

PENSAR EL CASTIGO

Evolución de las formas penales en Michel Foucault *

Francisco J. Campos Zamora

Universidad de Costa Rica

RESUMEN. M. FOUCAULT se presenta como un escéptico frente a la influencia que el pensamiento ilustrado y los derechos humanos han tenido sobre la evolución de las formas penales. Él considera ingenuo que las transformaciones en la manera de determinar la verdad procesal y las tecnologías de la pena obedezcan a la reforma humanista. Lo suyo es el juego de los poderes, develar la forma como los discursos actúan en la sociedad y crean, poco a poco, nuevas estructuras ya sea en la clínica, la escuela, la fábrica o la prisión, todas ellas encaminadas siempre a ejercer nuevas formas de control sobre el sujeto. Este trabajo reseña la lectura desmitificadora que FOUCAULT realiza sobre la evolución de las formas penales (el proceso y la pena).

Palabras clave: M. FOUCAULT, Derecho penal, proceso, castigo, garantistas procesales.

ABSTRACT. M. FOUCAULT shows himself skeptic regarding the influence that Enlightenment thought and human rights have had over the evolution of the penal forms. For him, it would be naïve to consider that the transformations in both the way the formal procedural truth is determined and in penal technologies are owed to the Humanist Reform. No, his is a play of power, the unveiling of how discourses act on society and create, little by little, new structures; be it in the hospital, school, the factory or prison, all of them aimed at exercising new forms of control over the subject. In this work we will outline FOUCAULT's demystifying reading on the evolution of penal forms (criminal procedure and punishment).

Keywords: M. FOUCAULT, criminal Law, process, punishment, procedural guarantees.

* Fecha de recepción: 29 de junio de 2010. Fecha de aceptación: 8 de septiembre de 2011.

I. INTRODUCCIÓN

«Lo que se encuentra, al comienzo histórico de las cosas, no es la identidad aún preservada de su origen, es la discordia de las otras cosas, es el disparate».

FOUCAULT

«Soy un artificiero». Ésa es la respuesta final de M. FOUCAULT ante su entrevistador R.-P. DROIT, luego de negarse a ser considerado historiador o filósofo. Un artificiero es, en primer lugar, un geólogo, alguien que mira con atención los estratos del terreno, los pliegues y las fallas. Se pregunta: ¿Qué resultará fácil de excavar? ¿Qué se resistirá? Observa cómo se levantaron las fortalezas, escruta los relieves que se pueden utilizar para lanzar un asalto, pero no está en favor de la destrucción ni del estancamiento del saber sino de su avance, de que los muros puedan ser derribados¹.

La autopercepción usualmente varía de aquello que piensan los demás, por eso, se hará caso omiso de lo señalado por el pensador francés y se le definirá como filósofo, una nueva forma de filósofo, que se interesa por la historia, la verdad y el poder, y, sobre todo, por la lógica de las pequeñas cosas². Su obra se caracteriza por derribar mitos, mostrar las estructuras de poder subyacentes, así como por evidenciar el nacimiento, el desarrollo y la decadencia de ciertas instituciones sociales.

Ese interés de FOUCAULT no es ajeno al Derecho penal, antes bien, dos de sus más importantes obras, *La verdad y las formas jurídicas* y *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, las dedica a desnudar la evolución producida en las formas penales. Por un lado, analiza los cambios que han tenido lugar en el proceso, tanto respecto de los métodos empleados para fundamentar esa creencia denominada verdad (*racionalización de la prueba*), como alrededor de las causas que llevaron a los soberanos a secuestrar el desarrollo de los litigios (*publicación del proceso*).

Por otro, reseña las transformaciones que han tenido lugar en las formas de punición, tanto respecto del paso de la tortura hacia un sistema de vigilancia (*regulación de la pena*), como en lo referente a la influencia recibida de la separación entre delito y pecado (*secularización del delito*). Todos esos temas son fascinantes. Este trabajo intenta reconstruir esos avances del pensamiento foucaultiano, al tiempo que analiza sus aciertos y desaciertos, como lectura del discurso jurídico penal.

