

## PUNICIÓN Y DINÁMICA TRANSGRESORA

### TRANSGRESSION AND PUNITION

Miguel Arteaga

Abogado práctico Licenciatura en Derecho  
por la Universidad de Deusto

**Sumario:** *I. La punición reformadora. II. Sociedad abierta. III. Individuo y sociedad actual. IV. Sujeto o transgresor. V. La transgresión como categoría. VI. Sujeto, individuo y penalización reformadora. VII. Individuo y dinámica transgresora. VIII. Conclusiones*

**Resumen:** A partir del cuestionamiento de la validez de la prisión, como pena reformadora del individuo, se categoriza la transgresión como puntal de la dinámica del cambio y como vía para validar un sistema político y normativo de mayor libertad para los individuos.

**Palabras clave:** Derecho penal, Transgresión, Sociedad abierta, Democracia, Individuo

**Abstract:** Criticizing the incarceration as is a reform puniton, *postulamus* the dinamic of transgression in order to validate a most incisive individualism and to dinamize the democracy.

**Key words:** Punition, Individualism, Democracy, Open society, Transgression.

## I. LA PUNICIÓN REFORMADORA

Como es conocido, la cárcel reformadora<sup>1</sup> surge como resultado de la reformulación de las penas infamantes<sup>2</sup> y estamentales para sustituirlas por objetivos disciplinarios<sup>3</sup> y de reacondicionamiento normalizador. En el origen de tal sistema se encuentra presente la idea de igualdad que se traduce en un tratamiento de reclusión igualitario para todo infractor y en el cumplimiento de las mismas penas, independientemente de las condiciones personales o grupales del transgresor. Así se sustituye el sistema de penas estamentalizado, en el cual la misma infracción cometida por personas pertenecientes a distintos estamentos merecía penas diferenciadas. A su vez, el régimen carcelario comparte las prácticas disciplinarias del ejército, de las escuelas y de los hospitales<sup>4</sup>, en las cuales un grupo de individuos es aislado del resto, que queda indemne de su contagio; para ser reformado, entrenado, educado o sanado.

La intención de igualar a los individuos como ciudadanos, sin considerar sus características específicas o grupales, desemboca en la preeminencia del delito<sup>5</sup> que se positiva en el tipo penal<sup>6</sup> como resultado de una decisión legislativa estructuradora y jerarquizante. El tipo

<sup>1</sup> «Les publicistes de tous les pays, qui, soit dans les livres, soit a la tribune politique, ont examiné la question du systeme pénitentiaire, sont d'accord sur un certain nombre de principes. Ainsi l'objet du système est de rendre meilleurs des criminels que la société a momentanément retranchés de son sein, ou tout au moins de s'opposer a ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants. Les moyens pour parvenir á ce double but sont le silence et l'isolement» TOCQUEVILLE, Alexis de., «*Systeme penitentiaire aux Etats-Unis et de son application en France, suivie d'un appendice sur les Colonies Penales et de notes statistiques*» Libraririe de Charles Gosselin 30, Rue Jacob, Paris, 1845. Introduction a la seconde édition. Pág. 5

<sup>2</sup> «Les quakers, a dont les principes repousant toute effusion de sang, avaient toujours protesté contre les lois barbares que les colonies tenaient de la mère-patrie. En 1786 leur voix parvint á se faire entendre, et, a partir de cette époque, la peine de mort, la mutilation et le fouet, furent successivement abolis dans presque tous les cas par la legislatura de Pennsylvanie» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Première Partie, Chapitre premier Págs. 85-86;

<sup>3</sup> «...tous proclament unanimement cet principe fundamental de tout systeme penitentiaire, la séparation des détenus dans la prison, soit par la cellule qui isole les corps, soit á l'aide du silence qui divise les intelligences» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Introduction a la seconde édition. Pág. 6

<sup>4</sup> FOUCAULT, Michel de., «El nacimiento de la clínica» Siglo XXI Editores, México, 1966; FOUCAULT, Michel de., «Vigilar y castigar» Siglo XXI Editores, México, 1976

<sup>5</sup> BINDING, Karl., «*Die normen und die Uebertretung Dritter band Der Irrtum*», Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1918.

<sup>6</sup> En el alcance y contenido establecido por BELING Ernst «*Die lehre von Tatbestand*» Tubinga 1930 traducido al español como «La doctrina del delito tipo» Buenos Aires 1944.

penal viene a ser, entonces, un producto social<sup>7</sup> siempre moderno o modernizante; así, se desplaza la categorización fundada en la persona del infractor que remansa en la tradición y que no resulta ser más que un decantado histórico. Este esquema se confrontará, desde el primer día, con las singularidades individuales o grupales que esconden el tipo penal, que arrastran tras si todo un universo de situaciones ambientales, de origen, educación, sanitarias y otras que, además resultan ser todas únicas, irrepetibles, cuando no excepcionales. A ese idealismo igualitario no tarda en sucederle el propósito de ver en los sistemas de reclusión, medios de readaptación o de reforma de conductas que permitieran contar también, con buenos ciudadanos<sup>8</sup> al fin del período carcelario, tal como se obtienen individuos sanos luego de su hospitalización, soldados luego de su entrenamiento y profesionales o académicos luego de su educación. Estas disposiciones contrastaban con las del antiguo régimen en el que el crimen no es un tipo penal, sino un decantado de la tradición o una imposición monárquica<sup>9</sup> siempre moldeado y modificado por los condicionamientos estamentales y singularidades del infractor, del tiempo y del lugar de la acción u omisión criminal<sup>10</sup> y no subsistente, ni válido por sí mismo y menos aplicable en todos los casos. Si bien en la reformulación ilustrada el delito es preminente, quedando en el trasfondo el comitente con sus características particulares; en el antiguo régimen quien prima es el comitente, con toda su carga individual y estamental, quedando el crimen en un segundo plano. Pero, principalmente la consideración del acto u omisión criminal se encontraba supeditada no solo a los condicionamientos y particularidades del criminal<sup>11</sup>; sino a la ponderación del crimen y del criminal con los principios, máximas,

<sup>7</sup> WELZEL, Hans, «El nuevo sistema del derecho penal» Espasa Calpe, Madrid 1964

<sup>8</sup> «Les publicistes de tous les pays, qui, soit dans les livres, soit a la tribune politique, ont examiné la question du systeme pénitentiaire, sont d'accord sur un certain nombre de principes. Ainsi l'objet du système est de rendre meilleurs des criminels que la société a momentanément retranchés de son sein, ou tout au moins de s'opposer a ce que, dans leur prison, ils ne deviennent plus méchants. Les moyens pour parvenir á ce double but sont le silence et l'isolement» Introduction a la seconde édition. TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág 5

<sup>9</sup> TOMÁS, Francisco. «El derecho penal de la monarquía absoluta» Editorial Tecnos. Madrid, 1969.

<sup>10</sup> «...E aun deue catar el tiempo y el lugar en que fueren fechos los yerros. Ca, si el yerro que han de escarmantar es mucho usado de fazer en la tierra a aquella sazón, deuen entonce poner crudo escarmiento, porque los omes se recelen de lo fazer» LAS SIETE PARTIDAS. Andrea de Portonariis. Salamanca. 1555. P VII 31, 8.

