

# Genealogía de la pena.

## Perspectiva histórica y criminológica.

### *Un dialogo hipotético entre Rusche-Kirchheimer y Foucault.*

Juan Manuel Neffen<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Economía vs. poder en la transición del suplicio a la prisión; II.- El problema de la violencia desde los orígenes: nacimiento del castigo estatal: la pena; III.- Tradición materialista del castigo: Georg Rusche y Otto Kirchheimer; IV.- El castigo en Michel Foucault; V.- Castigo corporal -“exceso de mano de obra: sistemas destructivos” vs. la “fiesta punitiva”-; VI.- Castigo “Ilustrado”; VII.- Transición del suplicio a la prisión; VIII.- Una última mirada crítica a las teorizaciones sobre la pena

**RESUMEN:** En este trabajo la propuesta es indagar algunas raíces históricas del castigo y de la pena estatal, como así también explorar *interpretaciones* sobre los cambios en las formas punitivas desde la perspectiva criminológica. El objetivo es aproximarnos a la utilidad de la pena en la sociedad, lo cual, entendemos,

---

<sup>1</sup> Abogado (UNL). Especialista en Derecho Procesal Penal (UNL). Especialista en Criminología (UNQ). Maestreado en Derecho Procesal (UNR). Doctorando (UNR). Docente de grado y posgrado de la materia “Derecho Procesal Penal” de la FCJS/UNL. Docente permanente de posgrado de la Especialización en Derecho Procesal Penal de la FCJS/UNL. Actualmente, jefe de la Oficina de Planificación de Capacitación de la Escuela de Capacitación del MPA (Poder Judicial de la Provincia de Santa Fe). Contacto: [jmneffen@gmail.com](mailto:jmneffen@gmail.com) / [jmneffen@fcjs.unl.edu.ar](mailto:jmneffen@fcjs.unl.edu.ar)

representará un insumo dogmático necesario para pensar la determinación de la pena en nuestros días.

**PALABRAS CLAVE:** Pena – Castigo – Foucault - Rusche y Kirchheimer

*Si encontráramos una manera de dominar todo lo que a cierto número de hombres les puede ocurrir; de disponer de todo lo que esté en su derredor, a fin de causar en cada uno de ellos la impresión que se quiera producir, de cerciorarnos de sus movimientos, de sus relaciones, de todas las circunstancias de su vida, de modo que nada pudiera escapar ni entorpecer el efecto deseado, es indudable que un medio de ésta índole sería un instrumento muy enérgico y muy útil, que los gobiernos podrían aplicar”.*

Jeremy Bentham<sup>2</sup>.

## **I.- Economía vs. poder en la transición del suplicio a la prisión**

En este trabajo nos proponemos indagar algunas raíces históricas del castigo<sup>3</sup> y de la pena estatal, como así también explorar *interpretaciones* sobre los cambios en las formas punitivas desde la perspectiva criminológica. Nos anima la siguiente hipótesis: frente al fracaso -al menos en sus fines declamados- de las teorías sobre la función de la pena, las ciencias sociales visibilizan el funcionamiento real de la pena en la sociedad. El objetivo es presentar filones de análisis al interior de estas disciplinas a efectos de aproximarnos a la utilidad de la pena en la sociedad, lo cual, entendemos, representará un insumo dogmático necesario para pensar la determinación de la pena en nuestros días.

La perspectiva histórica de la pena seguirá los trabajos -principalmente- de Edmundo Hendler, Ignacio Anitua, Ricardo Rodríguez Molas y Lila Caimari. El aporte criminológico será extraído de la confrontación de dos obras clásicas sobre la pena en clara dialéctica: “*Pena y estructura social*” de Georg Rusche y Otto

---

2 Bentham, Jeremy. “El Panóptico”, Ediciones de la Piqueta, Madrid. 1979.

3 En este capítulo emplearemos el término castigo en un sentido más abarcativo que el de pena.

Kirchheimer<sup>4</sup>, y “*Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*” de Michel Foucault<sup>5</sup>. Dicha confrontación se realizará con el apoyo de David Garland quien actualizará esta dialéctica al estado actual de la discusión criminológica en torno a la pena.

El dialogo entre estas perspectivas criminológicas se tensa en una búsqueda por el factor preponderante en la mutación de las formas punitivas. En la perspectiva de Rusche y Kirchheimer dicho factor se encuentra en el materialismo histórico. Así consideran que el castigo ha sido sensible a las oscilaciones del mercado laboral. La otra voz, Michel Foucault, encuentra el factor preponderante en la relación entre tres elementos *poder, conocimiento y cuerpo*. Ambas posiciones presentan una interesante oportunidad de análisis del complejo proceso social del castigo.

La perspectiva marxista de Rusche/Kirchheimer aloja las formas punitivas modernas en el colorido tapiz de relaciones materiales, clases sociales y modos de producción. El observador social en este paradigma se ubica desde “afuera”, mira al sistema penal desde una distancia que le permite observar a su vez como éste interactúa en el campo más amplio de la economía política, estudia la fenomenología material en virtud de la cual los intereses económicos impactan sobre las sanciones penales.

Este observador distante cede su lugar en la obra de Michel Foucault a otro más “íntimo”, quien focaliza su lente sobre las micro relaciones del poder, en una “anatomía del detalle” de prácticas, actores, ritos y normas de una macro ingeniería social disciplinaria.

La pena representa un hecho social complejo e histórico. En este capítulo nos proponemos -entre otras cuestiones- evidenciar brevemente su genealogía, lo cual exige delimitarla en un tiempo: la época clásica<sup>6</sup> y en un aspecto: “(...) el problema histórico de la desaparición del castigo como espectáculo público de violencia contra el cuerpo, y (...) el surgimiento de la prisión como forma general del castigo moderno”.<sup>7</sup> El objetivo es analizar las razones sociales, históricas, políticas y económicas que explican cómo las formas violentas y represivas del ejercicio del

---

4 Rusche, Georg / Kirchheimer, Otto. *Pena y estructura social*. Ed. Temis. Año 1939.

5 Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Ed. siglo XXI. Año 1975.

6 Periodización definida por Michel Foucault en la segunda mitad del siglo XVII, el siglo XVIII y los albores del siglo XIX.

7 Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna*. En estudio de teoría social. Ed. siglo XXI. Año 1999. Pág. 165.

poder -tales como el castigo corporal y capital- dieron origen en un momento determinado a técnicas reguladoras más suaves, representadas por la prisión.<sup>8</sup>

Recapitulando, la propuesta central del presente texto se aloja en auspiciar un *diálogo* sobre la pena entre las tradiciones de Rusche/Kirchheimer y la de Foucault.

## **II.- La violencia como causa de la pena. El problema de la violencia desde los orígenes. Nacimiento del castigo estatal**

Al analizar la perspectiva de pena estatal como violencia oficial y legal en respuesta a la violencia privada entre particulares, emerge como relevante mostrar claves de trabajo sobre ella. Este breve capítulo pretende justificar la siguiente afirmación: la violencia social es producto de un recorrido histórico milenario de diferenciación social, en virtud del cual la tensión entre los hombres asciende desde una paz intergenérica universal -en la horda primitiva- hacia un estado de guerra de todos contra todos. Esta última fase, veremos, inicia en los antiguos agricultores superiores.

Si bien la evidencia histórica da testimonio en las primeras tribus de un estado de belicismo permanente, existe un período aún más extenso de tiempo en donde la humanidad presenta un estado de relativa tranquilidad, denominada *paz intragenérica generalizada*. Nos dice Marvin Harris: “No hay nada en el registro fósil que indique que ser un *simio asesino* sea inherente a la naturaleza humana”. La horda primitiva no presentaba procesos de diferenciación en sexos o clases sociales, no obstante, la ausencia de dichos procesos obstaculizaba la constitución de un “individuo” que aún no se había diferenciado del colectivo al que pertenecía.<sup>9</sup>

Mariano Ciafardini da cuenta de un primer encuentro competitivo hombre-hombre como consecuencia de las dificultades materiales de subsistencia de la última glaciación. Es en este sentido que decimos: la escasez fue *partera* de la violencia. En la primera edad de la era de la violencia, de la guerra de todos contra todos, surge el “yo”, el sujeto individual y desde dicha diferenciación se forzaría una concentración de poder en los sectores privilegiados. El hombre ahora reconoce que en su necesidad de objetos se interpone un “otro” - proceso de otrificación- al cual debe destruir. Se sabe además destinatario de la agresión vindicativa de éste mismo: “esta

---

8 Garland, David. Op. cit. Pág. 164.

9 Ciafardini, Mariano. LA GLOBALIZACION TERCERA (Y ÚLTIMA) ETAPA DEL CAPITALISMO- Un análisis desde el materialismo histórico-. Ed. Luxemburg. Cap. Año 2011.

dinámica niega el lazo común genérico y universal (...) propio de la paz intragenérica primitiva”.<sup>10</sup>

Esta tesis propone que el hombre primitivo no era violento, la agresividad aparece en la competencia como negación del otro, propia de la civilización. Son ilustrativas las palabras de Erich Fromm quien afirma una hostilidad ascendente desde los primeros recolectores hacia los agricultores superiores y a su vez en las sustituciones de modos de producción<sup>11</sup>, analizaremos esto posteriormente a la luz de las teorizaciones de Rusche/Kirchheimer.

Por su parte, Eduardo Grüner analiza otra dinámica al ubicar en la violencia la causa civilizatoria, afirma: “La violencia es constitutiva de la práctica política porque es fundadora de la juridicidad estatal<sup>12</sup>”. En el análisis de la horda primitiva, encuentra un sentimiento de culpa retroactiva, por un acto constitutivo de la civilización: parricidio. Nos dice:

*“La civilización está construida sobre un crimen cometido en común. Este dictum de Freud, que intenta extender a la sociedad humana en su conjunto la teoría del rol estructurante de la cultura que tiene el complejo de Edipo, le sirve a su autor, en Tótem y Tabú, como corolario de su relato del mito de la Horda primitiva, según el cual los miembros horizontales de la horda (“hermanos” iguales entre sí) asesinan al (“protopadre” despótico) para obtener el acceso sexual a las mujeres (“madres”) monopolizadas por él. La culpa retroactiva por el crimen instauro la Ley, por la cual son ahora los propios hermanos los que, voluntariamente, se vedan el acceso a lo prohibido<sup>13</sup>.”*

Entiende así que dicho sentimiento de culpa por el crimen original produce en los primeros hombres la autocensura de su violencia, la cual ahora es sublimada en valores socialmente aceptables de convivencia, dando inicio al proceso civil. En estas claves, el autor revela que la violencia no implicaría un ataque a un orden normativo existente, sino que en todo caso lo constituye o lo hace posible: “(...) La violencia es condición fundacional de la Ley”.<sup>14</sup>

---

10 Ciafardini, Mariano. Op. cit. Año 2011.

11 Fromm, Erich. Anatomía de la destructividad humana. Ed. siglo XXI. 1975. Pág. 185.

12Gruner, Eduardo. Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia. Ed. Colihue. Buenos Aires. Año 1997. Pág. 31.

13Gruner, Eduardo. Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia. Ed. Colihue. Buenos Aires. Año 1997. Pág. 31.

14Gruner, Eduardo. Las formas de la espada. Miserias de la teoría política de la violencia. Ed. Colihue. Buenos Aires. Año 1997. Pág. 32.

En idéntico sentido Walter Benjamin expresa que en toda violencia existe latente una creación jurídica. El derrotero histórico de esta concepción aparece reiteradamente en pensadores tales como Maquiavelo: “es preferible ser temido a ser amado”; Thomas Hobbes: “sólo el Soberano queda en Estado de Naturaleza como único individuo autorizado a ejercer violencia”; Michael Foucault: “el derecho es la forma en la cual la violencia del poder se inscribe en la sociedad”<sup>15</sup>; o Lenin: “violencia de las luchas de clases”. Nos advierte sin embargo Gruner que el recorrido realizado por el contractualismo ha pretendido poner un velo sobre el carácter constitutivo de la violencia en lo político, a través de una suerte de visión humanista de consenso entre iguales: “Como si no supiéramos que todo contrato es, entre otras cosas, la expresión de una relación de fuerzas donde siempre hay vencedores y vencidos”.<sup>16</sup>

Sin pretender sistematizar el proceso histórico de la violencia, pero sí marcar algunos de sus hechos relevantes, avanzamos ahora sobre la clasificación de Ciafardini en tres edades: guerra permanente, antigua y moderna<sup>17</sup>. En la edad antigua la opción “muerte o esclavitud” es instalada por el desarrollo de las fuerzas productivas de determinadas civilizaciones sobre otras más atrasadas. Esta situación de dominación permitió el congelamiento del resultado de la lucha. El conflicto de clases aparece silenciado por la dominación explícita. Incluso en la antigüedad clásica greco-romana el par conceptual conflicto-control no se expresaba en las relaciones sociales imperante, en todo caso la violencia estaba en el modelo mismo del Estado Esclavista. En palabras de Ciafardini: “(...) en la edad antigua, lo fue la *pax* imperial con conquista expansiva y dominación esclavista y servil”.<sup>18</sup> Ésto no tendrá grandes variaciones en el feudalismo cuyo modo de producción se concentra en la propiedad inmobiliaria y en la dinámica opresiva, quizá más dulcificada, de siervos y señores feudales. La modernidad se explica en el ascenso de las ciudades que terminó de dismantelar la infraestructura productiva esclavista, aun en los matices posteriores del vasallaje feudal.

La burguesía irrumpe como un actor con pretensiones de liderazgo económico y político favorecida por el creciente comercio, la innovación productiva y una vertiginosa acumulación de capital. La dominación ahora se oculta bajo la explotación económica. Los engañosos idearios de libertad e igualdad de la

---

15Citado por Gruner, Eduardo. Op. cit. Pág 35.

16Gruner, Eduardo. Op. cit. Pág 13.

17 Ciafardini, Mariano. Op. cit. Año 2011.

18 Ibidem.

Ilustración<sup>19</sup>, solapan la lucha de clases en una nueva fisonomía delineada por el par conceptual conflicto-control, como un paradigma propio de las necesidades de producción modernas.

La nueva clase dominante<sup>20</sup> construye un discurso que legitima la dominación bajo el pretendido contrato social. Su caja de herramientas llevará el rótulo de “disciplinarismo” y en su interior encontraremos el siguiente instrumental: nacientes fuerzas policiales, consolidación del aparato gubernamental, censos poblacionales, derecho penal, cárceles, hospitales, hospicios y escuelas. Un archipiélago de institucionalidad atravesado por técnicas disciplinarias. Por su parte, desde la visión marxista habrá: casas de trabajo -inicialmente como centros de adiestramiento para el trabajo en las ciudades, destinadas a los siervos de la gleba expulsados de sus tierras en el crepúsculo feudal-, rutinas productivas, pena de galera y/o traslado, entre otros, operando en función de las exigencias de un mercado perturbado en las turbulencias de la modernidad. Todo lo cual se orientaba a tallar un nuevo hombre útil para los nacientes estados-naciones. En última instancia el objetivo fue transformar a aquellos que quedaron atrapados bajo las ruinas del feudalismo en una *unidad económica disciplinada*. Fue ésta la preocupación burguesa y no la penetración de las libertades públicas al entramado social.<sup>21 22</sup>

Como referíamos el capitalismo temprano contiene la construcción de los estados nacionales, el florecimiento de las ciudades comerciales, la alianza de una burguesía incipiente con el poder feudal -en permanente tensión con el rey y la nobleza-, la aparición de la manufactura a escala -ya en manos de la burguesía en donde el robo es la nueva herejía-, el desarrollo del comercio, la exploración oceánica, los primeros bancos -vg. familia Médicis-, la explotación de las colonias, el nacimiento de las finanzas y otros fenómenos que permitieron la acumulación originaria de capital.

Posteriormente trabajaremos las ideas de Gabriel Ignacio Anitua relativas a las implicancias sobre el castigo de este período. Sólo adelantamos como central el hecho histórico de la lenta expulsión de los siervos de la gleba, la parcelación y privatización de la tierra, el éxodo y peregrinaje de los despojados campesinos a las nacientes ciudades, el hacinamiento urbano, entre otros hechos que hirieron de

---

19 Profundizaremos sobre ésto en el capítulo: Castigo “Ilustrado”.

20 Ataviada de libertades tributarias al adelgazamiento del pesado aparato estatal del ancien régime.

21 Ciafardini, Mariano. Op. cit. Año 2011.

22 Al analizar el pensamiento de los “reformadores ilustrados” lo desarrollaremos en mayor profundidad.

muerte al lazo comunal<sup>23</sup>. Este periodo ha sido analizado como crítico en el entendimiento de la evolución de la violencia social.

Finalmente, el capitalismo moderno propone nuevas lógicas de funcionamiento social que aumentan los espacios de autonomía formal, en una conceptualización ambigua de igualdad y libertad, sopesada por la necesidad de un control social que haga de garante contra el abuso de las libertades concedidas. Foucault dirá que las luces conquistadas en el siglo XVIII tuvieron como precio la disciplina, pero que ésta hizo posible la libertad en una sociedad de masas, ahora constreñida en técnicas disciplinarias.