II. MICHEL FOUCAULT: MÚLTIPLES ROSTROS, INFINIDAD DE PROPUESTAS

«No me pregunten quién soy, ni me pidan que permanezca invariable».

FOUCAULT

Poitiers, un niño hijo de un prestigioso cirujano, se aburre entre dos guerras. Un brillante alumno de secundaria llega al Liceo Henri-IV a prepararse para la École Nor-

¹ DROIT, 2006: 71. En general, sobre este personaje, muy valiosa la biografía realizada por ERIBON, 1991.

² FOUCAULT, 2006: 227.

male Supérieure de París. Un estudiante parisiense, miembro del Partido Comunista Francés, intenta suicidarse y bordea la locura. Un apasionado de la psicología enseña en la Universidad de Lille. Un agregado cultural sorprende a la ciudad de Uppsala conduciendo un automóvil deportivo a gran velocidad. Un joven y encantador doctor imparte lecciones en Clermont-Ferrand. El titular de la cátedra de historia de los sistemas de pensamiento en el Collège de France hace las veces de viajero en un templo budista y conferencista en Berkeley. Un militante activo del grupo de información sobre las prisiones escribe para *Il Corriere della Sera*. Todos ellos, sujetos dispares en distintas épocas, responden a un mismo nombre: M. FOUCAULT.

FOUCAULT meditaba sobre las penitenciarías en lugar de hacerlo sobre asuntos ontológicos, prefería el estudio de la gendarmería a las pruebas de la existencia de Dios. Elegía a sus propios olvidados en lugar de los autores clásicos de la filosofía, cuando necesitaba referencias. Basta leerlo para confirmar que no era un historiador, su labor no se reducía a establecer los hechos, a restituir mentalidades y sacar a la luz cambios inadvertidos, ponía en acto otra forma de pensar, en la que entran en juego los estatutos del lenguaje y la verdad, de la razón y el inconsciente, de la historia y el sujeto, de la sexualidad y la locura³.

Se preocupaba por develar las estructuras de poder y los discursos en torno al nacimiento de la categoría de los presos, los locos y los enfermos, mostrando que era posible realizar un análisis profundo de fenómenos, a los cuales no se presta mayor atención. Mencionó, un poco en broma: «En este momento, me intereso por las puertas de los retretes de los cuarteles alemanes del siglo XVIII». Las respuestas que obtenía de ese tipo de cuestiones se entrelazan, perfectamente, con la historia del pensamiento. Todo un irregular, un «impresentable» de la filosofía.

Sus explicaciones resultaban fragmentadas, nunca fue su propósito construir sistemas o métodos, el llamado método FOUCAULT es invención de los manuales de filosofía, no suya. Contrario a muchos, prefería la práctica antes que elaborar grandes discursos. Su prematura muerte dejó en suspenso un buen número de interrogantes y malentendidos. ¿Cuál es el sentido de su obra? Se trataría de comprender cómo se vinculan todos sus libros, ello permitiría deshacer algunos errores y formar un individuo reconocible, identificado y etiquetado, de una vez para siempre; pero ello supone un error en la medida que el primer paso sería empezar por reconocer esa multiplicidad diseminada en FOUCAULT, que se rehúsa a coincidir consigo misma.

FOUCAULT no cesó de evolucionar, convertirse en otro y disociar su identidad. Sus rostros no pueden coincidir con los años ni con los textos. Una sola entrevista puede generar varios de ellos o pasar de uno al otro, ya que no se corresponden únicamente con las facetas de un carácter o una época. Esos rostros expresan relaciones de fuerzas; resultan siempre de una especie de guerra, que opone recíprocamente los enunciados, las formas de saber y poder, los dispositivos del discurso y la acción. Su pensamiento no es fijo y, por ello, rechazaba responsabilizarse a perpetuidad de un sentido inmóvil de sus trabajos. El caleidoscopio que constituyen sus obras permite captar en vivo la diversidad de los registros en que libró sus combates.

³ DROIT, 2006: 25, 26.