<sup>11</sup> «Catar deben los juzgadores, quando quieren dar juyzio de escarmiento contra alguno, que persona es aquella contra quien lo dan; si es siervo o libre...ca más crudamente deuen escarmantar al siervo que al libre, al mancebo que al viejo, nin al mozo» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P VII 31, 8

formulas y prácticas tradicionales de conducta aceptadas o aceptables en el cristianismo. Así, un crimen tradicionalmente considerado como tal, podía ser, sin embargo, un ejercicio virtuoso y encomiable<sup>12</sup> por sí mismo o devenir a serlo<sup>13</sup> y quizá, por tanto, no castigado o atenuada la aplicación de las penas infamantes. Esa ponderación no implicaba la supuesta confusión, que era uno de los caballos de batalla de los ilustrados contra el sistema de penas del antiguo régimen, entre crimen y pecado o falta, ya que un crimen podía no ser un pecado ni una falta o bien, ser simplemente indiferente<sup>14</sup> desde el punto de vista de la moral cristiana. Como además la práctica de la moral cristiana variaba según el lugar y las características del ejercicio de la potestad eclesiástica y además se fue modificando con el tiempo, incluyendo actos u omisiones como pecados o faltas o suprimiéndolos simplemente como tales; la suposición que ve en el cristianismo un monolitismo ético dogmático o práctico permanente a través de los siglos, de los lugares y de los grupos humanos, es una simplificación histórica y doctrinal, cuando no una completa falsedad. Por tanto, se ponderaba al criminal y al crimen partiendo de la concepción de que no solo todo individuo es un *speculum Dei*<sup>15</sup>, sino que todo acto u omisión es único e irreplicable, irrevocable una vez cometido e irrefragable, ya que no puede enmendarse, ni una vez ejecutado dar marcha atrás. Así que, la confesión de su comisión y la posible contrición y propósito de enmienda, siendo ponderables desde el punto de vista de su consecución moral, al no suprimir el acto u omisión punible, ni reparar los daños cometidos y sus consecuencias, provocaba que la aplicación de la pena, también en ambos casos, sacramental como procesal, venía a ser inexorable y definitiva; de ahí la justificación de la punición infamante, sea del yerro candente, de la mutilación y de las expurgaciones públicas o autos de fe en la tradición católica.

Esos criterios dependían de la ontología cristiana sobre el hombre, en la cual, cada individuo, solo y siempre él mismo, es el responsable de sus yerros como de sus aciertos y en último término de su salvación o perdición eterna ante su conciencia y ante Dios<sup>16</sup>. En conse-

<sup>12</sup> SOTO, Domingo de. «An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam» Salamanca .1554. También el tiranicidio y el asesinato del enemigo en tiempo de guerra

<sup>13</sup> El expolio del enemigo o del oponente y la acumulación del botín.

<sup>14</sup> Así la traición, el mercerinaje, el raque, la entrega de algo o alguien para modificar el curso de los acontecimientos, etcétera; en las cuales había que ponderar, ante todo, el momento de su comisión y las condiciones del entorno.

<sup>15</sup> DANTE, Alighieri. La divina comedia. BAC, Madrid, 1965

<sup>16</sup> «Si el hombre es ya como uno de nosotros, versado en el bien y el mal, ahora solo le falta echar mano al árbol de la vida, coger, comer y vivir para siempre» GENESIS, 3, 22 Versión de SCHOEKEL, Luis. EGA, Mensajero. Bilbao, 1993. Pág. 66.

cuencia, tampoco parecía aceptable el involucramiento de terceros<sup>17</sup> como *causa* ya que, cada individuo está generalmente capacitado para discernir sobre lo bueno y lo malo, lo conveniente e inconveniente a partir de su entrada en el estado de razón<sup>18</sup>, salvo que fuera idiota o loco<sup>19</sup>. En ese marco, la práctica de la *confessio* en su sentido sacramental, pero fundamentalmente en su sentido de prueba procesal se fundaba en el libre albedrío del individuo que confiesa sus yerros ante el confesor o que era forzado a confesar sus delitos mediante la *questio*<sup>20</sup>, la tortura. Desde esa óptica individualista la confesión, también atacada por los ilustrados<sup>21</sup>, era la reina de las pruebas ya que las pruebas indirectas, circunstanciales o testimoniales, no dejaban de ser indiciarias hasta que el individuo no admitiera o negara su participación en el acto o la omisión criminal; de ahí también la insistencia en la tortura. Este individualismo que distingue al cristianismo de otras religiones místicas, salvíficas o reveladas, que giran en torno al concepto grupal de los elegidos, salvados, puros, etcétera<sup>22</sup>, no solo

<sup>17</sup> «...ca non es guisado, que por el mal que un ome faze, den escarmiento a otro; porque la pena deue apremiar e constreñir a los malfechores tan solamente» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P VII 31, 9

<sup>18</sup> «...que, si algund ome que fuesse loco o desmemoriado o mozo que non fuese de edad de diez años y medio, matasse a otro, que non cae por ende en pena ninguna, porque non sabe, nin entiende el yerro que faze» LAS SIETE PARTIDAS. Ob. Cit. P. VII 8, 3

<sup>19</sup> Las incapacidades procesales y la inimputabilidad también podían aplicar a las mujeres y a los tutelados.

<sup>20</sup> Questio significa interrogar y en español es también «cuestión».

<sup>21</sup> «Comenzaré diciendo que las palabras sospechas, indicios, semi-pruebas, semiplenas, cuasi pruebas, etc., y otras bárbaras distinciones, jamás pueden mutar la naturaleza de las cosas. Pueden, por cierto, difundir las tinieblas y ofuscar las mentes incautas, pero siempre se debe reducir la cuestión a este punto: o el delito es cierto o bien solamente probable. Si es cierto el delito los tormentos son inútiles y la tortura se inflige superfluamente, aunque fuese un medio para hallar la verdad, ya que se condena a un reo constreñido por nosotros, a pesar de mantenerse en la negativa. La tortura, por consiguiente, en este caso, sería injusta, porque no es justo inferir un mal, un mal gravísimo, a un hombre, sin necesidad. Si el delito, en cambio, es solamente probable, cualquiera sea el vocablo con el que los doctores distingan el grado de probabilidad, harto difícil de medir, es evidente que será posible, que el probablemente reo sea, de hecho, inocente; entonces es suma injusticia exponer a un suplicio seguro y a un cruelísimo tormento, a un hombre quizá inocente y el someter a un inocente a desgarramientos y miserias es tanto más injusto, cuanto que se hace mediante el propio poder público, confiado a los jueces para proteger de ultrajes al inocente» VERRI, Pietro. Observaciones sobre la tortura. Depalma, Buenos Aires, 1977 Pág. 93.

<sup>22</sup> Desde el gnosticismo, todas las herejías parten del supuesto conocimiento cierto ante el falso de los otros y se consolidan en el cisma —que los distingue como grupo ante los demás—; así en el catarismo, en los albigenses, husitas, luteranos, calvinistas y en sus secuelas unitaristas, metodistas, pentecostalistas, presbiterianas, evangelistas, etc.

se manifiesta en el ámbito de las conciencias o procesalmente; sino en la negación evangélica de toda práctica de pureza ritual,<sup>23</sup> de toda externalidad que conduzca a consolidar un cierto tipo de conducta colectiva, social o política como «salvadora»<sup>24</sup>. Al ser cada individuo responsable de sus actos u omisiones, poco o nada podía hacer el poder público o terceros para modificar conductas libremente adoptadas por cada cual, y en todo caso, el intentarlo no solo atentaba quizá contra una disposición divina<sup>25</sup>, sino que ante todo forzaba de forma inconveniente a algo que cada individuo, si le correspondía, también debía alcanzar libremente. En el cristianismo, religión individualista por definición, la reforma de las conductas no es sino resorte de cada individuo, como lo es su conversión. La colectivización de esta última, quizá políticamente oportuna y adecuada, poco o nulo efecto soteriológico podría tener sin una disposición individual libremente adoptada; de ahí la práctica del adoctrinamiento permanente o casi permanente. Es por eso que, el antiguo régimen nunca insistió en las prácticas colectivizadoras de la escuela, el hospital, la prisión o el ejército y, más bien, las toleró temporalmente, fundando dicha tolerancia en la necesidad o la búsqueda de la pertinencia; pero nunca las maquilló como buenas para el individuo y su imposición nunca dejó de calificarse como indeseable al atender contra el libre albedrío del individuo; de ahí su improcedencia e inutilidad.