### **III.- Tradición materialista del castigo: Georg Rusche y Otto Kirchheimer**

Comenzamos situándonos históricamente, nos asiste en esto Eric Hobsbawm quien ubica la base histórica del marxismo en los siguientes modelos: antigüedad clásica -principalmente romana- y Europa, occidental y central. Así sólo reconoce tres formas de sociedad de clases: la sociedad esclavista de la antigüedad, el feudalismo y la sociedad burguesa. El autor sugiere que las dos primeras son rutas alternativas surgidas de la sociedad comunal primitiva, unidas por una dinámica en virtud de la cual la segunda se instaló sobre las ruinas de las primeras: “la sociedad burguesa a su vez surge, por así decirlo, en los intersticios de la sociedad feudal”.<sup>24</sup>

En relación con la pena se advierte que el enfoque marxista no puede considerarse una elaboración de sus padres fundadores. En tal sentido, si bien Karl Marx y Friedrich Engels han cimentado un marco teórico útil a la comprensión del castigo en términos de estructura social, no lo han abordado en forma sustantiva.<sup>25</sup> Frente a esta precariedad epistemológica en los orígenes, quienes optan por construir una sociología del castigo en presupuestos marxistas indagan sobre qué conceptos explicatorios de su teoría general se adecuan mejor al devenir punitivo.

La teorización marxista que antecede a los trabajos sobre el castigo nos impone realizar una descripción básica de su marco general. Dicha tradición aporta una concepción estructuralista de la sociedad en la cual quienes controlan el sector

---

23 Dicha realidad precisaba de un dispositivo específico: el sistema penal inquisitivo. Posteriormente en este capítulo analizaremos sus características principales.

24 Hobsbawm, Eric. Como cambiar el mundo. Ed. Crítica. 2011. Pág. 156.

25 Garland, David. Castigo y Sociedad Moderna. En estudio de teoría social. Ed. siglo XXI. Año 1999. Pág. 106.



económico, la “estructura”, ejercen a su vez el dominio sobre los demás grupos de la “superestructura”: instituciones afines al derecho, la política, la religión, la moralidad o la filosofía, entre otras.<sup>26</sup>

Este enfoque encuentra en los modos de producción históricos la causa preponderante de la orientación social. Así la denominación de estos modos en: antiguos, feudales y capitalistas, habilita pensar la historia en función de tales modalidades. No obstante Garland advierte que este evolucionismo se enfrenta a otra dinámica clave, que le hace de contrapeso: la lucha de clases expresa:

*“Sin embargo, este énfasis en la evolución tecnológica se equilibra con la insistencia marxista en que la dinámica clave en la historia y la sociedad es la lucha de clases, que implica una comprensión más dialéctica y más abierta del proceso histórico. Pese a su preocupación por las leyes de la acumulación del capital y las limitaciones estructurales que imponen, el marxismo también insiste en que la lucha de clases es la fuerza decisiva que propicia el cambio social y confiere una forma específica a las instituciones concretas.”<sup>27</sup>*

La perspectiva marxista sobre el castigo carece de una orientación causal unívoca. Por un lado, autores como Rusche y Kirchheimer explican el nacimiento de las arquitecturas penales en relación con los requerimientos económicos del mercado. Por el otro Evgeny Pashukanis concentra su análisis en el rol del castigo en la lucha de clases política e ideológica. A su vez otras voces como la de Mellosi, Pavarini, Hay e Ignatieff aportan filones alternativos de estudio, todo lo cual impide hablar de “él” análisis marxista. Abordaremos aquí la primera mirada: Rusche y Kirchheimer, en particular su obra clásica “Pena y Estructura Social”.

El contexto de ideas de *Pena y Estructura Social (1939)*<sup>28</sup> se inserta en la Escuela de Frankfurt cuyo eje epistemológico se asentó en la triada Marx-Freud-Hegel. Dicha escuela propone una lectura materialista bajo el análisis de las superestructuras de la vida social.<sup>29</sup> En la obra citada hallamos un recorrido histórico de las formas punitivas desde la edad media hasta los albores del siglo XX.

Un primer presupuesto teórico es la historicidad del castigo, el cual impide, entendemos, un análisis en términos universales como propusiera Durkheim, en

---

26 Garland, David. Op. cit. Pág. 107.

27 Garland, David. Op. cit. Pág. 108.

28 Rusche / Kirchheimer. Op. cit... Ed. Temis. Año 1939.

29 Garland, David. Op. cit. Pág. 112.

cambio se lo considera particular e histórico. Las modalidades punitivas son concretas y específicas al entramado social respectivo. Así lo expresan:

*“La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales. Por lo tanto, constituyen el objeto de nuestra investigación, la pena en sus manifestaciones específicas, las causas de su desarrollo y transformaciones y los fundamentos para la elección o el rechazo de métodos penales específicos en situaciones históricas concretas.”*<sup>30</sup>

Un segundo presupuesto de esta tradición es la vinculación del castigo a las formas de producción históricas. El diseño de los castigos, entienden, se corresponde con la evolución de específicas fuerzas productivas que operan en un espacio y en un momento social determinados por intereses económicos:

*“Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta, por consiguiente, necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal.”*<sup>31</sup>

En este sentido sostienen que la penalidad contenida en la esclavitud es exclusiva a la economía esclavista, como la pena de multa lo es a la economía monetaria y, finalmente, el énfasis en el trabajo carcelario lo es a la necesidad de las incipientes industrias de adiestrar a los futuros obreros.<sup>32</sup>

Un tercer presupuesto teórico lo hallamos en la propuesta de estudiar la pena *más allá* de su configuración jurídica, excediendo su configuración en términos de delito. Este presupuesto es denominado por Garland como *principio de la significación independiente del castigo*.<sup>33</sup> En el castigo operan artefactos sociales que están al servicio de fuerzas que operan fuera de los márgenes del sistema penal:

*“(...) el vínculo, transparente o no, que supuestamente existe entre el crimen y el castigo, impide profundizar en el significado independiente de la historia de los sistemas penales. Debe romperse. El castigo no es una simple consecuencia del crimen ni lo opuesto, como tampoco un medio*

---

30Rusche / Kirchheimer. Op. cit. Pág. 3.

31Rusche / Kirchheimer. Op. cit. Pág. 5.

32Rusche / Kirchheimer. Op. cit. Pág. 4.

33Garland, David. Op. cit. Pág. 114.

*determinado por un fin. El castigo debe entenderse como un fenómeno social liberado tanto de su concepto jurídico como de sus fines sociales.”<sup>34</sup>*

El castigo es fundado en criterios legales supuestamente dirigidos al *bienestar* de la sociedad, sin embargo, bajo la técnica discursiva se invisibiliza su función real en el marco de la lucha de clases: “(...) es necesario despojar a las instituciones sociales abocadas al castigo de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales”.<sup>35</sup> Los autores consideran al castigo como un dispositivo punitivo coordinado con otras herramientas del control social. Como evidencia señalan el origen del castigo moderno -finales del siglo XVIII- en el cual la acción punitiva se concentra en un cerco estatal institucional: casas de trabajo forzado -antecedente de las primeras cárceles-, fabricas/talleres, internados educativos, hospitales, hospicios, entre otros. A lo cual se suma una legislación peligrósista, dirigida a los sectores bajos, relativa a temáticas tales como vagancia o mendicidad. La respuesta institucional se bifurcará conforme a la clasificación de los inútiles<sup>36</sup> en: buenos -normativos- o malos -anormativos-. Los *buenos* serán beneficiarios de los sistemas asistenciales, los *malos* quedarán atrapados en una arquitectura social represiva que los adiestrará para el trabajo. Todos contenidos acordes a un castigo que se pretenderá universal y eficaz en una función interrelacionada<sup>37</sup>.

En cualquier caso, Rusche/Kirchheimer evidencian una relación entre mercado laboral y sanciones penales, cuya dinámica depende de las fluctuaciones de oferta y demanda de mano de obra requerida por la embrionaria revolución industrial: “(...) debido a que las circunstancias económicas en ocasiones devalúan la mano de obra, las sanciones penales están en libertad de aniquilarla, bien sea con castigo corporal o en regímenes penitenciarios destructivos”.<sup>38</sup> Este vínculo entre métodos de castigo y necesidades de las fuerzas productivas ha definido la fisonomía temprana de la penalidad estatal.

La vida de mendigos, delincuentes y de todo aquel no anclado socialmente<sup>39</sup>, se transforma en una mercancía más, cuyo valor será definido por la oferta y demanda

---

34Rusche / Kirchheimer. Op. cit. Pág. 5.

35Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 5.

36En el contexto del nacimiento de las primeras industrias, este adjetivo se emplea sobre aquellos que no presentan aún aptitudes para ser integrados en las incipientes factorías.

37Garland, David. Op. cit. Pág. 115.

38Garland, David. Op. cit. Pág. 134.

39 Expropiados de sus inclusiones feudales que erran en el laberinto político y social de la naciente revolución industrial.

laboral. Opera de tal modo que en períodos de escasez de mano de obra los estados los absorberán en sus nuevas instituciones (v.g. casas de trabajo forzado como ser *Bridewell en Londres o Spinnhaus en Amsterdam*<sup>40</sup>) disponiendo sobre ellos rutinas laborales de adiestramiento. Por su parte las prácticas estatales destructivas, castigos corporales y pena capital, tendrán lugar en ocasión de abundancia de mano de obra. Como se infiere las penalidades estuvieron al servicio de este mercado: “La Cárcel se transformaba en una especie de auxiliar coercitivo de las necesidades del mercado de trabajo: preservaba y adiestraba la fuerza laboral, o a su turno la destruía.”<sup>41</sup>

El escenario descrito encuentra en las palabras siguientes su momento histórico:

*“Este tipo de respaldo punitivo a la disciplina del mercado laboral -plasmado en rígidas leyes contra la vagancia y correccionales- fue particularmente importante durante el desarrollo temprano de la mano de obra de las fábricas y manufacturas, cuando los trabajadores se negaban a acatar las nuevas condiciones de trabajo y trataban de escapar de sus amos y de sus exigencias de que realizaran trabajo "gratuito".”<sup>42</sup>*

Emerge así la imposición estatal de adquirir aptitudes laborales en las novedosas casas de trabajo forzado: *Bridewell “work house”, Newgate, Amsterdam Rasphuis*, entre otras, destinadas al grupo poblacional expropiado de la contención feudal, en las cuales se moldeará a los futuros obreros a través de técnicas de disciplina, entrenamiento laboral, sometimiento a la autoridad, respeto a los horarios, vestimenta uniforme, alimentación, y demás elementos de adiestramiento proto-industrial para las “nuevas reservas laborales”.<sup>43 44</sup>

Por último, en la obra de Rusche/Kirchheimer se mencionan -sin mayor desarrollo- otros elementos relevantes no vinculados directamente a las relaciones materiales de producción, como ser: actitudes religiosas, ideologías, políticas,

---

40Desarrollado Gabriel Ignacio Anitua. Castigo, cárceles y controles. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal. Ed. Didot. Año 2011. Capítulo: “Las austeras instituciones que nos permiten pensar en los orígenes de la prisión”.

41Virgolini, Julio E. La razón ausente. Criminología y Crítica Política. Buenos Aires. Ed. del Puerto. Año 2005.

42Garland, David. Op. cit. Pág. 117.

43Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 63.

44Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 107.

tendencias burocráticas, teorías criminológicas e incluso emocionales como humanitarismo y sadismo.<sup>45</sup> Sobre este último aporta Bertrand Russell:

*“La crueldad era uno de los mayores placeres del populacho. El pueblo de Mons compró un bandido con el sólo fin de ver como lo torturaban, con lo cual el pueblo se regocijó más que si un nuevo cuerpo santo hubiera resucitado entre los muertos.”<sup>46</sup>*

Si bien al analizar la obra de Foucault *Vigilar y Castigar (1975)* desarrollaremos con mayor profundidad el juego de las emociones populares al interior de la pena, Rusche/Kirchheimer denunciaron un deseo popular de crueldad evidente en la masiva concurrencia a los atroces suplicios de patíbulo a los que eran sometidos criminales, judíos, brujas, mendigos, entre otros. Los autores lo explican desde una supuesta demanda de nuevas sensaciones por parte de las masas que asistían a las ejecuciones públicas.<sup>47</sup>

#### **IV.- El castigo en Michel Foucault. Estudio a través del detalle institucional. Poder, conocimiento y cuerpo**

Foucault estudia el castigo empleando una metodología innovadora en relación a otras tradiciones epistemológicas.<sup>48</sup> En la valoración de Lila Caimari: “éste mestizo entre la filosofía y la historia, descubridor de archivos ignorados, acusado de desdeñar la evidencia empírica, estableció un productivo diálogo con numerosos saberes”.<sup>49</sup> Su obra *Vigilar y Castigar (1975)* aporta conclusiones de un gran valor para la sociología del castigo, analizando prácticas punitivas institucionales hasta la profundidad del más sutil detalle, en palabras de Garland: “(...) narra la historia de la objetivación del ser humano por medio del poder-conocimiento, y su crítica del poder y la sociedad es en buena medida una extensión de la imaginaria de la dominación deshumanizante”.<sup>50</sup> Si bien su perspectiva es calificada como aislada<sup>51</sup>, focalizándose en prácticas y discursos penales específicos, revela asociaciones

---

45 Garland, David. Op. cit. Pág. 119.

46 Russell, Bertrand. Por que no soy cristiano. Ed. EDHASA. Año 1927. Pág. 166.

47 Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 23.

48 V.g. Durkheim o Marx.

49 Caimari, Lila. Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la argentina, 1880-1955. Ed. siglo XXI. Año 2012. Pág. 19.

50 Garland, David. Op. cit. Pág. 202.

51 Garland, David. Op. cit. Pág. 160.

particulares entre diversas esferas del poder punitivo y medidas disciplinarias que exceden al sistema penal propiamente dicho.

A diferencia de Rusche/Kirchheimer, desconfiaba de las pretensiones de cientificidad y enfoque totalizador sobre el Estado puro de las tradiciones marxistas.<sup>52</sup> Su análisis podría pensarse como “interno” a diferencia del abordaje “externo” del materialismo. Analizaremos esto con mayor extensión en las palabras finales del trabajo.

Su aporte a la construcción de una genealogía del castigo moderno hace visible un camino en donde la violencia institucional se suaviza desde crueles suplicios a la “racional” prisión. Si bien es en la prisión en donde las técnicas de control son orquestadas con mayor claridad, logra integrar sus conclusiones con relación a otras instituciones de clausura (hospitales, hospicios, escuelas, cuarteles, monasterios, etc.). Foucault hace visible cómo el Estado *trata* a sus cautivos.

El autor construye un entendimiento del castigo moderno en términos de “disciplina”, lo que nos abre las puertas de su “sociedad de la vigilancia” a través de la cual se logra la dominación de los individuos en el mundo moderno.<sup>53</sup> Analiza la configuración del mundo moderno a través de hechos como; las revoluciones científicas, la Ilustración, el surgimiento de la democracia, el nacimiento de las ciencias sociales y el desarrollo de la ingeniería social.<sup>54</sup>

Nos focalizaremos ahora sobre un aspecto central de su teorización sobre las estructuras de dominación, la interrelación de tres conceptos: *poder*, *conocimiento* y *cuerpo*. Afirma Garland: “(...) tanto para Foucault como para Nietzsche y autores más recientes, como Deleuze y Guattari, el cuerpo humano es el material primario que es atrapado y moldeado por todas las instituciones políticas, económicas y penales”.<sup>55</sup> El objetivo central de las técnicas disciplinarias es producir un “sujeto”, en el sentido de una *individualidad sujeta*, como resultado de un tratamiento de introspección de mandatos funcionales a las estrategias de poder. Será el *cuerpo* el terreno de lucha de esta sujeción que se impone -desde el interior del “alma” del individuo- bajo las opresivas racionalidades dispuestas a moldear una conducta dócil, obediente y útil. La dominación del cuerpo se presenta como un requisito esencial de las técnicas

---

52 Garland, David. Op. cit. Pág. 161.

53 Garland, David. Op. cit. Pág. 163.

54 Ibidem.

55 Nietzsche, La genealogía de la moral.; Deleuze y F. Guattari, Anti-Oedipus: Capitalism and schizophrenia, 1977. Citado por Garland en Castigo y Sociedad Moderna. Pág. 167.

estatales disciplinarias, en donde el poder se expande a la materialidad misma del sujeto: su cuerpo, en una “microfísica del poder”.<sup>56</sup>

En relación al *poder* advierte su carácter omnipresente en la vida social, analizando su función más allá del conflicto abierto punitivo, como un medio de los individuos y no contra ellos, dicha concepción se dinamiza con una tercera esfera: el "conocimiento". Enseña que para controlar un objeto primero hay que conocerlo, estudiar sus “reacciones, sus puntos fuertes y débiles, sus posibilidades de cambio”,<sup>57</sup> hacerlo controlable implica una acumulación de información en torno a él, afirma: “El par poder/conocimiento es una especie de taquigrafía conceptual que resalta las interconexiones (...) la relación entre conocimiento y poder es íntima e interna, cada una implica e incrementa a la otra”.<sup>58</sup>

