

III. LA RACIONALIZACIÓN

Como ya se mencionó, el concepto de racionalización en psicología está estrechamente vinculado al psicoanálisis. Se trata de un mecanismo de defensa que al sujeto permite evitar el conflicto o la frustración dándose razones o argumentos que los encubren. El ejemplo clásico de racionalización en psicoanálisis corresponde al del estudiante descuidado que ante la cercanía de los exámenes de evaluación, en lugar de aceptar que faltó a su responsabilidad de estudiar exhaustivamente para obtener buenas calificaciones, se excusa diciendo que el profesor le calificó mal. Con ello, se distorsiona la realidad para evitar la frustración ante un fracaso. Se trata de manifestar que uno siempre, de cualquier forma, está en lo correcto; que no se puede fallar. Con la racionalización se mantiene la homeostasis del organismo y la correspondiente estabilidad ante las tensiones del día a día.

Además de ese concepto psicológico de racionalización, hay que hacer una breve recapitulación de algunos de sus significantes más importantes.

La racionalización es, en primer lugar, el resultado de un proceso que hay que diferenciar de los productos de la sensibilidad; esta distinción debe su raíz en buena medida a los diálogos platónicos que escinden cuerpo y alma. En la modernidad, esta diferencia se vuelve fundamental para la ciencia: la razón busca desterrar las creencias y la variabilidad de los sentimientos, y sustituirlos por evidencias y razonamientos.⁷⁸ Una vertiente degenerativa de la racionalidad en la modernidad abrió campo a la instrumentalización de la razón, como delinearon Tocqueville, Hegel y Marx. De una racionalización que en su etapa alegre saca al sujeto de las ataduras de la tradición y de la religión, se pasa a su cara no tan amable de utilidades instrumentales sobrepuestas al sujeto. En adelante, a través de la producción y luego del *marketing*, el sujeto juega con la aparente libertad de escoger, aunque en realidad no escoja nada, análogamente a la frase humorada del dueño de la compañía automotriz Ford que un buen día dijo que el cliente puede tener el coche del color que prefiera, con la condición de que sea negro.⁷⁹ En consecuencia, el segundo sentido de racionalización, peyorativo y significativo por su cotidianeidad en los tiempos actuales de *management* empresarial, es el que la entiende como un proceso metódico destinado a obtener un fin de la manera más eficiente; es el paradigma de la racionalización como sinónimo de eficiencia y utilidad (crear zapatos de manera artesanal es un proceso poco racional frente a los métodos industriales de producción masiva y a gran escala que abaratan costos).

Este sentido instrumental de racionalización puede ser explicado como el resultado de las carencias a las que ha conducido la modernidad. Al analizar el diagnóstico que hace Alain Touraine de las fallas de la modernidad para alcanzar el objetivo que al inicio se planteó, al autor advierte que de los dos procesos que conforman la modernidad (racionalización y subjetivación) ha sido el proceso de racionalización el que ha dominado el paradigma de la modernidad, con menoscabo del proceso de subjetivación, que él trata de rescatar; dice Touraine que hay sistema, demasiado sistema, sin muchos actores, y, en el extremo, sin actores. En su propuesta busca que, armónicamente, razón y sujeto procuren lograr los

⁷⁸ Hay que notar que de entre los varios descubrimientos de Freud derivados del conocimiento racional científico en psicología, y que afectaron el narcisismo del hombre, están los siguientes: 1) que el hombre no es el centro del universo, 2) no es el rey de la creación, y, lo más importante para este análisis, 3) que el ser humano no es un ser enteramente racional, en tanto que buena parte de la conducta del sujeto es desconocida en sus motivaciones. Bleger, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 98.

ideales de la modernidad.⁸⁰ Touraine describe cómo fue que el proceso de modernización decayó en el de racionalización. Del planteo religioso, donde todo lo domina dios, se pasó a un laico o secular en el que el dominio de la naturaleza y del hombre a través de la técnica fue el aspecto dominante, reemplazando a dios por la ciencia. Si al inicio se buscó que el principio del bien radicara en la utilidad social y a la sociedad como un sistema flexible que se produce y aprende de sí mismo,⁸¹ ello también condujo al hombre a terminar siendo presa de la lógica del poder totalizador.

A partir de su diagnóstico, Touraine intenta demostrar que el sujeto es ante todo un actor que cuenta con la capacidad para ejercer su destino con libertad, emancipación, posibilidad, afirmación, como superación del sí mismo (*it self*), residuo de la modernidad como racionalización, y que confunde al sujeto con el sistema y con valores que le vienen de fuera, del orden social, del *súper yo*, de la ley. El yo no es idéntico al sí mismo, pues el primero resiste la lógica del sistema cuando el segundo es la proyección en el individuo de las exigencias y de las normas del sistema.⁸²

Touraine trata de vincular razón y sujeto como fórmula feliz que permita recuperar el ideal de la modernidad. Dice que el sujeto se puede construir siempre que se reencuentren el principio del deseo y el principio de la realidad. Un sujeto demasiado centrado en el deseo no conoce norma qué respetar, mientras que quien se deja llevar por la realidad con menoscabo de la construcción de sus propios valores es un elemento más del funcionamiento del sistema social.⁸³ Se busca un sujeto que no dependa del principio del placer (satisfacción) ni del principio de la realidad (obediencia), sino un sujeto que, para alcanzar su libertad, pueda tratar con la fórmula jurídica potenciadora y limitadora de su instinto o voluntad, y también que en ese escenario de rescate del sujeto, por paradójico que parezca, se asuma la normalidad de un sujeto que utiliza la racionalización para lidiar con su temor al fracaso o la frustración por no alcanzar su cometido, manteniendo su estabilidad ante el oscilar de un impulso primario para satisfacer su deseo y la aniquilación que la sociedad puede lograr.

A continuación hay que analizar la racionalización como un mecanismo (conducta de defensa) que si fuera extrapolada al derecho permitiría a este, además de situar al sujeto en una posición estable y transitoria entre el principio de realidad y de placer, lidiar con el fracaso, y si cae en falta, es por alguna razón que no es culpa propia.

1. EL PALIMPSESTO JURÍDICO

Para defenderse de las ansiedades, el derecho tiene que trabajar varias diferencias que normalmente están ocultas. En primer lugar, la diferencia entre lo real y lo simbólico, en segundo lugar, las diferencias normativas en la unidad del objeto jurídico (el instinto o la voluntad) y, en tercer lugar, la diferencia de un objeto (la ley) que cosquillea de forma activa y un sujeto que se encuentra frente a ese objeto en una situación pasiva.

Hay que ver las siguientes manifestaciones de esa racionalización, que por ser básicas, son las principales.

El artículo 136 de la Constitución política de México dispone que ella no pierda su fuerza y vigor, aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia. En caso de que por cualquier trastorno público se establezca un gobierno contrario a los principios que ella sanciona, tan luego como el pueblo recobre su libertad, se restablecerá su observancia, y con arreglo a ella y a las leyes que en su virtud se hubieren expedido, serán juzgados, así

⁸⁰ Cfr. Touraine, Alain, *op. cit.*

⁸¹ *Ibidem*, pp. 17-38.

⁸² *Ibidem*, p. 261.

⁸³ *Ibidem*, p. 225.

los que hubieren figurado en el gobierno emanado de la rebelión, como los que hubieren cooperado a esta. He aquí un mecanismo absoluto de negación. ¿No está la Constitución negando su posible violación, reprimiendo la más cruda verdad del poder que en algún momento histórico puede desconocer el orden jurídico vigente? Las conductas de defensa son obvias, tal y como se mostró arriba, pues la validez jurídica está asegurada aun y cuando se le niegue, en tanto que quien ose contrariarla caerá irremediabilmente en contradicción porque se le seguirá regulando con los propios movimientos que trata de evadir. Lo anterior, sin menoscabo de hacer explícito el ocultamiento de lo real traumático (violencia sin ley) a través de la virtualidad del derecho siempre reinante (*lex semper imperat*). De ese modo, una revolución social, el anverso total del orden jurídico, el no derecho absoluto, puede ser tratada de modo jurídico precisamente porque toda revolución —tanto en su sentido astrofísico como político— en última instancia retorna a los orígenes.⁸⁴ Es exactamente una generación de diferencia de un objeto consigo mismo que se logra mediante un aparente desplazamiento que vuelve al punto de partida, al final el movimiento fue solo relativo, nunca absoluto. Una promesa se transforma en estabilización; un supuesto movimiento vuelve al punto de partida. Este búmeran jurídico (*constitutio semper imperat*) recuerda en realidad la pasividad de los sujetos y la actividad inherente al objeto jurídico. Hay que ver a aquellos jóvenes de las comunidades conservadoras americanas que, siendo en una primera etapa reprimidos, son lanzados, en un segundo tiempo, a la libertad de la sociedad de consumo para experimentar el modelo americano de libertinaje (sexo, drogas y paternidad sin responsabilidad). Tal acción les produce una suerte de *shock* social ante los excesos de ese mundo para los cuales no están preparados, y después retornan al punto de origen, al de la represión total, no impuesta coactivamente, sino adoptada “libremente”; tal es la pérdida de sentido, que estos jóvenes retornan a sus comunidades de origen más vinculados a ella que antes. El mensaje puede ser interpretado como 1) el choque entre un mundo simbólico de represión y un lanzamiento al mundo real de excesos frente al cual no se está preparado, 2) el trato divalente que aparenta libertad y en realidad busca sujeción, 3) quien se cree un individuo con libertades no es más que un sujeto que está atado al objeto que desea y puede terminar rechazándolo. Del mismo modo en que las abuelas de antaño dejaban que sus hijos se quemaran con la plancha para que aprendieran a comportarse, la Constitución política, emperatriz del mundo, dice, muy a pesar de los rebeldes: *quien hoy es un emancipador, mañana será un conservador*. Como sucede con los jóvenes amish que vuelven al manto protector de sus familias, ¿no así los rebeldes anticonstitucionales terminan reconociendo el imperio inmaculado de la Constitución?⁸⁵

La racionalización, como conducta de defensa no se detiene en esa etapa genitiva inicial. Se desenvuelve a lo largo y ancho de la dinámica jurídica, dándole al operador jurídico razones varias que encubren el conflicto.

¿No es la famosa sentencia latina *dura lex sed lex* uno de los más grandes ejemplos de racionalización jurídica? Puede ser escrita también como la ley es la ley, esto es, pura tautología sin aparente efecto en la realidad. No es así. Lo que oculta, como mecanismo de racionalización, es que la ley puede ser incoherente —va contra sí misma— o amnésica —se olvide de sus pendientes—, pero a pesar de ello, de la ansiedad a la que puede conducir, hay que cumplirla. Se lo dice Creonte a Antígona cuando le recrimina su conducta, pues si la ley no falla, Creonte tampoco, pues este es solo su brazo ejecutor; Creonte no aplica su voluntad, aplica la voluntad legal. Racionaliza su actuación contra los más que-

⁸⁴ Ost, *op. cit.*, p. 173.

⁸⁵ Se pregunta Žižek, recordando la leyenda griega de Cronos que se comía a sus propios hijos para no dejar el poder, “¿no se trata de la paradoja clave de todo proceso revolucionario, en el cual no solo se necesita violencia para superar la violencia existente, sino que la revolución, para poder estabilizarse en un Nuevo Orden, debe comerse a sus propios hijos?”. Žižek, *Visión..., cit.*, p. 414.

ridos, ocultando su verdadero deseo e intercambiándolo por la idea de que la ley debe ser acatada por ser cosa pública.

Puede ser visto, bajo la perspectiva de la racionalización, el principio de que el desconocimiento de la ley no exime de su cumplimiento, previsto en el artículo 21 del Código Civil Federal.⁸⁶ Lo que oculta el principio es el hecho de que efectivamente el sujeto jurídico casi siempre desconoce el derecho. Aceptar ese segmento de lo real, que incluso el simbolismo no alcanza a cubrir, como uno de sus residuos fantasmales, tiraría al sistema jurídico entero. Para tratar con la angustia aparejada, el derecho pone freno a cualquier expectativa cuya pretensión sea desconocer el derecho vigente. Con esta formalización, el derecho neutraliza a los sujetos empíricos desconocedores de la ley y los intercambia por sujetos universales que mantienen la vigencia del derecho. Lo que también se descubre es una extraña pero vital paradoja que da sustento al mundo de la validez simbólica del derecho y que puede ser explicada del siguiente modo: el desconocimiento de las normas jurídicas abre el camino a la validez del derecho, porque en caso de que el operador jurídico primario (comprador, mandante, consumidor, contribuyente) conociera la totalidad del contenido jurídico perdería sentido la función normativa jurídica, esto es, qué sentido tendría normar aquello que ya es previamente conocido. Aquí, al derecho, le pasa igual que a las personas que prefieren (reprimir o negar) permanecer en la ignorancia como la mejor herramienta para mantener su estabilidad emocional. Žižek ejemplifica esto con el caso del marido que ha cometido adulterio durante muchos años y que se encuentra en aprietos para deshacerse de su mujer (divorciarse), cuando esta le confiesa que todo el tiempo supo de sus infidelidades.⁸⁷ El conocimiento sobre el conocimiento del otro (extemporáneo), es decir, saber muy tarde que el otro lo supo todo el tiempo, genera mucha inestabilidad emocional, porque la expectativa del infiel, por naturaleza, es que el otro desconozca, y cuando ocurre lo contrario, el engañador es el engañado, en una situación terriblemente incómoda donde el infiel pasa de una superioridad emocional virtual a una inestabilidad emocional, precisamente porque su fantasía narrativa se ha desvanecido. Por eso, para mantener su estabilidad (emocional) el derecho antepone una racionalización básica cuando en lugar de aceptar que nadie, salvo los jurisconsultos de los institutos de investigación, conoce las normas jurídicas, se ofrece explicaciones (racionaliza) simbólicas en el sentido de que todos los destinatarios conocen su contenido; en correspondencia a esa racionalización, sus destinatarios deberían mantener (y de hecho mantienen) la ficción de que el sistema jurídico irradia su regulación por doquier y es plenamente eficaz, en una situación inversamente análoga a la del marido que cree que su mujer no sabe lo que hace y esta, a su vez, prefiere mantener el velo de ignorancia como la conducta de defensa más feliz para mantener la cotidianidad de la pareja.

Como se observa, hay que hacer patente el hecho de que el derecho finge que el destinatario sabe, y este finge saber lo que el derecho sabe que no sabe. Mantener las apariencias y ocultar las dificultades es, simbólicamente, el mejor mecanismo para mantener la estabilidad del sistema jurídico. A veces se trata de puros gestos vacíos de los actores involucrados que se acoplan para evitar la violencia legal y la falta de obediencia por parte de los destinatarios. Los gestos jurídicos materialmente no producen una transformación, aunque simbólicamente sirven para operar un cambio radical en la postura de los sujetos, un intercambio simbólico más efectivo a partir del gesto material vacío y hueco. Todos recuerdan que tras una feroz competencia entre amigos por un puesto de trabajo, el ganador, como

⁸⁶ “Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público”.

⁸⁷ Žižek, *Visión...*, cit., pp. 361 y ss.

un mero gesto, tiende a rechazar la victoria obtenida a favor de su amigo contrincante, y este último, en correspondencia con el gesto, rechaza la oferta; a pesar de haber pasado por una terrible competencia, el lenguaje y la comunicación ayudan a superar una conducta que gira sobre el mismo punto, en tanto que los gestos operan un cambio trascendental, pues ambos salen indemnes.⁸⁸ Por igual, el derecho emite gestos simbólicos cuando presenta ofertas (como si fueran gestos de cortesía) que de antemano sabe que no se pueden cumplir, como sucede con la emisión de acuerdos de sacrificio fiscal que solo benefician a algunos sectores productivos con exclusión de otros. La importancia de ese gesto simbólico es que no deja a las partes en la condición que había antes de la emisión, pues por su efecto performativo logra un cambio en el estatus de los sujetos porque se produce la apariencia de lidiar con los problemas económicos, enfrentándolos con una respuesta jurídica, mientras que el contribuyente tiene que resignarse porque los actos de sacrificio fiscal son legales por su generalidad y abstracción, aunque injustos por su falta de equidad: el caso más conocido es el de las resoluciones de carácter general que condonan impuestos, porque benefician económicamente a quien incumple con el pago oportuno de los impuestos.