En cambio, la idea ilustrada de la reforma individual y luego de la reforma penitenciaria, se funda en que la conducta del individuo es distorsionada por diversos imperativos, relacionales, educativos, am-

<sup>23</sup> «Mientras hablaba, un fariseo lo invitó a comer en su casa. Nada más entrar, se recostó a la mesa. El fariseo, que lo vio, se extrañó que no se lavase antes de comer. Pero el Señor le dijo: — Vosotros los fariseos limpiáis por fuera la copa y el plato, cuando por dentro estáis llenos de robos y malicia. ¡Necios! Él, que hizo lo de fuera ¿no hizo también lo de dentro? Dad más bien, lo interior en limosna y tendréis todo limpio» LUCAS, 11, 37-41. Versión de SCHOEKEL, Luis. EGA, Mensajero. Bilbao, 1993. Pág. 162.

<sup>24</sup> Lo que diferencia también al cristianismo católico y ortodoxo griego o ruso de otras «modalidades» de cristianismo; pero también del judaísmo y el islam, religiones de colectivos «elegidos» y de «sometidos» a la ley divina.

<sup>25</sup> «¿Qué decís ahora gentiles? ¿Creéis que los cristianos sienten las penalidades de la cárcel y se espantan de las tinieblas en que el mundo los encierra, ellos, a quienes aguarda el gozo de eterna luz? El espíritu que con fiel esperanza de la gracia que le acorre, se abraza íntimamente con los cielos, no está presente a sus propios sufrimientos. Podéis buscar una morada oculta y recóndita para vuestros suplicios, durísimos horrores de un antro caliginoso, una casa de tinieblas, para los que en Dios confían, no hay lugar tenebroso, no hay tiempo que sea triste. A los consagrados a Dios Padre, noche y día, los socorre la fraternidad de Cristo» ACTAS DE LOS MARTIRES versión de RUIZ, Daniel. BAC, Madrid 1974. Martirio de Santiago y Mariano y otros muchos en Numidia, bajo Valeriano Pág. 830

bientales, afectivos, religiosos, etcétera y que podría ser reorientada por métodos apropiados. Ahora bien, esa conducta no necesariamente mala en origen<sup>26</sup>, puede ser neutra o buena, de acuerdo a la concepción que se tenga de las consecuencias o pervivencias del estado natural y del pecado original; pero se considera que el individuo es siempre mejorable, adaptable y modulable de acuerdo a los parámetros de la normalidad ciudadana. Esas concepciones se fundan en la idea de que toda reforma es siempre posible<sup>27</sup> en el hombre, menospreciando su naturaleza animal o si se quiere, su particular condición entre los ángeles y las bestias. En todo caso, la idea de reforma de las conductas es la negación de la individualidad, pese a las reservas, cuidados o prevenciones<sup>28</sup> puestas en la colectivización reformadora<sup>29</sup>, pero también por ellas mismas, cuando el tratamiento de readaptación depende de las características individuales o grupales del infractor, es decir de su origen, su formación, sus experiencias, etcétera ya que si bien el individuo es segregado por esas características, éstas no impiden que se lo integre en un colectivo con otros individuos que se consideran similares o compatibles y que se proceda a su normalización.

En el antiguo régimen los individuos se encontraban adscritos a colectivos *per nativitatem*; pero también por tradición, herencia o por interés personal; sin embargo, la adaptación consiguiente era un resorte individual, apoyado o no por los mecanismos sociales de la familia, el estamento o el poder público; pero todo esto, aun cuando supusiese el uso de la fuerza, no era suficiente para encuadrarlo en un tipo de normalidad predeterminada, puesto que esta no existía o si se aceptaba como tal se encontraba circunscrita funcionalmente, territorialmente, grupalmente o estamentalmente. En cambio, el sistema de reforma penitenciaria de la ilustración pretende la mejora a pesar del individuo y aún contra el individuo. Esto se entiende fácilmente

<sup>26</sup> «Sea lo que fuere de estos orígenes, al menos se ve, por el poco cuidado que se tomó la naturaleza en acercar a los hombres por las necesidades mutuas y en facilitarles el uso de la palabra, cuán poco preparó su sociabilidad y cuán poco puso ella de su parte en todo lo que ellos hicieron, para establecer los vínculos ROUSSEAU, Jean Jacques. «Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres» versión de ARMIÑO, Mauro. Editorial Alianza, Madrid, 1980, Pág. 232.

<sup>27</sup> «Le péril d'innover est le mot sacramental de toutes les administrations, et il faut avouer que l'absurdité de certaines réformes proposées semble légitimer l'opposition aux réformes les plus sages» TOCQUEVILLE Ob. Cit. 42

<sup>28</sup> «La peine de l'isolement appliquée au criminel pour le conduire á la réforme par la réflexion repose sur un pensé philosophique et vraie. Mais les auteurs de cette Theorié ne l'avaient point entourée de ce qui pouvait la rendre practicable et salutaire.» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág. 87

<sup>29</sup> «Quel est l'object principal de la peine relativement á celui que la subit? etCést de lui donner des habitudes sociables, et d'abord de lui apprendre á obéir.» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Pág. 112

si se considera que los objetivos de la ilustración son todos colectivos o tienden hacia lo que se considera el bien de la colectividad: la educación, la salud, etc. Y aún el curso del pensamiento debe ser o tender a lo colectivo, de ahí el interés por los estudios de agregados: la economía, la sociedad, etc. De este modo, el sistema penitenciario promovido por el principio de igualdad de pena para igualdad de infracción retorna, paradójicamente a la orientación anterior *sub speciae personarum* criticada y supuestamente abandonada. Este retorno se produce en la medida en que el tratamiento de readaptación depende de las características individuales y grupales del infractor, es decir su origen, su formación, sus experiencias, etcétera.