La obra de Foucault hace cognoscible las técnicas institucionales a través de las cuales “las medidas penales atrapan a los individuos, sujetándolos a los procesos de disciplina, normalización y castigo”.<sup>59</sup>

## **V.- Castigo corporal - “exceso de mano de obra: sistemas destructivos” vs. la “fiesta punitiva”-**

Nos haremos de las claves conceptuales aportadas por Gabriel Ignacio Anitua para situar históricamente al castigo corporal “público” en la consolidación del estado absolutista:

*“El derecho y la justicia penal del Antiguo Régimen sería sin duda una aplicación de las racionalizaciones que los Estados ya consolidados harían de los métodos necesarios para su aparición. Aun cuando las burocracias estatales ya estaban afirmadas, su metodología de mantenimiento seguía basándose en las “marcas, la expulsión y la exclusión del “otro”.”<sup>60</sup>*

Resulta valioso introducir un elemento de la investigación de Anitua, ausente en los trabajos de Rusche/Kirchheimer y de Foucault, que encadena la decisión del estado de *marcar* los cuerpos de los criminales a la necesidad de *fijar la identidad* de la

---

56 Garland, David. Op. cit. Pág. 167.

57 Garland, David. Op. cit. Pág. 168.

58 Garland, David. Op. cit. Pág. 169.

59 Garland, David. Op. cit. Pág. 207.

60 Anitua, Gabriel I... Historias de los pensamientos criminológicos. Ed. del Puerto. Año 2005. Pág. 5. Material aportado en digital por la Cátedra “Criminología y derecho Penal”, a cargo del Dr. Gabriel Ignacio Anitua, en el marco de la Especialización en Criminología. UNQ. 2013.

población.<sup>61</sup> De este modo desarrolla en *Historia de los pensamientos criminológicos (2005)* determinadas invenciones de los nacientes estados dispuestas para sistematizar una información poblacional<sup>62</sup> que le permitiese diseñar estrategias de control social. Anitua incluye entre estos inventos estatales la uniformidad de los nombres, los censos, los registros y los pasaportes o papeles de identificación.<sup>63</sup> En las tempranas horas del estado absolutista quienes no accedían al privilegio de contar con un pasaporte serían *identificados* en su propia carne:

*“(...) a los convictos —pero también a los enfermos, mujeres sin familia, mendigos, locos y creyentes de otras religiones— solía cortárseles la nariz, o una oreja, brazo o pierna, o en todo caso tatuárseles una letra o dibujo que a simple vista permitiera saber “quienes” eran.”*<sup>64</sup>

Enriquece el análisis introducir brevemente algunas características del ritual procesal penal en el periodo reseñado, el cual sintetiza un contraste de *sombras* en la investigación y juzgamiento y *luz* en la ejecución de la pena. La pena, luego de un proceso judicial arcano, debía evidenciar un poder estatal absoluto escenificado en la plaza pública donde la fiesta punitiva sería ruidosa, ostentosa, visceral, escandalosa y -sobretudo- *espectacular*:

*“Este espectáculo se brindaría especialmente en la ejecución de los castigos (...) en él, el rey, a través del verdugo, ejercía sobre el cuerpo del condenado la mutilación o la muerte frente a los ojos del pueblo, a fin de que la marca en el cuerpo individual se grabase en los corazones de los otros individuos. (...) cuando se producía la ejecución de la pena no se realizaba para dar el espectáculo de la medida, sino el del desequilibrio y del exceso. Debía existir, en esa liturgia de la pena, una afirmación enfática del poder y de su superioridad intrínseca.”*<sup>65</sup>

La experiencia de Londres, documentada por Pratt en *Castigo y Civilización (2006)*, relata las ruidosas marchas previas a las ejecuciones, desde la prisión de Newgate al patíbulo de Tyburn, las cuales duraban alrededor de dos horas, con el acompañamiento de campanas y toda la parafernalia de un espectáculo y de la

61Explica Anitua: “...simular una identidad “no real” constituiría la “traición” más peligrosa en momentos de expansión de mercados y Estados a golpes de conquistas y guerras, de expulsiones y grandes encierros. Anitua, Gabriel I... Op. cit. Pág. 5.

62Ahondaremos en el penúltimo título de este capítulo sobre como el confinamiento institucional permitió producir información sobre los cautivos del Estado, la cual actuó de insumo primario para el nacimiento de diversas ciencias sociales, entre las que se encuentra una criminología atravesada por la premisa correccionalista.

63 Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 5.

64 Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 5.

65Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 7.



participación de multitudes.<sup>66</sup> En similar tenor en *Oliver Twist (1839)*<sup>67</sup>, Charles Dickens describe la vulgaridad de la multitud durante la ejecución de la condena: “empujándose, peleando, bromeando, en torno al escenario negro, a la viga transversal y a la soga. De nuevo los horrores de la multitud en la ejecución y no los de la ejecución en sí misma”.<sup>68</sup>

En la investigación y el juzgamiento se advierte una liturgia oscura, ritualizada, de rasgos ceremoniales religiosos, propia del proceso penal inquisitivo. La pretendida verdad histórica se construye a fuerza de confesiones bajo tortura, registrando su resultado en sagradas actas: *Quod non est in actis non est in mundo*.<sup>69</sup> Un pretendida racionalización de las formas judiciales<sup>70</sup> en actas secretas y valoración aritmética de la prueba<sup>71</sup>, se complementa de características como: la acumulación de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento en un mismo órgano: el juez inquisidor -lo cual oblitera su imparcialidad; la expropiación del conflicto penal a la víctima; la incomunicación y aislamiento del imputado -la sutil coacción del silencio- y su alojamiento en lúgubres calabozos en condiciones inhumanas; las sádicas torturas para extraer su confesión<sup>72</sup>; la preeminencia de la instrucción sobre el juicio; el escriturismo; el hermético secreto en perjuicio del imputado; la incapacidad de resistir la acusación a través de un letrado de confianza, entre otras características procesales cuyo desarrollo exceden la pertinencia de este capítulo.<sup>73</sup>

---

66Pratt, John. Op. cit. Pág. 34.

67Dickens, Charles. *Oliver Twist*. Editorial Bentley's Miscellany. Año 1839.

68Pratt, John. Op. cit. Pág. 42.

69“Lo que no está en las actas, no está en el mundo”.

70Anitua completa el análisis introduciendo elementos religiosos impregnados en lógicas de expiación del pecado: La justicia del Antiguo Régimen mantuvo el elemento de expiación del pecado. Esta equiparación entre delito y pecado permitía la arbitrariedad del poder penal, pues no existían los límites precisos al poder”. Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 6.

71Desarrollada en su obra: *La verdad y las formas jurídicas*. Ed. Gedisa. Año 1980.

72 Nos dice Anitua: “...la averiguación de la motivación culpable “verdadera” del pecador favoreció los métodos inquisitoriales de no respetar la autonomía humana e intentar “introducirse” en la mente del individuo para obtener la confesión”. Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 8.

73Entre estas características menciona Anitua: “...una organización de tipo jerárquico permanente, al triunfar el secreto sobre lo público en el proceso de averiguación, la escritura sobre la oralidad del mismo proceso, que los jueces juzgaran basándose en los documentos escritos sin contacto directo con el imputado y los testigos, debiéndose en consecuencia instituir un sistema legal que le ordenara la forma en que debía valorar dichas pruebas escritas”. Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 8.

En este período estatal fundacional el delincuente se transformó en el *nuevo hereje*, lo cual proveyó el insumo necesario para dotar de sentido a un sistema moderno de control social: la Inquisición. Nos dice Raúl E. Zaffaroni que la Inquisición no es un modelo antiguo ni feudal, sino el primer modelo de derecho procesal penal y político criminal de la modernidad. En su obra *La palabra de los muertos* (2011) asigna al “Martillo de las Brujas - *Malleus Maleficarum*- el carácter de primer manual de derecho procesal penal.<sup>74</sup>

Luego de esta breve ambientación procesal retomemos las perspectivas de Rusche/Kirchheimer y de Foucault al interior histórico de la pena corporal. En este sentido comenzaremos por el castigo estatal durante la edad media, el cual asumió rasgos de violenta brutalidad y espectacularidad pública, Rusche/Kirchheimer afirman:

*“(...) lo que necesitaba una sociedad como la europea, que albergaba un ejército industrial de reserva, era un método punitivo que produjera terror, aun entre los sectores más pobres. BEAUMONT y TOCQUEVILLE escribieron respecto a este problema que "en todo país donde una mitad de la comunidad es oprimida cruelmente por la otra, lo que puede encontrarse en las leyes de los opresores es un arma siempre dispuesta a destruir toda insurrección de los oprimidos.”<sup>75</sup>*

Como indicamos anteriormente existió una vinculación estrecha entre las fases del desarrollo económico y el diseño de los sistemas punitivos, lo cual explica su estudio a través de etapas históricas como ser la baja edad media, el surgimiento del capitalismo y la revolución industrial. Si bien existe evidencia histórica en la temprana edad media de modalidades compositivas, penas pecuniarias -*penances*-, sumadas a la venganza privada “contienda”<sup>76</sup>, es en los siglos de formación de los estados-nación en donde se asume el *ius puniendi* como asunto público estatal. De este modo al final de la alta edad media estas penalidades restaurativas, consensuadas o directamente privadas, cedieron su lugar a un sistema estatal de severas penas corporales. En el siglo XVIII este *mutilar o destruir el cuerpo del condenado públicamente* generará rechazo en la sensibilidad ilustrada de la época, lo cual derivará en nuevas formas de penalidad concentradas sobre la privación de la libertad: la cárcel.

74 Zaffaroni, Eugenio R. *La palabra de los muertos*. Conferencias de criminología cautelar. Ed. EDIAR. Buenos Aires. Año 2011. Pág. 51.

75 Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 158.

76 En los conflictos comunales entre particulares como opción de resolución privada

La consolidación del monopolio estatal del castigo se explica en función de tres factores nucleares. En primer lugar, los autores afirman un empoderamiento de los señores feudales. En segundo lugar, asignan un rol decisivo a la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales. Finalmente, el tercer factor, y más significativo, es de tipo fiscal. Se consideró como determinante los ingresos que generaba la administración de la cuestión criminal:

*“(...) el pago a quienes administraban la ley, u otorgaban a otros los poderes para hacerlo, provenía de las costas impuestas a quienes se encontraban bajo proceso, que se satisfacían en forma de confiscaciones o penas pecuniarias impuestas de manera conjunta o sustitutiva a la Penance debida a la parte injuriada”.<sup>77</sup>*

La variable fiscal generó una diversificación “clasista” del castigo. Los sectores pudientes podían evitar los castigos corporales a través del pago de multas. Por su parte los trasgresores menesterosos debían entregar su único bien -el cuerpo- para el suplicio. En determinados casos, frente a la incapacidad económica de afrontar las penas pecuniarias éstas se sustituían por penas corporales. Es conocido aforismo inglés de la época que afirmaba: *“buy off the spear or bear it”<sup>78</sup>* (compra la lanza o sáfrela). En este sistema penal dual -penas corporales/pecuniarias-, la opción por uno u otro castigo se realiza teniendo en cuenta la clase social del condenado.

En el periodo de transición capitalista de los siglos XIV y XV la fisonomía del poder punitivo asume las formas de una *penalidad dirigida hacia las clases bajas*, semblante que no ha abandonado en los albores del siglo XXI. Este hecho se agravó en la época referida debido al exponencial incremento de los sectores empobrecidos en ocasión de la ya referida *expulsión de los siervos de la gleba*:

*“(...) una población campesina cada vez más empobrecida y desplazada, que fue arrojada a la vagancia, la malvivencia y el delito debido "al paso de la agricultura a las tierras de pastoreo, al surgimiento del sistema capitalista de pastizales con la resultante pauperización de grandes sectores del campo.”<sup>79</sup>*

Las nuevas dinámicas materiales del incipiente mundo burgués introducen las formas de producción capitalista al campo. Las praderas se privatizan demandando menor mano de obra, la cual a su vez asiste a una precarización general de sus

---

77Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 10.

78Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 8.

79Garland, David. Op. cit. Pág. 121.

condicionales laborales. De este modo los campesinos se ven forzados a migrar hacia ciudades que aún no han desarrollado una infraestructura industrial capaz de absorberlos. Estas masas de campesinos expropiados e itinerantes -empujados a los márgenes de la sociedad- protagonizan la cuestión criminal moderna en bandas de mendigos, vagabundos y delincuentes.

Por su parte algunas ciudades -ante el escenario descrito- establecieron restricciones a la entrada de estos siervos desplazados (v.g. exigir un contrato laboral acordado previamente con un ciudadano de la urbe en cuestión). Quienes no lograban ingresar a las ciudades, invisibilizados en la periferia, sólo sobrevivían penosamente asaltando los caminos.<sup>80</sup>

Este hecho histórico denominado “la expulsión de los siervos de la gleba” fue de una relevancia central para la historia del castigo moderno, afirma Eric Hobsbawm:

*“El crecimiento de las manufacturas proporcionó a su vez una vía de salida a los campesinos feudales, que hasta entonces habían huido a las ciudades, pero que habían quedado excluidas de ellas por la exclusividad de los gremios. El semillero de este trabajo estaba formado en parte por los antiguos sirvientes y ejércitos feudales, en parte por la población desplazada por las mejoras agrícolas y la sustitución de los pastos por cultivos.”<sup>81</sup>*

Por su parte Rusche/Kirchheimer advierten que al caótico éxodo rural se agrega un incremento de la población luego de ser superada la *gran peste* (siglo XIV) en Europa, lo cual produjo un aumento de individuos “suelos”, sin trabajo y privados de propiedad. En Inglaterra otro factor que agudizó la problemática -a comienzos de la edad moderna- fue la política de *cercamiento de los campos*, lo cual llevó al humanista Tomás Moro a reflexionar sobre como los animales y sus cercos habían desplazado a los campesinos, afirma con ironía: “(...) las ovejas que tan mansas eran y que solían alimentarse con poco, han comenzado ahora, de tal modo voraces, e indómitas, que se comen a los propios hombres y devastan y arrasan las casas, los campos y las aldeas”<sup>82</sup>.

Este desequilibrio entre oferta y demanda de mano de obra fue gestionado desde el poder estatal a través de una praxis punitiva tipo “sanguinaria”. El Estado

80 Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 12.

81 Hobsbawm, Eric. Op. cit. Pág. 155.

82 Tomás Moro. Utopías del Renacimiento. FDE, 1966. Pág. 53. citado en Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 12.

consideró a estos campesinos ociosos como una amenaza para la propiedad y el orden público. Nos reseña Anitua que el poder punitivo de comienzos del capitalismo industrial se diseñó como una represa contenedora de los individuos expropiados<sup>83</sup>. En la misma línea Rusche/Kirchheimer refieren que el sobrante de mano de obra fue administrado con instituciones y prácticas genocidas:

*“Ejecuciones practicadas con cuchillo, hacha y espada, cabezas golpeadas con maderas o cortadas con arados, gente enterrada viva o dejada morir de hambre, clavos martillados en la cabeza, ojos, hombros y rodillas, estrangulaciones y asfixiamientos, desangramientos y desvisceraciones, estiramientos del cuerpo hasta la descuartización, torturas sobre la rueda y con tenazas al rojo vivo, cortes del cuerpo en distintas piezas o aserramientos de él con instrumentos de hierro y madera, quemas en la pira y muchas otras formas más de crueldad elaborada.”*

Los castigos se caracterizaron por su severidad: duros castigos físicos que iban desde la flagelación y la marca de hierro hasta formas brutales de mutilación, ejecución y exhibición de los cadáveres.<sup>84</sup> En la ciudad de París los mendigos se apostaban con apatía en las entradas de las iglesias exhibiendo heridas infectadas o muñones:

*“Los ladrones se movían entre la multitud con una despreocupación estudiada, buscando monederos llenos que pudiesen cortar del cinturón con un tajo rápido. Las borcas de París exhibían de forma permanente 24 cadáveres en descomposición; cada vez que se ejecutaba un delincuente se retiraba uno de esos cadáveres para dejar el puesto al recién llegado”.*<sup>85</sup>

El sadismo punitivo reflejado no puede entenderse sólo por razones de exceso de mano de obra, en este sentido afirma Bertrand Russell que una gran parte de la Edad Media puede interpretarse como un conflicto entre las tradiciones romanas y germánicas: de un lado, la iglesia, y del otro, el placer, la pasión y todos los anárquicos impulsos de los hombres obstinados. La tradición romana no era la de las grandes épocas de Roma “(...) era la de Constantino y Justiniano; pero, aun así, contenía algo de lo que necesitaban las naciones turbulentas, y sin la cual la civilización no habría podido emerger nuevamente del oscurantismo”.<sup>86</sup>

---

83Gabriel Ignacio Anitua. Op. cit. Pág. 9.

84Ibidem.

85 Editores Time-Life Books. Vivir la historia en LA ERA DE LA CABALLERÍA. Europa 800-1500. Ed. Folio. Año 2008. Pág. 123.