Aun y cuando el derecho tiene a favor el reconocimiento tácito de su validez por parte de los destinatarios, e incluso, la posibilidad de imponer por la fuerza sus determinaciones, trata de mantener su funcionamiento con la delicadeza de los modales de cortesía y buen trato, como un mecanismo eficaz para que emisores y destinatarios de las normas practiquen un juego social aséptico en el que el conflicto sea siempre desplazado, un tipo de juego en el que nadie salga dañado.

Otra de las aristas de los procesos de racionalización jurídica es el ocultamiento del trauma del sistema jurídico como sistema incompleto. Siendo el derecho un sistema incompleto, se presenta como si fuera completo a través de la ficción de tener respuestas para todos los casos que se ponen a su consideración. El derecho, así, se presenta como un sistema con respuesta a todas las preguntas que se le formulen, aunque no las tenga. Este tópico, altamente analizado en la filosofía del derecho, es de una importancia práctica que afecta al propio sistema de justicia. El sistema jurídico, por ejemplo, reconoce en la Constitución que el acceso a la justicia es un derecho fundamental.⁸⁹ La expresión popular de que se acude a alguien (el derecho) porque tiene todas las respuestas, y las que no las inventa, encuentra un natural acomodo. El sistema es completo porque asegura la justicia, aunque, como lo señaló Luhmann, la justicia es una contingencia al sistema jurídico, no forma parte de su codificación ni de su lenguaje. “Desde la mirada del sistema jurídico y desde su función, no debe haber espacios que no estén ocupados por el derecho, ninguna situación que el derecho no pueda cubrir, ningún enclave arbitrario y violento”.⁹⁰

Una paralaje también básica es la que relaciona la norma jurídica individual con el sistema jurídico global. Cuando debería aceptarse que retroactivamente la norma jurídica actual otorga coherencia al virtual sistema jurídico, el jurista acude a una racionalización para presentar la relación de modo inverso, esto es, que el ordenamiento (creado desde una mirada retroactiva simbólica) da vida a la norma jurídica, la da su sentido. La falacia de la virtualidad de lo menor, la norma, se extiende a lo mayor, el ordenamiento, con mayor razón, aún más virtual: “el ordenamiento jurídico no es un agregado de normas, sino que más bien el ordenamiento precede a la norma, la cual es tal no por ninguna cualidad abstracta o de esencia, sino justamente por su inserción en un ordenamiento concreto, que como tal

⁸⁸ *Ibidem*, p. 354.

⁸⁹ Véanse los dos primeros párrafos del actual artículo 17 de la Constitución federal mexicana, reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008. “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales”.

⁹⁰ Luhmann, *op. cit.*, p. 489.

la precede y ha tenido que definirla previamente como ‘fuente de derecho’ y en cuyo seno únicamente cobra sentido”.⁹¹

De regreso a la completitud jurídica, esta se asegura también cuando la técnica judicial para asegurar la justicia depende en última instancia de un proceso circular que está basado en una petición de principio. Pura diferencia virtual que retroactivamente es una mirada que ya está presente en su explicación; o dicho de otro modo, presupone lo que tiene que probar. La doctrina jurídica reconoce que el juez tiene la obligación de resolver los casos con la ley, su interpretación e integración, o en el extremo con el aporte de los principios generales del derecho y la doctrina.⁹² Incluso, a fin de liberar presión a la estabilización de las expectativas, como una más de las diferencias del objeto consigo mismo en la que se distingue derecho y ley, los doctrinarios jurídicos dicen que la ley puede tener lagunas, pero el derecho no. Mediante esta conducta de racionalización, el derecho oculta su carencia de respuestas y las intercambia por la actividad reparadora de la jurisprudencia, la doctrina y los principios generales del derecho. Aquí, hay que ver también el proceso circular por el cual el derecho define cómo se resuelven los casos, volviéndose, previo movimiento de desplazamiento aparente, de regreso hacia la propia decisión. La decisión judicial toma prestada su justificación presupuestando el material jurídico pasado, pues la ley, su interpretación y su aplicación son momentos sincrónicos de la decisión jurídica tomada. El derecho, en este sentido, toma prestado el futuro, sosteniéndose en la permanente suposición de ser completo y basándose en la ficción de que actúa como inicialmente se esperaba que actuara: por eso, presenta el producto por el que se debería luchar (la decisión jurídica) como realmente alcanzado (la letra de la ley). Este fenómeno primordial de la operación jurídica tendría que evidenciar la ilusión que se oculta: que la narración es anterior a la actividad del narrador, pues la narración es producto de su actividad. Es una pura diferencia tautológica porque el derecho introduce la ilusión de que hay una identificación deductiva —solo separada temporalmente— entre la letra de la ley y las decisiones judiciales (como si de una subsunción lógica se tratara), cuando la letra de la ley se encarna en la decisión misma (es la fe cristiana la que justifica la existencia de Jesús, el Cristo, y no viceversa). Por el hecho de que en la decisión (en la sentencia) se mencione su adecuación al marco normativo, ella se justifica retroactivamente, solo que de manera simbólica, en tanto que la letra de la ley es inexistente. A toda costa la narración jurídica oculta el trauma de que la letra de la ley es una ficción, un lugar vacío, y, en su lugar, propone una formalización total de las respuestas jurídicas. Pasa al derecho, en este mecanismo de defensa, como ocurre a los individuos en las relaciones efectivas humanas: todo mundo cree que hay una diferencia temporal entre el auténtico y libre amor y la actual relación de pareja que llena de gozos y pesares; lo que se oculta y nadie quiere aceptar, porque implicaría asumir una posición de fracaso estructural, es que la relación efectiva de pareja es el verdadero amor.

La completitud del sistema jurídico se vuelve a asegurar con el proceso de interpretación jurídica.⁹³ Aquí es importante mencionar que ante la disyuntiva de que el texto permanezca

⁹¹ Castro Estrada, Álvaro, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, 3a. ed., México, Porrúa, 2006, p. 14.

⁹² Dice la parte *in fine* del artículo 14 de la Constitución política federal: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de esta se fundará en los principios generales del derecho”.

⁹³ Un caso extremo de la racionalización lo llevó a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al más alto tribunal. Cuando debería estar decidiendo los principios más complejos de la racionalidad jurídica, tuvo que decidir que el desahogo de un requerimiento, antes de que corra el plazo para su desahogo, no puede considerarse extemporáneo. Tener que aclarar este punto fue efecto de la lógica perversa (del que disfruta haciendo evidente esta inconsistencia, a diferencia del histérico que la niega porque la teme) de la autoridad que consideró extemporáneo todo desahogo que no se dé *dentro* del plazo, aun cuando se desahogue *antes* de que aquel inicie, pues en estricto sentido, es extemporáneo. Lo que no consideró la autoridad administrativa es que, como señala la tesis, se busca que el desahogo no se realice con fecha posterior a la conclusión del plazo. Este ejemplo ilustra la divergencia entre la realidad simbólica jurídica y la del campo de lo real donde los plazos gregorianos corren siempre libres. Desafortunadamente, los operadores jurídicos nunca miran la teleología de las

idéntico a sí mismo (interpretación literal) y la del texto que continuamente se reformula (interpretación correctora), hay que observar la diferencia de paralaje bajo la perspectiva de que el texto y su producto, la interpretación, son en realidad dos caras del mismo objeto, solo que percibidas como diferentes por el desplazamiento histórico y topológico del sujeto operador jurídico. Según el marco legal, la denegación de justicia está prohibida, y como consecuencia, cualquier pretensión por compleja o exógena que parezca, siempre tiene posibilidades de ser reconducida al imperio del derecho. La conocida distinción entre legislación y jurisprudencia abre la diferencia jurídica virtual que oculta el hecho de que los tribunales evaden aquellos casos difíciles y, análogamente, se crea la ilusión de que los tribunales siempre resuelven los casos sometidos a su imperio. Precisamente porque resolver los casos conforme a la letra de la ley es materialmente imposible, el sistema jurídico gestiona para sí la capacidad de tener una observación de segundo nivel por parte de los operadores jurídicos (técnicamente, los jueces con la interpretación jurídica) que permite asegurar, una vez más, la completitud del sistema jurídico con la determinación del sentido de las disposiciones normativas por la especialización y organización de los jueces (tribunales).

Mucho se ha discutido también sobre la *judicialización* de los procesos jurídicos, con referencias doctrinales amplias.⁹⁴ En apariencia, se ha pasado de un Estado de derecho dominado por el paradigma de legalidad, a un Estado (neo)constitucional cuyo paradigma reside en la creciente labor del juez. A pesar de que esta perspectiva de análisis jurídico es importante y ha ido avanzando en la doctrina, también es afectada por la paralaje de legislación y jurisprudencia, solo que ahora trasladada a la observación del juez, y que descuida que la diferencia de la legislación respecto de la jurisprudencia, como si se tratara de dos fenómenos jurídicos complementarios o antagónicos, es una mera apariencia o ficción que tiene su sustento en la actitud esquizoide jurídica de generar diferencias en el mismo objeto y tratar a la ley como objeto bueno y como objeto malo, esto es, norma jurídica mala si proviene de un legislador amnésico e incoherente, y buena si la corrige el juez memoria del derecho e integrador de soluciones a partir de los rompecabezas que va dejando el legislador.

Hay que recordar que en teoría jurídica y del Estado, las funciones básicas del Estado son crear, administrar y aplicar las normas jurídicas. Aristóteles había dicho que el legislador mira al futuro con sus normas generales, cuando el juez mira al pasado cuando resuelve casos individuales. La modernidad ha mantenido esa construcción doctrinal diferenciando las funciones bajo el paradigma de la división funcional de poderes reconocida en el nivel constitucional, incluso. Sin embargo, resulta que la jurisprudencia, vista tradicionalmente por la ciencia jurídica como un proceso independiente de la legislación, es en realidad la pura diferencia de la legislación consigo misma, solo que desplazada en el tiempo. En efecto, cuando el juez decide el sentido de la disposición jurídica, decide en realidad sobre el sentido potencial de la norma jurídica que se concreta en el momento mismo de la decisión. Por esa causa, cuando se da lectura a las actuales demandas, contestaciones y sentencias judiciales, puede advertirse por qué lejos de sustentarse en la legislación se llenan de citas textuales de jurisprudencias, la mayoría de las ocasiones descontextualizadas del sentido original, en lugar de contener razonamientos autónomos que justifiquen las pretensiones de las partes de conformidad con la individualización y relevancia de los hechos.⁹⁵ Que se

normas jurídicas, no tanto porque no quieran, sino porque están ensimismados en la formalidad de la supuesta letra de la ley [Tesis XL/2011].

⁹⁴ Cfr. Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 2003.

⁹⁵ El caso más notorio es que aun cuando se abroga una ley, la jurisprudencia surgida de su interpretación puede continuar, por su fuerza normativa propia, aun vigente. Por ejemplo, la ley electoral del Distrito Federal de 1999, abrogada por la nueva ley electoral local publicada en la Gaceta Oficial local el 10 de enero de 2008, continúa produciendo efectos pragmáticos en tanto que su contenido jurisprudencial es perfectamente compatible con la nueva ley aun cuando sintácticamente (por las referencias a sus numerales) sean incoherentes entre sí.

trata de un movimiento de paralaje por rotación, donde el legalismo es la primacía de la ley y el neoconstitucionalismo la primacía del juez, queda más claro cuando se advierte que en el contexto (neo)constitucional, la jurisprudencia asume el papel que le correspondería a la legislación, puesto que el sujeto en un primer momento estaba concentrado en la labor del legislador (desde la Revolución francesa) con menoscabo de la función del juez, cuando en la actualidad es un cambio en el objeto que solo se debe a su rotación para asegurar una mayor preponderancia de la labor del juez (desde la posguerra): o dicho de otra manera, la labor del juez es la propia legislación, desplazada temporalmente, quien habla a partir de su diferencia.

Este proceso de diferenciación queda más claro si se trae la idea de Ost de que el texto jurídico, en su aspecto de actuario de lo social, puede ser comparado a un palimpsesto. Un palimpsesto, explica Gérard Genette, “es un pergamino en el que se ha raspado la primera inscripción para hacer otra, que no tapa enteramente a la primera, de modo que es posible leer, permitiendo que sea transparente, lo antiguo por debajo de lo recién escrito”.⁹⁶ ¿Si el arte jurídico es ante todo el arte del comentario y la glosa, y la glosa (juez) ha aparentemente superado al texto (legislador), no puede decirse que hay una correlación asombrosa entre texto y comentario, donde la jurisprudencia funge virtualmente como el actual texto y la legislación como el actual comentario, aunque al final se trate de uno y el mismo texto?

Con lo dicho queda clara la propuesta de que la conducta de defensa de racionalización es una buena estrategia para que el derecho pueda ocultar que las respuestas a los casos jurídicos no son la representación de la letra de la ley, y que tampoco tiene todas las respuestas para los casos. Con lo anterior se trata la ansiedad que se generaría si se aceptara que el derecho es un sistema incompleto, incoherente e inconexo, tal y como lo demuestran los actuales procesos legislativos donde las normas chocan entre sí, abundando a la tendencia de incertidumbre en epistemología y de indeterminación en política. Donde antes el derecho daba certeza, hoy abona en dudas, donde establecía normas, hoy solo es capaz de abrir escenarios, donde antes había seguridad, hoy solo hay opciones.⁹⁷

Žižek señala que el melancólico, lejos de lo que comúnmente se piensa, no es el sujeto que está fijado en el objeto perdido, sino que, por el contrario, es el sujeto que poseyendo el objeto ha perdido su deseo por él; la causa que lo hacía deseable ha desaparecido, perdido su eficiencia. La melancolía surge cuando el sujeto obtiene el objeto deseado, pero se decepciona de él. Žižek ejemplifica que cuando uno se muda de un lugar a otro no se pone melancólico por el lugar que deja, sino por esa extraña idea de que uno terminará, de alguna forma u otra, habituándose —más rápido de lo que se cree— al nuevo hogar. En esa tesitura, no se extraña la ciudad que se deja, sino la forma tan rápida que el sujeto se habitúa a la nueva comunidad, olvidándose de la antigua residencia. Lo que entristece al sujeto es la conciencia de que, tarde o temprano, perderá su deseo de (lo que es ahora) su hogar.⁹⁸

Esa abertura de escenarios, de opciones posibles, ocurre también con las normas jurídicas. No se extraña el derecho que se va, el derecho histórico, sino la forma tan rápida que se habitúan los destinatarios de las normas jurídicas a las nuevas disposiciones. Se emocionan todos con las normas jurídicas emitidas, y más pronto, el creador y el destinatario, se decepcionan, buscando una nueva que la supla. Se posee el objeto —la norma jurídica—, pero cambia constantemente el deseo sobre ella. Jurídicamente no se extraña a las normas jurídicas que se han ido, sino que se está melancólico por la velocidad como se generan normas jurídicas sin cesar, que se suceden en el tiempo y por la misma materia. No se pierden normas jurídicas, sino el deseo de mantenerlas vigentes. La paradoja es que la múltiple

⁹⁶ Citado por Ost, *op. cit.*, p. 81.

⁹⁷ *Idem*, p. 249.

⁹⁸ Žižek, Slavoj, How to Read Lacan. 5. Troubles with the Real: Lacan as a Viewer of Alien; <http://www.lacan.com/zizalien.htm> [consultado el 17 de noviembre de 2009].

creación de normas jurídicas esconde la pérdida del deseo de mantenerlas vigentes. A las leyes les pasa como a las expectativas de permanencia de los actuales programas de televisión: a menudo, en el mismo horario un programa sucede a otro, así como una norma vigente es renovada periódicamente por otra.

