, es decir, que donde hay víctima no puede haber inocente.¹¹⁰ Por tanto, mientras más víctima haya, más culpable habrá, y el proceso penal será más un lugar de castigo que de conformación de identidades como en el proceso liberal clásico; la víctima y el culpable no serán ya mas consecuencia de un proceso con final condenatorio, sino los personajes construidos socialmente y asumidos por el proceso penal como los actores de su escena.

3.7 La histérica y la víctima

El nuevo poder global busca justificar su ejercicio tras la humanidad “recuperada” de las víctimas. Cierta discurso humanitario brinda las claves de justificación a un poder que no desea presentarse como lo que es: violencia desnuda. Ahora la

110 Inocentes y culpables, víctimas y victimarios, como únicos espectros subjetivos que reconoce la lógica binaria del derecho penal moderno (Orozco, 2005).

humanidad es el fundamento de sus intervenciones, la humanidad de las víctimas se ha convertido en el objeto preponderante de un poder punitivo que no solo se ejerce sobre ellas —su cuerpo, su psicología, sus necesidades, sus derechos— sino también, y principalmente, se ejerce en su nombre.

Así como el movimiento de la antipsiquiatría denunciaba que el médico producía la crisis de histeria que describía, o en términos de Pasteur, que el médico transmitía las enfermedades que pretendía combatir, la nueva victimología pretende rescatar, a través del repotenciamiento punitivo, a la misma víctima creada por las prácticas penales. El objeto del sistema punitivo es un efecto de las mismas prácticas punitivas, ahora salvíficamente concebidas.

Los nuevos derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación parece que solo tienen un espacio en la sentencia condenatoria. La absolución del procesado, se dice, dejaría a la víctima en un estado de indefensión y abandono insoportable para la *nueva conciencia humanitaria*. Es a partir de esta idea que se replantea toda la estructura material y procesal del castigo; las garantías del liberalismo —en su momento plenamente vigentes por su funcionalidad política— han perdido ahora su importancia al interior de unas prácticas penales preocupadas por mostrar, vía condenas, la nueva importancia de las víctimas. De esta manera, los creadores de la víctima, han venido a condenar al procesado.

En el escenario jurídico-penal contemporáneo expresar interés por la persona de la víctima se ha convertido en moneda corriente. Esta comprobación, entendida por muchos como un destañido lugar común, puede representar aún cierta utilidad. Sobre todo, porque parece encubrir más de lo que dice, en tanto quien se acerque a la realidad de los sistemas penales vigentes se encontrará con que la víctima (individual o grupal) no es más que el instrumento de turno para apuntalar una discriminación de más amplio espectro, en el que aparece incontestable que el objetivo central de los sistemas penales continúa siendo el castigo del delincuente. La “transformación” del sistema penal a partir de la consideración de los derechos de la *víctima* se ha traducido en la intensificación de los rasgos más autoritarios propios de todo sistema penal. Se trata esta vez de la división de la sociedad en víctimas de pleno derecho y victimarios

sin derechos. La sociedad se ha convertido en un gran juicio penal, dividida en víctimas y victimarios, donde el creciente interés por los derechos de las primeras tiene su correlato en el desinterés por los derechos de los segundos, o de manera más precisa, en el interés por la pérdida de cualquier derecho para los procesados.

BIBLIOGRAFÍA

- Anitua, G. I. (2006). *Historias de los pensamientos criminológicos*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Armenta Deu, T. (1995). "Pena y proceso: fines comunes y fines específicos". *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Volumen 48, Fascículo. 2, Madrid.
- Bloch, M. (2006). *Los reyes taumaturgos. Estudio sobre el carácter sobrenatural atribuido al poder real, particularmente en Francia e Inglaterra*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Bovino, A. (1993). "La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derechos", Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano Universitario de Derecho Penal y Criminología realizado en Santiago, Chile del 12 al 15 de mayo. Disponible en: www.cienciaspenales.org
- . (1998). "La participación de la víctima en el procedimiento penal". En: *Problemas del derecho procesal penal contemporáneo*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Christie, N. (1992). "Los conflictos como pertenencia", en: *De los delitos y de las víctimas*, Maier, J. B. (comp.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- . (2006). *La industria del control del delito*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Castrillón Aldana, A. y Pulido Correa, M. (2003). "Biopolítica y cuerpo: medicina, literatura y ética de la modernidad". *Revista Educación y Pedagogía*. Medellín, Universidad de Antioquia, Facultad de Educación, vol. 15, N.º 37, septiembre-diciembre.
- Dusso, G. (2005). *El poder. Para una historia de la filosofía política moderna*. México: Siglo XXI.