Por otra parte, los sistemas de aislamiento, que someten a grupos de individuos a tratamientos diferenciados, tal como los orfanatos, las escuelas, los cuarteles, los hospitales y las casas de retiro para ancianos, cumplen la función educativa de recordar al resto de la población la existencia de la potestad coercitiva del Estado. En todo caso, la institución penitenciaria está avalada por consideraciones expresas o implícitas acerca del reacondicionamiento del infractor<sup>30</sup> tal como en los otros sistemas de aislamiento<sup>31</sup>; pero también en el mantenimiento del derecho a la seguridad de todos los ciudadanos. A partir de esas consideraciones, se concluye que el transgresor debe ser disciplinado<sup>32</sup> y, de ese modo, hacer posible el mantenimiento del orden público. Sin embargo, el derecho a la seguridad, que solamente tendría que ser comprendido como el mantenimiento del principio de legalidad y de la efectividad del sistema de convenios particulares, en su manifestación en los sistemas penitenciarios contemporáneos e históricos, termina por identificarse con criterios de orden público, que finalmente constituyen su razón de ser. Apoyándose en el concepto de orden público el Estado tiene la facultad de hacer uso de la

<sup>30</sup> «Les theories sur la réforme des détenus sont vagues et incertaines. On ne sait pas encore jusqu'à quel point le méchant peut être régénéré, et par quels moyens cette régénération peut être obtenue: mais si l'on ignore l'efficacité de la prison pour rendre milleure les detenus, on sait, parce que l'expérience l'a fait connaitre, sa puissance pur les rendre pires. Les nouveaux penitenciers dans lesquels cette influence contagieuse est évitée onc donc obtenu un avantage capital; et tant qu'on n'aura pas trouvé une prison dont la discipline soit evidemment régénératrice, peut-être serait-il permis de dire que la meilleure prison est celle qui ne corrompt pas» TOCQUEVILLE. Ob. Cit. Págs. 140-141

<sup>31</sup> La celda y el silencio, formas consagradas del monaquismo y expresión del estado de mayor perfección cristiana, son convertidos en la prisión reformadora como métodos de disciplina y de supuesta y caricaturizada «rehabilitación» social del delincuente.

<sup>32</sup> La práctica del aislamiento y la disciplina entronca con la domesticación de animales, reclusos para amansarlos y finalmente para lograr su reproducción en cautiverio.

coerción; así se explica que cuando se habla de orden público, nos encontremos ante un concepto jurídico indeterminado que adquiere un contenido sustantivo por decisiones administrativas o judiciales producto de un momento político. Así la cárcel se convierte en un medio político de reforma del transgresor o de su eliminación física y esto se muestra de forma patente en el delito político.

La *crimina majestatis*<sup>33</sup>, es decir el delito político, presenta dos vertientes de importancia en el antiguo régimen, la del crimen individual y la del crimen colectivo. La primera comprende las diversas formas de traición y, especialmente, la del atentado contra la persona del Monarca<sup>34</sup>, de sus comisarios o de individuos caracterizados por su actuación política nobles o no. A estos crímenes se adjunta el del atentado contra el clero católico u ortodoxo. Esta vertiente que subsistirá, con las reformas consiguientes, en el período revolucionario y posteriormente, se verá ampliamente incrementada con la categorización del espionaje, como forma particularizada de la traición.

La segunda vertiente, se nutrió especialmente de la pertinacia herética cristiana y de la pertinacia pagana, tal como se muestra frecuentemente en los casos de judíos, musulmanes y gitanos.

Pese a las proclamas ilustradas y a sus consiguientes corolarios constitucionales y codificadores, la *crimina majestatis* seguirá un curso independiente, de máxima severidad, comparado con el de los delitos ordinarios, aplicando la pena de muerte o la prisión perpetua a los transgresores. Dada su residualidad, considerando la masa de las otras infracciones, viene a ser, en tiempos de paz o de guerra, la piedra de toque del sistema penal de un Estado ya que saca a la luz la entraña misma de la punición, despojada de sus revestimientos ilustrados o simplemente cristianos.

Finalmente, desde la óptica del contractualismo, piedra angular en la justificación del derecho penal ilustrado, fundado en la imposición de límites a la monarquía<sup>35</sup>, la reforma de los transgresores conduce a la paradoja que el contrato social conllevaría también la cláusula implícita de la reforma de los contratantes; reforma que se

<sup>33</sup> CLARUS, Julius. «Sententiarium receptarum liber quintus. Item Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem delictorum poenas complectens ab eodem auctore postremo supradicti libri addita» Venecia. 1568

<sup>34</sup> La descripción morosa de la ejecución de la pena de la *crimina majestatis* es un tema recurrente en los autores de lengua francesa; así en el «Tratado de la tolerancia» de VOLTAIRE, como en «Vigilar y castigar» de FOUCAULT.

<sup>35</sup> El término frecuente en los textos pre y post revolucionarios es el de «despotismo»

postula y ejecuta de acuerdo a un criterio de normalidad meta jurídico, no explícito en el contrato.

En ese marco, parece adecuado preguntarse si existe la posibilidad de encontrar una salida a una situación contradictoria, cuando no incoherente. Para eso, seguidamente, postularemos, algunos conceptos que pretenden ser aclaratorios.

## II. SOCIEDAD ABIERTA

Para categorizar la dinámica transgresora en un marco más amplio que el meramente punitivo, instrumentaremos el concepto de «sociedad abierta»<sup>36</sup> considerando que esta lo es cuando permite el más amplio juego de intereses y la satisfacción de necesidades sin una idea rectora que pretenda uniformar y homogeneizar. En ese marco, las sociedades abiertas son concurrentes y los bienes, entendidos en un sentido amplio, económicos, culturales, sociales, políticos, religiosos y éticos que circulan en dichas sociedades, son ofertados en el mercado bajo un régimen de costo-beneficio. La decisión política que determina, qué bienes son convenientes para cada sociedad en un momento determinado, se establece mediante el régimen competitivo de los individuos y los grupos. Dicho régimen se califica a estos efectos, como democracia<sup>37</sup>.

El Estado, en este tipo de sociedad abierta, es sólo instrumental, ya que formaliza el resultado de la competencia de los individuos y de los grupos en un momento dado, mediante el sistema normativo, la actuación administrativa y la aplicación de fallos judiciales en última instancia. En esta sociedad abierta no existe ninguna verdad ni trascendente ni inmanente, ya sea referida al hombre, a la sociedad misma, o a cualquier otro aspecto o concepto de la vida humana o del mundo, que el Estado deba proteger más allá de lo aprobado mediante la competencia democrática. Así se puede postular que una sociedad es abierta en la medida en la que la verdad sobre cualquier

<sup>36</sup> Se utiliza la frase «sociedad abierta» popularizada, luego de la publicación de «The open society and its enemies» de K. POPPER en 1957. Sin embargo, en el presente texto, queda ajustada a límites estrictamente jurídicos; por tanto, su alcance y contenido no responden necesariamente a los establecidos por POPPER, pero tampoco los excluyen completamente.

<sup>37</sup> Vid. RODRÍGUEZ ADRADOS, Francisco «Ilustración y Política en la Grecia Clásica» Ediciones de la Revista de Occidente. Madrid. 1966. SARTORI, Giovanni «The Theory of Democracy Revisited» Chatham House. New Jersey 1987, traducida al español por Santiago Sánchez González con el título de «Teoría de la Democracia» y publicada en Madrid por Alianza en 1988.

asunto, es vacía y formal y puede ser cualquier alternativa propuesta y votada. En dicha sociedad, el Estado respalda la ideología dominante, entendida no como valores o intereses que se cree propios de la especie humana, de una determinada sociedad, o de cualquier grupo, actividad o persona, cuanto de la propuesta más votada. Al no existir parámetro alguno, que no sea el normativo y concretamente el penal, que establezca no solamente lo prohibido, sino la tabla de valores que los individuos están obligados a respetar, pero en modo alguno a asumir como valores propios, cada individuo en la sociedad abierta se encuentra obligado a actuar de acuerdo a sus intereses individuales o grupales y a enmascararlos mediante una legitimación en la ideología dominante.

Ninguna sociedad actual es una sociedad abierta como la postulada, ya que las sociedades actuales pretenden respetar e imponer valores y concepciones que se entiende, no pueden encontrarse sujetas a competencia. ¿Pero acaso las condiciones de competencia no permeabilizan todas las esferas de la vida humana y también las de lo que se entiende como específicamente humano?