Ost, cuando describe la puesta en entredicho del tiempo jurídico, ejecuta magistralmente una analogía de Borges según la cual en la actualidad habría mapas que, teniendo como misión representar un territorio, son tan grandes, detallados y específicos, como el territorio que buscan representar.⁹⁹ Tal aporía hay que trasladarla al mundo del derecho para comprender las claves de un derecho que en los tiempos que corren, y debido en gran parte a su complejidad, ha perdido en mucho la generalidad (por lo que se refiere a los sujetos) y abstracción (por lo que se refiere a la ocasión). En lugar de un derecho que regule a un sujeto jurídico genérico, se regulan a sujetos jurídicos concretos; en lugar de regular supuestos que trasciendan al tiempo y a la ocasión, como las normas civiles del siglo XIX que pretendían abstraerse del desarrollo histórico de las naciones, hay supuestos legales que se amarran inexorablemente al tiempo actual y a su historicidad. Un tiempo, por cierto, de mucha urgencia, convertida en regla y no en excepción de los derroteros. Parecería que, lejos del concepto del derecho como un producto institucional destinado a perdurar en el tiempo y a cubrir con su manto todos los casos posibles, más bien hay que hacerse a la idea de que, yéndose al extremo, hay que habituarse a supuestos jurídicos específicos unitarios, en forma análoga a la imagen del mapa que termina representando detalladamente la realidad que quiere representar. Un símbolo de la montaña, del río, de la cuenca, que es idéntico a cada accidente geográfico representado.

Este problema de un objeto activo (la ley) y el destinatario pasivo de las normas, puede ser conceptualizado también como *legorrea*. Agamben dice que a la *legorrea* —como exceso de normas jurídicas— habría que sumarle la anomia y el desorden que priva en los sistemas políticos. Dice: “Today we see how a maximum of anomy and disorder can perfectly coexist with a maximum of legislation”.¹⁰⁰ Hoy es irónico observar que a la inmensa ola de irregularidad, legalidad, ilegitimidad y criminalidad, productos del cruce positivo y negativo de lo legal y lo legítimo, se le haga frente con más leyes, más legislación. El trauma oculto que toca revelar es que cuando más leyes hay, más se debe desconfiar de su poder para mitigar los efectos de las ilicitudes e irregularidades realmente existentes.¹⁰¹ Cabe aclarar

⁹⁹ ¿No pasa que con el actual *Google Maps*, que lejos de mostrarse como una representación artificial de la geografía del mundo, en verdad produce la sensación —con todas sus herramientas de exploración— de ser mucho más real y nítida que la vivencia directa y limitada en algún lugar en el globo?

¹⁰⁰ Raulff, Ulrich, “An Interview with Giorgio Agamben”, *German Law Journal*, vol. 5, núm. 5, p. 612; http://www.germanlawjournal.com/pdf/Vol05No05/PDF_Vol_05_No_05_609-614_special_issue_Raulff_Interview.pdf [consultado el 19 de mayo de 2009].

¹⁰¹ Esa *legorrea*, con independencia de su escaso poder para mejorar los hábitos de los individuos y alcanzar las metas comunes de la sociedad, sigue invadiendo el espacio jurídico público. Detrás de cada legislador siempre está el estigma de superar a sus antecesores en los indicadores de creación de leyes. Si no cumplen con esa meta se les acusa de no redituár su alto costo. Legislador que no propone iniciativas de ley atenta contra su teleología; legislador que proponga muchas iniciativas de ley, desquita su dieta. Esta imagen pública de hiperactividad —un máximo de legislación— no ha resuelto los problemas de eficacia en la creación y aplicación de las normas jurídicas. ¿No es verdad que en estos tiempos la hiperactividad del poder legislativo contribuye a aumentar los niveles de inseguridad jurídica —añadida a la tendencia de *judicialización* jurídica—? ¿No sería más prudente asignar a los legisladores un papel contrario, esto es, que la decisión de los legisladores por contener el mar de propuestas que día a día se superponen unas con otras sería un mayor valor porque solo serían legisladas propuestas que auténticamente pasen el filtro de la validez y la eficacia jurídica? Hay una moda para proponer iniciativas legislativas, independientemente de su contenido y posible validez (que tendrá que resolver el juez) y de su eficacia (por atacar los problemas sociales o generar mejores condiciones). Contrario a lo que se ha venido estableciendo, no es adecuado estar cambiando cada trienio las mismas normas jurídicas ni crear nuevas que se superponen a las ya vigentes. Como ejemplo privilegiado, la Ley de Establecimientos Mercantiles, vigente a partir de 2009 en el Distrito Federal, es producto ecléctico de más de cuarenta propuestas (legislativas *dixit*) de autoridades, comerciantes y académicos. Esta marea propositiva que no tiene centro ni pies ni cabeza no es sinónimo de solidez jurídica, pues es razonable suponer que la temprana vigencia

que no se defiende un modelo estático que haga de las normas productos duraderos ajenos a la dinámica social. Todo lo contrario. Se debería proponer armonía y equilibrio, siempre difícil de lograr. *Kronos* —el tiempo— es un dios que precede y que cuenta con mayor fuerza que *Themis* —la justicia—. Por ello, un justo medio entre el cambio y la permanencia es lo más prudente. Demasiado cambio o dinámica no genera instituciones; demasiado reposo o estática genera conformidad con lo actual.

En el inicio como en su recorrido histórico, se ha develado la racionalización básica jurídica que niega tanto la guerra original como el fracaso de las normas jurídicas a lo largo del tiempo. ¿Seguirá el sistema jurídico haciendo uso de esa racionalización que enmascara virtualmente sus fallas? La respuesta es positiva funcionalmente hablando. Eso no impide que el lector de las normas jurídicas pueda identificar la pantalla virtual que está enfrente y que, además de observar la máscara narrativa con la que el derecho actúa en la mañana, busque en la oscuridad de la noche el rostro deforme (lo real jurídico) que está detrás de la máscara.

2. ¡SI NO PUEDEN, RENUNCIEN...!

Mediante la racionalización, el sistema jurídico da una respuesta diferente a la que expone que el poder, en este caso, la voluntad, determina el contenido de las normas jurídicas y en su lugar asume la engañosa respuesta de que el derecho es el que determina el material jurídico. En términos jerárquicos, no se trata de la relación supraordinada entre derecho y política, sino de su relación coordinada.

En el terreno de la teoría del derecho, siempre ha habido cantidad suficiente de ocasiones para discutir su naturaleza del orden legal. Ahí están las propuestas de Kelsen,¹⁰² Hart¹⁰³ y Raz¹⁰⁴ como evidencia de los teóricos jurídicos más importantes en los dos últimos siglos. El dominio del positivismo jurídico no ha impedido otro tipo de respuestas como la de los estudios jurídicos críticos como cúspide, según la cual el derecho es un mero reflejo de la política, su brazo coactivo. ¿Y por qué no habría de ser así, dicen los críticos, si la producción, aplicación e interpretación de las normas jurídicas es un proceso que en última instancia depende de quien ejerce el poder, quien, sí así lo decide, puede transformar una decisión política en una razón jurídica?

Antecedentes de esa postura se localizan en el nominalismo filosófico de Duns Escoto y de Ockham. El nominalismo filosófico, en esta materia, sostiene la tesis de que las cosas no son buenas en sí mismas, sino que son buenas porque alguien decide que lo sean. Análogamente, una decisión jurídica no es buena porque respete un valor objetivo, sino que es buena porque surge de la voluntad de un sujeto autorizado para emitirla, la cual, por ese mero hecho, está acariciada con la legalidad, independientemente de cuál sea su contenido.¹⁰⁵ El mandamiento de dios es causa de la bondad y no la bondad como causa de la obediencia.

del ordenamiento será desechada por las nuevas modificaciones que planteen las próximas legislaturas. *Cfr. Tus Diputados en Acción*, año 2, 2008, núm. 7, Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional en la Asamblea Legislativa del Distrito Federal de la IV Legislatura; <http://www.gppandf.org.mx/revistas/7revista-baja.pdf> [consultado el 13 de mayo de 2009].

¹⁰² Frente a la respuesta de que es la política la que determina el derecho, el jurista asume, como lo hace Kelsen, una versión pura del derecho, sin contaminantes de otros subsistemas.

¹⁰³ Hart, H. L. A, *El concepto de derecho*, trad. de Genaro R. Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

¹⁰⁴ Raz, Joseph, *El concepto de sistema jurídico*, trad. de Rolando Tamayo y Salmorán, México, UNAM, 1986.

¹⁰⁵ ¿Y por qué sorprenderse de lo que aparece hoy en día en el arte —donde son los curadores los que deciden cuánto vale estéticamente una barata silla descompuesta—, si el nominalismo (a cuya cabeza aparece Ockham), como contrapartida al realismo filosófico, ha señalado que las cosas no son buenas en sí mismas

Sin embargo, las tesis de los nominalistas fueron tachadas como un gran retroceso, cuando deberían ser vistas como la preparación de la modernidad. Frente a la tesis de la voluntad como fuente del derecho, se erigió la explicación racionalizada del derecho como producto racional objetivo y no como producto de la voluntad subjetiva. Con ello se trata de acercar al derecho a los principios de la científicidad moderna, y alejarlo de los dogmas del tradicionalismo cultural y político.¹⁰⁶ Aquí cabe traer otra vez a Žižek. Al analizar las versiones teológicas de un dios omnipotente o parcialmente ilimitado y la cabida del mal en ellas, se advierte que las mismas dependen de movimientos de perspectiva y de desplazamiento de un mismo objeto. Dios y Satanás no son dos cosas distintas, sino la fe misma solo que vista de forma diferente según la perspectiva: dos momentos de la fe, una según el amor y otra según el castigo, una que neutraliza el mal, otra que lo muestra directamente, una cercana a la versión cristiana católica, otra a la protestante. Análogamente, la ley y el poder no son dos cosas distintas, sino las dos caras de una moneda, una la perspectiva de la razón, la otra del voluntarismo, una en el campo de lo simbólico, la otra en el campo de lo real.

¿Es mejor la versión racionalizada que presenta al material jurídico como producto del intelecto o aquella que lo desnuda como la parte más importante de los procesos políticos sujetos a la lógica de los intereses de poder? Un claro ejemplo de la brecha se centra en el debate entre institucionalistas y positivistas. Ost ha enmarcado que la decisión sobre la mecánica para reformar la Constitución necesariamente tiene que toparse con la pregunta acerca del límite que se impone a los reformistas para modificarla. Para los positivistas, las modificaciones tendrán validez precisamente por el respeto que hagan de las formas, de manera que un giro jurídico revolucionario estará permitido siempre que cuide las normas de procedimiento que le dan causa. Por el contrario, para los institucionalistas, la revisión de los principios fundamentales es siempre revolucionaria, de manera que el desapego de las formas, en algunas ocasiones, es el verdadero apego a la sustancia constitucional.¹⁰⁷ Puestas así las cosas, la posibilidad de tener o no límites para la reforma constitucional indica que no hay un puente de mediación entre el paradigma de la racionalidad y del voluntarismo jurídico como vertientes de la fórmula motriz del derecho.

La racionalización de los positivistas depende del hecho de que una reforma sea válida si respeta las formas, con independencia del contenido. Ante el cuestionamiento de los errores de su proceder, el positivista diría que no se le puede preguntar sobre el contenido, pues él de modo teórico solamente sigue el procedimiento establecido. Si se parafrasea a los nominalistas, no es la bondad la causa de la (obediencia) validez, sino que es la validez la causa de la bondad.

Otra muestra de los procesos de racionalización es, además de la discusión sobre la paternidad de la política sobre el derecho, la ficción de que el derecho es el Estado o viceversa, acepción que los juristas deben a Kelsen, y que permite ocultar las fallas del Estado moderno recubriéndolas con la respuesta de que el derecho es el Estado, en suma, el formal principio de legalidad. Lo que no se ha explicitado como mecanismo de racionalización es que el Estado genera órganos de diferencia aparente consigo mismo, para asegurar por doble vía la inmunización de sus fracasos y fallas, porque 1) vende la idea de que sigue el estándar de la legalidad, y 2) en caso de que haya algún culpable, desplaza la responsabilidad a un tercero.

sino que son buenas porque dios, el monarca y (hoy) el curador de arte así lo determinan? Basta dejar de seguir creyendo en la ficción de una ontología realista para darse cuenta que en el extremo, el arte actual —igual que el Estado de derecho— es pura convención de los estéticos del imperio que imponen a los consumidores los precios de las obras —de la misma forma que las normas jurídicas hoy día son creación de 66 diputados, con plena independencia de los fines que persigan—.

¹⁰⁶ Žižek, *Visión...*, cit., p. 239.

¹⁰⁷ Ost, *op. cit.*, pp. 207 y ss.

La última conformación del Estado de la posguerra es una buena prueba de su falla en la medida que crea metainstituciones que tienen como razón de ser el fracaso de instituciones públicas primarias. El presupuesto de estas instituciones de segundo orden es la falla de las de primer orden, y en el principio, la violación de la ley que cometen los ciudadanos, incapaces de controlar sus impulsos de desviación social y de remediar sus inconformidades de una manera autocompositiva. El presupuesto de origen es que se intentó eliminar de raíz el conflicto (la tensión y la ansiedad), mientras que los indicadores muestran que tal tentativa solo desplazó el problema e hizo surgir nuevos brotes de violencia más elaborados que los anteriores porque ahora se formalizan con la ayuda de la ley misma, que antes estaba destinada a combatirla. Ahí están, sirva de ilustración, las comisiones de derechos humanos,¹⁰⁸ cuya finalidad es prevenir o reparar las violaciones de derechos esenciales cometidas por órganos del Estado, cuando estos en la teoría jurídica liberal clásica se crean *ex profeso* para proteger la vida, libertad y propiedad de los individuos. Recientemente, los medios de comunicación han dado cuenta de esta falla estructural en voz de los organismos de la sociedad civil. Han dicho de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que, a casi veinte años de existencia, se ha tergiversado, convirtiéndose en cómplice del poder. Por esta razón histórica, el poder una vez más en 2011 vuelve a reformar el marco jurídico de derechos humanos según el decreto publicado el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*. ¿Por qué habría de sorprenderse de ese diagnóstico si estructuralmente la Comisión es, en su esencia, más allá de la racionalización que la muestra como protectora, una ficción de diferencia del poder consigo mismo, solo que con ropaje de oveja, cuando es un lobo?¹⁰⁹

Cuando se analiza este fenómeno de diferencia de órganos tiene que concluirse que se busca generar la apariencia de diferencia, a fin de que funcione como garantía de respeto a la legitimidad y a la legalidad. Si se da por sentado que el Estado comete violaciones a los derechos fundamentales —a través de actos u omisiones de naturaleza administrativa— dispone que sea otro órgano (del Estado) quien las repare. Desde el punto de vista de la técnica jurídica, la diferencia se acomoda a la distinción entre derechos y garantías,¹¹⁰ garantías primarias y garantías secundarias, según la teoría del *garantismo* más elaborada de Ferrajoli. El Estado vende así, como hacen los bancos, sus propias deudas con intereses (las violaciones de derechos se transforman por la diferencia orgánica en garantías de protección —en organismos de protección, conforme al artículo 102 constitucional—). Algo que es subsidiario —el Estado, como el dinero— permanece en su pura pulsión, en su eterno movimiento de autorreproducción, vendiendo lo inalienable que los ciudadanos compran sin preguntar. Obsérvese que el artículo 5o. de La Ley de la Comisión de Derechos Humanos establece que la Comisión se integrará con un presidente, una secretaria ejecutiva, hasta cinco visitadores generales, así como el número de visitadores adjuntos y personal profesional, técnico y administrativo necesario para la realización de sus funciones, además de que el artículo 74 de la misma Ley señala que el régimen laboral que les resulta aplicable es el apartado B del artículo 123 constitucional. ¿No es esta estructura laboral

¹⁰⁸ Conforme al artículo 102 de la Constitución política, reformado con decreto publicado en 1999, los congresos estatales y el federal quedan obligados a establecer organismos de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano, los que conocerán de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.