86 Russell, Bertrand. Op. cit. Pág. 164.

Aun así, en la obra de Rusche/Kirchheimer las razones económicas se presentan como decisivas. De este modo afirman con los datos estadísticos disponibles en la década del 20 del siglo pasado la existencia de un exceso de mano de obra en la baja edad media, en particular en los grandes centros urbanos. Dicha realidad produjo una cosificación mercantil de las poblaciones expropiadas y desplazadas: “(...) al disminuir el precio de la fuerza de trabajo se reducía también el valor de la vida humana”.<sup>87</sup>

En relación al castigo capital, la pena de muerte experimentó un aumento exponencial. Apoya lo expresado la evidencia empírica reunida durante los reinados de *Enrique VIII (1509-1547)* e *Isabel I (1558-1603)* de Inglaterra, a saber: 72.000 ladrones ahorcados, linchamientos de vagabundo en hileras de a 400, entre otras prácticas destructivas en un proceso de universalización de la pena de muerte y mutilación. El análisis se torna más severo si consideramos que la población inglesa se estimaba en la época en no más de 3.000.000 de habitantes. Lo dicho muestra una relación significativa entre ejecuciones corporales y población haciendo evidente la rigurosidad de las penas.<sup>88</sup> Se produjo una *naturalización* de la pena corporal: “(...) la ejecución, mutilación y los azotes no fueron introducidos bruscamente a causa de un acontecimiento revolucionario, sino que se convirtieron gradualmente en la regla”.<sup>89</sup> Esta naturalización de las penas crueles, en especial la generalización de la pena de muerte, difiere de su utilización excepcional en casos de extrema gravedad en el período previo al siglo XV, constituyéndose así en una herramienta de aniquilación de aquellos individuos considerados peligrosos para el nuevo orden social moderno.<sup>90</sup>

Como se observa no resulta sencillo explicar los motivos de estas prácticas estatales sanguinarias en extremo. A fines de enriquecer dicha tentativa abordaremos otro filón de análisis. Nos referimos a la obra de Michel Foucault, en la cual encontraremos una explicación que no se focaliza en la lógica de mercado sino en la del disciplinamiento social como motor de la historia, haciendo eje -en nuestro caso- en las formas del castigo.

---

87Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 21.

88Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 20.

89Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 19.

90En la obra *Pena y Estructura Social (1939)* se cita a Von Henting quien explica la idea de selección del sistema penal comparándola con una hambruna, en la cual las clases dominantes destruyen a quienes consideran inútiles para la sociedad. Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 21.

Foucault utiliza un oxímoron para denominar este fenómeno de crueldad estatal, lo llama “la fiesta punitiva”, y la ubica temporalmente en lo que a su vez llamó la “época clásica”, periodización que abarca la segunda mitad del siglo XVII, el siglo XVIII y los albores del siglo XIX. Analiza con rigor las técnicas del dolor para quienes desafían al poder estatal, a través del estudio de los rituales patibularios. Como se refirió en la obra de Rusche/Kirchheimer, el marxismo explicó las sádicas ejecuciones públicas como el resultado de una necesidad social de experimentar emociones fuertes que permitieran sublimar las pulsiones morbosas del vulgo. En cambio, Foucault dirá que: “*no existe allí la explosión arbitraria de una crueldad irrefrenada*”<sup>91</sup>, antes bien lo que se presenta en la secuencia del suplicio, en sus momentos, signos, ritos, marcas y desenlace final, está regulado cuidadosamente hasta en el más sutil de los detalles y dirigido hacia específicos fines políticos.

Ya hemos analizado una lógica de “luces y sombras” en el par *proceso secreto-castigo público*. Foucault detalla como la investigación de las transgresiones se realizaba en el más celoso hermetismo institucional.<sup>92</sup> La posterior condena sólo hacía visible lo que había ocurrido en la penumbra de la instrucción judicial. La evidencia reunida y *construida* entre el potro y una estrecha aritmética de valoración probatoria -sistema de la prueba tasada-, ahora se proyectaría en el teatro público de la plaza, comunicando a la turba un poder estatal absoluto.

El Estado considerará toda transgresión como una ofensa a la autoridad del soberano. Responderá con terror:

*“(..) el propósito era recordar al pueblo el poder irrestricto que respaldaba la ley. En este caso, el cuerpo del condenado se convertía en una pantalla en la que se proyectaba dicho poder o, más explícitamente, una carne sobre la que se grababan en forma visible las marcas del poder.”*<sup>93</sup>

El suplicio público asume los rasgos de un festejo en el cual el Estado se muestra como el vencedor, ejecutando pomposos actos de celebración sobre el enemigo que ha sido controlado, marcado, desmembrado y aniquilado, en términos de Friedrich Nietzsche: “(..) la violentación y burla de un enemigo finalmente abatido”.<sup>94</sup>

---

91Garland, David. Op. cit. Pág. 170.

92Foucault, Michel. Ob cit. Pág. 34.

93Garland, David. Op. cit. Pág. 171.

94Nietzsche, Friedrich. La genealogía de la moral. Ed. Libertador. Año 2011 (1º Ed. 1887). Pág.92.

Resulta enriquecedor reflexionar sobre los motivos que favorecieron el desarrollo de esta particular relación entre *penalidad y cuerpo*. Garland individualiza las siguientes motivaciones: el bajo costo de la mano de obra, el menosprecio cristiano por el cuerpo y los altos índices de mortalidad.<sup>95</sup> Todo lo cual probablemente explique una sensibilidad *naturalizada* respecto de la muerte. Por su parte Foucault lo teoriza desde una técnica de dominación política histórica: “(...) frente a los levantamientos, la amenaza de guerra civil y el surgimiento de los parlamentos, el simbolismo político y la fuerza real desplegados en el patíbulo representaban un puntal medular del poder soberano”.<sup>96</sup>

Ha este punto de la dilecta propuesta entre Foucault y la perspectiva marxista sobre la pena se advierte una clara diferencia. Rusche/Kirchheimer se explican el castigo corporal como consecuencias de las necesidades regulatorias de la oferta y demanda de mano de obra. En cambio, Foucault se lo explica como consecuencia de un Estado interesado en consolidar su poder sobre la población, el cual utiliza la pena corporal -y los rituales patibularios- como técnica de comunicación de dicho poder.

## **VI.- Castigo “Ilustrado”. Los Reformadores en Rusche/Kirchheimer: “medidas humanitarias funcionales a la burguesía o emergentes en épocas de bonanza económica”, y en Foucault: “no penar menos, sino mejor”**

Analizaremos aquí el fenómeno punitivo que Foucault denominó “dulcificación de las penas”, debido a la influencia de la ilustración desde mediados del siglo XVIII hasta principios del siglo XIX. Como referimos, el derecho penal del antiguo régimen -es decir aquel nacido en Europa a partir del siglo XIII- tenía fundamento en la teología, en la vinculación de las nociones de delito y pecado, en la vigencia del procedimiento inquisitivo y en el fundamento divino del poder represor del monarca. Por el contrario, el derecho penal ideado en el siglo XVIII se caracterizó por su origen racional, su vinculación con el contractualismo, la vigencia del principio de legalidad y el fin del binomio delito/pecado<sup>97</sup>. En este movimiento participaron hombres como Cesare de Beccaria, Manuel de Lardizábal y Uribe, el Barón de Montesquieu, Gaetano Filangieri, Pietro Verri, entre otros, que expresaron

95Garland, David. Op. cit. Pág. 171.

96Garland, David. Op. cit. Pág. 170.

97Stringini, Natalia. Críticas, similitudes y diferencias del pensamiento penal del siglo XVIII. En <https://p3.usal.edu.ar/index.php/iushistoria/article/view/1448/1867>



una aguda crítica a las prácticas punitivas del *ancien régime*, en particular la tortura para extraer la confesión y las ejecuciones públicas. Así, la ilustración preparó el terreno para la reforma penal.

Los reformadores pensaban que la pena estatal debía ser uno de esos dominios de la vida cotidiana que quedasen ocultos tras una cortina, excluido del debate público. Afirma John Pratt: “(...) detrás de ese cortinaje, burócratas del estado, funcionarios y expertos podían manejar el asunto de acuerdo con una mezcla apropiada de sentimiento humanitario y argumento racional”.<sup>98</sup> La ilustración evidencia un *cambio de sensibilidad* que explica las relaciones entre el avance de los procesos civilizatorios de la Europa Occidental y el abandono de los castigos públicos hacia prácticas más solemnes y veladas. Pratt, en su obra *Castigo y Civilización* (2006), analiza cuales fueron las motivaciones del pensamiento ilustrado en la reforma penal. En este sentido ubica a mediados del siglo XIX la emergencia de una *intelligentsia* a favor del cambio punitivo disgustada por los “espectáculos de sufrimiento”. Dichas prácticas crueles no se adecuaban a las *nuevas normas de conducta del mundo civilizado*, afirma: “(...) Estos carnavales de ejecución pertenecían al reinado de una ética que era adecuada para una época menos educada”.<sup>99</sup>

Sin embargo, cierto revisionismo ha puesto en duda estos intereses *ilustrados* en el cambio penal. Garland reconoce una desconfianza sobre el origen de la dulcificación de los castigos:

*“(...) Rusche/Kirchheimer y Michel Foucault plantean una "hermenéutica de la sospecha" que redujo inexorablemente las filosofías penales, los ideales éticos y las sensibilidades humanitarias a las extenuantes divisas del interés económico o a la voluntad del poder. Quizá la mayor influencia de los reformadores se observe en su reacción contra los elementos más brutales del diagrama absolutista de poder.”<sup>100</sup>*

En las claves de Foucault, el Estado ilustrado se avergüenza de su ominosa forma de penar, pero no de su objetivo: disciplinamiento. Así cambia sus prácticas hacia una dominación más fina, sutil y universal: “no castigar menos sino mejor”.<sup>101</sup> Es el momento del derecho penal clásico, irrumpen en el debate punitivo Cesare

---

98Pratt, John. *Castigo y Civilización*. Ed. Gedisa. Año 2006. Pág. 57.

99John Pratt. Op. cit. Pág. 38.

100Garland, David. Op. cit. Pág. 231.

101Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 76.

Beccaria, Giovanni Carmignani, Gian Domenico Romagnosi, Francesco Carrara y Ludwig Feurbach, entre otros.

Por su parte Rusche/Kirchheimer, desde la perspectiva materialista, entienden que estos cambios en la forma de penar se debieron más a una nueva racionalidad económica que a consideraciones de tipo humanitaria. En tal sentido reseñan el hecho histórico de la oposición de los colonos norteamericanos a la Pena de Traslado. Este rechazo “humanitario” se produjo sólo en ocasión de la expansión del tráfico de esclavos -el cual les proporcionaba una mano de obra más barata-: “...una vez que el traslado dejó de ser redituable, los colonos se percataron que era un asunto vergonzoso, indigno de ellos”.<sup>102</sup>

En este contexto histórico *ilustrado* la pena deja de lacerar el cuerpo para utilizarlo como fuerza laboral forzosa, castigar trabajando. Impulsadas tanto por la doctrina calvinista de los países reformados como por el nuevo catolicismo de la Contrarreforma<sup>103</sup>, las políticas sociales hicieron gran énfasis en: la necesidad de trabajar, el carácter delictivo de la holgazanería y la importancia de vincular la caridad con una ética laboral. Así, se estableció una nueva ética laboral que consideró la mano de obra como un recurso estratégico del estado, incluso el ocio fue considerado delito.<sup>104</sup> Se evidencia como las motivaciones de la reforma penal, desde la tradición marxista, se encuentran en las nuevas necesidades económicas y no sobre los ideales humanizantes. Rusche/Kirchheimer concluyen que la reforma penal ilustrada penetra sólo en momentos de “saciedad” de la voracidad del mercado, o bien cuando ésta coincide con él en sus objetivos.

Por su parte, estos autores advierten un sesgo clasista en las modificaciones al derecho vigente, en particular al estudiar qué clase social sería beneficiada. Mencionan entre los cambios funcionales a la burguesía la separación entre derecho y ética, la estricta formulación legal del concepto de culpabilidad penal -por medio de la conexión rigurosa con un hecho jurídicamente definido-, el principio de no retroactividad penal, la proporcionalidad de la pena -principio fuertemente sostenido por Beccaria-, entre otros<sup>105</sup>. En relación con la pena plantean una deliberada indeterminación y arbitrariedad en las cortes penales: “(...) la ascendente sociedad burguesa estaba más interesada en la plenitud, celeridad y seguridad de la justicia

---

102Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 129.

103Se denomina Reforma católica o Contrarreforma a la respuesta de la Iglesia católica dada a la reforma protestante de Martín Lutero, que había debilitado a la Iglesia.

104Garland, David. Op. cit. Pág. 124.

105Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pags. 87-102.

penal, que en su severidad”.<sup>106</sup> Dicha posición la hallamos ya en las *Cartas Persas* (1717) de Montesquieu, consolidada luego en la obra de Beccaria: *De los delitos y de las penas* (1764). La pena era una preocupación de las clases bajas -en parte lo sigue siendo en la actualidad-. En cambio, el trabajo de los reformadores, en problemáticas como ser incertidumbre, ambigüedad y lagunas jurídicas, se orientó a la búsqueda de garantías legales para una burguesía que aún no había afianzado sus intereses en la arena política<sup>107</sup>:

*“(...) una justicia criminal para todas las clases de sociedad nunca fue abiertamente encarado. Sólo se atacaba el hecho que muchas penas eran aplicadas según leyes que daban al juez un poder discrecional de decisión y también a las propias formulaciones del derecho, extremadamente vagas. Los pioneros de la reforma penal estaban, en consecuencia, fundamentalmente preocupados por limitar el poder sancionador del Estado (tanto en los medios empleados como en la extensión de su uso creando normas determinadas e imponiendo un rígido control sobre las autoridades).”<sup>108</sup>*

La noción de igualdad de los reformadores fue incluso denostada por Beccaria. Afirmó en ella solo un carácter formal o “externo”. La supuesta aplicación mecánica de la pena en realidad se graduaba conforme la condición social del imputado. Por su parte quienes ostentaban privilegios de clase en el sistema de justicia lo justificaban como una *concesión cultural*.<sup>109</sup> Beccaria afirmaba que las capacidades preventivas del castigo en la comunidad estaban condicionadas por la eficacia en la comunicación social de ella, reseña Lila Caimari “(...) enemigo del castigo corporal, y poco inclinado a la pena de muerte, Beccaria identificaba la clave de la eficacia del sistema en la infalibilidad, no en la intimidación”.<sup>110</sup> Ésta *infalibilidad* sumada a una eficaz estrategia de publicidad de la pena devenía en prevención del delito.

Los reformadores propusieron una diversificación de la respuesta penal. Entendían que las penas debían guardar relación con el tipo de delito, quebrando así la hegemonía del castigo corporal. La expandida pena de muerte fue impugnada desde la idea de proporcionalidad, reafirmando la necesaria equivalencia entre la graduación de la pena y la gravedad del delito. Tomemos el caso de la modalidad del hurto, afirmó Beccaria: "Los hurtos que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser

---

106Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 81.

107Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 86.

108Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 87.

109Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 89.

110Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 35.

empobrecido de lo propio”.<sup>111</sup> Sin embargo advirtió que frente a la imposibilidad de afrontar una pena pecuniaria correspondería una esclavitud por cierto tiempo donde el reo trabajase para resarcir el daño infligido a otro integrante del pacto social.<sup>112</sup> Rusche/Kirchheimer dirán que este razonamiento iguala la libertad humana a la propiedad.

Es una constante en *Pena y Estructura Social (1939)* la vinculación entre las propuestas de reforma penal y las necesidades de consolidación del incipiente poder burgués. Rusche/Kirchheimer aseguran que las críticas ilustradas a las cruentas ejecuciones públicas se debían más a un riesgo sobre el orden instituido liberal-burgués que a preocupaciones de tipo humanitarias. Evidencian que tanto Voltaire como Beccaria expresaron su inquietud sobre las consecuencias de estos *espectáculos del dolor* que incitaban al desorden y la tensión social. Concluyen que la crítica ilustrada a la pena de muerte pública se explica en que ésta ya no es útil a la defensa de las relaciones de propiedad existente.<sup>113</sup>

Si bien reconocen notables avances en garantías individuales difieren respecto de los beneficiarios de las mismas. Entre los avances incluyen: los procesos públicos, la libre elección del defensor, el juicio por jurados, la supresión de la tortura, nuevas regulaciones sobre los modos de probar y la protección contra las detenciones ilegales. Sin embargo, insisten en que el uso efectivo de las garantías impactó de mayor modo en la burguesía y en la aristocracia que en las clases inferiores. Estas últimas no accedían a la compleja maquinaria judicial creada por la ley, ya sea por falta de recursos para costear sus servicios o por completa ignorancia de su existencia y posibilidades.<sup>114</sup>

Epilogo, desde la mirada marxista la reforma penal consolidó el poder burgués en ascenso. Por su parte en Foucault se advierte que dichas reformas no buscaron limitar el castigo sino expandirlo bajo “suaves” ropajes, pero en una plataforma de intervención punitiva sin lagunas, universal y eficiente. La *dulcificación de los castigos* del antiguo régimen comienza en el siglo XVIII. Los reformadores se oponían a una reacción estatal desmesurada, en cambio proponían una pena “analógica” que se adecuará a la ofensa cometida: trabajo forzoso para el ocioso, sometimiento a actos pudorosos para el vanidoso, violencia contra el violento, y así según el delito.<sup>115</sup> La

---

111Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 89.