## III. INDIVIDUO Y SOCIEDAD ACTUAL

La conformación del individuo contemporáneo se funda en unos valores que se consideran de aceptación general; sin embargo, también se pretende que los individuos sean capaces de adaptarse, de crear, de ser innovadores y de poder controlar, en alguna medida, su vida y su entorno. Todas esas pretensiones no son compatibles entre sí y menos con las restricciones manifestadas en el sistema de prohibiciones, de penas y de «valores» respaldados administrativamente y judicialmente, sea cual fuere este. En suma, se entiende que el individuo conformado de cualquier manera que sea, podrá ser contenido por la punición estatal y que la penalización de los actos indeseables servirá para no estimular en otros actores la comisión de los actos penalizados. Ahora bien, la tensión entre las demandas innovadoras y los costos de la competencia de bienes y servicios, por un lado, que exigen conductas no necesariamente de contención y, por otro lado, las políticas existentes, generan una crisis en el individuo. Esta escisión entre las demandas de transformación —cuanto, de transgresión, originadas en la competencia y que permiten continuar con la vida de cada individuo— y el cumplimiento, al menos aparente, de las pretensiones ideológicas que le permiten legitimar su vida, evidencia la contradicción entre dichas ideologías y el modelo de sociedad abierta. Dicha contradicción no sólo se presenta en el ámbito de la

legitimidad, o en el de la coherencia entre fines y medios jurídicos y materiales, cuanto en el de la práctica cotidiana, que enfrenta a las personas a problemas éticos y a confusiones morales permanentes.

En la sociedad actual, cada individuo se encuentra solo y enfrentado a sí mismo, constreñido a actuar no porque sea razonable lo que se penaliza, sino simplemente porque está penalizado. El individuo, por tanto, está condenado a la imposibilidad de interrogarse, ni en la más absoluta soledad, sobre la racionalidad, coherencia y oportunidad de las políticas penales vigentes, ya que, si así lo hiciera, se encuentra sujeto a considerarse a sí mismo, o en el peor de los casos, a ser considerado, disfuncional, extraño, o un peligro potencial para sí y para los demás.

#### IV. SUJETO O TRANSGRESOR

La actuación de los individuos en el marco del sistema de normas en general, puede ser entendida con referencia a dos clases: sujetos o transgresores.

El concepto de sujeto corresponde al tipo de aquellos individuos que se definen por un acuerdo práctico y cognitivo con la norma o, simplemente con un acuerdo práctico sin una racionalización a favor o en contra. El transgresor se identifica con el individuo caracterizado por un desacuerdo práctico o cognitivo con la norma. Por tanto, en la categoría de transgresor entran individuos tan distintos como el delincuente común, el opositor civilizado o el partidario de un acto de desobediencia civil, entre otros.

Entendemos como acuerdo o desacuerdo cognitivo a cualquier tipo de racionalización o justificación que concluya en la aceptación o rechazo de la norma, ya se trate de una racionalización sustentada en un cálculo de intereses, en una posición ética o en un intento de concretar un pretendido derecho humano<sup>38</sup> o preservacionista del mundo.

Los individuos comprenden dos clases disjuntas, los sujetos y los transgresores. Los conceptos de sujeto y transgresor son mutuamente excluyentes, pero no lo son los conceptos de sujeto e individuo. Todo

<sup>38</sup> Vid. Welzel, Hans. «Naturrecht und materiale gerechtigkeit». Vandenhoeck und Ruprecht. Goettingen. 1951, traducido al castellano por Felipe González Vicen con el título: Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material. Madrid. Aguilar. 1971

sujeto es un individuo, pero no todo individuo es un sujeto, ya que puede ser un transgresor.

Si bien la sociedad abierta pretende privilegiar la libertad del individuo, los sistemas de normas jurídicas que estructuran las sociedades, no necesariamente privilegian la libertad del individuo. Así, dentro de un sistema de normas jurídicas, los actos posibles de los individuos pueden dividirse en prohibidos, permitidos y no previstos. Los actos permitidos pueden dividirse en obligatorios y libres; es decir que un acto es jurídicamente libre cuando no es obligatorio ni prohibido. Una sociedad puede calificarse como protectora de la libertad, si en su sistema normativo, el conjunto de actos libres potenciales supera el conjunto de actos obligatorios o prohibidos. Este superar no se establece únicamente contando actos, ya que tendrá que considerarse en función de la eficacia de la concurrencia como de la inexistencia de la inamovilidad de principios, ideas, derechos u otros conceptos, tal como el de naturaleza humana<sup>39</sup> o el de mundo preservable, por ejemplo.

Por lo demás, paradójicamente, para concretar la concurrencia, se debe establecer condiciones más o menos igualitarias para todos los individuos, negando así, su individualidad. Así el individuo se encuentra con restricciones no solamente conceptuales y de principio, cuanto con situaciones procedimentales que afectan su actuación y su identidad como tal individuo. La dicotomía entre un sistema concurrente y unos valores supuestamente perennes no sólo muestra la incongruencia ideológica de las denominadas democracias modernas y contemporáneas, cuanto la contención producida por el temor a liberarse de unas condiciones que supuestamente, son las únicas que legitiman dicho sistema. De ahí que, la transgresión se encuentre en último término, como motor del sistema normativo y de la concurrencia, ya que los individuos para ser competitivos y ejercer su libertad, tendrían que adoptar la decisión de actuar como transgresores. Así, la transgresión, entendida en su acepción tradicional, es un elemento que dinamiza el sistema y plantea interrogantes sobre la pervivencia de las ideologías sustentadoras de la sociedad.

También, la sociedad abierta, puede entenderse, como la propuesta de eliminar la pertinencia de la disyunción obligado-prohibido del conjunto de actos posibles de los individuos o del ámbito específico del conjunto de actos posibles. Es claro que esa disyunción no puede eliminarse de todos los actos sin quitar sentido al sistema jurídico, sin embargo, si preconceptos como los contemporáneos sobre el hombre

<sup>39</sup> WELZEL Ob. Cit.

y el mundo tienden a desaparecer como categorías metafísicas, el sujeto normalizado tendería a desaparecer y los conceptos hipostasiosados del hombre y del mundo se reducirían a categorías transitorias, sujetas a revisión.

En el sistema normativo de una sociedad abierta —en el cual, como en toda otra sociedad, se permitirán ciertos actos, se penalizarán otros y no se regulará el resto— si bien no todos los actos serían libres, no habría un límite para la libertad, puesto que no habría un límite para los actos que pueden ser libres, tal como sucede en las sociedades actuales, en las que está fuera de discusión la despenalización de ciertos actos, o la aceptación de otros que impliquen el cambio de «valores» sobre el mundo y el hombre. En una sociedad abierta el límite de la libertad, si bien siempre está presente, se elimina como categoría metafísica en relación con cualquier paradigma, garantizando que el hombre como categoría y sus actos se puedan redefinir en el marco del ejercicio de la libertad y tolerando y garantizando la existencia del transgresor como transgresor.

Si bien el individuo está inscrito en una dinámica concurrente de alejamiento-acercamiento respecto a los mandatos normativos, esta dinámica es susceptible de ser descrita de una manera histórica, ya que el individuo, siempre que se cumplan las condiciones de concurrencia y de libertad que caracterizan a las sociedades abiertas, se estructura y se desestructura permanentemente, de una forma proteica. Podríamos visualizar este movimiento histórico, mediante una línea horizontal en la cual se grafica el cumplimiento de las normas por el sujeto, mientras que la línea vertical permitiría mostrar el movimiento del individuo mediante la transgresión. El movimiento del individuo respecto de la línea vertical mostraría el ejercicio de la libertad del mismo, ante una hipotética pasividad mostrada por la línea horizontal. En esa medida, la distancia del individuo es transgresión y coincide con el cambio y el efectivo ejercicio de la libertad y la tolerancia en una sociedad que se pretenda abierta.