¹⁰⁹ No bien se avanza en la supuesta bondad de los derechos humanos, cuando la máquina biopolítica ya plantea una nueva armazón jurídica para nulificarla mediante la concurrencia de dos sintagmas que en el virtualismo se neutralizarían, aunque en el orden de lo real se complementarían: “seguridad ciudadana” y “seguridad nacional”.

¹¹⁰ Fix-Zamudio, Héctor, “Evolución del control constitucional en México”, en Valadés, Diego y Carbo-nell, Miguel (coords.), *Constitucionalismo iberoamericano del siglo XXI*, México, UNAM-Cámara de Diputados, 2000, p. 105.

burocrática, que comparte la Comisión con cualquier órgano del Estado, póngase por ejemplo, cualquier secretaría de Estado, otra clara evidencia de su estatuto real gubernamental?

Lo mismo sucede con la tendencia para dotar de autonomía a los vigentes o posibles órganos gubernamentales de naturaleza burocrática, esto es, destinados a cumplir una función que depende de la asignación presupuestal y de la delimitación de una competencia técnico-administrativa. El paradigma de unidad de la función pública que legó la teoría de la soberanía a partir del siglo XVII se va diluyendo —en apariencia— por la moda que invade las estrategias de los legisladores y sus asesores: si por el contenido una iniciativa legislativa pudiera considerarse plausible, habrá que encargar su plena viabilidad y eficacia legislativa a la creación de un órgano o unidad autónomo encargado de cumplir sus fines. Si se han de proteger los derechos de los consumidores, hay que crear un *ombudsman* del consumidor, y lo mismo tratándose de las víctimas, de los usuarios de la banca, de los contribuyentes, de la protección del medio ambiente, etcétera; de forma que no sería irracional suponer que en un momento dado el potencial de instituciones autónomas superará con mucho a las instituciones dependientes directamente del Estado.

Esta moda debe ser reflexionada para recordar dos cosas. La primera, que para la teoría jurídico-política contractualista el Estado se creó —allende sus diversas variantes— para proteger la libertad, la propiedad y la seguridad de los individuos. De un supuesto *estado de naturaleza* en el que imperaba el desorden y el caos, y en el que no había ley convencional que valiera porque imperaba la ley del más fuerte, se pasa a un *estado civil* donde cada uno de los individuos cede parte de su libertad para conformar un nuevo y unitario ente protector de esos bienes individuales mediante la unificación y centralización del poder para decidir las disputas y evitar al infinito los argumentos sobre la asignación de esos bienes jurídicos. Esta ficción de la teoría contractualista ha sido plausible para la teoría jurídica moderna porque, como se vio atrás, racionaliza el hecho de que, en algún momento, alguien tuvo que ejercer por primera vez el poder y darle validez retroactiva a través del derecho, esto es, volver derecho algo que no lo era. Simbólicamente, se evita el argumento de regreso al infinito que cuestiona fuera de la comunicación del sistema jurídico la validez del derecho vigente. Se trata de evitar el enfrentamiento con alguna dinámica traumática que muestre con nitidez que el derecho surge precisamente del no derecho, es decir, que el orden legal surge del rompimiento con un orden previo. En ese sentido, se busca también superar la paradoja de que el origen del derecho es una ilicitud, superación que se vuelve necesaria porque no es posible operar jurídicamente bajo la esquizofrenia agustiniana —transliterada al derecho— de un ser humano (el derecho) que nace en el pecado (la usurpación del tirano) y cuya función es superar ese estatuto maculado (¿no rompe el primer constituyente con todas las reglas previamente establecidas?). La segunda, que la formación de los Estados nacionales y, en primer orden, la formación de la idea de Estado se define por la unidad y uniformidad del ejercicio del poder público que recae en una sola persona quien tiene el don único de mando y de emisión de mandatos.

Sin embargo, frente a ese paradigma de unidad soberana, en los últimos años posteriores a la posguerra del siglo XX, y debido a las fallas del Estado, la teoría jurídica ha sido afectada por una búsqueda de legitimidad que se construye negativamente y no, positivamente, esto es, se construye a partir del mal y no del bien. En específico, la legitimidad construida sobre el mal señala que los actos de autoridad 1) no se generen discrecionalmente (por sintaxis se dice que se basen en la ley), 2) no sean emitidos por cualquier sujeto (se emitan por autoridad competente) y 3) no respondan al interés particular de un individuo o un grupo (respeten la idea de los valores universalmente compartidos, *ergo*, derechos humanos). Pues bien, en lugar de asumir que la autoridad se ejerce discrecional, subjetiva y particularmente, la racionalización ha dado forma a la idea de que mediante regulaciones constitucionales, legislativas y reglamentarias se puede lograr la bondad de la actuación del poder público, y afinar la ley como mecanismo jurídico de posibilidad constructivas, innova-

doras y de vanguardia. En específico, asignar eficacia a aquellas materias encargadas por ley (no viene mejor esa expresión) a órganos autónomos con capacidad plena de decisión.

Así, por ejemplo, la vigente Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información dispone en su artículo 33 que el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública es un órgano de la administración pública federal, con autonomía operativa, presupuestaria y de decisión, encargado de promover y difundir el ejercicio del derecho de acceso a la información; resolver sobre la negativa a las solicitudes de acceso a la información y proteger los datos personales en poder de las dependencias y entidades. Y en otro caso más extremo, sintomático de esta tendencia, son las recientes propuestas de dos investigadores jurídicos quienes para materializar la eficacia del derecho humano al agua, proponen crear la Procuraduría de la Defensa del Derecho al Agua y el Tribunal Federal del Agua.¹¹¹

¿Ayudan estas propuestas a materializar el objetivo de una autoridad que no sea discrecional, centralizada y que no responda a intereses particulares? Considerando que se está ante una represión de la voluntad y del ánimo de contención, la respuesta es negativa porque no se ha advertido que solo en apariencia dichos órganos actúan con independencia del poder centralizado, que les dota de presupuesto, les asigna sus órganos de representación y, sí así lo decide, acuerda su extinción. Su nacimiento, crecimiento y muerte, como en la biología, depende de alguien más y por esa causa son dependientes, pues su movimiento no les es propio sino depende de la voluntad de alguien más, como diría Spinoza. En el caso de la independencia en la asignación presupuestal hay diversas referencias jurisdiccionales, como lo que fue debatido en la controversia constitucional 31/2006.¹¹²

Si se retoma la tendencia del principio de legalidad y del Estado de derecho en la actualidad, puede advertirse que conducen a la más terrible de las contradicciones en estos momentos en que se discute el papel del Estado para afrontar la protección de los bienes individuales cuando más se observa su fragilidad, debilitamiento y porosidad institucional. ¿Si el Estado surgió para proteger racionalmente (civilmente) al individuo de los ataques irracionales (naturales) de otro(s) individuo(s), cómo entender la tesis según la cual es necesario, ya no se diga el concurso (la coparticipación), sino la asunción por parte de los individuos (grupos empresariales) de aquellos roles que la modernidad consideró estratégicos para el Estado? (el caso más significativo es el de la privatización de las cárceles —seguridad—, de la renta petrolera —propiedad—,¹¹³ y de las funciones liberales —ciudadanización de todos los procesos burocráticos).¹¹⁴

Dados los niveles de inseguridad, la puesta en marcha de la privatización de las cárceles en el Distrito Federal, en junio de 2009, representa para la autoridad la posibilidad de paliar la carencia de recursos públicos para enfrentar el crecimiento de la población carcelaria,

¹¹¹ Cfr. Fernández Ruiz, Jorge y Santiago Sánchez, Javier (coords.), *Régimen jurídico del agua. Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. Así como hay procuradurías de defensa de los usuarios de la banca, se tendrán, si la tendencia y las propuestas siguen por su errado camino, tribunales de la defensa de las compras en las tiendas de autoservicio o de las líneas áreas, o de cualquier otra cosa, que aun dentro de esa sintonía, por su contenido sea un auténtico absurdo.

¹¹² En la controversia constitucional 31/2006, el Tribunal Electoral del Distrito Federal argumentó la violación de la autonomía (presupuestal) por parte de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal y otros órganos de la entidad, al autorizar la autoridad legislativa actos de limitación de la asignación presupuestal para el pago de salarios a los servidores públicos y de la Secretaría de Finanzas local para, entre otras, ordenar reducciones a su Presupuesto de Egresos. Cfr. *Diario Oficial de la Federación* de 25 de abril de 2007.

¹¹³ ¿No plantea la reforma energética mexicana, más allá de sus eufemismos, la privatización de la renta petrolera?

¹¹⁴ Actualmente hay que pensar que lo más importante es que en las decisiones públicas participen los ciudadanos, tanto en la creación de normas, su aplicación, como su evaluación y seguimiento. A partir de 2011, los ciudadanos en el Distrito Federal tiene oportunidad de decidir el presupuesto participativo. Las fallas del proceso, que son una pura diferencia del Gobierno del Distrito Federal consigo mismo, terminarán conduciendo a los ciudadanos al camino de los trámites burocráticos de compromiso y ejecución del gasto que son habituales de los administradores públicos.

mediante la construcción de nuevas cárceles con inversión privada, reservándose para las autoridades penitenciarias su operación. Aquí, más allá del rompimiento del paradigma de monopolio de la seguridad a cargo del Estado, hay que poner atención en el modelo arquitectónico vertical de cárceles, semejante a cualquier diseño de las actuales torres de servicios y habitacionales en Avenida Paseo de la Reforma, que muestra que el diseño de la cárcel *en sí*, más que la construcción misma, es el verdadero objeto que guarda un estrecho paralelo con los proyectos de servicios. Lo importante es la similitud arquitectónica que guardará la cárcel con la torre comercial. El ciclo reproductivo del capital florece aun en los diseños arquitectónicos que terminarán por emparentar a los usuarios, tanto a quienes disfrutan de los bienes del capital en esos mercados de consumo, como a quienes intentaron violar sus reglas de aparente libre competencia y respeto a las reglas de utilidad.

¿No es un cortocircuito jurídico que a quien actuó en la modernidad utilizando la figura del Estado de derecho para someter a los súbditos a la norma, paulatinamente se haya ido develando —a partir del rompimiento del estado de bienestar y con nitidez abrumadora hoy en día— que el estado de naturaleza, es decir, la ley del más fuerte ha asumido la atribución de libertad, propiedad y seguridad, ahora con las categorías de narcotráfico, armas, grupos económicos y hegemónicos? Ost, al analizar la “desvinculación del futuro” como la última etapa de la relación que guardan el derecho y el tiempo, da cuenta de los actuales síntomas del proceso de “desintitucionalización” que se manifiesta en lo individual, en lo social y en lo penal. El diagnóstico de Ost corresponde con el ocaso de las instituciones y el retorno al estado de naturaleza.¹¹⁵ En lo penal, dice, se presentan dos fenómenos que en apariencia son antagonistas, conviven en un contexto de desvinculación con las instituciones: la “sobrepenalización” de los culpables y el abandono del paradigma de readaptación. Esta contradicción toma más fuerza si se considera que el derecho penal, dogmáticamente la última *ratio* jurídica, entra en crisis por la puesta en entredicho del futuro y del ánimo de seguridad de las sociedades modernas. Si la norma penal y su efectividad, el castigo, fue prevención hacia el futuro según los utilitaristas, es ahora claro que cuando el derecho penal emite sus sanciones no lo hace para castigar al culpable, sino para estabilizar y administrar los riesgos. La respuesta simbólica que funciona como un mecanismo de racionalización es que la pena pretende evitar que el mal forme parte de lo más humano, que le sea un elemento ajeno, aunque la respuesta ontológica es que la pena devela la brecha de un hombre que convive a diario con el mal como parte natural endógena a su estabilidad social, aunque realice tentativas por quitárselo de encima.

Cuenta la doctrina jurídica que el derecho es un orden coactivo porque en caso de que el destinatario de sus mandatos no siga sus directrices, se le acarrea un castigo. Los castigos son trascendentes (religiosos) o inmanentes (socialmente organizados). Los socialmente organizados comenzaron primitivamente como venganzas de sangre, y más recientemente se ordenaron para aumentar la efectividad del castigo si se comete una conducta dañosa. Dice Hans Kelsen, que “el daño aplicado al violador del orden cuando la sanción está socialmente organizada, consiste en la privación de ciertas posesiones: vida, salud, libertad o propiedad”.¹¹⁶

La privación de la vida, en todo orden jurídico, es una posibilidad lógica, ética y legal. Por un momento hay que neutralizar las discusiones sobre la bondad o maldad de terminar con la vida de los seres humanos, y en su lugar concentrarse en la posibilidad de que la vida misma sea parte de los bienes a dañar, así como está la libertad o la propiedad.

¹¹⁵ Ost, *op. cit.*, pp. 284 y ss.

¹¹⁶ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 21.

La propuesta electoral del Partido Verde Ecologista de México de volver a implantar la pena de muerte en México,¹¹⁷ después de que esta quedara formalmente abolida en el sistema jurídico mexicano,¹¹⁸ puede entenderse como parte de sus propuestas en un contexto de contienda electoral. También puede verse como una reapertura de la represión inconsciente del deseo de extinguir a quien mayor daño causa, mediante la broma, una de las formas que posee el inconsciente para reafirmar los deseos reprimidos. Solamente en su apariencia, la propuesta puede tener algo de seriedad, pues aun y cuando pudiera sortear, como broma,¹¹⁹ el escollo legislativo, tendría que superar la indisponibilidad de los tratados internacionales que ha suscrito México (por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos) y la expresa prohibición de reestablecer la pena de muerte en los países en que se haya abolido esa institución.

La Constitución política de México prohíbe la pena de muerte, y por esta causa, con toda razón, doctrinalmente, se puede decir que el derecho a la vida es el derecho fundamental de toda la carta de derechos humanos, gozando de inmunidad frente a cualquier otro derecho. Si esto es así, ¿por qué un partido político se lanza clara y firmemente con una campaña a favor de la pena de muerte contra los criminales? Hay que dejar a un lado la idea de la intangibilidad de los derechos y el triunfo permanente que representan, y concentrarse en una ilustración psicológica de relevancia social. Propuestas como estas deben recordar que el tiempo actual está sujeto a constantes revisiones y que el sentido de una acción social depende de la instrumentalización que de ella haga un sector de la población, organizado o no. En cierta medida, el partido verde mexicano llena el hueco de un inconsciente político reprimido y de un problema que no se enfrenta ni formal ni materialmente, y que es desplazado por los actores políticos: sancionar con severidad a quien más daño causa.

Imágenes actuales sobre la ejecución de la pena de muerte no son excepcionales sino cotidianas, tanto en países del tercer mundo como los considerados civilizados. Se le ve en Texas como se le ve en Samoa. Sobra decir que la violencia es el gran producto en los medios de comunicación, y si es el exceso de violencia que representa la aplicación de la ley en la pena capital, aún más. También hay que hacer frente a la idea kantiana de que al ser humano siempre se le debe tratar como fin y nunca como medio. Sin embargo, a pesar del mundo democrático constitucional donde reina la armonía, el miedo y la violencia ganan terreno valioso a la confianza y la cooperación. Lejos de la amnesia hacia lo violento, con frecuencia hay recordatorios sobre la necesidad de discutir la puesta en entredicho de la paz perpetua y del mundo del diálogo *intersubjetivo* como paradigmas de la modernidad. Si la ira es motor de la parte concupiscente humana, la guerra debe serlo de su parte social.

Ahora hay que observar la armazón jurídica. Olga Islas de González Mariscal se preguntaba en 2003 si puede el legislador federal o local mexicano, sin violar la Constitución, reestablecer la pena de muerte.¹²⁰ Para la fecha en que la autora redactaba, el artículo 22 constitucional prohibía dicha pena, salvo en los casos relacionados con el traidor a la patria, el

¹¹⁷ Secretaría de Comunicación Social (CEN, PVEM), “El partido verde defiende la vida, y por eso la organización apoya la pena de muerte”: Xavier López, México, núm. 54/09, 27 de marzo de 2009; <http://www.pvem.org.mx/web/> [consultado el 30 de marzo de 2009].