112Ibidem.

113Ibidem.

114 Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 92.

115Garland, David. Op. cit. Pág. 173.

pena provendrá de la *naturaleza* del delito. La propuesta era viable si se establecía un catálogo de penas diversificado. Lo que ocurrió en cambio fue que frente a esta necesidad -que se impuso en los ideólogos de la reforma penal del siglo XVIII- se opuso una respuesta punitiva “unívoca” representada por la prisión. Garland calificará esto como: *paradoja histórica medular*.<sup>116</sup> Por su parte Caimari nos advierte que, del universo de sanciones pensables, la privación de la libertad era la que mejor se adaptaba a este llamado reformista de *mediatización* del poder estatal sobre el cuerpo. También algo tomaba de la propuesta *analógica* ya que a mayor gravedad del delito mayor duración del castigo.<sup>117</sup> Analizaremos en el título específico de este capítulo los motivos por el cual se impuso la prisión como la pena por antonomasia.

Otro aspecto de interés lo hallamos en las reflexiones de los reformadores sobre cómo debía comunicarse la pena en la comunidad. Entendían que esta comunicación debía ser ajustada a un *nuevo destinatario*: el súbdito aterrorizado por las prácticas medievales crueles cede su lugar a un ciudadano identificado al racionalismo ilustrado. A su vez el mensaje del castigo debía alcanzar a un público más universal, con el objetivo no ya de espantar sino de una didáctica sutil.<sup>118</sup> Foucault detecta un interés en los reformadores de que la pena proyecte una lección cívica universal: “(...) en el castigo, más que ver la presencia del Soberano, se leerán las propias leyes”.<sup>119</sup> En similar sentido John Pratt afirma la intención reformista de que la ejecución de la pena transmitiera un mensaje *más allá de los muros de la prisión*. Dicho mensaje debía hablar del castigo con solemnidad y dignidad. De este modo se había transformado el drama del castigo: “oculto tras los muros de la prisión y llevado a cabo por funcionarios acreditados, el carácter comunicativo se dignificaría”.<sup>120</sup>

Un último filón de análisis nos lleva a pensar el cambio penal desde el marco conceptual de lo que Foucault denominó el *surgimiento de la sociedad disciplinaria*. En su tradición la reforma penal emerge para contraponer una técnica de control social -novedosa y mejorada- ante la profesionalización de la actividad criminal.<sup>121</sup> El suplicio dejaba de ser útil ante la necesidad de una justicia más sofisticada.

---

116Garland, David. Op. cit. Pág. 173.

117 Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 35.

118Garland, David. Op. cit. Pág. 173.

119Foucault, Michel. Ob cit. Pág. 102.

120Pratt, John. Op. cit. Pág. 46.

121Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 102.

En un sentido más amplio Foucault entiende que -no obstante, su carácter opresivo- las técnicas disciplinarias hicieron posible la existencia misma de la democracia:

*“Las luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas. La disciplina es el lado oscuro de la democracia y sus leyes tiene el efecto de restringir la equidad del intercambio y la igualdad de estatus que contemplan la ley y la doctrina legal, aunque es un efecto invisible y extralegal.”<sup>122 123</sup>*

Concluye que frente a estas nuevas formas de libertad pública correspondió oponer una vasta infraestructura estatal disciplinaria.

## VII.- Transición del suplicio a la prisión

### a) La perspectiva de Rusche/Kirchheimer

En este apartado estudiaremos las razones sociales -en particular históricas y criminológicas- por las cuales el castigo se *civiliza*. Norbert Elias entiende a la civilización no como una cualidad de una comunidad sino como un proceso sociocultural y psíquico, cuyo dinamismo *vibra* a través de los siglos. Si bien Elias prácticamente no se refirió en su obra al castigo, manifiesta un cambio social *civilizante* en virtud del cual los “ciudadanos llegaron a interiorizar restricciones, controles e inhibiciones en su conducta al ordenarse sus valores y acciones en torno a una mayor sensibilidad hacia el sufrimiento de terceros y a la privatización de sucesos perturbadores”.<sup>124</sup> La interiorización de esta mayor sensibilidad frente al dolor ajeno es abordada a su vez por John Pratt, quien reconoce una tendencia inicial hacia la limitación del salvajismo y un mayor comedimiento respecto del espectáculo. En tal sentido cita el caso de las ejecuciones en la ciudad de Londres durante el año 1845, en las cuales los familiares y amigos fueron excluidos del cadalso, el cual además paso a estar cubierto de telas negras. Se buscó así algo de decoro y solemnidad en el procedimiento. Anuncia el autor de *Castigo y Civilización (2006)* el fin de la participación del público en el sermón del condenado a la “víspera de la ejecución”.<sup>125</sup>

---

122Garland, David. Op. cit. Pág. 178.

123Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 205.

124Elías, Norbert. El proceso de civilización. Madrid. Ed. Fondo de Cultura Económica. Año 1988.

125Pratt, John. Op. cit. Pág. 35.

La justicia decimonónica occidental asistirá así a un “cambio de sensibilidad” respecto a la pena en la cual ahora se percibe una *vergüenza en castigar*. La fiesta punitiva de antaño, la ceremonia ritual de descuartizar los cuerpos públicamente: “(...) ha dejado una pudorosa marca en la economía de los castigos modernos”.<sup>126</sup> Se debilita el gran espectáculo público del cuerpo supliciado, es el siglo XIX el tiempo de la sobriedad punitiva.<sup>127</sup>

¿Qué fue lo que produjo este paso del castigo público al privado? Pratt analiza los argumentos de quienes expresaban su oposición a las ejecuciones públicas: “La sensibilidad así creada consistía en la percepción delicada de los sentimientos y deseos de otros, lo que nos permite evitar cuanto les cause dolor”.<sup>128</sup> Finalmente como resultado de la consolidación del proceso democrático que se había producido en el siglo XIX estas sensibilidades también encontraron una base de apoyo política para la abolición de las ejecuciones públicas.

Estudiaremos ahora este cambio conforme la perspectiva de Rusche/Kirchheimer y de Foucault. Razones cronológicas, más cierta integración crítica posterior, sugieren comenzar el tratamiento por la primera.

En el siglo XVIII desaparecen las condiciones que justificaron los castigos de anquilamiento del *sobrante laboral*. Como referimos estas condiciones se habían presentado durante el siglo XVI debido a *la expulsión de los siervos de la gleba*. Sin embargo, pestes, guerras, plagas y hambrunas<sup>129</sup>, disminuyeron la potencial mano de obra. Así, el excedente como problemática económico-social estructural ya no existía.

Otro factor que irrumpe con fuerza fue el crecimiento del comercio. Se produjo una profunda expansión e innovación debido al descubrimiento de nuevas rutas navales, conquistas coloniales, extracción y circulación de metales preciosos y una mayor demanda de los consumidores adinerados en pueblos y ciudades.<sup>130</sup> La tensión entre esta tendencia expansionista mercantil y la *escasez de mano de obra* activó

---

126Foucault, Michel. Ob cit. Pág. 19.

127Foucault, Michel. Ob cit. Pág. 23.

128Pratt, John. Op. cit. Pág. 38.

129 Agentes que luego describiría apocalípticamente Thomas Malthus como contrapeso a una parábola de crecimiento demográfico caótica.

130Garland, David. Op. cit. Pág. 122.

profundas modificaciones en las relaciones de producción. Sobra decir que los métodos punitivos no estuvieron al margen de estos cambios.<sup>131</sup>

Rusche/Kirchheimer describen la introducción de tres formas nuevas de castigo orientados a producir mano de obra: *Pena de Galera*, *Pena de Traslado* y diversas formas de "*servilismo penal con trabajo forzado*".<sup>132</sup> La *Pena de Galera*, asociada a la necesidad de contar con remeros para las nuevas rutas comerciales navales y a las dificultades para reclutar hombres libres, se aplicaba a aquellos convictos de mayor fuerza y vigor. Esta diferenciación de la pena según la fortaleza física del condenado representa un claro ejemplo de las motivaciones estrictamente económicas en las variaciones en el castigo. Respecto de la *Pena de Traslado* a los nuevos territorios colonizados, aplicada principalmente entre los siglos XV y XIX, fue una modalidad punitiva funcional a las necesidades de producción de las colonias y de la creciente demanda de sus productos por parte de la metrópolis. Finalmente, la *Pena de Galera*, como la de traslado, en ocasiones cedían paso a otras penalidades que también contenían trabajo forzoso. Garland menciona el caso de Gran Bretaña<sup>133</sup> -en el siglo XVIII- en el cual se utilizaron convictos para llevar a cabo diversas obras públicas<sup>134</sup><sup>135</sup>. En la Argentina la pena orientada al trabajo forzoso se produjo en ocasión del *embellecimiento de las ciudades*, nos relata Caimari:

*“Los virreyes preocupados por el embellecimiento de las ciudades coloniales necesitaban mano de obra, por lo que los trabajos forzados de reclusos, a ración y sin sueldo, estuvieron adosados a la mayoría de las condenas a prisión. Fueron los convictos porteños pobres, no olvidemos, quienes empedraron las calles, mejoraron la iluminación pública, y restauraron edificios.”*<sup>136</sup>

Todas estas novedades de punición fueron en realidad fragmentarias y preparatorias de una obra de mayor envergadura: la creación de una institucionalidad especializada. Llegamos así a la hora del montaje de aquellas instituciones que absorberían a los condenados y los adiestrarían en las disciplinas industriales requeridas por las pujantes naciones capitalistas. Nace en Londres el *Castillo Bridewell*, creado en 1555 -nombre que luego se utilizaría en las demás instituciones de

131 Garland, David. Op. cit. Pág. 122.

132 Rusche/Kirchheimer. Op. cit. Pág. 20.

133 Decisión motivada por los efectos de la Revolución norteamericana y la guerra de independencia, en el decenio de 1770, las cuales pusieron fin al traslado a América.

134 V.g.: muelles y diques, dragado de los estuarios de los ríos, entre otras.

135 Garland, David. Op. cit. Pág. 124.

136 Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 33.



idénticos propósitos-, el *Spinnhaus* de Amsterdam y el *Hopital Général* de París.<sup>137</sup> Serán el prototipo de la cárcel moderna.

Denominadas por la criminología como instituciones absolutas, de secuestro y/o de clausura, tuvieron como rasgo común la corrección del condenado a través del trabajo coactivo y de la privación de la libertad ambulatoria<sup>138</sup>, afirman:

*“La esencia del correccional era combinar los principios del asilo, el taller y la institución penal (...) lograr que la capacidad de trabajo de gente poco dispuesta a hacerlo fuera socialmente útil, poniéndola a trabajar bajo supervisión en un régimen de estricta disciplina y orden.”*<sup>139</sup>

Luego de un período de *cautiverio institucional* -dentro del cual se los entrenaba en rutinas de trabajo- el objetivo final de estas arquitecturas fue darle mayor robustez al mercado laboral.<sup>140</sup>

La institucionalidad punitiva -especializada en el trabajo de los internos- no operaba aislada en el espacio social de la época, en *Pena y Estructura Social (1939)* se describe un conjunto de dispositivos morales, religiosos, higiénicos, castrenses y asistenciales que se conjugaron para excitar la fuerza de trabajo requerida: “(...) las políticas sociales hicieron gran énfasis en la necesidad de trabajar y en el carácter delictivo de la holgazanería”.<sup>141</sup>

En relación al dispositivo penal, se desarrolló una arquitectura funcional a los fines expresados. Por su parte, al analizar quiénes fueron *secuestrados* en estos muros estatales encontramos la presencia de delincuentes menores: vagos, huérfanos, mendigos y niños díscolos, para luego dar paso a delincuentes de mayor peso.

Si bien en la obra mencionada se reconoce que dichas instituciones no siempre cumplieron con las expectativas económicas que las animaban, se insiste en que la posibilidad de obtener ganancias funcionó como un incentivo para su desarrollo. La evidencia posterior demostraría que las razones financieras de los sistemas

---

137Desarrollado Gabriel Ignacio Anitua. Castigo, cárceles y controles. Un análisis del papel de la suerte en la atribución de responsabilidad penal. Ed. Didot. Año 2011. Capítulo: “Las austeras instituciones que nos permiten pensar en los orígenes de la prisión”.

138 Garland, David. Op. cit. Pág. 125.

139 Rusche/Kirchheimer. Punishment and Social Structure. Ed. Transaction. New Jersey. 2003. Pág. 42.

140Garland, David. Op. cit. Pág. 126.

141Ibidem.

penitenciarios no fueron a la postre relevantes<sup>142 143</sup>. Desde la tradición materialista se afirma que la escasez de mano de obra explicó el nacimiento de la prisión. No obstante, una vez que ella llegó a dominar la política penal<sup>144</sup> su plataforma económica se desvencijó. La Revolución Industrial desmontó el antiguo régimen mercantilista desarrollando las primeras formas de producción masiva, lo cual impactó sobre la rentabilidad del trabajo que aún realizaban los internos de las cárceles, tornándola insignificante.

Dicho escenario no se modificaría hasta principios del siglo XIX, en el cual la *cuestión criminal* volvió al centro de la agenda pública como consecuencia de un período de crisis económica. Se produjeron altos niveles de desempleo y pauperización social, y con ello, un incremento masivo de los índices de criminalidad. Se alzaron recicladas voces reclamando violentos castigos públicos<sup>145</sup>, desconociendo los avances de un siglo de crítica ilustrada. Los estados procuraron reformas penales de orientación disuasiva a través de una nueva técnica penitenciaria, el confinamiento solitario: (...) una forma sutilmente disfrazada de tortura e intimidación, calculada para acobardar incluso a las secciones más miserables de la clase obrera.”<sup>146</sup>

---

142Garland refiere: Incluso Rusche/Kirchheimer aceptan que muchos correccionales no lograban sus propósitos reformadores ni económicos y que, para el siglo XVII, se encontraban en plena decadencia y desorganización (...) Se construyeron nuevas penitenciarías y se remozaron antiguos edificios para asegurar estos fines económicos (aunque, significativamente, las cárceles que no eran "susceptibles de explotación comercial" permanecieron sin y "en muy malas condiciones") hasta finales del siglo XVIII.” Garland, David. Op. cit. Pág. 126.

143Garland, David. Op. cit. Pág. 127.

144 Creo valiosas las palabras de Eugenio R. Zaffaroni en esta temática: “Si bien existe disputa acerca del origen exacto de la prisión entre Bohne y v. Hippel, en la que terció Schmidt (para el primero surge en los estatutos italianos, para el segundo aparece en Holanda en el 1600 y para el tercero en Inglaterra), también se atribuye a los grupos de autodefensa cuáqueros de Pennsylvania, en tanto no faltan quienes señalan a Francia a partir el uso de la ordenes reales de detención (lettres de cachet). En rigor, se trata de una discusión anecdótica, ya que lo verdaderamente histórico es que el uso de la prisión se generaliza con el industrialismo, tras la reforma de las instituciones de segregación hasta entonces existentes”. Zaffaroni, Eugenio Raul. Tratado de Derecho Penal Parte General - EDIAR Año: 1998.

145 Expresan Rusche/Kirchheimer: “...la respuesta inmediata de algunos sectores de la clase dirigente fue pedir la reintroducción de los sangrientos métodos del siglo xvr y abandonar los experimentos humanitarios recientes. La tortura, la destrucción física, "el hacha, el látigo y la inanición..." se invocaron como la solución adecuada a la creciente amenaza del crimen y el desorden. Rusche/Kirchheimer. Edición en inglés. Ob cit. Pág. 132.