Las obras de FOUCAULT se hallan orientadas en una doble vertiente: la arqueología y la genealogía. La primera trataba de desentrañar las condiciones de aplicabilidad y los desarrollos en las formaciones discursivas en las prácticas lingüísticas. La idea era excavar capas al modo de los arqueólogos, para estudiar los modos históricos de configuración de determinadas espesuras discursivas y diferentes objetos de análisis. La arqueología tenía un papel de articulación, pues planteaba la firme distinción entre dos formas, pero se contentaba con indicar negativamente la otra forma como lo no discursivo, como se proponía definir la forma de los enunciados. Las obras *El nacimiento de la clínica*, *Las palabras y las cosas* y *La arqueología del saber*, entre otras, pertenecen a esta etapa.

La genealogía se opone al despliegue metahistórico de las significaciones ideales. No se trata de la imagen de unos que detentan el poder y otros que se someten, éste se presenta como una trama extendida a través de toda la sociedad, lo cual siempre hace posible tensar la red en algún punto y hacer temblar toda la estructura. Esta reflexión de FOUCAULT sobre el poder lo condujo a pensar la modernidad como el intento de constituir una sociedad disciplinaria, mediante tecnologías de control y constitución de identidades. De modo que el poder no apareció como una mera fuerza de represión, sino también como posibilidad de realización. Numerosos escritos pertenecieron a esta etapa, entre ellos: *¿Qué es un autor?*, *El orden del discurso* y *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*.

Su desaparición suscitó un sentimiento de injusticia y absurdo, pero no incitó a la aflicción, porque supo reírse de lo trágico. Su voz permanece en el papel, sus libros siguen produciendo efectos no previstos, encuentran lectores inesperados, desbaratan las clasificaciones donde se pretendía encerrarle y continúan incluyéndolo en luchas con las que no soñó. Un final apropiado para quien rechazó siempre la tiranía del autor.

FOUCAULT ha logrado no ser el amo de sus propios libros, el guardián del sentido único de su obra, alguien que dicta su ley al lector; por el contrario, concibió libros desacralizados, independientes de su productor, cajas de herramientas a las que cada cual se acerca para escoger un análisis o un concepto, según sus necesidades y para luchar, pensar o hablar; tres acciones que no son más que una, para sus ojos.

FOUCAULT sólo quería ocupar un espacio en blanco, quedarse sin identidad y escribir para perder el rostro; ha vencido su voluntad de no ser etiquetado y no es fácil decir en qué categoría jugó. Su programa de trabajo era polémico, nitroglicerina envasada en su estado más puro, saber, poder y sexualidad, difícil pedir más. Sus más destacados biógrafos, entre ellos DELEUZE, GUÉDEZ, DREYFUS, RABINOW y ERIBON, no se ponen de acuerdo respecto de cuál es su obra cumbre, entre *La historia de la locura en la edad clásica*, *Las palabras y las cosas*, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, o *Historia de la sexualidad*. Parecía que cada una de ellas era fundamental para una época particular. Su objetivo no era la reconstrucción del pasado y, por ello, ciertos historiadores lo miraban con recelo. Proclamaba: «Yo hago historia del presente».

Un hombre agonizante en 1984, en la Unidad de Cuidados Intensivos de la Salpêtrière, recibía el primer ejemplar de su último libro, *El cuidado de sí*, tomo tercero de su *Historia de la sexualidad*. Cinco días más tarde fallecía justamente en el mismo

hospital, cuyo nacimiento había descrito en sus obras. Ésta es la última de las imágenes a la que se puede denominar M. FOUCAULT⁴.

III. EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PROCESALES

«La verdad no existe... Sólo existen discursos históricamente reconocibles, que producen efectos de verdad, al delimitar lo que es pensable y lo que no lo es para una determinada época».

FOUCAULT

El pensamiento contemporáneo siente simpatía por los mitos griegos⁵. Desde la publicación de *El nacimiento de la tragedia*, obra en que se denuncian los peligrosos abusos del racionalismo, el análisis de la mitología griega en perspectiva filosófica se ha convertido, entre algunos filósofos, en un modelo recurrente⁶.