La defensa de la movilidad del individuo se opone al carácter estático del régimen de negación de la transgresión; así, mientras la formalidad normativa ubicada en el ámbito del movimiento histórico vertical puede ser restrictiva o más progresiva en cuanto a la libertad del individuo y a la tolerancia en el cumplimiento de las normas, las normas que precautelan la dinámica horizontal deben ser propiamente formas, cuyos contenidos deben ser llenados mediante la concurrencia democrática y no pretender contener categorías eternas e intangibles.

## V. SUJETO, INDIVIDUO Y PENALIZACIÓN REFORMADORA

En una sociedad abierta cualquier pretensión de justificar el sistema de rehabilitación<sup>40</sup> de cualquier individuo, en base a consideraciones sustantivas acerca de la naturaleza humana, o de la naturaleza del individuo como miembro de una sociedad, se vuelca sobre sí misma, puesto que el principio de concurrencia define al sujeto como una referencia sin un contenido sustantivo y como la negación de una verdad social eterna. Por otra parte, si la naturaleza humana justificara el sistema de rehabilitación, entonces el sistema de rehabilitación no podría ser justificado porque la naturaleza humana, si existiera, sólo podría operar socialmente como una verdad social y esto significa, en una sociedad abierta, como una verdad que, en principio está permanentemente sujeta a la aceptación o al rechazo.

Al establecerse el régimen de verdad social en la sociedad abierta mediante el juego competitivo de los intereses individuales y grupales; esa «verdad» se reflejaría en la normativa que, como vehículo vacío y formal, permitiría la conformación contingente del sujeto como modelo social. Así, el sujeto como individuo conformado de acuerdo a la verdad social vigente, nunca sería un infractor, solo podría serlo el individuo que transgreda las normas que posibilitan la vigencia de la verdad social coyuntural entre ellas, los tipos penales.

Sin embargo, ninguna sociedad abierta podrá prescindir de tipos penales ni de la posibilidad de la infracción, aunque si deba prescindir de sistemas e instituciones que reafirman políticas desnaturalizadoras del sistema de concurrencia y que prolongan condiciones de prevalencia de una verdad social eterna y valedera para todos los tiempos, lugares y personas.

El régimen de verdad social en una sociedad abierta dado su carácter vacío y formal, como las normas mismas, ya que su contenido resulta ser siempre contingente; radica en la necesidad de su transgresión. Bajo este régimen y como garantía de continuidad, la posibilidad de transgresión se torna imprescindible, ya que las sociedades abiertas lo son en la medida en que el individuo tiene derecho a plan-

<sup>40</sup> Rehabilitar significa volver a habilitar. La locución nos remite en la clínica a una actividad o función perdida o disminuida producida por un trauma, sea este resultado de una lesión, de una enfermedad adquirida o del desarrollo de una degeneración congénita. El trauma puede ser curado y en ese caso, se inicia la rehabilitación o no, ya que existen traumas que son incurables. La rehabilitación penal nos conduce a una analogía nada feliz ya que el delito al ser irrefragable y generar consecuencias no enmendables, no puede ser «saneado» y cuando se habla de la «rehabilitación» del delincuente se da un salto mortal analógico al vacío.

tear y a llevar a efecto, todo tipo de postulados y actividades, hasta las supuestamente más dañinas al cuerpo social. Cuando esos postulados y actividades no han sido socializados, se presenta la transgresión y, en la medida en que sean aceptados como posibilidad permitida pierden su carácter transgresor.

## VI. LA TRANSGRESIÓN COMO CATEGORÍA

La transgresión se entiende tradicionalmente como un no cumplimiento, como la omisión en la observancia de una norma que se manifiesta en una acción de quebrantamiento, pero que también puede ser un no hacer, un no actuar, un inhibirse del mandato, tal como se ejemplifica penalmente en la no prestación de auxilio. Cuando hablamos de transgresión en el sentido de incumplimiento normativo, ésta también puede darse como el quebrantamiento de una obligación de hacer y se refiere a quienes por su condición, situación o actividad se encuentran obligados a realizar determinadas acciones que permitan la continuidad de ciertas actividades o bien, prevengan la pérdida de bienes o derechos o, finalmente, impidan dichas pérdidas. Estas obligaciones se encuentran comprendidas en el concepto de diligencia, predicándose del sujeto obligado *diligens*<sup>41</sup> *ad custodiendum*, solícito en guardar lo que se le manda. Así, la diligencia se origina en un mandato cuyo origen puede ser determinado o bien difuso, comprendiéndose en este último las denominadas obligaciones sociales, políticas o civiles.

La transgresión es concebible como una omisión de un deber de actuar que, a diferencia de la actividad transgresiva directa, irrumpirá, en sus efectos de cambio fatal, cuando el incumplimiento haya alcanzado el grado suficiente para determinar un curso inevitable; es decir, que no pueda ser enmendado. Puesto que la diligencia involucra cuidado, exactitud, escrupulosidad y atención, la transgresión no siempre se presenta como el resultado del descuido, ya que puede ser la concreción de un plan, en el que, si bien se realizan acciones, éstas no son suficientes o no son eficaces, o se hallan *in extremis* destinadas a realizar la modificación fatal en que consiste la transgresión. En este último caso si en efecto, no puede hablarse de un no hacer abso-

<sup>41</sup> Participio del término latino *diligo* que significa escoger, elegir, apreciar y que se traduce al español como diligente, solícito, pero también como cuidadoso y ahorrativo.

luto, el resultado transgresivo será la concreción de un no hacer, de una *desideratio*<sup>42</sup> máxima.

Los términos latinos *transgressio*<sup>43</sup>, *transgressionis* (*transgredior*), que originan el vocablo castellano ‘transgresión’, tienen el siguiente significado: 1) pasar a otro sitio, ir al lado opuesto, atravesar, cruzar, franquear; 2) sobrepasar, rebasar, exceder, colmar; 3) transición, infracción, violación (de las normas) 4) tránsito, paso, cruce; 5) pasaje, travesía y pueden usarse en las siguientes acepciones: 1) pasarse al bando de uno; 2) pasar de una cosa a otra; 3) colmar la medida 4) recorrer de un extremo a otro, exponer por entero un tema; 5) pasar en silencio, omitir, *et al.*

Los componentes de dichos términos latinos son la preposición *trans* que significa más allá de, al otro lado de, o por encima de y que, cuando se usa como primer elemento de un compuesto, indica el paso de un punto a otro. En segundo lugar, el participio *gressus* se origina en el lexema *gradior* y significa andar, caminar, avanzar, ir. Ambos vocablos remarcan la idea de paso, de andadura, de marcha. Es interesante señalar, además, que cuando el segundo término se sustantiva, tal como en *gradus*, significa grada, nivel o zanja y origina los vocablos castellanos ‘grado’, ‘degradar’, ‘progresar’, ‘agredir’ y ‘transgredir’; así, comprende también, la idea de superación de obstáculos, actuar sobre un tercero, para limitarlo y la imagen de saltar.