146 Rusche/Kirchheimer. Edición en inglés. Ob cit. Pág. 132.

Se advierte un cambio en los espacios carcelarios: el paso de una forma productiva y redituable de adiestramiento hacia un tosco e improductivo tormento.<sup>147</sup> Soledad y el más absoluto silencio como recurso de intimidación carcelaria, comparable en ciertos aspectos con las prácticas punitivas medievales pero ataviadas de retórica científica y moralidad religiosa.<sup>148</sup>

Durante el siglo XIX hayamos en los Estados Unidos dos modelos de regímenes penitenciarios, *Auburn* y *Pensilvania*, que empleaban la técnica del aislamiento celular y del silencio en términos de *martirio psicológico*, más civilizado en sus fines declarados que las mutilaciones de antaño. Los aportes de Benjamín Franklin -creador de la famosa Sociedad Filadélfica de alivio a las Miserias de las prisiones públicas- fueron determinantes para que se promulgara, el 5 de abril de 1790 una importante modificación en el código penal, aboliendo los trabajos forzados, la mutilación y los azotes. Fue en este país donde se definen por primera vez las características de un sistema penitenciario<sup>149</sup>:

*“Recién se puede hablar de sistemas penitenciarios a partir de las experiencias norteamericanas de fines del S. XVIII y principios del S. XIX. Anteriormente, salvo aislados intentos que se diluyeron en el tiempo o se circunscribieron a determinado establecimiento penal, la*

---

147 Rusche/Kirchheimer. Edición en inglés. Ob cit. Pág. 128.

148 Rusche/Kirchheimer. Edición en inglés. Ob cit. Pág. 137.

149A comienzos del siglo XIX, en Estados Unidos se fueron desarrollando los dos primeros de los tres grandes sistemas penitenciarios contemporáneos. En dos localidades de Pensilvania – Pittsburgh (1818) y Filadelfia (1829)– se construyeron prisiones en las que –de acuerdo con los ideales religiosos de William Penn– se mantenía aislados a los reclusos en sus celdas durante todo el día con la intención de que recapitasen y se arrepintieran de sus acciones delictivas, en completa soledad, de modo que ninguno pudiera ejercer una mala influencia sobre los demás. Fue el denominado sistema filadélfico o pensilvánico que fracasó, precisamente, por el carácter tan absoluto del aislamiento al que se sometía a los presos, dañándolos física y mentalmente y dificultando su posible reinserción social. El capitán Elam Lynds –primer alcaide de Sing Sing y defensor del uso del látigo para imponer disciplina– creó entonces el denominado sistema auburniano o neoyorquino, en la década de 1820, en la penitenciaría de Auburn, Nueva York. En este método, aunque se mantenía el aislamiento nocturno, se permitía a los presos que convivieran durante el día para realizar diversas tareas comunes –como fabricar escobas o muebles– pero manteniendo siempre un estricto código de silencio. En Europa occidental, en cambio, aquella idea del aislamiento se sustituyó por otra propuesta basada en la evolución individual de cada preso, dando lugar a los llamados sistemas progresivos penitenciarios donde el periodo de reclusión se dividía en diferentes grados, de modo que el interno pudiera avanzar de una fase a la siguiente y obtener mejores condiciones de vida (progresión de grado) o retroceder (regresión de grado) si empeoraba su conducta. (Carlos Pérez Vaquero. En: <http://archivodeinalbis.blogspot.com/2012/08/palabras-sueltas-xiv-los-sistemas.html>).

*pena de prisión se caracterizaba por el hacinamiento, el maltrato y la falta de una reglamentación adecuada. (...) Sirvió para crear un régimen de vida diferente del habitual; reglamentó las actividades diarias del penal y prescribió, por primera vez, normas de conducta a los penados”<sup>150</sup>.*

Las características del régimen celular que ha servido para designar toda una época, *régimen pensilvánico*, son: a) Aislamiento celular continuo; b) Inexistencia de trabajo; e) Silencio total<sup>151</sup>. El aislamiento y el silencio como dispositivo correccional obliteraba lo que pretendía lograr, la reforma para la reinserción social:

*“Si el solo hecho de ingresar en prisión es de por sí deprimente, el aislamiento sin posible comunicación agrava el decaimiento, convirtiéndolo en inseguridad, aprensión y preocupación, que obran como Jactaras etiológicos de la psicosis maniaco-depresiva”<sup>152</sup>.*

*“El aislamiento absoluto produce el embrutecimiento del criminal, y aún puede comprometer sus facultades mentales como se ha observado en muchos panóticos”<sup>153</sup>.*

*“Quita al criminal toda la fuerza y energía, enerva su alma debilitándola y espantándola y presenta por último, una momia disecada y medio loca, como un modelo de arrepentimiento y enmienda”<sup>154</sup>.*

Frente a estas críticas se desarrolla en los Estados Unidos un nuevo régimen penitenciarios denominado *Sistema Auburn*. Este modelo limitaba el aislamiento al horario nocturno, pero mantenía *la regla del silencio absoluto*: “(...) Durante las horas de refrigerio en el comedor central, o en los distintos talleres de trabajo, el reo no podía dirigir la palabra a sus compañeros. El quebrantamiento de esta regla le significaba castigos severísimos, especialmente con el látigo de nueve colas”<sup>155</sup>.

Nuevamente se alzan voces críticas a este sistema *suavizado*, afirma Elías Neuman:

*“El Silencio Absoluto es tan contrario a la naturaleza humana como el aislamiento, ya que es imposible hacer vivir completamente callado al ser humano cuando posee voz para trocar sus ideas en palabras y reflejar sus sentimientos. (...) Es probable que allí haya nacido el lenguaje sobre-*

---

150 Fernando Vega Santa Gadea: Regímenes penitenciarios. Pág. 198. En: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/5084622.pdf>.

151 Fernando Vega Santa Gadea: *idém.*

152 Fernando Vega Santa Gadea: *idém.*

153 C. D. A. Roeder. *las doctrinas fundamentales sobre el delito y la pena*. Madrid. 1976.

154 Fedor DOTOIEWSKI. *La Casa de los Muertos. Obras completas*. Aguijar. Madrid. 1951.

155 Fernando Vega Santa Gadea: *idém.*

*entendido que utilizan los reclusos en todas las prisiones del mundo: Golpes en las paredes, lenguaje manual semejante a los sordomudos, movimientos de los pies, golpes en las cañerías, arrojar aserrín en la limpieza, juego de espejos, etc.”<sup>156</sup>.*

Concluye Bernaldo de Quiroz:

*“Los años venideros, con sus estadísticas, cada vez más fidedignas, no hicieron más que demostrar que los dos sistemas sólo producían locos, imbéciles y suicidas, amén de seres enmudecidos por el desuso, retornados al estado de horno alalú, o sea sin palabra como por un efecto de acción regresiva penitenciaria sumada al atavismo peculiar del delincuente”<sup>157</sup>.*

Sin embargo, el *Sistema Auburn* presentaba una característica de especial relevancia al análisis materialista del castigo y sus razones, volvía a introducir el trabajo común durante el día. Rusche y Kirchheimer afirman que la preferencia de las autoridades por éste sistema se debió a que incluía la obligación de trabajar, por lo que fue más rentable: “(...) en ciertas partes de Estados Unidos "las cárceles se convirtieron nuevamente en fábricas y comenzaron a producir bienes sobre una base de utilidades " y, como sugiere el estudio que realizaron Beaumont y De Tocqueville en el decenio de 1830, "el nuevo régimen penitenciario se estableció con poco costo, era autosustentable e incluso una fuente de ingresos".<sup>158</sup>

Como último aspecto de esta relación entre pena y mercado laboral, Rusche y Kirchheimer anuncian el declive del trabajo intramuros en ocasión de la consolidación del mercado laboral (siglos XIX y XX). Los sindicatos se fortalecieron constituyéndose en una caja de resonancia de las nuevas pretensiones de los noveles obreros industriales. Luego de siglos de adiestramiento forzoso en las pioneras casas de corrección, ahora no estaban dispuestos a competir por la demanda laboral con las anquilosadas penitenciaras.

Finalmente arribamos al tercer sistema denominado “progresivo” o “correcional”. Sus orígenes históricos se hallan en la España e Inglaterra decimonónica<sup>159</sup>. El modelo histórico se basaba fundamentalmente en un

---

156 Elías NEUMAN. Prisión Abierta. Editorial Depalma. Bnos. Aires. 1962.

157 BERNALDO DE QUIROZ, Constancio... Lecciones de Derecho Penitenciario. Imprenta Universitaria. México. 1953.

158 Rusche/Kirchheimer. Edición en inglés. Ob cit. Pág. 133.

159 Españoles e ingleses se disputan todavía hoy, el privilegio de haber creado un régimen penitenciario que, con las variantes propias de la experiencia, legislación de cada país, y adelanto científico en la investigación del comportamiento humano, se emplea en casi todo occidente.

tratamiento por etapas (progresividad) según sea el comportamiento del interno dentro del penal, orientado a su *corrección* para la vida en libertad. Los denominados regímenes progresivos fueron obra principal de directores de establecimientos penitenciarios (Montesinos, Maconochie, Crofton, entre otros) que idearon diversos sistemas que tomaban como base el “innato deseo de libertad de los reclusos como fuerza motora para encausar la emulación de conductas que los conducirían a ella”. Se introdujo así en las penas privativas de libertad la idea de indeterminación; su duración dependía, en parte, de la conducta del penado en prisión y su trabajo<sup>160</sup>.

El caso español- denominado “Sistema Montesinos”- presentaba las siguientes etapas:

**-Primera etapa, los hierros:** que sustituía al aislamiento permanente. El reo ingresado al penal era conducido a la herrería en donde se le colocaban grilletes y cadenas, pasando luego a la brigada de depósito;

**-Segunda etapa, el trabajo:** el sentenciado escogía el taller donde prestar voluntariamente sus servicios. Montesinos consiguió equipar casi 40 talleres de trabajo, inclusive una armería famosa en su época.

**-Tercera etapa, la libertad intermedia:** otorgada a los reclusos de buena conducta y que consistía en “duras pruebas psicológicas”. Montesinos otorgaba permisos para que determinados condenados pudiesen trabajar en la ciudad y retornar al anochecer; permisos especiales por defunción o problemas familiares urgentes. La libertad intermedia puede compararse con el período de prueba de los modernos regímenes penitenciarios. Superadas con éxito las tres etapas, se otorgaba al reo la libertad definitiva<sup>161</sup>.

---

Y esta controversia, que tiene mucho de nacionalismo, se debe a que casi al mismo tiempo se implantaron y coexistieron los regímenes establecidos en España y en una de las Colonias Inglesas de Ultramar. El Coronel Manuel Montesinos ideó su régimen en 1835 en el Presidio de San Agustín de Valencia y el capitán de la armada inglesa Alexander Maconochie, lo hizo en la lejana isla de Norfolk, perteneciente a Australia, en 1840 (Fernando Vega Santa Gadea: *idém.*).  
160Rubén A. Alderete Lobo: Estudios sobre jurisprudencia 2017. Reforma de la ley 24.660. El fin del derecho de ejecución penal en Argentina. En “El debido proceso penal”, tomo n° 5, Buenos Aires, editorial Hammurabi, año 2017.

161Fernando Vega Santa Gadea: *idém.*

Por su parte el modelo Inglés -denominado “régimen Maconochie”- presentaba las siguientes etapas:

**-Primer. período:** Aislamiento celular continuo, diurno y nocturno (Pensilvánico).

**-Segundo. período:** Aislamiento celular nocturno en celda, trabajo en común durante el día y sujeción a la regla del silencio (Auburniano).

**-Tercer. período:** Libertad condicional. Una vez que el recluso hubiese acumulado el número de vales, que la gravedad del delito cometido señalaba, se le otorgaba el boleto de libertad (ticket of leave).

En Irlanda se produce una modificación en la tercera etapa. Se consideró que el paso del encierro a la libertad era demasiado drástico, por lo cual se estableció modalidades de encierro atenuadas de modo previo a la libertad condicional:

*“Era necesario ir adaptando al reo al autocontrol, mediante una variación en el tratamiento. Por esta razón, el 3er. periodo no se cumplía en la cárcel de origen, edificio antiguo con rejas, barrotes y todo un ambiente opresivo, sino en la prisión de Lusk, "donde los sentenciados alojados en barracas metálicas desmontables vivían como trabajadores libres en el cultivo o la industria. Aprendían así a vigilarse a sí mismos”<sup>162</sup>.*

Este régimen se denominó “Sistema Crofton”. Fue el antecedente del moderno sistema de “prisión abierta” nacido luego de la segunda guerra mundial.

El sistema progresivo se encuentra vigente aún en la mayoría de los países, en particular sus objetivos de reinserción y progresividad en el tratamiento del interno. Conforme este modelo, las instituciones estatales destinadas a privar de la libertad a una persona en el marco de un proceso penal, para poder ser consideradas un sistema penitenciario, debían incluir como principio fundamental de su organización la corrección del preso. Desde entonces, por ciento cincuenta años y al menos discursivamente, un sistema penitenciario supuso la organización del encierro de personas por decisión estatal, en el marco de actuaciones jurídico-penales, y con el objetivo manifiesto de corregirlas. Solo dentro de un paradigma correccionalista, es posible comprender el principio progresivo de la pena. Desde hace un siglo y medio los regímenes penitenciarios correccionalistas más avanzados se articulan mediante programaciones de espacios, tiempos y actividades con estadios avanzados hacia una

---

162Fernando Vega Santa Gadea: idém.

mayor autodisciplina y liberaciones anticipadas. Desde el siglo XIX, sistemas progresivos se registran en países centrales y colonias, con experiencias reconocidas en Alemania, España, Irlanda y Australia<sup>163</sup>.

En Argentina, el sistema penitenciario nacional se montó sobre el paradigma correccional. La primera cárcel nacional moderna, la Penitenciaría de Buenos Aires, fue inaugurada en 1877. Su diseño arquitectónico, y su régimen carcelario, fueron programados para atender a la corrección del condenado, a partir de la introspección y el trabajo. En 1933 la Ley de organización carcelaria y régimen de la pena N° 11.833, primera legislación de ejecución nacional, estableció un régimen progresivo dividido en cinco grados, los últimos dos de reintegración sometida al control del patronato y de prueba en campo de semilibertad<sup>164</sup>.

Esta tradición normativa arraigada en un siglo y medio de historia -y compartida por gobiernos militares y democráticos de signos políticos tan diversos-, se mantiene vigente en la actualidad, más allá de las modificaciones normativas. En este sentido en el año 2017 se sancionó en la Argentina la Ley 27.375, modificatoria de la Ley de Ejecución Penal (Ley nro 24.660), la cual ha limitado el alcance de la progresividad en la ejecución de la pena, sin eliminarlo como principio rector. Afirma Pablo Cococcioni:

*“No obstante, anotamos de esta “no reforma” que se ha mantenido la progresividad como principio rector del régimen penitenciario. Algunos agregados tal vez incompresibles de esta reforma pueden interpretarse como un intento de atenuar las derivaciones prácticas de este principio, sin derogarlo expresamente ni establecer excepciones ya en su formulación. Se mantiene como principio general”<sup>165</sup>.*

## **b) La tradición foucaultiana**

En este título nos proponemos estudiar cómo explica Foucault el cambio de una pena orientada a la carne, a una orientada al *alma*<sup>166</sup>. Reflexionaremos sobre los

---

163Ramiro Gual: Golpes, agresiones y tortura en las cárceles federales. Una aproximación a la violencia institucionalizada en el SPF. En [http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2010/10/mesa-12/gual\\_andersen\\_mesa\\_12.pdf](http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2010/10/mesa-12/gual_andersen_mesa_12.pdf)

164Ramiro Gual. Idém.

165Cococcioni, Pablo: Ejecución de la pena privativa de libertad. Comentario a los artículos de la ley 24.660 reformados por Ley 27.375. Análisis del nuevo art. 14 del Código Penal, ed. Librería Cívica, Santa Fe, 2018, Pág. 20.

166Foucault utiliza el concepto de "alma" para referirse a lo que los psicólogos denominan la psique, el "o, la subjetividad, la conciencia o la personalidad. Parece utilizarlo por su resonancia



motivos de la universalización de la prisión, un castigo sobre la libertad ejecutado en espacios cerrados, antes marginal y sólo cautelar de otro castigo más importante. Sobre esto último son ilustrativas las palabras de Caimari con relación a las colonias hispanas:

*“Felipe II había ordenado construir cárceles en todas las ciudades, villas y lugares de las indias, aunque la práctica había mezclado mucho sus sentidos, estas instituciones habían tenido funciones eminentemente cautelares: las cárceles eran el lugar a donde los acusados esperaban la decisión sobre el “verdadero” castigo, que probablemente sería otro – ej. en el siglo XIX sería el servicio de las armas-.”<sup>167</sup>*

Foucault indaga por qué frente a la crítica sobre el castigo corporal del “clasicismo reformista” se opuso una respuesta unívoca al delito: el encierro por tiempo determinado en función de la gravedad de la infracción. El análisis se hace aún más complejo al reconocer -como expresara Caimari arriba- el carácter accesorio y circunstancial del encierro en sus comienzos, el cual se utilizaba sólo como un lugar en donde esperar el castigo “principal”:

*“Pero si esta colonización de la penalidad por la prisión puede sorprender, es porque no era como se imagina un castigo sólidamente instalado ya en el sistema penal, inmediatamente después de la pena de muerte, y que habría ocupado de manera completamente natural el lugar que dejaran vacío los suplicios al desaparecer. De hecho, la prisión no tenía sino una posición restringida y marginal en el sistema de las penas.”<sup>168</sup>*

Una primera respuesta sobre los motivos del cambio penal -a fines del siglo XVIII- ya fue mencionada en este capítulo y estriba en lo que llamábamos un *cambio de sensibilidad*. Dicho cambio importa una pérdida de apoyo popular al sadismo institucional. Cada vez con mayor frecuencia la muchedumbre presente en las ejecuciones públicas se rebelaba contra estos actos de crueldad, considerándolos parte de una ley clasista que aniquilaba a un *semejante*. El efecto intimidatorio de antaño -dirigido a consolidar vía terror el poder del monarca- cedía paso al *malestar*

---

metafórica -"el alma es la prisión del cuerpo"- aunque también para evitar utilizar un término más teórico que tal vez parecería comprometerlo con una corriente psicológica determinada. Para Foucault el alma es "la sede de los hábitos" v, por ende, el objetivo de las técnicas disciplinarias. Cita de Garland, David. Op. cit. Pág. 165.

167Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 32.

168Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 109.