¹¹⁸ Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008 se reforma el artículo 22 de la Constitución política mexicana por el cual quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales.

¹¹⁹ No se ve que sea una propuesta que tenga algo mínimo de seriedad. De antemano, los que la proponen, saben a qué punto se dirigen, que es el del mantenimiento de la supervivencia partidaria y a seguir disfrutando del financiamiento público que prevé la normatividad electoral. En 2005, el mismo partido votó a favor de la abolición de la pena de muerte; por otra parte, cualquier plataforma de partido verde en el mundo se tendría que basar en combatir cualquier acción que atente contra la vida, ya sea humana o no humana. La contradicción es evidente.

¹²⁰ Cfr. Díaz Aranda, Enrique e Islas de González Mariscal, Olga, *Penas de muerte*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003.

parricida, el homicida con alevosía, premeditación o ventaja, el incendiario, el plagiarlo, el salteador de caminos, el pirata, y de los reos por delitos graves del orden militar. Como corolario del supuesto avance de los derechos humanos, por decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de junio de 2008, se reforma de manera íntegra el artículo 22, entre cuyas piezas se comprende la abolición absoluta de la pena de muerte dentro del sistema jurídico mexicano.¹²¹ Con anterioridad a la reforma, el legislador tenía competencia y por ende autorización —a nivel federal o local— para prever normativamente la ejecución de la pena de muerte en los casos mencionados. La antinomia entre el texto del artículo 22 vigente hasta 2008 y la normatividad internacional en materia de derechos humanos quedó resuelta, y no está jurídicamente sujeta a discusión, pues la definición expresa de la prohibición jurídica de reestablecer la pena de muerte no tiene alternativa en el orden de las comunicaciones simbólicas, aunque sí en el orden de lo real.

Sin embargo, no hay que ir muy lejos para encontrar síntomas de la pulsión de muerte freudiana. El box tiene por objetivo causar daño al contrincante al golpearlo e impedirle que golpee. Pareciera que las modernas reglas protectoras del humanismo médico y deportivo —como lo es la programación de las peleas, el límite de *rounds*, el uso de guantes, los *knock outs* técnicos y la asistencia de médicos en las peleas— buscan hacer del box un deporte estándar según los parámetros de la actual medicina deportiva en los que alejar riesgos a la salud deportiva es un primer deber, cuando en realidad solo reprimen la violencia primitiva de golpear y evitar ser golpeado por medio de procesos más elaborados y metodológicamente más racionales. Y lo que sucede con el Box es fiel reflejo de la tendencia moderna a reprimir procesos crueles que mantienen su resultado fatal. En sustitución del pelotón de fusilamiento, con el afán de dar una apariencia de eficacia clínica a la ejecución, los Estados que permiten la pena de muerte normalmente obligan a los profesionales de la salud al auxilio para ejecutar la inyección letal como modalidad de pena capital. Como en el box, a la hora de ejecutar la pena, la asepsia formal requiere la presencia de profesionales de la salud que incluyen médicos, anestesiólogos, psiquiatras y enfermeros para cumplir las formalidades que exige el procedimiento, a pesar de que el acto sustancial sea causar daño al oponente y en el extremo causar la muerte. A pesar del simbolismo de un procedimiento clínicamente pulcro, en el orden de lo real oculto hay un daño, y con la pena de muerte la extinción de la vida.

Lo que sigue oculto, por la operación del mecanismo de defensa, y que nadie está dispuesto a realizar, es que efectivamente todos los responsables, desde hace mucho tiempo, deberían haber renunciado. Psicológicamente, la falla de la falla —la negación del fracaso—, si no es bien administrada, puede conducir a la locura, y en este caso, a un tipo de locura social que puede ser el ambiente de normalidad que en todas las grandes urbes se vive todos los días, tanto fuera como adentro, arriba y debajo de sus espacios.

Al final, con independencia de que se comparta la segmentación entre un estado primitivo y un estado civil universal, no conviene a los defensores del contractualismo político y jurídico evidenciar las fallas del estado civil (por ejemplo, que Estados civilizados sigan aplicando la pena de muerte). En su lugar, se ha procurado que el Estado ceda al pluralismo, encamine la autonomía de gestión y permita el concurso de los particulares para lograr las metas comunes en las sociedades democráticas. Con ello, la expresión “si no pueden, renuncien”, que sacudió transitoriamente a la opinión pública en el sexenio de Felipe Calderón, se pierde en la brecha entre un Estado que, a pesar de sus fracasos, se cierra, y de un Estado que, reconociendo sus fallas, tiende el gesto de la corresponsabilidad en la solución de los problemas sociales y a la ciudadanización como la mejor manera para superar la ansiedad. Sin embargo, el estado de naturaleza no se ha cancelado, sigue tan presente como desde el primer hipotético día. Y ahora que se ha mostrado el poder de los impulsos

¹²¹ Inicia el artículo 22 con el siguiente texto: “Quedan prohibidas las penas de muerte...”.

y las pasiones como detonantes de la razón del derecho, hay que hacer consciencia de que el principio de legalidad es un puente de mediación entre dos extremos que oscilan sin principio ni fin: uno representado por la repetibilidad de la pulsión de muerte freudiana que conduce a la autodestrucción como en la pena de muerte (no se pueden aniquilar todos, unos a otros), y el otro representado por el perenne deseo de inmortalidad al que se quiere conducir con los derechos del hombre del futuro (tampoco se está en posibilidad de vivir en perpetua armonía). La diferencia entre cumplir y no cumplir la norma, es un juego que así como comienza, termina, y así como termina vuelve a iniciar.

3. SEXO Y ELECCIONES

El lugar donde se muestra por antonomasia la divalencia respecto al objeto jurídico es el orden constitucional. Jurídicamente es la Constitución la base del sistema jurídico y político, y también representa el punto de mediación entre derecho y poder. El derecho constitucional puede ser entendido como el más grande paradigma de racionalización de las decisiones políticas pues, ante la alternativa de la emergencia política de las decisiones fundamentales, es preferible aceptar la respuesta de que se derivan del Estado de derecho, máxime que la Constitución política es, en el último de los casos como ella misma lo dice en su nominal formulación, un catálogo de decisiones *políticas* fundamentales.

El mecanismo de defensa busca ocultar la violencia explícita como detonante del poder. Se sitúa perfectamente entre dos extremos opuestos, uno representado por la idea de anarquismo salvaje (mucho política sin derecho) y la otra de un totalismo avasallador (mucho derecho sin política) y permite ocultar el cortocircuito de un sistema jurídico dependiente histórico de la usurpación. Como ya se vio, sería impropio asumir que la fuente detrás de las normas jurídicas es el poder, aunque también en los actuales momentos de democratización es también impensable sostener la idea de un Estado de derecho inmune a los vaivenes políticos. La tensión y el conflicto son permanentes, mientras que los acuerdos y la paz son siempre transitorios. Sin embargo, en la explicación base, por medio del mecanismo de racionalización, el jurista está plenamente capacitado para asumir que el sistema jurídico es el único detonante de la validez de las decisiones normativas, en lugar de aceptar el trauma (choque con su estructura cognitiva) que el detonante social de la emisión y aplicación de normas jurídicas es (la voluntad) el poder como factor que determina en definitiva el sentido de las normas jurídicas. El jurista prefiere la pantalla de la virtualidad de la validez jurídica, en lugar del desierto de lo real de la veracidad empírica de la lógica perversa del poder. Sucede al jurista como, describe Žižek, al enamorado que frente a la explicación científica de su sentimiento de amor (un efecto causado por las reacciones bioquímicas), racionaliza su respuesta manifestando lo indescriptible del sentimiento que invade, toma y paraliza todo su cuerpo.¹²²

Aquí cabe tener presente que cuando trata del acoplamiento estructural, es decir, de cómo la realización de la autopoiesis del sistema jurídico depende de sus propias operaciones, Luhmann señala que el acoplamiento entre política y derecho se da a través de la Constitución.

A través de las Constituciones se alcanza, entonces, debido a la limitación de las zonas de contacto en ambas partes, un inmenso incremento de recíproca irritabilidad —mayores posibilidades por parte del sistema jurídico de registrar decisiones políticas en forma jurídica, aunque, asimismo, mayores posibilidades de parte de la política de servirse del derecho para llevar a la práctica sus objetivos—. ¹²³

¹²² Žižek, *Visión...*, cit., p. 210.

¹²³ Luhmann, *op. cit.*, p. 541.

Visto así, el derecho constitucional es el puente de mediación entre derecho y política que permite transformar decisiones políticas en decisiones jurídicas y posibilita la evolución del derecho a través de la modificación que proponen y, en algunos casos, imponen los actores políticos victoriosos. Esta respuesta evade los dos extremos que mencionamos arriba, aunque también desenmascara el hecho de que en la propia base constitucional hay posibilidad para que las fallas se puedan transformar jurídicamente *ex post* en signos de fortaleza institucional, como cuando los rebeldes triunfantes se dotan de validez jurídica constitucional. Los revolucionarios de hoy, necesariamente, son los conservadores del mañana.

Este presupuesto histórico de carácter estático tiene que ceder el paso a la visión del derecho electoral como la puesta en marcha o el movimiento del derecho constitucional en su momento dinámico.

Touraine defiende a la democracia como un mecanismo de la modernidad que representa los intereses de los ciudadanos y de igual modo habla de la democratización como un proceso de subjetivación que transcurre en el espacio público colectivo. Touraine pide que en democracia sean los gobernados quienes elijan a sus gobernantes y que por ello asuman un sentimiento de ciudadanía. En términos de representatividad, señala que un sistema democrático es débil si hace depender las decisiones de los intereses de los partidos políticos y es fuerte si se aportan respuestas a las cuestiones sociales formuladas por los actores mismos.¹²⁴ Esta formulación de la democracia corresponde con el rescate de los valores políticos de la modernidad y la añadidura ética de la ciudadanía. Sin embargo, releva, otra vez, la brecha abierta entre las expectativas de los ciudadanos y los intereses de sus representantes, que la racionalización electoral trata de cubrir con la hipótesis de que el representante popular es el ciudadano mismo en funciones. Aquí la paralaje funciona a la inversa, pues en realidad sí hay dos entidades diversas y sin mediación alguna, y la mayoría de las ocasiones contrapuestas entre sí. Entender esta brecha ayuda para comprender por qué, en última instancia, se está tan desencantado con la democracia, porque no es comprensible que haya más ejercicio monolítico del poder por doquier, cuando más ciudadanización se prometió.

La democracia, lejos de ser el campo de los acuerdos y de la conciliación, es, en cierta manera, el objeto racionalizado del poder. Oculta la explicación de que el poder se realiza con la estricta violencia; en su lugar, se discursa con el velo racionalizado de su limitación. Sin racionalización la explicación más satisfactoria es que hay que eliminar al contrincante como quieren los marxistas; con racionalización la explicación dice que se trata de eliminar el conflicto como quiere un idealista como Habermas, y la democracia es un buen pretexto para que la guerra, el *polemos* griego, transcurra de una manera civilizada. Al hablar de la democracia como una política de la indeterminación, recuerda Ost que la política en su sentido etimológico también hace relación a la polémica, a la guerra:

Chantal Mouffe tiene razón cuando nos recuerda que, etimológicamente, “política” no remite solamente a la *polis*: la ciudad y el orden que en ella se instituye con base en el derecho de “vivir juntos”; “política” remite también a *polemos*, la guerra, de manera que el espacio político no es solamente el espacio, reconciliado y armónico, de orden consensual, sino también el terreno del enfrentamiento donde el adversario siempre se encuentra bajo la amenaza de ser tratado como el enemigo.¹²⁵

La democracia, pues, ayuda a racionalizar al poder, y la forma en que lo ha logrado no es extremadamente compleja. Más bien, es análoga a la racionalización que ha ocurrido en otro sector de los impulsos primarios: el sexo.

¹²⁴ Touraine, *op. cit.*, pp. 324 y ss.

¹²⁵ Ost, *op. cit.*, pp. 254 y ss.

Hay un cierto paralelo entre la separación del ciudadano y su representante, y la actual brecha entre sexo y procreación, es decir, entre la función sexual y la función legislativa, que se explica porque lo que parece ser principal es en realidad secundario. Además, ciertas pulsiones políticas, igualmente que las pulsiones libidinales, son solo una manera de rodear un objeto imposible de alcanzar. Hoy en día la sexualidad no está —como todos saben— en la realización de la cópula para procrear y reproducir la especie, sino en el placer mismo que provoca el acto sexual que ha obtenido autonomía respecto de la procreación, y cuyo fiel reflejo son los preparativos de seducción que niegan su fin (la concepción y mantenimiento de la especie).¹²⁶ Lo mismo sucede con el legislador, quien no surge de la elección libre de los ciudadanos, sino del placer partidista que se provoca a sí mismo con la reproducción y permanencia del grupo político, la mayoría de las veces con sus mismos actores a la cabeza, y, paralelamente, con la negación de su fin (la generación y regeneración de la ciudadanía). Los que eran medios en el origen (el acto sexual y la elección de representantes) se han vuelto fines, desplazando a un segundo plano a la procreación y a la toma primaria de las decisiones políticas fundamentales, mediante la ilusión de un carácter esencial que en el comienzo carecían. La disociación entre biología y satisfacción sexual, puede extrapolarse a la política y representatividad democrática.

Esta disociación tiene como base la idea de que la estructura del edificio del poder, para ser consistente ontológicamente, requiere de un mínimo de “sexualización”, de la obsesión de reproducirse a sí misma.¹²⁷ Dice Žižek que al estrechar la mano a un amigo, si lo hacemos de manera repetida, sin una causa justificada, el amigo entreverá algo de sexualidad en el gesto de estar repitiendo constantemente el saludo. La base de la discusión no debería estar en la capacidad de aumentar los procesos de ciudadanización como casi todos proponen, sino en ver a la repetición y movilidad como concepto fundamental del objeto jurídico y la consecuente pasividad del sujeto electoral.

Se ve con mayor claridad si se trae aquí la diferencia entre deseo y pulsión que delinea Žižek. Hoy que parece ser que las sociedades democráticas no encuentran satisfacción en la búsqueda de un objeto perdido, sino en la pulsión misma, es decir, en la repetición que gira sobre sí misma, análogamente al movimiento de los planetas alrededor del sol: se le insinúan a la vez que se le alejan. Por un lado, la cíclica pulsión de intentar alcanzar la *cosa imposible* por medio de la repetición infinita del acto sexual y de las elecciones cada tres o seis años, así como el engaño biológico al cuerpo cuando se le prepara para la procreación a través de la realización de la cópula (con los contraceptivos funcionando como mecanismos de engaño y contenedores de la procreación no deseada) y al individuo en su carácter de organismo político cuando se le prepara para la ciudadanización mediante la realización periódica de procesos electorales (con partidos políticos como instrumentos de engaño y como contenedores de la auténtica representación política no deseada). Como se puede ver, el problema de las sociedades democráticas modernas con las elecciones sigue un camino paralelo al sendero biológico sexual. En realidad es un reflejo social de la disociación que ocurre en el nivel biológico individual elemental y de la pulsión que ha alcanzado la sociedad para racionalizar su eterno movimiento electoral que a nada le lleva. Parece que ha terminado por disfrutar de esa brecha. Esa es la lógica del poder racionalizado. De la misma manera, si esa pulsión llegara a agotarse, como pudiera suceder con el fastidio del sexo en sí, hay que pensar más seriamente la idea de finalizar la ridiculez de llevar a cabo procesos electorales que no conducen al sujeto al goce social, y, en su lugar, proponer alguna alternativa superyoica, como la potencial propuesta de renovar el mandato de gobernar, según han ideado algunos dictadorzuelos latinoamericanos.

Las brechas de la divalencia que se abren en materia constitucional electoral son extraordinarias por su nitidez. Las reformas electorales de 2007 muestran que la preocupación de

¹²⁶ Žižek, *Visión...*, cit., p. 338.