- Foucault, M. (1975). *Los anormales. Curso en el colegio de Francia (1975)*.
- . (1998). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- . (2000). *Defender la sociedad. Curso en el Colegio de Francia (1975-1976)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, M. (2005a). *Historia de la sexualidad: Vol. 1. La voluntad de saber*. Madrid: Siglo XXI.
- Foucault, M. (2005b). *La arqueología del saber*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- . (2007a). *El poder psiquiátrico. Curso en el Colegio de Francia (1973-1974)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- . (2007b). *Seguridad, territorio y población*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- . (2007c). *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Colegio de Francia (1978-1979)*. México: Fondo de Cultura Económica.
- . (2010). *Vigilar y castigar, Nacimiento de la prisión*. Buenos Aires: Siglo XXI.
- Garland, D. (2005). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Barcelona: Gedisa.
- González García, J. M. (1998). *Metáforas del poder*. Madrid: Alianza Editorial.
- Grossi, P. (2003). *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid: Trotta.
- Hendler, E. S., (comp.). (2001). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Hirsch, H J. (1992). *Acercas de la posición de la víctima en el derecho penal y en el derecho procesal penal*. En: *De los delitos y de las víctimas*, Maier, J. B. (comp.). Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ippolito, D. (2008). "Pensamiento ilustrado y proceso penal: la teoría de las pruebas judiciales en Gaetano Filangieri y Mario Pagano". *Jueces Para la Democracia*, 61, pp. 61-75.

- Kantorowicz, E. (1985). *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teoría política medieval*. Madrid: Alianza Editorial.
- Langbein, J. (2001). "Tortura y *plea Bargaining*". En: Maier y Bovino (comps.), *El procedimiento abreviado*. Buenos Aires: Editores del puerto.
- Maier, J. B. (1996). "Nacimiento y desarrollo de la policía institucional". *Revista Nueva Doctrina penal*, Buenos Aires: Editores del puerto, pp. 55-74.
- Maier, J. B. (2002). *Derecho procesal penal, Vol. I. Fundamentos*. Segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- . (2006). *Derecho procesal penal. Sujetos procesales*, Tomo II. Segunda edición. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- Manzini, V. (1951). *Tratado de derecho procesal penal, Tomo I*. Buenos Aires: Ediciones de Cultura Jurídica.
- Mari, E. (1993). "Racionalidad e imaginario social en el discurso del orden". En: *Papeles de filosofía*. Buenos Aires: Biblos.
- Negri, T. y Hardt, M. (2005). *Imperio*. Barcelona: Paidós.
- Orozco abad, I. (2005). *Sobre los límites de la conciencia humanitaria*. Bogotá: Temis-Uniandes.
- Pastor, D. (2005a). "La deriva neopunitivista de activista y organismos como causa del desprestigio actual de los derechos humanos". *Revista Nueva Doctrina Penal*, tomo 2005A. Buenos Aires: Editorial del Puerto.
- . (2005b). "El derecho penal del enemigo en el espejo del poder punitivo internacional". En: Yacobucci, Guillermo (Dir.). *Los desafíos del derecho penal en el siglo XXI. Libro Homenaje al Prof. Dr. Günther Jakobs*. Lima: ARA Editores, pp. 775-826.
- Portilla contreras, G. (2007). *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista*. (2007). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Scattola, M. (2005). "Orden de la justicia y doctrina de la soberanía en Jean Bodin". En: Dusso, G. (coord.). *El poder*. Para una historia de la filosofía política moderna. México: Siglo XXI, pp. 49-60.

Tarello, G. (1995). *Cultura jurídica y política del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.

Zolo, D. (2007). *La justicia de los vencedores*. Madrid: Trotta.



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprenta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en marzo de 2012