*social* y a la *empatía* con el suplicado, quien ahora ascendía al rango de héroe, mártir de un Estado obscuro. Relata John Pratt:

“Por tanto, individuos que habían sido condenados podían cambiar el estado de ánimo de la multitud como resultado de sus circunstancias personales, pasando ésta de la celebración a la simpatía y tristeza, sobre todo cuando el castigo parecía ser una reacción excesiva al crimen cometido.”<sup>169</sup>

El castigo corporal patibulario, ideado a comienzos de la modernidad como un dispositivo disciplinario orientado a la consolidación del poder estatal, produce cerrando el siglo XVIII el efecto opuesto. Foucault entiende que el paulatino abandono de estas prácticas crueles se debió a un temor político de insurrección ante el efecto de estos *rituales ambiguos*.<sup>170</sup>

En relación a la Ilustración y la posición de los reformistas, Foucault considera que la *dulcificación* del castigo se apoyó en lo discursivo en el principio iluminista de *humanidad*, principio que debía extenderse incluso al criminal.<sup>171</sup> Para los reformadores, afirma Caimari: “(...) el criminal ilustrado es un sujeto hedonista y racional, libre y bien informado sobre las leyes claras de su comunidad, que toma la decisión responsable de violarlas”.<sup>172</sup> La pena ahora debería asumir notas de indulgencia y moderación. Sin embargo, se negará que esta reforma encuentre su motivación en razones filosóficas humanitarias.

El verdadero *leitmotiv* del cambio penal -según Foucault- radica en una adaptación de las formas punitivas a las nuevas modalidades delictivas, más profesionales y orientadas a la propiedad, lo cual importaba una amenaza mayor al poder político: el botín se encontraba en los desprotegidos depósitos de mercancías de puertos, bodegas y talleres.<sup>173</sup> Delitos como el contrabando, el hurto o el robo -aceptados con mayor indulgencia durante el *ancien régime*- ahora amenazaban a un orden político que dejaba de tener su eje en la propiedad *inmobiliaria* para ubicarlo en la propiedad *mobiliaria*.<sup>174</sup> La criminalidad mutaba para adaptarse al nuevo orden capitalista, la justicia penal debía hacer lo propio ajustando sus ineficientes y vetustas estructuras -diversidad de tribunales, jurisdicciones incompatibles e innumerables

169 Pratt, John. Op. cit. Pág. 36.

170 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 62.

171 Garland, David. Op. cit. Pág. 172.

172 Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 35.

173 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 79.

174 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. .

vacíos legales-. La respuesta estatal no podía limitarse a una reacción desmesurada, caótica e ineficiente. El nuevo escenario político demandaba vigilancia plena, eficiencia punitiva, racionalidad, y una sistematización uniforme del castigo “hasta el grano más fino del cuerpo social”.<sup>175</sup>

En términos de Pratt se implementa una justicia penal que no hace públicos sus actos, la pena se convierte en un asunto cada vez más privatizado, presidida por funcionarios en gran medida burocráticos:

“(…) ésto permitía impedir la fuerza emotiva que podía invocar la exhibición pública del castigo y que la participación del público lograba expresar; en cambio se posibilitaba la administración de la pena por fuerzas más racionales y eficientes del estado del gobierno moderno.”<sup>176</sup>

La adaptación del castigo a las necesidades de control -de la sociedad capitalista industrial- implicó una nueva ocupación *correcional*. La venganza desmesurada y pública contra la desobediencia cede su lugar a una pena que busca moldear el alma del sujeto para transformarlo.<sup>177</sup> Será la prisión el espacio para gestionar la corrección del delincuente. La nueva tendencia punitiva *correcional* habría las puertas de la penalidad a una miríada de técnicos: psiquiatras, criminólogos, trabajadores sociales, entre otros. Éstos aplicarían sus herramientas positivistas de observación, evaluación, diagnóstico y tratamiento para producir un conocimiento sobre el carácter, ambiente y antecedentes familiares de los internos. El saber construido debía diagnosticar la *anormalidad* y prescribir una técnica de *normalización*, concluye Garland: “(…) la fuerza física, el aparato de violencia y las ceremonias podrían ser sustituidos por una forma de poder basada en el conocimiento detallado, la intervención rutinaria y la corrección benigna”.<sup>178</sup>

Respecto de este conocimiento detallado sobre la población, Foucault describe una técnica específica: el *secuestro institucional*. Fueron los siglos XVII y XVIII europeos el escenario social de lo que él denominó *el gran encierro*. El estado tomó cautiva a la población peligrosa en prisiones, hospitales generales, casas de pobres, casas de trabajo y manicomios. Las nacientes penitenciarias adoptaron la fisonomía de grandes burocracias estatales dispuestas para la contención y recolección de datos sobre la población, cuya fuente primordial correspondía a la suministrada por las agencias del sistema penal. Encontramos en la cárcel un dominio pertinente para el

---

175Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 74.

176Pratt, John. Op. cit. Pág. 45.

177Garland, David. Op. cit. Pág. 172.

178Garland, David. Op. cit. Pág. 166.

análisis del nacimiento histórico de los discursos y técnicas inscriptas en las relaciones de poder del Estado Liberal-Burgués. Nos dice Anitua que la genealogía de la prisión debe ser analizada dentro del conjunto de instrumentos de control como “un modo de aliviar la tensión entre las necesidades de orden del capitalismo industrial y la ideología liberal del contrato social”.<sup>179</sup> Señalará luego -en el siglo XIX- una preocupación por producir información sobre la población: “El saber se acercaba más a una tecnología, pues se trataría de un saber para transformar”.<sup>180</sup> En última instancia, se buscaba administrar la violencia legal desde un fin correccional científicamente respaldado.

La premisa correccionalista requirió para su realización un diagnóstico de base empírica: *conocer para corregir*. Si bien la corrección del delincuente no ocupó un lugar central en los saberes ilustrados de segunda mitad del siglo XVIII, fue escalando rápidamente entre los apólogos de los saberes serios sobre el delito y la pena. Su impacto en el diseño de los modelos carcelarios es detallado por Foucault. Las prisiones, nos dice, “toman el cuerpo del recluso, lo ejercitan, lo adiestran, le organizan su tiempo y movimientos, con el fin último de transformar su alma: el asiento de los hábitos.”<sup>181</sup>

Foucault individualiza en la institución penitenciaria determinados instrumentos disciplinarios de corrección:

**a) Encierro y Aislamiento:** ya hemos tratado este tema anteriormente, solo agregamos en este caso que el paradigma positivista visualizaba en la extirpación del *homo criminalis* del cuerpo social una técnica de corrección. Su secuestro lo aislaría de las influencias sociales negativas. A su vez, su cautiverio estaría rodeado de un silencio corrector. El nuevo delincuente -antes infractor- expuesto al mutismo y soledad podrá ser asaltado por su pecado, nos dice:

*“El aislamiento asegura el coloquio a solas entre el detenido y el poder que se ejerce sobre él”, (...)* sólo en su celda, el detenido queda entregado a sí mismo; en el silencio de sus pasiones y del mundo que lo rodea, desciende a lo profundo de su conciencia, la interroga y siente despertarse el sentimiento moral que no perece jamás por completo en el corazón del hombre.”<sup>182</sup>

179Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 141.

180Anitua, Gabriel I. Op. cit. Pág. 143.

181 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 120.

182Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 219.

Encontramos ejemplos de ésto en los ya mencionados sistemas carcelarios norteamericanos de Auburn y Filadelfia.<sup>183</sup>

**b) Trabajo:** los correccionalistas pensaban que el trabajo creaba en el delincuente hábitos de obediencia jerárquica, autodisciplina, cumplimiento de horarios y reglas en general.

**c) Religión:** se orientó a reconciliar al pecador con su credo, como antesala de su retorno a la normatización.

**d) Educación:** se dirigió a dotar al delincuente de un sentido moral que lo incline a la vida honesta.

**e) Contacto familiar:** la permanencia del vínculo se interpretó como un mecanismo de control y socialización.

**f) Reglamentación, Vigilancia y Sanción:** se establecieron normas internas que disciplinaban cada movimiento del cuerpo del delincuente. Dirigida a la vigilancia y sanción -además de la rigurosa organización del personal penitenciario- se montó una arquitectura penitenciaria de tipo panóptica. El panóptico era un tipo de arquitectura carcelaria ideada por el filósofo utilitarista Jeremy Bentham hacia fines del siglo XVIII. El objetivo de la estructura panóptica era permitir a su guardián, guarnecido en una torre central, observar a todos los prisioneros, reclusos en celdas individuales alrededor de la torre, sin que estos puedan saber si son observados.

**g) Observación, Clasificación y Tratamiento:** su importancia radica en que permitió la acumulación del conocimiento reclamado por la naciente criminología. Foucault dirá que para dominar un objeto hay que conocerlo. En sus orígenes la criminología proveerá un saber útil a la necesidad de control social. A través de distintos dispositivos, ya sea medicalizantes, arquitectónicos o científicos, se estableció una observación constante del sujeto, el cual fue rodeado de muros, rejas, cerraduras, cadenas, uniformes, reglas, horarios y rutinas, permitiendo un estudio científico de su *déficit individual*, según la terminología correccionalista. El delincuente, considerado *anormal*, será incluido en nuevas categorías -vg. clasificaciones de Ferrus<sup>184</sup> luego de rigurosas mediciones, inspecciones, tratamientos y experimentos:

---

183 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 273-275.

184 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 234.

*“Esta delincuencia es la que ahora viene a asediar los tribunales serenos y la majestad de las leyes; ella es la que hay que conocer, apreciar, medir, diagnosticar, tratar cuando se dan sentencias; y ella es ahora, esta anomalía, esta desviación, este peligro sordo, esta forma de existencia que hay que tener en cuenta cuando se reescriben los Códigos.”<sup>185</sup>*

La medición de la corrección del sujeto se evaluó a través de objetivos normalizadores en un sistema -aún vigente en parte- de *progresividad* en el tratamiento. Dicho sistema, explica Caimari, se difundió en Hispanoamérica a través de Alexis de Tocqueville. En nuestro país fue Sarmiento uno de los receptores más entusiasta del mismo, quien además escribió numerosos artículos sobre las ventajas del castigo que incorpora trabajo sistemático y corrección moral.<sup>186</sup>

Foucault interpreta a la prisión como un dispositivo disciplinario que se articula con otros, operando en función de una “táctica política”<sup>187</sup>. Éste se inserta en un horizonte institucional mayor (ejército y monasterios, pero también escuelas, hospitales y talleres) en donde se generalizan las medidas disciplinarias. El autor encuentra en el hecho de que la sociedad estuviese ya acostumbrada a la operatividad de mecanismos disciplinarios, otra causa más que explica por qué la prisión absorbió el universo de castigos como un bien evidente.<sup>188</sup> Bentham dirá:

*“Castigar criminales empedernidos, albergar locos, reformar viciosos, aislar sospechosos, ocupar ociosos, proteger indigentes, curar enfermos, enseñar a quienes quieran aprender un oficio o dar instrucción a las nuevas generaciones; en suma, así se trate de cárceles para detención perpetua o para detención en espera de juicio, o de penitenciarías, correccionales, casas de trabajo para pobres, fábricas manicomios, hospitales, escuelas.”<sup>189</sup>*

Corresponde al ejército la técnica de distribuir los individuos en el espacio, uno por uno, con el objetivo de supervisarlos y evaluarlos individualmente. Al monasterio la organización del tiempo (planificación horaria de la vida de clausura monacal) como medio para imponer ritmos definidos y organizar el movimiento en las horas. Al taller especificar una serie de ocupaciones y regular el ciclo de repetición

185 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 236.

186 Caimari, Lila. Op. cit. Pág. 44.

187 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 24.

188 Garland, David. Op. cit. Pág. 178.

189 Bentham, Jeremy. Op. Cit. Pág. 75.

en una rutina en la cual se programaba la postura exacta del cuerpo, la posición de los miembros y hasta el más mínimo de sus gestos.<sup>190</sup>

Las técnicas disciplinarias se focalizarían en los cuerpos de los condenados. Para Foucault la disciplina es "un arte del cuerpo humano y un método ancestral de dominarlo y volverlo obediente y útil".<sup>191</sup> El cuerpo no sería abordado como una unidad sino en la sutileza de cada movimiento. Cada acción y reacción sería supervisada a través de una vigilancia permanente y meticulosa: "una anatomía política del detalle"<sup>192</sup>. El objetivo fue:

*"(...) educar su cuerpo, codificar su comportamiento continuo, mantenerlos en una visibilidad sin lagunas, formar en torno de ellos todo un aparato de observación, de registro y de anotaciones, constituir sobre ellos un saber que se acumula y se centraliza."*<sup>193</sup>

Finalmente describe la técnica de la *normalización*. Detectada la anormalidad, a través del "examen", corresponde normalizarla, no ya violencia sino corrección, el castigo adopta una fisonomía de adiestramiento. En palabras de Walhausen, el arte del buen encauzamiento de la conducta pudo ser eficaz gracias al empleo de dispositivos disciplinarios simples, Foucault menciona tres: *inspección jerárquica, sanción normalizadora y examen*.<sup>194</sup>

Respecto al primero implicó un dispositivo de permanente vigilancia intramuros. La arquitectura panóptica de Bentham -como ya referimos- construyó verdaderos observatorios de la conducta humana. Refiere Caimari:

*"Inspirándose en la observación de una fábrica (...) diseño un edificio poligonal con celdas tipo jaulas. Las mismas estaban dispuestas directamente en torno a un centro de vigilancia que sometía al penado a un régimen de escrutinio permanente."*<sup>195</sup>

Bentham lo expondrá así:

*"Debería ser un edificio circular, o por mejor decir, dos edificios encajados uno en otro. Los cuartos de los presos formarían el edificio de la circunferencia con seis altos, y podemos figurarnos estos cuartos como unas celdillas abiertas por la parte interior. Una torre ocupa el centro, y esta es*

---

190 Garland, David. Op. cit. Pág. 176.

191 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 126.

192 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 128.

193 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 266.

194 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 199.

195 Lila Caimari. Op. cit. Pág. 43.

*la habitación de los inspectores (...) la torre de inspección está también rodeada de una galería cubierta con una celosía transparente que permite al inspector registrar todas las celdillas sin que le vean, de manera que con una mirada ve la tercera parte de sus presos. Aunque esté ausente, la opinión de su presencia es tan eficaz como su presencia misma. Entre la torre y las celdillas debe haber un espacio vacío, o un pozo circular, que quita a los presos todo medio de intentar algo contra los inspectores (...) El todo de este edificio es como una colmena, cuyas celdillas todas pueden verse desde un punto central.”<sup>196</sup>*

Este tipo de arquitectura tuvo su correlato en la Argentina en los modelos correccionales de la Penitenciaría Nacional y en la *nueva Australia* fundada en la cárcel de Ushuaia.<sup>197</sup>

Dichas estructuras exponen al sujeto a una visibilidad sin descanso orientada a lograr su autocontrol. La técnica de vigilancia se ocupó de cómo distribuir lugares y agentes penitenciarios de modo tal que les sea imposible a los vigilados confirmar si eran o no controlados. A su vez se consideró un castigo más benévolo a la vez que eficaz: “las piedras pueden volver dócil y cognoscible”.<sup>198</sup>

Incluso, luego de un período de vigilancia permanente, la violencia no se hace necesaria:

*“(...) la perfección del poder [tiende] a volver inútil la realidad de su violento ejercicio (...) que este aparato arquitectónico sea una máquina de crear y de sostener una relación de poder, independiente de aquel que lo ejerce; en suma (...) que los detenidos se hallen insertos en una situación de poder de la que ellos mismos son los portadores.”<sup>199</sup>*

La presencia de dispositivos panópticos en diversos campos sociales -aún vigentes- llevaron a Foucault a decir que Jeremy Bentham fue más importante que Kant o Hegel para nuestras sociedades occidentales modernas:

*“(...) fue él quien programó, definió y describió de manera precisa las formas de poder en que vivimos, presentándolas en un maravilloso y célebre modelo de esta sociedad de ortopedia generalizada que es el famoso Panóptico, forma arquitectónica que permite un tipo de poder del espíritu sobre el*

---

196 Bentham, Jeremy. Op. Cit.

197Lila Caimari. Op. cit. Pág. 50 y sgtes.

198Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 201.

199Foucault, Michel. Op. Cit. Pág. 185.



*espíritu, una especie de institución que vale tanto para las escuelas como para los hospitales, las prisiones, los reformatorios, los hospicios o las fábricas.”<sup>200</sup>*

En segundo término, teníamos a la *sanción normalizadora*. Se dispuso de pequeños instrumentos penales, una micro-penalidad en forma de trabajo coactivo intramuros, que abordó hasta la más leve de las infracciones: “(...) los trabajos impuestos como castigos (...) permiten obtener de las faltas mínimas, medios para hacerlos progresar al corregir sus defectos”.<sup>201</sup>

Finalmente menciona el *examen*, explicando que su función de observar, calificar, clasificar y diagnosticar. Afirma que el mismo concierne las potencialidades de la vigilancia jerárquica y de la sanción normalizadora en su matiz coercitiva y constituyente de una verdad:

*“Si hemos entrado, después de la edad de la justicia "inquisitoria", en la de la justicia "examinatoria", si, de una manera más general aún, el procedimiento de examen ha podido cubrir tan ampliamente toda la sociedad, y dar lugar por una parte a las ciencias del hombre, uno de sus grandes instrumentos ha sido la multiplicidad y el entre-cruzamiento compacto de los mecanismos diversos de encarcelamiento.”<sup>202</sup>*

A modo de cierre del título, nos preguntamos sobre el devenir de la ilusión de control y corrección carcelaria: ¿Triunfó la prisión en sus objetivos *oficiales*? ¿Por qué pudo subsistir?