¹²⁷ Žižek, *El acoso...*, cit., p. 35.

sus propulsores fue atajar el poder del dinero y el financiamiento de actividades ilícitas para las campañas políticas en lo particular y del proceso electoral en lo general. El problema es que ese objetivo parece difícil de lograr en la medida que el dinero funciona de manera impersonal y abstracta, y no reconoce ningún dueño formal, salvo su pulsión a permanecer siempre en movimiento (el dinero solo busca generar más dinero, ese es su único ciclo lógico y teleológico).¹²⁸ La identificación de Ost de que el mercado se suspende en el tiempo de lo instantáneo, de lo efímero,¹²⁹ hace razonable la tesis de que el dinero no sigue la lógica de tiempo, pues siempre sigue su pulsión a retornar a sí mismo.

Vistas así las cosas, las reformas electorales han avanzado en la formal institucionalización, pero descuidan, por ser su causa traumática, su verdadero motor. Que el dinero es el motor de lo electoral no es una respuesta aceptable, razón por la cual se transforma en una respuesta parcial virtual diferente: es el dinero público.

Si se piensa en un camaleón, se puede tener una imagen más nítida del por qué se señaló que la diferencia de un objeto respecto a otro es la mayoría de las veces una apariencia de diferencia generada por el objeto mismo. Un desdoblamiento autológico cuya ficción hace posible un funcionamiento homeostático; por ello algunos animales parecen a su depredador muy diferentes para evitar que, identificándolos como lo que son, los consuma. Antes, y con mayor razón después de la reforma electoral, bajo esa lógica, hay que entender al Instituto Federal Electoral (IFE) como la diferencia del(os) partido(s) político(s) consigo mismo(s). La versión camaleónica de los partidos políticos. Esta aseveración puede parecer excesiva, aunque no lo es tanto si se considera la manifestación de su conducta de defensa vía racionalización:

El IFE es el objeto activo que permite al partido político asegurar su existencia, puesta en marcha y protección de sus intereses. ¿No es evidencia nítida de esta pura diferencia que en el artículo 41 de la Constitución se reconozca en primer lugar el interés público de contar con partidos políticos (fracción I) y en segundo lugar que la organización de las elecciones corresponde a un organismo autónomo denominado Instituto Federal Electoral (fracción V)? En lo que toca a la representatividad, además de participar con consejeros partidistas, según el mismo artículo 41, los consejeros electorales son elegidos sucesivamente por el voto de las dos terceras partes de los miembros presentes de la Cámara de Diputados, a propuesta de los grupos parlamentarios, previa realización de una amplia consulta a la sociedad. El mismo José Woldenberg, ex presidente de ese Consejo General del IFE, después de su propia experiencia al frente del Instituto, señala que este funciona como correa de transmisión de los partidos políticos.¹³⁰ A lo anterior, se añade la inmunidad partidista, pues siendo los partidos políticos entidades de interés público, la autoridad electoral tiene una prohibición *prima facie* para intervenir en sus asuntos internos; ello les asegura algún grado importante de inmunidad jurídica. Por otro lado, la normativa constitucional les garantiza el financiamiento público y privado, el uso de los medios de comuni-

¹²⁸ ¿No tiene razón el abuelo George — ante las tentaciones de los adultos y la duda ética en el buen corazón de Charlie de vender su billete dorado único en su especie para conseguir alimento— cuando le dice a su nieto que solo un idiota preferiría el dinero, del cual al siguiente día hay más, como en su eterno ciclo de reproducción, al billete dorado que ofrece Willy Wonka para visitar su fábrica de chocolate por un día, aun y cuando sea necesario intercambiarlo por 500 billetes para subsistir? (*Charlie and the Chocolate Factory*, Tim Burton, Estados Unidos-Reino Unido, 2005).

¹²⁹ Ost, *op. cit.*, pp. 302 y ss.

¹³⁰ Dice Woldenberg, en una entrevista antes de la realización de la jornada electoral del 5 de julio de 2009: “Yo sostengo que los partidos políticos en el Congreso, y que forman grupos parlamentarios, deben nombrar gente que pueda organizar y arbitrar las elecciones, es decir gente que este (*sic*) por encima y sin nexos orgánicos con los partidos políticos, pero el problema es que los partidos políticos han querido tener “correas de transmisión” en el Consejo General del IFE, y algo peor, hay consejeros que se asumen como “correas de transmisión” de los partidos. Ese es el problema, no que el Congreso los nombre, porque cuando eso sucede, toda la idea del Consejo General del IFE se desvirtúa”. Sánchez Valencia, Daniela, “Entrevista con José Woldenberg, ex consejero presidente del IFE”, *Entorno Político*, año 2, núm. 11, junio de 2009, p. 32.

cación social,¹³¹ el nombramiento de un contralor general por parte de los diputados, y la posposición (técnicamente, reserva de ley) de la mecánica de sanciones por incumplimiento de los principios y disposiciones electorales. Todas estas prerrogativas, en términos de lo que disponga la ley, esto es, de lo que dispongan los propios partidos políticos a través del proceso legislativo ordinario, según dispone el artículo 41 de la Constitución. Si aún se pudiera objetar que la apariencia de diferencia es inexistente, hay que recordar que el funcionamiento de los mecanismos de defensa se da cuando parecen lo que no son. Simbólicamente, la Constitución y todo el derecho electoral muestra al IFE como diferente de los partidos políticos, aunque esa diferencia es meramente virtual y no funciona en el orden de lo real donde lo único que existe es —en el orden de la auténtica mecánica del poder— el partido en sí mismo considerado, y en el mero fondo marino donde reinan las tinieblas, y donde las luces de la fiscalización electoral ni siquiera alcanzan a llegar para aclarar el panorama, la pulsión del dinero sucio circulando sobre sí mismo.

Hay que regresar al análisis particular de la reforma electoral de 2007 para advertir que, por su ineficiencia represiva, seguirá habiendo más reformas incapaces de contener el flujo económico de la contienda electoral, máxime que las estratagemas para evadir los dictados de la ley son el efecto y no la causa, a pesar de que los reformistas electorales no vean ese flujo. El poder seguirá buscando sus propios mecanismos de diferencia para ejercer por fuera lo que formalmente se le prohíbe ejercer por dentro.

Como se recuerda, el discurso dispuso que la nación mexicana (la nación o el Estado son entidades no vivientes, meras ficciones simbólicas), a través de sus representantes populares, a finales de 2007, se dotara de un nuevo marco electoral cuya pretensión era limitar los excesos derivados de una contienda política cuyas características no atienden a la limpieza, la equidad y la transparencia del proceso. Mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 13 de noviembre del 2007, se reformaron, entre otras disposiciones, el artículo 41 constitucional que ha sido definido doctrinariamente como la base del sistema electoral mexicano. Dentro de esa modificación constitucional se consagran sendos párrafos que son materia actual de controversia y que se transcriben a continuación:

Los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión.

Ninguna otra persona física o moral, sea a título propio o por cuenta de terceros, podrá contratar propaganda en radio y televisión dirigida a influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ni a favor o en contra de partidos políticos o de candidatos a cargos de elección popular. Queda prohibida la transmisión en territorio nacional de este tipo de mensajes contratados en el extranjero.

Los argumentos de los poderes mediáticos dirigidos contra esas disposiciones no se hicieron esperar, y se basaron, esencialmente, en la violación a la libertad de expresión. Y como tal, en línea de principio, si solo se considera la estructura dogmática de los derechos fundamentales, se tendría que aceptar que su redacción es violatoria del contenido esencial de la libertad de expresión. Sin embargo, si se observa el problema desde la perspectiva de la brecha abierta entre derecho y política, y la del dinero y la democracia, puede notarse que la supuesta violación pasa a un segundo plano. ¿Quiénes fueron los únicos que se quejaron y externaron su disgusto con la reforma? Los medios televisivos (Televisa y TV Azteca) arengaron la violación a la libertad de expresión porque se puso en riesgo el negocio de

¹³¹ Dice el artículo 41, fracción III, apartado A, inciso G), segundo párrafo de la Constitución que los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión, pues esa función corresponde exclusivamente al IFE. Debería quedar muy claro que esta estrategia, este gesto virtual constitucional, solo es una apariencia de incompetencia jurídica. El engaño es que simbólicamente se dice que los partidos políticos no acceden por sí mismos a la comunicación social en radio y televisión, cuando lo hacen de manera desplazada a través de su órgano de diferencia (el IFE).

transmisión de propaganda partidista, es decir, un ataque no jurídico pero sí de relevancia económica a la libertad de comercio. Y cuando supuestamente las quejas las elevaron ciudadanos, la verdad era que eran una decena de intelectuales que trabajan en la barra de opinión de las mismas televisoras (Sergio Sarmiento, Aguilar Camín, López-Dóriga, entre otros) quienes actuaron no por motivos propios, sino de las televisoras.¹³² En realidad, nunca hubo, ni habrá, queja viable que provenga de ciudadanos, porque solo simbólicamente se puede creer la tesis de que representan la voluntad popular.

Solo era necesario esperar sus resultados en las elecciones federales intermedias de 2009. Las previsible desviaciones y abusos cometidos son abundantes, y hay que remitirse a la documentación que diversos autores han hecho.¹³³ Por lo que aquí interesa, no es para sorprenderse la vuelta a las prohibiciones electorales, vale destacar el caso de la presentación de propuestas partidistas en revistas impresas de espectáculos o bien por medio de actores que hablan en nombre de los propios partidos políticos. Si la prohibición a los partidos políticos de expresarse en medios de comunicación (radio y televisión) es aparentemente clara, clara también debería ser la forma legal en que se evade la prohibición (¿no se dice que lo que no está prohibido está permitido?). La tendencia a utilizar a los artistas con fines electorales en las revistas, se extendió también a otras operaciones de propaganda. Allí están las entrevistas concedidas por candidatos en partidos de fútbol o en programas de *gourmet*, los conciertos musicales organizados o la utilización de bellas artistas entregando en calle mochilas con útiles escolares en la avenida más importante del país, la Avenida Reforma en la ciudad de México (Jorge Kahwagi). En estos casos los partidos políticos utilizan a expertos para que manden al público los mensajes que ellos tienen prohibido mandar. Con ello se da un doble desplazamiento, porque *a)* se evita que el mensaje sea transmitido directamente en radio y televisión y *b)* que en caso de que sea transmitido en esos medios, lo sea por alguien aséptico electoralmente hablando. A pesar del supuesto compromiso con la causa verde (Mayté Perroni y Raúl Araiza), lo que está siempre detrás de esos gestos políticos es la gratificación económica por la difusión de un mensaje partidista, que así como apoya al verde puede apoyar al azul o al naranja, según reconoció el propio Raúl Araiza.¹³⁴

Formalmente, la prohibición electoral busca que la autoridad electoral sea la única instancia que canalice la propaganda de los partidos políticos. Recuérdese que la disposición señala que los partidos políticos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión. Esta hipótesis normativa, problema aparte, ya adolece de la dificultad estructural de desplazar la identificación del auténtico sujeto propagandístico electoral.¹³⁵ Tomando en cuenta que el camino legislativo buscaba la concentración de la propaganda en un único sujeto autorizado, los partidos políticos solo procedieron a desplazar su estrategia hacia otro sujeto propagandístico. Ahora, en su lugar, las ideas electorales que los partidos políticos directamente deberían emitir, surgen (espontáneamente) de un sujeto aparentemente neutral, pero sustantivamente partidista desde la perspectiva económica —con ello los partidos logran una

¹³² Quienes promovieron un amparo contra la reforma electoral, específicamente por la supuesta violación al artículo 41 constitucional, son: Héctor Aguilar Camín, Luis de la Barreda, Federico Reyes Heróles, Jorge Fernández Menéndez, Luis González de Alba, Ángeles Mastretta, Gerardo Estrada, José Roldán Xopa, Miguel Limón, Luis Rubio, Sergio Sarmiento, Isabel Turrent, Ramón Xirau y Leo Zuckerman. El texto de la demanda de amparo, presentada ante el juez de distrito en materia administrativa en turno, puede localizarse en <http://www.amparointelectuales.org.mx/> [consultado el 2 de julio de 2009].

¹³³ Como me dijo Antonio Rendón: “entonces si la Constitución y el Cofipe prohíben la promoción personal de los políticos... lo de la Gaviota y [Enrique] Peña Nieto es más un fraude a la ley que una comedia rosa”.

¹³⁴ Arvizu, Juan, “Raúl Araiza, franqueza de actor”, Vitral Político, *El Universal*, 29 de junio de 2009; <http://www.eluniversal.com.mx/columnas/78889.html>.

¹³⁵ Y aquí, a manera de concurso, podríamos plantear las siguientes opciones: a) los medios de comunicación, b) los partidos políticos, c) el IFE, o d) los ciudadanos. ¿Cuál es el sujeto electoral?

victoria doble porque 1) se deja hablar formalmente al Instituto Electoral y se evita que exponga el verdadero mensaje de los partidos políticos y 2) se logra que el mensaje sea difundido por quien está capacitado para comunicarse a las masas: los actores y representantes del mundo del espectáculo—. Algo inconcebible hace algunos años, es posible por la ineficiente prohibición jurídica (y la consecuente falla de la política de represión del dinero) que tienen los partidos políticos de hablar por sí mismos y por la imposibilidad material de detener y limitar el poder del dinero (que reciben gustosamente las televisoras y sus respectivas filiales corporativas dedicadas a la publicación periódica escrita) y el dinero del poder (que entregan los partidos políticos a través del financiamiento público).

Al proceso democrático electoral mexicano le ha pasado un poco como al novio que no logra el amor por lo estúpido de sus propuestas. Antes del 2007, la oferta del novio (los partidos políticos) para lograr la correspondencia de la novia (la ciudadanía) era que renunciaba a todo por ella (el supuesto proceso de ciudadanía de lo electoral a partir de 2001). Como esa oferta no prosperó, el novio, en un cambio radical de 180 grados (con la reforma electoral de 2007 hecha a medida de los partidos), quiere que la novia lo siga en su proyecto. Una primer lectura de *Sayonara* (Joshua Logan, Estados Unidos, 1957) haría creer que la trama radica en la dificultad insuperable de encontrar el amor por las diferencias raciales entre Lloyd Gruver (Marlon Brando) y Hana-Ogi (Miiko Taka), cuando otro ángulo, más allá del prejuicio y el racismo explícitos, evidencia que el dilema es la posibilidad de abandonarse al amor irresponsablemente o bien, a pesar del sacrificio individual de renunciar al amor, continuar con el cumplimiento de los deberes profesionales, militares, patrióticos. Cuando Hana-Ogi, renuente primero a tratar con los americanos que han matado a su padre, acepta a escondidas amar a Lloyd y ser esposa y madre de sus hijos; a continuación, por amor, renuncia a él porque no puede permitir que Lloyd y ella dejen lo que son (él, el mejor piloto de la fuerza aérea estadounidense; ella, la mejor actriz de teatro japonés), a pesar de que termine como una solterona maestra de artes escénicas; la primer reacción de Lloyd es la del turbado enamorado molesto porque su amada no acompaña su gesto de abandonar todo por el amor prohibido (Lloyd al principio rechazaba quebrantar la prohibición del amor tanto con su novia, hija de uno de los generales de la aviación americana, y con la relación de su mejor amigo Joe Kelly y Katsumi, su nueva esposa japonesa, boda a la que acude en calidad de testigo). Después de las restricciones legales para evitar que más militares estadounidenses se casen con japonesas (más de 10 mil casos dice el juez civil a pregunta expresa de Lloyd), sobreviene la tragedia cuando Kelly y Katsumi, embarazada, se suicidan. Esta tragedia hace ver a Lloyd el significado del amor, y va en busca de Hana-Ogi y le propone matrimonio diciéndole que después de todo sus temores pueden ser vencidos y su deber es amarse a pesar de las diferencias étnicas: ¿Qué serán nuestros hijos? pregunta Hana-Ogi a Lloyd... mitad americanos, mitad japoneses... responde el piloto. El título de la película (*Sayonara*, adiós, en japonés) define a la perfección que el amor valioso no es aquel que incita a abandonar todo por su pasional causa, ni aquel que es indiferente a cualquier sacrificio que implique poner en riesgo el estatus profesional, sino aquel que es capaz de decir adiós al ser amado para continuar con los deberes y responsabilidades (en este sentido, el libro que da vida a la versión cinematográfica adaptada tiene un final mucho mejor aunque no necesariamente feliz: el *sayonara* de Lloyd se dirige a su novia japonesa, no a sus detractores).