El origen latino de las sinonimias castellanas de transgresión ilustra, también, algunos aspectos que completarán dicho significado, ya que *frangere*, de donde se origina el término castellano ‘infracción’, significa fragmentar, romper, hacer pedazos, desmenuzar, destrozar; *fractus* significa ‘quebrado’ en castellano y origina el verbo quebrantar; finalmente *vulnero* (*vulnus*) significa herir, golpear y origina el término castellano ‘vulnerar’.

Si bien el uso común español del término ‘transgresión’ se refiere principalmente, aunque no exclusivamente, al 1) quebrantamiento,

<sup>42</sup> *Desideratio* es una locución latina compuesta por la partícula *de* utilizada para establecer la ausencia y *sideris* o estrella; de ahí que su traducción literal sea la ausencia de la estrella. El significado de *desideratio*, sin embargo, es extensivo ya que se usa para la añoranza; como aquello que uno quiere volver a ver o querría ver por vez primera. En español se traduce por anhelo, deseo.

<sup>43</sup> Vid. SEGURA MUNGUÍA, Santiago «Nuevo diccionario etimológico latín-español y de las voces derivadas». Universidad de Deusto. Bilbao 2003. SALAS, Pedro de. «Compendium Latino –Hispanum, utriusque linguae» Ibarra, Madrid, 1830. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA «Diccionario de la lengua castellana» Tomo VI. Madrid, 1739. ALONSO, Martín «Enciclopedia del idioma» Tomo III. Aguilar. Madrid.1958.

infracción, vulneración, inobservancia o violación de algún estatuto, ley o precepto; también se usa el término para la 2) formación sedimentaria que avanza sobre las más antiguas cubriéndolas y solapando sus bordes y para la 3) invasión de aguas marinas en un territorio hasta entonces emergido. Entonces, el vocablo transgresión se aplica no sólo al acto humano voluntario, sino también al distanciamiento involuntario, o quebrantamiento inevitable, de cualquier norma, ley, regularidad o equilibrio natural. Sin embargo, se debe notar que, en los dos sentidos mencionados, tanto en el que media la voluntad como en el que media el azar, la transgresión siempre significa un cambio. Si el cambio es irreversible, no puede volver al estado anterior y si es irrevocable, no es posible suspenderlo una vez iniciado. Así, la transgresión sería el comienzo de algo nuevo, distinto al estado de partida. De ahí que, de acuerdo a este enfoque etimológico, la transgresión vendría a ser un elemento omnipresente en el mundo material y humano.

Entonces, la transgresión podría ser descrita como el cambio en las formas o en los contenidos, el paso de un estado a otro de forma gradual o bien, la acción o el hecho en que un móvil interno o externo, irrumpe y genera una ruptura con el estado anterior. Así partimos del presupuesto de que la transgresión es la culminación de un proceso en el cual el medio en el que se produce, o el agente transgresor han sufrido modificaciones tales, que la transformación manifiesta no sólo un cambio de grado cuanto, de naturaleza, tal como cuando el hombre envejece y muere. Por tanto, de acuerdo a lo anterior, la ruptura de un estado o de un proceso por la acción de un agente interno o externo que, voluntaria o involuntariamente irrumpe y modifica el curso probable o esperado de los acontecimientos, definiría a la transgresión. Desde el punto de vista del agente o subjetivo, se caracterizaría por su irrevocabilidad y objetivamente, o desde los resultados, se caracterizaría por su irreversibilidad.

Categorizar la transgresión implica romper con la tradición de la insustancialidad del concepto, de acuerdo a la cual, solo podría mencionárselo defectivamente, como *apousia*<sup>44</sup>, como carencia, ya que su

<sup>44</sup> *Apousia/Ousia*. La anteposición de la partícula *ap* al vocablo *ousia*, participio presente del verbo *einai* o ser, indica la ausencia. Es utilizada por GREGORIO DE NISA (ca.335-post.394) en su *Logos kateketichos* o *Megas* (ca.385) que en su versión latina se denomina *Oratio catechetica magna*. El término *ousia* se aplicaba en la Grecia arcaica y clásica para designar el patrimonio o conjunto de bienes hereditarios, los que hacían que un hombre sea considerado como tal hombre y luego, especialmente con ARISTÓTELES (ca.384 aC-ca. 322 aC), por ejemplo, en el *Organon*, se extendió para significar el ser, o para enunciarlo a partir de una evidencia empírica. El *Discurso Catequético* aplica el vocablo *apousia* referido al mal y, contrapuesto a la *ousia* divina;

entidad y sustancia, le vendría dada por la norma jurídica o social vulnerada. En ese entendido, la transgresión sólo sería un enunciado general vacío de contenido, que se concretaría mediante ejemplificaciones de negaciones o defectos de comportamientos o actividades protegidas o deseables. Los listados de prohibiciones normativas, tales como los tipos penales o las infracciones administrativas, constituirían el ejemplo más conocido de transgresión; mientras que para otro tipo de quebrantamientos tendríamos que postular la negación, o el defecto de preceptos religiosos, sociales o de la buena vida.

Por consiguiente, la transgresión solamente podría ser caracterizada de manera casuística y dispersa, ya que los listados de negaciones o defectos en que se ejemplificaría, no siempre serían compatibles entre sí, ni serían completos, ya que las prohibiciones no son, en ningún caso, absolutas, pues están sujetas a excepciones. Tampoco son permanentes en el tiempo, ni las mismas en los diversos grupos humanos. De ahí que transgresión como ruptura, irrupción y modificación, tal como se postula en el presente texto, no sea, necesariamente identificable con dichas caracterizaciones tradicionales.

Aún podemos categorizar la transgresión epistemológicamente, como la ruptura que irrumpe como modificación, generando una nueva situación y que puede provocar la emergencia de un nuevo paradigma.

Decimos ruptura, ya que es imprescindible que se produzca un quebrantamiento, una lesión en el orden existente o en la normalidad esperada; sea en el mundo de la acción o del pensamiento; en los valores, contenidos o formas, o que la misma afecte la vida, personalidad o las condiciones para la pervivencia material o moral de los seres.

Dicha ruptura irrumpe, es decir no es esperada, ni es esperable ya que, si así lo fuera, nos encontraríamos ante un proceso que, si bien podría desembocar en un cambio, no implicaría necesariamente una transgresión. Por consiguiente, la transgresión es sorpresiva e indeleble, sea generada interna o externamente. Es indeleble, en cuanto que, para ser tal, una vez desatada, no puede ser suprimida o ignorada, puesto que su evidencia, la que fuere, es patente. La transgresión, también es irrefragable, no porque no pueda ser resistida cuanto que, una vez que irrumpe, no se puede retornar a la situación *ex ante*.

Finalmente, la transgresión implica una modificación fatal de algo o de alguien. Esta condición, que sólo puede ser verificada *a posteriori*

por tanto, como defectivo. *Ousia* se tradujo al latín como *substantia* y el defectivo *apousia* mediante una perífrasis, como lo carente de substancia.

*ri*, permite distinguir la transgresión de los cambios que se presentan en el mundo o en la vida de los seres humanos y que no necesariamente deben ser calificados como transgresivos. La fatalidad implica permanencia e irreversibilidad. La permanencia se refiere a una situación que, a partir de la transgresión, sigue el curso que ésta le ha impuesto. La irreversibilidad comprende la imposibilidad de retorno al estado de partida previo a la transgresión. Sin embargo, es oportuno puntualizar que la permanencia e irreversibilidad que implica la fatalidad debe encontrarse *in nuce* en la transgresión de que se trate, condición que es, en último término pleonástica, ya que toda ruptura es irruptora y por serlo, modifica el objeto de la transgresión, al transgresor y al medio en el que se opera, aun cuando no se pretenda tal cambio, o se tenga el cuidado de intentar evitarlo.