ADORNO y HORKHEIMER reconstruyeron la figura de Odiseo. Ellos consideraron que las peripecias del héroe homérico constituyen el primer caso del racionalismo ilustrado y dominación sobre la naturaleza. La Ilustración disuelve los mitos y entroniza la ciencia que aspira al ejercicio del poder sobre la naturaleza desencantada; Odiseo es el primer gran cosificador⁷. CAMUS se sirvió de Sísifo, quien fuera castigado por los dioses, para plasmar su filosofía del absurdo, el sentido de la vida y la cuestión del suicidio, que constituye el problema filosófico fundamental, según su opinión. BERLIN, por su parte, analiza una fascinante máxima griega: muchas cosas sabe el zorro, mas una sola y grande sabe el erizo, y agrupa en dos categorías a escritores y pensadores, por un lado, quienes persiguen muchos fines y por otro, aquellos que relacionan todo con una única visión central; los primeros ocupaban el papel de los zorros, y los segundos, el de los erizos⁸.

FOUCAULT hizo lo propio utilizando conocidas obras de HOMERO y SÓFOCLES⁹. Expone los métodos sobrenaturales de dirimir los conflictos, en *La verdad y las formas jurídicas*, así como el modelo de investigación racional de la verdad, presentes en los dos clásicos de la literatura griega, *La Ilíada* y *Edipo Rey*, respectivamente. Relata en la primera cómo se realiza una carrera de carros tirados por caballos, con ocasión de la muerte de Patroclo. Se produce una irregularidad durante su desarrollo y Menelao, el principal contrincante de Antíloco, presenta una queja ante el juez. ¿Cómo resolver la disputa? Curiosamente, no se apela a los testigos, sino que uno de los competidores lanza un desafío al otro, mediante el cual le exige colocar su mano derecha sobre la cabeza de su caballo, sujetar con la izquierda su fusta y negar ante Zeus haber atentado

⁴ DROIT, 2006: 30.

⁵ Cfr. JÜNGER, 2001.

⁶ NIETZSCHE, 2000.

⁷ HORKHEIMER y ADORNO, 2004: 97.

⁸ (*Poll' oído allóopex all' ekbínos hén méga*), BERLIN, 1981. Ese modelo también ha sido utilizado para describir a dos de las figuras más importantes de la matemática del siglo XX, B. RUSSELL y K. GÖDEL, el primero como zorro, el segundo como erizo. Al respecto, NAGEL y NEWMAN, 2005: 5.

⁹ Para FOUCAULT, la tragedia griega es siempre una tragedia sobre el derecho y muy especialmente sobre el derecho público, así como existe también una pertenencia esencial entre la novela y el problema de la norma. FOUCAULT, 2003a: 152.

contra la legalidad de la competencia. En ese instante, Antíloco reconoce su falta frente a la posible ira de los dioses.

El mito se ha hecho presente. Existe una forma antigua de producir la verdad jurídica, una forma sobrenatural que hace depender el resultado de los litigios del temperamento de quienes habitan el Olimpo y de los elementos como manifestación inconfundible de su carácter¹⁰. La determinación de la verdad es una labor ajena al destino de los hombres. La historia no recurre al testigo, se echa mano de una especie de juego de la prueba para determinar el culpable. Uno lanza un desafío, el otro asume el riesgo o renuncia a él. La responsabilidad de lo que sucedería, el descubrimiento final de la verdad, no dependería de los hombres, sino de la divinidad, y Zeus sería quien castigaría el falso juramento con su rayo, si hubiese jurado en vano¹¹.

FOUCAULT reconstruyó el mito de *Edipo Rey* desde una variable jurídica¹². Se propuso demostrar cómo esa obra instaura la investigación racional de la verdad desplazando la forma mítico-sobrenatural presente en *La Ilíada*. La obra de SÓFOCLES quiebra ese paradigma y expone un escenario completamente distinto, describiendo un método renovado de producir la verdad y resolver los conflictos entre los hombres. La verdad se establece en esta historia mediante una fórmula que se podría denominar *ley de las mitades*, por la cual se determina que Edipo no es sólo aquel que liberó a la ciudad de la Esfinge, sino quien asesinó a su padre y desposó a su madre cumpliendo la profecía.