¿Para qué han utilizado los partidos políticos las reformas electorales? Para actuar un poco como el piloto Lloyd, al principio desinteresado en la cultura japonesa, tal y como actuaba la clase política antes de 1977, cuando, como señalan Becerra y Woldenberg,¹³⁶ se abre formalmente la competencia electoral, y luego al extremo, treinta años después,

¹³⁶ Cfr. Becerra, Ricardo; Salazar, Pedro y Woldenberg, José, *La mecánica del cambio político en México, elecciones, partidos y reformas*, México, Ediciones Cal y Arena, 2000. Estos analistas describen, entre otras cosas, la mecánica del cambio electoral en México hasta antes de 1977.

se muestren arrojados a los pies de la ciudadanía. Este movimiento de abandono total a la democracia no se detendrá en la reforma de 2007. Por el contrario, después de ella ha habido intentos para extender su objetivo de ciudadanización, tal y como en el primer trimestre del 2010, lo planteó Felipe Calderón, y cuya cúspide es la propuesta de apertura a la competencia electoral a los candidatos ciudadanos.

Aun con la reforma electoral de 2007, mientras la riqueza se mantenga en manos de unos cuantos, las reformas electorales presentes o futuras poco pueden aportar, pues quien decide el rumbo electoral y constitucional es quien posee el capital. Es sintomático que la reforma electoral prohíba a los ciudadanos contratar propaganda si no es por medio de la autoridad electoral. Y lo es mucho más porque el análisis de la fenomenología electoral mexicana muestra que de forma cíclica se han hecho esfuerzos para que la autoridad electoral 1) dependa aún más de los partidos políticos y 2) estos dependan más del poder del dinero (lícito o ilícito). Sin racionalización de por medio, se debería aceptar que el pueblo no dirige la materia electoral en la medida que no tiene recurso legal y económico alguno con el cual ejercer su representatividad, aunque con la racionalización, el ciudadano votante reconozca el plan del artículo 41 constitucional como la base ciudadana de los derechos electorales? La racionalización se implanta cuando se cree en la ficción de la elección individual en cada jornada electoral, esto es, la pantalla de que quien vota decide cambiar las cosas y no deja que se mantengan como están. El problema con la justicia política —y consecuentemente electoral—, como acertadamente dice Walzer, no es, como se ha querido ver, el monopolio sino el predominio:¹³⁷ el problema de la política en las sociedades modernas no es el dominio de un grupo político, sino la preeminencia del dinero como bien absoluto que priva sobre cualquier otro. La idea performativa electoral es que quien no posee dinero tiene la gran posibilidad de votar y con ello cambiar las cosas, aunque financieramente no cuente para nada.

Para finalizar este apartado hay que volver a insistir en la idea de que el fenómeno electoral hay que analizarlo bajo la perspectiva de la permanente pasividad del sujeto electoral y no de su aparente actividad. De modo contrario a la propuesta tradicional epistemológica en la cual el objeto permanece inactivo y el sujeto se mueve activamente para conocerlo, es prudente reflexionar sobre la idea de Žižek de que es el objeto el que cosquillea, el que objeta, mientras el sujeto es quien realmente permanece pasivo, sujeto (atado) al objeto, en una primera instancia a través del deseo inconcluso (el sujeto busca un objeto que nunca alcanza) para luego rodear infinitamente al objeto canalizando su satisfacción en la pulsión misma (el sujeto ya no busca necesariamente su objeto, pues la pérdida o ausencia misma le procura placer). El capitalista busca incesantemente el dinero porque es un objeto que trae bienestar; después, lo que capitalista busca, no es el dinero en sí, sino su múltiple reproducción que lleve a acrecentarlo. Pasa lo mismo en la dogmática jurídica electoral, donde la diferencia entre sujeto activo y sujeto pasivo del voto puede expresarse del siguiente modo: el sujeto activo electoral es quien emite el voto (está en movimiento) y el sujeto pasivo es quien lo recibe (está en reposo), tal y como lo reconoce normativamente el artículo 35 de la Constitución federal que dice que son prerrogativas del ciudadano 1) votar en las elecciones populares y 2) poder ser votado para todos los cargos de elección popular, y nombrado para cualquier otro empleo o comisión, teniendo las calidades que establezca la ley. Actividad y pasividad jurídica por demás extraña en estos momentos de inversión de papeles, porque el sujeto activo electoral concuerda perfectamente con la tesis de su vacía pasividad, pues cuando elige solamente flota en el vacío, mientras que el sujeto pasivo electoral es el auténtico sujeto activo (objeto) que cada tres años cosquillea al pasivo elector. Fenómenos como el *trapecismo* político y la reproducción de los diputados que luego son senadores, que van de regreso y así hasta el infinito, muestran esta terrible realidad

¹³⁷ Cfr. Walzer, Michael, *Las esferas de la justicia*, México, FCE, 1993.

de la formal y vacía democracia, donde quien parece activo, a pesar de depositar su voto sacramentalmente cada tres años, nunca alcanza el verdadero objetivo: dar un mandato de buen gobierno.

El extremo de la racionalización que se busca descubrir es que hay que poner en tela de juicio la abstracción jurídica de que el derecho penal representa la *ultima ratio* jurídica estatal, que la gravedad de los ilícitos contra la democracia está de alguna forma regulada en el catálogo de delitos electorales que prevén los códigos penal federal y estatales, cuando más bien debería responderse sobre la mínima gravedad que representan los delitos electorales frente al grave problema del financiamiento público y privado. Algo que es injusto y excesivo socialmente, se presenta siempre como legal. Hay que hacer nítida la verdadera intención de los delitos electorales porque el financiamiento y sus ilícitas desviaciones no tienen reflejo a nivel penal; lo más lejos es la sanción a los ciudadanos, a los funcionarios electorales y en extremo a los servidores públicos. Es ridículo que los actos que son consecuencia del poder de corrupción electoral —en el punto más álgido la compra de votos que realizan operadores electorales— y en el extremo involuntarios a los autores materiales, son tratados y presentados a los ciudadanos como la máxima fiscalización electoral, como si fuera válido que en las averiguaciones previas se concentra el éxito de punibilidad electoral.

Este caso es muy parecido al peso nada significativo de robar (delito) un banco, frente al mayor peso (bursátil) de crear uno nuevo.¹³⁸ O dicho de otra manera, no hay mejor estrategia de hurto que la que se realiza legalmente, conforme a derecho, según la programación y la codificación jurídicas. El fracaso está descubierto. Tocaré ver en el futuro si es posible cambiar al derecho electoral que hoy vende paja, y al ciudadano que, desafortunadamente, la compra.

4. LOS GESTOS SUSTITUTOS

No es una idea conveniente, por su alteración a la homeostasis social, aceptar que quien más daña los derechos ciudadanos es el Estado, pues por su naturaleza, está destinado a protegerlos. ¿Qué expresión cabría para racionalizar esa respuesta de cierto modo traumática? El Estado no daña y cuando daña, repara. Hay que ver si esto es así.

En *Changeling* (Clint Eastwood, Estados Unidos, 2008), Angelina Jolie interpreta a Christine Collins, una mujer decidida a luchar hasta el final para evidenciar el error de la policía de Los Ángeles cuando presenta a un menor de nueve años como su hijo Walter (Gattlin Griffith), secuestrado meses atrás cuando llega tarde a casa después de una dura jornada de trabajo (Christine, mujer supervisora en la compañía de teléfonos y telégrafos, obligada a asegurar miles de interconexiones en la costa oeste). Ambientada en los años treinta, durante la gran corrupción policial de Los Ángeles, la cinta inicia con la comunicación telefónica de Christine al departamento de niños desaparecidos, de donde le responden que en 24 horas el niño aparecerá, pues en el 99% de casos así sucede. El capitán J. J. Jones (Jeffrey Donovan), jefe de la oficina de búsqueda de niños desaparecidos, se anota un éxito cuando localiza a un menor con las características del desaparecido Walter en otro estado de la unión americana. El chico es conducido a Los Ángeles, y para realzar el éxito de la investigación, el encuentro con su madre es seguido puntualmente por la prensa. Ante el rechazo de Christine de que el chico presentado sea su hijo, Jones insiste en que el niño rescatado es su hijo y que una madre razonable no reacciona de esa forma. Christine insiste que no es su hijo, y poco a poco va descubriendo que su hijo ha sido víctima de una suplantación de identidad: tanto el dentista como miembros de la escuela del niño

¹³⁸ Žižek, *Visión...*, cit., p. 396.

le confirman que por su comportamiento no puede ser su hijo. Jones, autoritariamente, manda callar a Christine, y la envía al hospital psiquiátrico. Mientras tanto, un agente eficiente y honesto descubre al asesino de una veintena de niños desaparecidos, con lo cual devela cómo los vanos intentos policiales por ganar credibilidad terminarán destapando la corrupción en que se encuentra sumida. Al final, con ayuda del pastor presbiteriano Gustav Briegleb (John Malcovich) y de un abogado interesado en la causa, Christine presencia en tribunales la confirmación de las equivocaciones sistemáticas de la policía de Los Ángeles. La gran lección, más allá del coraje implícito de Christine en un mundo donde se reprime la búsqueda de la verdad, es el mecanismo de defensa de racionalización que utilizan las instituciones (corruptas o no) para evadir sus equivocaciones y ocultarlas, para presentar y enfrentar sus errores, desviándolos hacia respuestas convenientes, protectoras de los individuos, aunque materialmente dañosas, perjudiciales para su libertad.

Changeling es una buena representación de la modernidad que ha instrumentalizado los fines y racionalizado los medios. El derecho constitucional que en sus albores era un medio para posibilitar el desarrollo de las relaciones jurídicas privadas, según el modelo liberal político clásico (el Estado está para proteger la libertad), se ha transformado en la finalidad última de la dinámica jurídica (que se acentúa aún más con su tendencia de creación orgánica o discursiva —en México son muchos los autores que asumen a la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un Tribunal Constitucional—), de manera que las discusiones jurídicas más importantes actuales no son las que se derivan de la relación de los sujetos privados que el Estado estaría obligado a salvaguardar, sino, paradójicamente, las que atañen al Estado, a la democracia, a la administración y que se expresan como las relaciones del Estado con sus ciudadanos y en el extremo del Estado consigo mismo. En ese territorio, el derecho constitucional deviene la finalidad última de la *ratio* jurídica (en un proceso inverso al que señala Ost en el sentido de que en el siglo XIX el Código Civil era la verdadera Constitución de una nación). Los jueces están preocupados por dar cumplimiento a los parámetros de las nuevas tendencias de teoría jurídica constitucional, que en analizar a fondo qué efectos directos o indirectos tienen sus sentencias para proteger los intereses del individuo, motor del derecho, según el liberalismo. Ocurrió con el derecho constitucional lo mismo que a las computadoras y ordenadores. De ser en su origen insumos para facilitar la impresión eficiente de documentos, se tornaron equipamientos fundamentales de la comunicación humana, de forma que hoy en día sin computadoras no puede haber efectiva comunicación. En efecto, lo que antes era una carta pública sugerente de las bases legales para la discusión de los intereses comunes de los actores civiles, se ha tornado tanto el punto inicial como —por rotación— el punto final de la viabilidad jurídica de lo existente (lo regulado) y de lo latente (lo propuesto). Esta actitud instrumental que refleja la pasividad de las libertades y la hiperactividad de la Constitución política como su instrumento fiel, se refleja en la actitud de los asesores jurídicos cuando anteponen a cualquier propuesta legislativa su posible viabilidad constitucional y legal, según los cánones jurisdiccionales, más allá de la conquista o protección efectiva del derecho de libertad.

Changeling también debería evidenciar una paralaje fundamental. Desde la perspectiva del ciudadano, todos los discursos que se le dirigen tienen como misión apuntalar la idea de que hay un avance en la salvaguardia de los derechos en la medida que están reconocidos y garantizados por las cartas nacionales e internacionales de derechos. Desde la perspectiva del Estado hay, sin embargo, un mecanismo de racionalización oculto que reprime un fracaso con otro fracaso, pues los derechos de reparación se presentan como gestos, más que como reflejos de la tensión realmente existente; en tanto que si el Estado daña los derechos de los individuos, es el mismo Estado el que los puede reparar.

Hay tres etapas de la relación Estado-individuo sobre la integridad patrimonial, como uno de los ejes rectores del papel por antonomasia de la entidad estatal, allende la seguridad y la libertad. La primera etapa es cuando el Estado no responde por los daños que causa.

La segunda, cuando responde solamente de modo subsidiario en caso de insolvencia del servidor público responsable; y la tercera, es la que se encuentra actualmente en debate, acerca de su responsabilidad objetiva y directa. El sistema de responsabilidad patrimonial mexicano, mal copiado del Estado español, ofrece indemnización por responsabilidad patrimonial objetiva y directa como una mayor prestación que la responsabilidad extracontractual subjetiva o por culpa del sector privado. Al parecer, el logro de la tercera etapa es, con mucho, superior al de las otras dos. Hay que ver si esto es así.

La Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial publicada en 2002, y puesta en vigor en 2004, así como la recién aprobada Ley de Responsabilidad Patrimonial del Distrito Federal alcanzan en su eje narrativo niveles importantes de audiencia por su logro en la protección del derecho a la integridad patrimonial. El remedio buscado es, por un lado, de manera inmediata obligar al Estado a indemnizar los daños que causen sus agentes, y por otro, en el largo plazo, mejorar la prestación de los servicios públicos y, en general, de la actividad administrativa. Las causas, se conocen, son las constantes violaciones a los derechos fundamentales de no intervención en los bienes y libertades de los ciudadanos y la negligencia en la prestación de servicios públicos. Es el mismo Estado quien promete indemnizar por esa actividad irregular. Contado hasta aquí suena bastante bien, pero ahora toca encontrar los mecanismos de racionalización implícitos en el rompimiento del principio jurídico de que el sujeto es responsable jurídicamente, siempre que incumpla los propios deberes, no los ajenos.

En primer lugar, cabe notar que la autoridad que decide sobre la indemnización es en vía administrativa la propia autoridad administrativa, y en vía jurisdiccional es un tribunal cuya naturaleza es, otra vez, administrativa. La diferencia del objeto consigo mismo, ya delineada en otros casos, se asoma aquí como la identidad del juez con una de las partes. Con independencia de esa parcialidad, hay un segundo factor de procedibilidad que impacta negativamente y es que la irregularidad de la actividad administrativa es calificada por el Estado, quien así tiene una ventaja comparativa para decidir qué se entiende por regularidad, según los parámetros de servicio de que disponga. Con esto, la irregularidad se construye a partir del mal y no del bien, en tanto que nunca hay oportunidad de definir positivamente, a partir del bien, el buen estándar del servicio público, esto quiere decir qué es la actividad administrativa regular.