Si bien el interrogante excede el abordaje trabajado aquí, deliberadamente detenido en la genealogía de la prisión, lo cierto es que resulta enriquecedor mencionar cómo la cárcel subsiste a pesar de cierto consenso histórico en su fracaso. Foucault coincide en que la cárcel ha fracasado, pero realiza un giro interpretativo novedoso al afirmar que ésta permanece vigente debido a sus fracasos y no a pesar de ellos.<sup>203</sup> El supuesto fracaso, nos dice, se produce sólo en los fines declarados de la prisión -retributivos o preventivos- sin embargo, existen otras “funciones precisas”<sup>204</sup> debidamente atendidas por ella.

El patrón histórico de fracaso debuta y resiste desde los albores del siglo XIX. En primer término, la resistencia se explica en cierto arraigo de las técnicas

---

1.200 Foucault, Michel. La verdad y las formas jurídicas. Ed. Gedisa. Año 1980. Pág. 43.

201 Foucault, Michel. Op. Cit. Pág. 210.

202 Foucault, Michel. Op. cit. Pag 187.

203 Garland, David. Op. cit. Pág. 182.

204 Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 251.

disciplinarias en un sistema social disciplinar amplio. Una segunda explicación se encuentra en descubrir una estrategia de dominación en la producción de delincuencia. Se pregunta Foucault si tales "intereses" actúan para perpetuar los defectos aparentes.<sup>205</sup> En esta línea afirma que la producción intencionada de delincuencia es funcional a cierto poder, ya que marca una barrera entre crimen y política, además de enfrentar a la clase trabajadora con el criminal. Su creación servirá para amedrentarlos con los efectos de la prisionización. Considera que la delincuencia no representa un peligro político importante, sus intervenciones en el tejido social se diluyen en la particularidad del caso, el cual, a su vez, es experimentado por sectores marginales de escaso impacto en las relaciones de poder medulares.<sup>206</sup> Finalmente considera que la naturaleza depredadora de la delincuencia la vuelve impopular, lo cual fortalece el mecanismo de división y falta de conciencia de clase. La clase "obediente" al solicitar protección de la autoridad genera una legitimación del poder en su capacidad de defenderlos contra criminales atrapados en el "mito de la peligrosidad".<sup>207</sup> Epilogo, la creación del criminal tributaría más al control de las clases trabajadoras - ¿su verdadero éxito? - que al de él mismo -su irrelevante fracaso-.

Garland considera que no existe suficiente evidencia de la capacidad de la prisión para dividir al proletariado. Si bien coincide con Foucault sobre el fracaso en los objetivos declarados, entiende que, a la luz de la historia carcelaria, la prisión presenta cierto éxito inmediato en lograr privar de libertad durante un tiempo determinado a ciertos individuos luego de una sentencia condenatoria<sup>208</sup>, lo cual tributa a los más diversos y cambiantes fines sociales. A su vez crítica la omisión en Foucault de factores psicológicos que también explicarían el fracaso de los dispositivos disciplinarios de la cárcel. En tal sentido recuperamos las ideas de Emile Durkheim: "(...) las disciplinas punitivas pueden ser ineficaces precisamente porque el proceso del castigo despoja al infractor del sentido de orgullo y respeto moral que requiere la autodisciplina".<sup>209</sup> En tal sentido el éxito de determinadas técnicas disciplinarias -empleadas en instituciones no punitivas- se halla en una suerte de consenso sobre los objetivos institucionales entre abordante y abordado, lo cual es claro en entidades como el monasterio, la escuela o la fábrica, en donde el sujeto colabora con su adiestramiento sobre la base de metas que le son propias:

---

205 Garland, David. Op. cit. Pág. 181.

206 Aclara "dentro de ciertos índices de criminalidad controlados."

207 Garland, David. Op. cit. Pág. 182.

208 Garland, David. Op. cit. Pág. 197.

209 Garland, David. Op. cit. Pág. 203.

sobreponerse a la carne, adquirir educación, ganar un salario.<sup>210</sup> Distinto es el caso de la cárcel en la cual las técnicas son dispuestas *coactivamente* sobre los condenados, sin que éste acepte interiorizar de manera permanente la dominación que lo rodea. En dichas condiciones, afirma, producir un individuo autodisciplinado resulta improbable.

Cómo se advierte, frente a la imposibilidad empírica de sostener una finalidad de la pena en abstracto, se produce un retorno a su concepción como *dolor*. Será tarea de un derecho penal mínimo autorizar la *menor pena necesaria* y en *ultima ratio*. Afirma Zaffaroni:

*“(...) ninguna de las teorías positivas de la pena, es decir de las que creen que pueden definir la pena por sus funciones, fue verificada en la realidad social. (...) La conclusión es que no se sabe cuál es la función del poder punitivo. (...) considero a la pena como (a) una coerción, (b) que impone una privación de derechos o dolor, (c) que no repara ni restituye y (d) ni tampoco detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes.”*<sup>211</sup>

## **VIII.- Una última mirada crítica a las teorizaciones sobre la pena**

David Garland analiza la obra de Rusche/Kirchheimer y de Foucault en función del desarrollo posterior de la pena hasta la actualidad. En relación con la perspectiva marxista entiende que la afirmación “la economía determina el castigo” importa una simplificación de un hecho social complejo. Sin embargo, el abordaje económico exclusivo no resta méritos a una tradición que inicia el estudio de la relación entre mercado laboral y política penal, al interior de la lucha de clases.<sup>212</sup> La obra “*Pena y estructura social*” fue recuperada por la criminología crítica en la década del 60 y mantiene -en parte- su vigencia argumentativa. Dicho camino será consolidado por Massimo Pavarini y Dario Mellosi en *Cárcel y Fábrica (1977)*,<sup>213</sup> texto en el cual se aporta evidencia sobre la tesis originaria de Rusche/Kirchheimer, relativa al impacto de las lógicas mercantiles sobre la administración penitenciaria. Pavarini/Mellosi insisten en que la forma de la pena oscilaba hacia el adiestramiento

---

210Garland, David. Op. cit. Pág. 204.

211Zaffaroni, Eugenio R: Op. cit. Págs. 54-56.

212Garland, David. Op. cit. Pág. 136.

213Melossi, Dario / Pavarini, Massimo. *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)*. Ed. siglo XXI. Año 1977.

fabril frente a una mano de obra exigua o hacia la destrucción en momentos de abundancia de ésta.<sup>214</sup>

David Garland en su obra *Castigo y Sociedad Moderna (1999)*<sup>215</sup>, aporta diversos elementos teóricos y empíricos para evitar caer en el mencionado reduccionismo materialista sobre el castigo. Nos habla del trabajo de distintos historiadores penitenciarios quienes, si bien no niegan una motivación económica en el origen de la cárcel vinculadas a las nacientes industrias, afirman que estas instituciones en general fueron subsidiadas y no tributaron mayores beneficios fiscales. Los ingentes costos de construcción de la infraestructura carcelaria decimonónica denotan una finalidad *más allá* de toda pretensión de rentabilidad. Las monumentales estructuras penitenciarias del siglo XIX, solemnes algunas, pero colosales, otras directamente señoriales y majestuosas, comunicaban un estado consolidado en su autoridad.<sup>216</sup>

En el caso argentino, Caimari describe un escenario similar, con relación a las cárceles heredadas del poder colonial español las cuales difícilmente encuadraban en la idea utilitaria de la pena moderna:

*“La cárcel del Cabildo implicó una realidad vergonzosa frente a la Pirámide de Mayo. Ponía a la vista de los paseantes el desagradable espectáculo de los reclusos hacimados. No era edificante sino repugnante. “que la cárcel que construyeron nuestros abuelos” sea puesta a tono con las grandes obras ferroviarias, sanitarias y edilicias, reclamaban al unisonó juristas, legisladores y periodistas.”*<sup>217</sup>

Este primer factor aporta la tesis de que la construcción de las primeras penitenciarias se encolumnó en el proyecto de modernización de la infraestructura estatal.

Otro aspecto en el cual Garland diverge con Rusche/Kirchheimer es con relación a la popularidad de los castigos corporales. Afirma la existencia de un amplio apoyo de las clases populares a estas políticas punitivas, lo cual se da de bruce con un paradigma de lucha de clases. El posicionamiento popular favorable al discurso y prácticas judiciales resulta incómodo a una explicación pensada exclusivamente en términos marxistas.

214Garland, David. Op. cit. Pág. 131.

215 Garland, David. *Castigo y Sociedad Moderna*. En estudio de teoría social. Ed. siglo XXI. Año 1999.

216Garland, David. Op. cit. Pág. 132.

217Caimari, Lila. Op. cit. Pags. 46-47.

A su vez, en *Castigo y Sociedad Moderna (1999)*, se analiza la pena en función de experiencias históricas concretas de diversos sistemas políticos. Se advierte que aún en los sistemas socialistas -cuyos modos de producción difieren de los capitalistas- las diferencias en torno a las formas penales no son significativas.<sup>218</sup> Lo dicho oblitera un análisis lineal que asocie mecánicamente modos de producción con formas penales, de modo conceptual y ahistórico.

Posiblemente la crítica más incontrovertible de Garland a la tradición marxista sea la utilización de un patrón exclusivo de determinación. Si bien en ella se reconocen otras fuerzas no económicas operando en las variables del diseño penal, son siempre marginadas del centro casuístico económico. Estas fuerzas, religión, política y humanitarismo presentan una capacidad explicativa autónoma que aparece relegada a un carácter meramente *epifenoménico*:

*“(...) subestiman de manera drástica la importancia de las fuerzas ideológicas y políticas; apenas habla de la dinámica interna de la administración penal y de su papel en la determinación de las políticas; tampoco menciona los símbolos y mensajes sociales que transmiten las medidas penales al público; ni siquiera se tocan los procesos cruciales de legislación.”<sup>219</sup>*

Por su parte, afirma que la “gran deuda” de *Pena y Estructura Social (1939)* se percibe en la falta de evidencia sobre la influencia de los diseños del mercado laboral en las decisiones de política penitenciaria, sobre todo en actores alejados de la actividad penitenciaria:

*“(...) si debe argumentarse que los imperativos económicos se trasladan al ámbito penal, entonces los mecanismos de esta influencia indirecta deben especificarse y demostrarse claramente, pues de otra manera las correlaciones podrían verse como meras coincidencias. Sería necesario, por ejemplo, describir las formas en que los encargados de las decisiones de orden penal -en especial jueces, autoridades penitenciarias y funcionarios de Estado- reconocen las "necesidades" del mercado laboral y los "intereses de la clase dominante", para tomar decisiones acordes.”<sup>220</sup>*

Garland critica a su vez la perspectiva de Foucault. Si bien afirma que fue: “(...) un nivel de análisis que descubrió un campo de estudio que antes correspondía al coto de la ciencia penitenciaria convencional, y que dejaron de lado los sociólogos e

---

218Garland, David. Op. cit. Pág. 133.

219Garland, David. Op. cit. Pág. 135.

220 Ibidem.

historiadores marxistas o durkheimianos”,<sup>221</sup> también lo califica de *parcial* e impregnado de *errores graves*.<sup>222</sup>

En primer término, relativiza la seriedad histórica de ciertas afirmaciones presentes en *Vigilar y Castigar* (1975). A través de la rigurosidad de los trabajos de historiadores como ser: Pieter Spierenburg, John Beattie, John Langbein y Robert Brown, pone en duda la interpretación sobre cuándo y por qué se abandonó en Europa la práctica de la mutilación y ejecución pública. Cuestiona la periodización presentada y muestra que el encarcelamiento ya era una forma bastante común de castigo para infractores menores en los primeros decenios del siglo XVIII.

Otro aspecto de Foucault que se relativiza a la luz de la evidencia histórica posterior es la incidencia de los disturbios populares -durante las ejecuciones- sobre el abandono de los castigos corporales públicos, considerados en realidad como *una forma más* de manifestación *incómoda* al orden político:

*“(...) como con otras manifestaciones que hasta entonces habrían configurado un aspecto habitual de la vida cotidiana – ferias, actividades deportivas, velatorios, caza, etc., los desórdenes y los libertinajes asociados con todos estos carnavales y teatros de pasiones públicos resultaban cada vez más desagradables a un cuerpo creciente de opinión influyente.”*<sup>223</sup>

Inclusive los historiadores mencionados dirán que la evidencia histórica sugiere que la frecuencia de dichos disturbios no era relevante y que en cualquier caso su presencia no era motivo suficiente para determinar el desuso de la pena particular. En general ponen en entredicho la afirmación nuclear de Foucault sobre el rol decisivo de las exigencias políticas en los cambios producidos en el sistema penal.<sup>224</sup>

Finalmente se cuestiona la valoración en Foucault de las motivaciones de la reforma penal. En *Vigilar y Castigar* (1975) se propone que el fin último de los reformadores no era la consolidación del humanismo sino "introducir más profundamente en el cuerpo social el poder de castigar",<sup>225</sup> sin embargo se han realizado investigaciones sociales que dan cuenta de una genuina espiritualidad ilustrada preocupada por las condiciones de encierro -con particular énfasis en higiene, salud, instrucción religiosa, alimentación y vestido-. John Stuart Mill afirma:

221 Garland, David. Op. cit. Pág. 185.

222 Garland, David. Op. cit. Pág. 188.

223Pratt, John. Op. cit. Pág. 42.

224Garland, David. Op. cit. Pág. 189.

225Foucault, Michel. Op. cit. Pág. 86.

“(…) uno de los efectos de la civilización (…) es que el espectáculo e incluso la idea misma del dolor se mantiene cada vez más alejada de la vista de las clases que disfrutaban plenamente de los beneficios de la civilización”.<sup>226</sup> Cabría reconocer entonces en el pensamiento reformista una cruzada legítima contra la brutalidad y explotación de los reclusos:

*“(…) mientras que para Foucault la indulgencia en el castigo era sólo una estratagema de poder que reafirmaba una forma más amplia de control, estas otras interpretaciones la consideran un final genuino que respondía, entre otras, a razones de auténtica benevolencia o convicción religiosa.”*<sup>227</sup>

Garland -a su vez- considera que Foucault no aportó evidencia suficiente sobre determinados aspectos de su teoría. La afirmación de una sociedad disciplinaria de la cual la prisión representaría solo un dispositivo más no puede ser comprobada a la luz de una información parcial y en ocasiones sólo discursiva. Señala Paul Patton: “cabría esperar que una tesis semejante fuese sustentada con la evidencia de los procesos legislativos reales, indicando qué consideraciones "disciplinarias" se tomaron en cuenta en las discusiones y perfilaron las decisiones políticas”.<sup>228</sup> En cualquier caso, resulta evidente que no todo puede pensarse en términos de una estratégica política cuidadosamente planificada. Por ejemplo, en la concepción del castigo de Emile Durkheim se incorporan elementos profundamente irracionales y emotivos -sensibilidad social, posiciones éticas y religiosas, entre otros- los cuales no pueden ser interpretados como parte de una planificación.<sup>229</sup> Tampoco presenta evidencia sobre su visión de la criminalidad como un producto funcional al control del proletariado. Por último, Garland sostiene -a diferencia de Foucault- que el cambio hacia sanciones normalizadoras no ha logrado eliminar el carácter punitivo y emotivo del proceso penal.<sup>230</sup>

Como se observa, el análisis social del castigo no puede detenerse en las necesidades de control, Pieter Spierenburg expresa:

*“Tal vez los principios de disciplina y técnicas de poder-conocimiento proporcionen una tecnología de control con determinada lógica y potencial, pero su uso y propósitos dependerán de*

---

226 Pratt, John. Op. cit. Pág. 37.

227 Garland, David. Op. cit. Pág. 190.

228 Patton, Paul. Of power and persons, en M Morns v P Patton, Michel Foucault: Power, truth and strategy. 1979. Citado por en: Garland, David. Op. cit. Pág. 191.

229 Garland, David. Op. cit. Pág. 195.

230 Garland, David. Op. cit. Pág. 193.

*fuerzas sociales y culturales más amplias". La famosa "sociedad disciplinaria" o "sociedad de la vigilancia" no es presentada como un escenario futuro acorde con ciertos mecanismos disciplinarios incipientes, sino que es afirmada como una sociedad actual. En ella se describe una imagen alarmante del mundo social, desconociendo la influencia de las fuerzas compensatorias."*<sup>231</sup>

Concluyendo el recorrido propuesto en este título, advertimos en ambas tradiciones una *sobrevaloración de un sólo factor* -ya sea las necesidades del mercado laboral o la dimensión del poder- como explicación causal unívoca del devenir en las formas de la pena. La necesaria integración de enfoques sentará las bases para un diálogo más plural y enriquecedor sobre la sociología del castigo.

---

231 Garland, David. Op. cit. Pág. 200.