## VII. INDIVIDUO Y DINÁMICA TRANSGRESORA

En ese marco categorial, el individuo quedaría definido como aquél que puede llevar a cabo actos que jurídicamente no son obligatorios, abstenerse de hacer algo que jurídicamente no está prohibido, cumplir con lo normado, o bien quebrantar la norma y así constituirse en transgresor. En esta enumeración se evidencia cómo la libertad, entendida como la potencialidad de realizar actos normados, prohibidos o no normados, puede tener grados.

Se entiende que toda sociedad censura y penaliza el quebrantamiento individual de pautas de conducta social que se consideran imprescindibles para la pervivencia del grupo. Ese conjunto de pautas, que también se califican como valores, no es necesariamente congruente, ni completo, ni permanente en ninguna sociedad. En una sociedad abierta, dichas pautas deben ser concurrentes. En una sociedad cerrada como la moderna y contemporánea, los valores que se defienden, no son concurrentes. Esas pautas se consideran necesarias para la pervivencia del grupo, pero nunca han sido puestas a prueba en cuanto a su eficacia para dicho objeto, salvo mediante la transgresión individual. Así la transgresión termina siendo la posibilidad de redefinir los marcos de libertad y de poner a prueba los grados de libertad efectivamente existentes en una sociedad.

Las sociedades actuales, independientemente del régimen político que ostentan, coinciden en dos aspectos: 1) en reducir o eliminar los espacios de libertad del individuo y 2) en negar a los individuos la posibilidad en la toma de decisiones sobre asuntos considerados intangibles, tales como los derechos humanos, la preservación ecológica y

de formas de vida, etc. En ambos casos, se impide que el individuo decida sobre la coincidencia o no del marco jurídico con sus intereses, deseos, ideales, o criterios individuales o grupales. Aún más, los derechos declarados para los individuos o grupos que realizan las prácticas protegidas, son excepciones al principio de igualdad ante las normas y, como tales, terminan consolidándose en privilegios que se legitiman como inatacables por el hecho de ser proteccionistas. Actualmente, la transgresión es una vía que permite poner un límite a la penalización de los actos contrarios a las políticas de contención del mundo y de la vida. Así, la transgresión se postula como una garantía de movilidad del individuo ante la inamovilidad hacia la que tienden las sociedades contemporáneas.

El sujeto está inscrito en una tensión de alejamiento–acercamiento respecto del cumplimiento de las normas y de la imagen, ante sí mismo y ante los demás, como sujeto normalizado. Esta dinámica de alejamiento–acercamiento a lo socialmente sancionado, es susceptible de ser descrita de una manera genética, de acuerdo a la cual, el sujeto se estructuraría y desestructuraría en forma permanente, tal como una vasija que se vaciara y llenara de contenido. Así, podría encontrarse en situaciones transgresoras o potencialmente transgresoras y adoptar conductas de aceptación o de negación de las mismas. Para ello, no es necesario, ni suficiente, que se encuentre en condiciones calificadas de desequilibrio social o psicológico; simplemente las situaciones se plantean o presentan de esa forma, independientemente de que el individuo tenga una herencia biológica de ancestros transgresores o que anteriormente, hubiera cometido alguna transgresión. El transgresor de ayer puede ser el pilar del orden del mañana. En todo caso, la distancia en relación con el cumplimiento normativo, la reserva, así sólo sea mental, es también transgresión.

## VIII. CONCLUSIONES

La defensa de la movilidad del individuo para que su ámbito de acción quede garantizado entre el cumplimiento, la resistencia, o el quebrantamiento de la norma, garantiza la continuidad de la libertad.

La posición extrema de eliminar la penalización de la transgresión no es posible en ningún tipo de sociedad, pero en una sociedad que pretenda ser abierta, el límite de la penalización debe ser colocado en la defensa del transgresor y no en reacomodar al sujeto transgresor a una supuesta norma metafísica e intangible, reformándolo como en el sistema de penas actuales. Además, paradójicamente en una socie-

dad que se pretenda abierta el reacondicionamiento del transgresor resulta irracional al estar a merced de las condiciones que establece la concurrencia, ya que, si existe una real competencia de ideas y conceptos y no sólo de bienes y servicios, las ideas sobre el hombre y el mundo, como cualquier otro tema, deberían, en principio, ser cambiantes. Entonces ¿Cómo reformar al transgresor? ¿En función de qué presupuestos debería establecerse esa reforma, si ninguno de éstos, por definición, debería ser intemporal? Por otra parte, las sociedades actuales, tal como actúan en referencia a la transgresión, al establecer un modelo de hombre y mundo que es obligatorio acatar ¿no estarán formando a los inadaptados y a los transgresores del mañana? Si es que en ese mañana se lograra concretar una sociedad abierta, en la que no debería existir ninguna idea trascendente del mundo y del hombre.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Actas de los mártires, versión de Ruiz, Daniel. Madrid: BAC, 1974.
- Biblia del peregrino versión de Schoekel, Luis. Bilbao: EGA, Mensajero, 1993.
- Beling, Ernst «*Die lehre von Tatbestand*» Tubinga 1930 traducido al español como «La doctrina del delito tipo» Buenos Aires 1944.
- Binding, Karl., *Die normen und die Uebertretung. Dritter band. Der Irrtum.* Leipzig: Verlag von Felix Meiner, 1918.
- Clarus, Julius. *Sententiarium receptarum liber quintus. Item Practica criminalis, totius criminalis iudicii ordinem delictorum poenas complectens ab eodem auctore postremo supradicti libri addita,* Venecia, 1568.
- Dante, Alighieri. *La divina comedia,* Madrid: BAC, 1965.
- Foucault, Michel de., «El nacimiento de la clínica», México: Siglo XXI Editores, 1966.
- «Vigilar y castigar», México: Siglo XXI Editores, 1976.
- Las siete partidas.* Salamanca: Andrea de Portonariis, 1555.
- Rodríguez Adrados, Francisco, *Ilustración y política en la Grecia clásica.* Madrid: Revista de Occidente, 1966.
- Rousseau, Jean Jacques. *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres* versión de Armiño, Mauro. Madrid: Editorial Alianza, 1980.

- Salas, Pedro de, *Calepino.* Madrid: Ibarra, 1830.
- Sartori, Giovanni, *Teoría de la democracia.* Traducción de Santiago Sánchez González. Madrid: Alianza, 1988.
- Segura Mungia, Santiago. *Nuevo diccionario etimológico latín español y de las voces derivadas.* Bilbao: Deusto, 2003.
- Soto, Domingo de, *An liceat civitates infidelium expugnare ob idolatriam* Salamanca, 1554.
- Tocqueville, Alexis y Beaumont de, *Systeme penitentiarie aux Etats-Unis et de son application en France, suivi d'un appendice sur les Colonies Penales et de notes statistiques,* Paris: Librairie de Charles Gosselin 30, Rue Jacob, 1845.
- Tomás, Francisco. *El derecho penal de la monarquía absoluta,* Madrid: Editorial Tecnos, 1969.
- Verri, Pietro, *Observaciones sobre la tortura,* Buenos Aires: Depalma, 1977.
- Welzel, Hans. *Introducción a la filosofía del derecho.* Traducción de Felipe González Vicen. Madrid: Aguilar, 1971.
- *El nuevo sistema del derecho penal,* Madrid: Espasa Calpe, 1964.