Hay otras contradicciones que pueden ser consideradas de fondo. En responsabilidad patrimonial toma mucho sentido la discusión sobre los derechos de papel a que se refiere Guastini¹³⁹ y también la discusión de si a todo derecho recae una obligación y viceversa. Hay que recordar que los derechos a prestaciones económicas dependen de las asignaciones presupuestales para su ejercicio. En este caso ¿se trata de un derecho de exigir indemnización que no tiene su correlato en un deber del Estado de realizarla, pues este último puede acudir al argumento de la falta de disponibilidad presupuestal, o se trata más bien de una obligación programática del Estado que no está correlacionada, por esa fuerza débil de obligar, con derecho subjetivo alguno a favor del ciudadano, en tanto carece de *justiciabilidad* tal derecho? Además, como se señala, hay una contradicción de fondo cuando se conjuntan la responsabilidad objetiva y la actividad irregular. Este dilema ha sido descubierto por Roldán Xopa, para quien la afirmación de que el daño es el que convierte a la actividad administrativa en irregular es falsa, porque traería como consecuencia que toda la actividad administrativa por naturaleza lesiva, volvería a los daños en expectativas para indemnizar, con la serie de inconsistencias que por esta causa se avecinan. Como dice Roldán Xopa: "es la irregularidad de la actividad administrativa lo que hace indemnizable el daño causado y no el daño lo que hace irregular a una actividad administrativa".¹⁴⁰

¹³⁹ Cfr. Guastini, Riccardo, "Derechos: una contribución analítica", en varios autores, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001.

¹⁴⁰ Roldán Xopa, José, *Responsabilidad patrimonial del Estado*, México, ITAM, 2001, p. 177.

El reglamento de la Ley Distrital publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 11 de septiembre de 2009, dispone que no haya actividad administrativa irregular si el agente cumple con las disposiciones del orden legal, específicamente si se actúa “en estricto apego a las disposiciones jurídicas y administrativas que rijan dichos actos o prestación de servicios públicos” (artículo 7 del reglamento, correlacionado con el 15 del mismo instrumento). Jurídicamente lo que aquí se tiene es, *a priori*, un caso de falta de antijuricidad, y por lo tanto de ausencia de responsabilidad objetiva. ¿No es este un mecanismo de defensa vía racionalización, cuando reconociendo *prima facie* el derecho a la indemnización, el orden jurídico se excusa, diciendo, que no hay responsabilidad y culpa alguna, si el agente cuenta con autorización jurídica para actuar del modo en que se actúa?¹⁴¹ Al igual que el estudiante que excusa su negligencia con la mala fe del profesor, el agente del Estado se excusa por estar simplemente cumpliendo la ley. No hay mejor mecanismo de defensa que aquel que se escuda en el seguimiento puntual de la misma Ley. Un tipo de perversión psicológica análoga en el derecho.

En resumen, las normas de responsabilidad patrimonial han sido hechas precisamente para asegurar la irresponsabilidad del Estado. La etapa original de la irresponsabilidad del Estado, por paradójico que parezca, no se ha ido. Sigue presente como hace años. A través de la asunción simbólica (ideológica) de su responsabilidad, el Estado evade las culpas por las fallas y fracasos en la prestación de sus servicios. Es un simple gesto que le permite mantener la apariencia de responsabilidad.

Como sucede en *Changeling*, a pesar de la disculpa pública motivada por el juicio y del logro democrático formal que impidió al alcalde ser reelegido, todo el esfuerzo de Christine (catarsis aparte, cuando se entrevista con el multihomicida para encararle directamente, a un metro de distancia, sin mediación simbólica, y preguntarle “¿Solo dime una sola cosa, ¿tú mataste a mi hijo?”) no valió la pena, porque ni encuentra a su hijo o sus restos ni sabe qué pasó con él.

5. LA DIMINUTA PAJA QUE TRASTORNA EL MUNDO FINANCIERO

Cuando se pregunta al Ministerio Público por qué hay tanta impunidad, responde que el problema se debe en buena parte a que los jueces no conceden las órdenes de aprehensión o que no dictan los autos constitucionales contra los probables responsables que aquellos están persiguiendo. Cuando se pregunta al juez penal la causa de la impunidad, responde que se debe a la faltas y a las inconsistencias de las averiguaciones previas elaboradas por los ministerios públicos. ¿No es este un buen ejemplo de racionalización del proceso judicial, donde las propias fallas se trasladan a un operador jurídico distinto, del Ministerio Público al juez y de este a aquel?

Desplazar a otros sujetos la responsabilidad jurídica es nota común. Comienza con las sociedades mercantiles donde los asociados responden solo en la medida de la aportación de su capital y termina en los grandes fraudes corporativos, donde la responsabilidad se diluye en la negatividad del mundo del capital especulativo. Hay que ver el caso de la difusión de la responsabilidad en las finanzas.

Un solo hombre: Bernard Madoff, una leyenda de Wall Street, es retrospectivamente una diminuta paja, según Pascal, o un hombre sexualmente poco dotado, según su ex mujer, capaz de crear y ejecutar un fraude que por sus dimensiones trasciende al capitalismo especulativo. Un hombre que desde Nueva York, la capital de las finanzas, fue capaz, ahora

¹⁴¹ Asunción amplia, incierta y vaga de responsabilidad objetiva en el caso español. A pesar de que la normatividad española reconoce la responsabilidad patrimonial objetiva, en la práctica los jueces imponen una responsabilidad por culpa detectada cuando se analizan las dispares sentencias de los jueces (falta de causalidad, falta de antijuricidad —deber de soportar el daño—, falta de culpabilidad).

se sabe, de destrozarse a cientos de empresas y a miles de seres humanos, aun y cuando en él se concentraba y se representaba la cúspide del modelo de utilidad capitalista. Nadie se habría dado cuenta que atrás del modelo ético financiero que busca ganancias y evita pérdidas e, incluso, que produce donaciones “filantrópicas” a compañías de la caridad, se esconde lo real del capital que no distingue otra cosa que no sea su autoproducción infinita. Lo que siempre se tuvo enfrente —y que nadie fue capaz de observar— fue que detrás de la fantasía que representaba Madoff, la fantasía de la realización capitalista, se escondía el fraude especulativo real. “Que Bernard Madoff manejara a alguien sus inversiones era un signo de prestigio”.¹⁴² El simbolismo de la utilidad de la función de Madoff es claro, su realidad no tanto, pues esconde un mecanismo de defensa dentro del mundo del capital: hay que presuponer que el capital no requiere garantías institucionales para funcionar.

La disociación entre el mundo simbólico y el mundo real, y cómo las pantallas virtuales del mundo simbólico ayudan a evitar enfrentamientos traumáticos con los objetos del mundo real, que de otro modo desestabilizarían al individuo y a la sociedad en general, son ahora puestas en su plena expresión. Con el simbolismo de por medio, es decir, en el nivel del lenguaje de los expertos financieros, resulta increíble que hayan desaparecido 50 mil millones de dólares de la noche a la mañana. Sin ese simbolismo, el problema se reduciría a comprender por qué desapareció esa cantidad de dinero y por qué nadie se dio cuenta; sin embargo, el verdadero conflicto es entender que en realidad nada desapareció, pues nunca existió mercancía ni dinero alguno que sustentara esa cantidad descomunal de capital. Es como señala Žižek, cuando analiza la paralaje de la economía política. La preocupación de los economistas por la separación y diferenciación del capitalismo especulativo respecto de la economía sustancial es superflua y secundaria ante el monumental problema que significa que el sujeto comprenda que la economía sustancial es una ficción producida por el capitalismo; en realidad, este funciona con base en la ilusión de una actividad sustancial detrás del dinero, cuando lo real bruto es que no hay auténtica economía separada de la economía especulativa... la economía es la economía especulativa.¹⁴³

Las normas jurídicas financieras responden de manera perfecta a esa paralaje entre economía sustancial y economía especulativa. El paralelo financiero entre la norma pública y la privada, con una correlación entre el mundo bursátil y el mundo fiscal, evidencia el mecanismo de defensa que se oculta. Señala el artículo 65 del Código Fiscal de la Federación que las contribuciones omitidas que determinen las autoridades fiscales deberán pagarse o garantizarse dentro de 45 días siguientes a la notificación de su determinación. El artículo 141 del mismo Código, al señalar que la garantía no se puede dispensar, reafirma el mandato jurídico de garantizar las obligaciones fiscales. Sin embargo, en un giro de ciento ochenta grados, que rompe la regla general tratándose de la materia tributaria, en su forma de aplicación estricta de las normas fiscales y en el fondo de la razón jurídica estatal, señala que la autoridad fiscal está en todo el derecho de reconocer que no todos están obligados a establecer esa garantía. ¿Adivine quién está exceptuado? La respuesta jurídica es que se trata de los sujetos que por disposición legal expresa han sido relevados de dicha obligación. Sustantivamente, el exceptuado tiene nombre y apellido: instituciones de crédito, *ergo*, bancos.

El artículo 86 de las Ley de Instituciones de Crédito establece que mientras los integrantes del sistema bancario mexicano no se encuentren en un supuesto de liquidación o quiebra, se “consideran de acreditada solvencia y no estarán obligados a constituir depósi-

¹⁴² Pozzi, Sandro, “Estafa en Wall Street. La bola de nieve que nadie paró. Las autoridades desoyeron las denuncias contra el *broker* de las grandes fortunas”, *Elpais.com*, 14 de diciembre de 2008; http://www.elpais.com/articulo/economia/bola/nieve/nadie/paro/elpepueco/20081214elpepieco_2/Tes [consultado el 30 de marzo de 2009].

¹⁴³ Žižek, *Visión...*, *cit.*, p. 88.

tos o fianzas legales”, ni siquiera tratándose de amparo o del interés fiscal.¹⁴⁴ ¿Qué quiere decir lo anterior? Algo realmente muy simple: el sistema jurídico concede *a priori* solvencia económica a los integrantes del sistema financiero, y que el mundo de la economía ha demostrado su nula realización con casos como el de Madoff y otros más que no vale la pena mencionar. En sentido estricto, las condiciones para el fraude no están determinadas por la moralidad de los individuos, por su codicia o por su falta de disposición a ser virtuosos, sino por las reglas de juego del sistema financiero, donde el control y la evaluación son solo una pantalla virtual (como las pantallas de fondo que permiten a chicas jóvenes y guapas simular las condiciones climáticas en los noticieros), tal y como lo demuestra este caso fiscal: a los contribuyentes exíjaseles la garantía fiscal, no a los bancos. Madoff es la consecuencia, no la causa de los fraudes bursátiles. Madoff no es culpable. El culpable sería el diseño del sistema financiero. Pero incluso en este nivel sería ilógico hablar de culpabilidad. Ahí debe encontrarse la racionalización que se comenta.

Madoff es solo una paja. No importa analizar psicológicamente a Madoff, pues los estudios de los expertos confirmarán que es una persona racional, quizá con algunos problemas sexuales como lo señaló su esposa. El problema, ahora, es superar el impacto del mundo real (siempre traumático) que pone en bandeja los hechos como son: después del fraude no hay ningún capital, del mismo modo que antes del fraude tampoco había, solo una burbuja dicen los expertos financieros. El capital y sus ganancias se construyeron en el mundo imaginario de la perene utilidad, en tanto que “todo era una estafa basada en el ‘esquema Ponzi’: el fondo en realidad no tiene dinero, está hueco; Madoff utilizaba el dinero de nuevos inversores para pagar los beneficios de los anteriores”.¹⁴⁵

La brecha entre lo real y lo simbólico no termina con el caso paradigmático del mundo de las finanzas, donde la responsabilidad económica y por tanto jurídica es inexistente. El caso contrario —que se va al otro extremo— es el de la intensidad y ejemplaridad de la sanción como efecto de la ausencia de responsabilidad. Ahí está el mundo simbólico jurídico penal que ofrece la ficción de que Madoff, como cualquier otro delincuente, será sancionado conforme a un procedimiento seguido en forma de juicio con una sanción privativa de libertad ejemplar. El problema es que a pesar de esas ficciones, la sanción conducirá al terreno de la mera negatividad, pues Madoff al momento de su procesamiento judicial cuenta con setenta años de edad.

La teoría penal señala que por la comisión de un delito, corresponde el pago de la pena correspondiente. Se ha discutido sobre si la pena tiene un fin retributivo o preventivo, es decir, si mira al pasado para reparar el daño causado o si mira al futuro para servir como ejemplo y hacer más eficientes las prohibiciones, asunto que no toca discutir ahora. Pero, ¿crimen y castigo no se trata de una simbolización fundamental que enmarca el estatuto obscuro de la ley y que, en el origen, oculta el crimen fundamental? Aquí hay que traer a cuento el hecho de que la simbolización jurídica oculta el crimen como su hecho generador

¹⁴⁴ Casi el mismo fraseo contiene el artículo 14 de la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, tratándose de las compañías aseguradoras, partes integrantes del sistema financiero. La diferencia es que se les exime de la garantía legal, salvo las excepciones derivadas de responsabilidad laboral, de amparo o créditos fiscales. Lo cual es una contradicción y división esquizoide porque, aunque simbólica y jurídicamente haya una diferencia entre el banco y la aseguradora, en el orden de lo real —sin paralaje alguna— se trata del mismo objeto, de la misma corporación. La diferencia solo se percibe por el desplazamiento del sujeto que acude a una sucursal bancaria como si fuera diferente de la sucursal de la división de seguros. ¿Por qué, si casi todas las compañías se manifiestan en todos los ámbitos del sistema financiero (bancos, seguros, casas de bolsa, arrendadoras, pensiones, etcétera) sí se exime de garantía de interés fiscal al Banco y a su división de seguros no? Se trata de una inconsistencia jurídica que más allá de la coherencia del sistema jurídico, lo que en lo real refleja es la pasividad del sujeto bancario, de seguros, de pensiones, etcétera, frente a la institución activa financiera como tal. Ellas se mueven, se absorben, se fusionan, se dividen, mientras que el consumidor permanece terriblemente pasivo ante esos tan candentes movimientos.

¹⁴⁵ Pereda, Cristina F. (soitu.es), “Bernard Madoff, un timador con fama de hombre ‘bueno’”; http://www.soitu.es/soitu/2008/12/13/actualidad/1229191725_916980.html [consultado el 30 de marzo de 2009].

(el derecho siempre comienza con alguna usurpación) y el hecho de que la ley es un exceso obscuro que duplica la mirada del crimen, puesto que el castigo que sustituye al crimen es una metáfora que oculta la extraña repetición del crimen original bajo la apariencia de la ley.¹⁴⁶ No comete un crimen fundamental quien deja de seguir la ley, sino quien aplica un crimen en nombre de la ley.

Después de un largo proceso en el que la opinión pública ha decidido sobre la culpabilidad de una persona, las categorías jurídicas eximen de responsabilidad al probable autor. En algunos otros casos, lo que más se admira es la enorme capacidad del derecho para extremar su ficción de ejemplar sanción, hasta el punto de lo risible y ridículo: en la medida que se extreme la ficción, mayor validez jurídica tendrá la decisión del juez. El Código Federal de Procedimientos Penales actualmente vigente señala que el máximo de prisión por la comisión de un delito —grave— es de sesenta años. También se sabe, por los indicadores de la ciencia biológica y medicinal, que la vida humana cuando más llega a promedios de setenta y ocho años. Ahí está, entre otros muchos, el caso de unos peligrosos asaltantes a quienes se les impone la irrealizable cantidad de 998 años de prisión por la comisión de diversos delitos en la ciudad de México, entre ellos, el secuestro de 18 personas.¹⁴⁷ Si los elementos jurídicos lo permitieran, sería razonable suponer que los jueces mayor cantidad de años acumularían con tal de asegurar la ejemplaridad de la pena, aunque biológicamente el delincuente no llegue a pasar en la cárcel más allá de una cuarta parte de la misma.

Desvanecer hasta la inexistencia la responsabilidad o acentuarla hasta el extremo de lo inimaginable son dos grandes modalidades jurídicas que permiten estabilizar las expectativas y las tensiones del mundo económico y del mundo social. De otro modo, habría una gran crisis que difícilmente se podría superar. El problema es que a pesar de que el ser humano es una diminuta paja, se sigue pensando que las culpas humanas deben pagarse, aunque no haya nadie que pueda realmente reparar las consecuencias económicas derivadas de la frustración de los sueños que se construyen en la burbuja de la ficción especulativa.

¹⁴⁶ Žižek, *El acoso...*, *cit.*, p. 242.

¹⁴⁷ "Dan 998 años de cárcel a ladrones de Sanborn's", *El Universal*, 30 de marzo de 2009; <http://www.eluniversal.com.mx/notas/587659.html> [consultado el 11 de octubre de 2011].