Edipo consulta al oráculo de Delfos, en un primer momento, en busca de una solución para la peste que castiga a Tebas. Apolo le advierte que ésta cesará, cuando la falta sea expiada. La respuesta es oscura. Las palabras de Creonte iluminarán el misterio y darán a conocer que la maldición tiene su origen en un asesinato que nunca fue esclarecido. Apolo, consultado sobre la víctima, responderá: «Layo, el rey». Edipo exige conocer el nombre del asesino, mas no recibe respuesta alguna. No se puede forzar la respuesta de los dioses. Decidido a dar con la identidad del asesino acude donde el adivino Tiresias, aquel que habita en la noche de los sentidos. Éste le responderá que debe abandonar la ciudad si desea desterrar al asesino. El juego de las mitades se ha completado en su primer nivel. El dios y el adivino han señalado a Edipo.

Las palabras de Tiresias desconciertan a Edipo. Yocasta, pretendiendo consolarlo y sin sospechar que éste es su hijo, afirma que no puede haber sido él quien dio muerte al rey Layo, contrario a las predicciones del oráculo y de Tiresias, pues éste fue asesinado por varios hombres en un sitio particular, la encrucijada de tres caminos, según se dice. Edipo responderá, con cierta sospecha, que exactamente eso hizo él, matar a un

¹⁰ MURILLO, 1997: 110.

¹¹ FOUCAULT, 2003b: 41.

¹² La de M. FOUCAULT es la tercera gran reconstrucción de ese conocido mito griego luego de la clásica lectura freudiana en la cual el niño en su edad temprana ama a su madre y odia a su padre, y de la muy interesante propuesta del anti-Edipo elaborada por los franceses G. DELEUZE y F. GUATTARI, según la cual el mito no revela el contenido secreto de nuestro inconsciente, sino la forma de coacción que el psicoanálisis intenta imponer en la cura a nuestro deseo. FOUCAULT siente bastante aprecio por el estudio filosófico de las tragedias griegas, es así como en otra de sus obras analiza la noción de «parresia» a partir de las tragedias de EURÍPIDES. FOUCAULT, 2004a: 53-88. GROS y LÉVY, 2004.

hombre en la encrucijada de tres caminos, en un lugar muy parecido. Los recuerdos se entrelazan y forman una versión de la verdad¹³. El juego de las mitades se ha completado en su segundo nivel. Los reyes han señalado a Edipo.

Finalmente, la profecía señala que Layo no habría de morir en manos de cualquier hombre, sino de su propio hijo, de modo que la predicción no se verá realizada a menos que la paternidad de Layo sobre Edipo sea comprobada. Intervienen nuevamente dos personajes. Un esclavo llega desde Corinto anunciando la muerte de Polibio, a quien Edipo creía su padre. Existe todavía una esperanza. Edipo exclama que la predicción ha fallado, mas el esclavo le revelará que Polibio no era su verdadero padre. Hacia el final de la obra, un pastor interviene y asegura haber entregado a ese mismo esclavo, hará ya muchos años, un niño proveniente del palacio de Tebas¹⁴. El juego de las mitades se ha completado en su tercer nivel. El esclavo y el pastor han señalado a Edipo.

El misterio se ha resuelto. Cada personaje ha dado su versión de la historia y éstas son coincidentes. Dioses, adivinos, reyes, esclavos y pastores han señalado a Edipo. Aquello que saben los dioses del Olimpo también lo conocen los pastores del campo¹⁵. FOUCAULT considera que ésta es una reconstrucción racional de los hechos, una manifestación de un tipo de verdad reconstruida en el plano jurídico-político. El mito cede ante la fuerza de los hechos y la invocación a la divinidad no es necesaria para determinar quién es el poseedor de la verdad. La historia que SÓFOCLES narra rompe el paradigma en cuanto a la investigación de los hechos en el pensamiento griego e instaura las bases para lo que se conocerá, siglos después, con el nombre de modelo indagatorio.

Ese tipo de indagación primigenia, cual fue retratada por SÓFOCLES, se pierde durante el oscurantismo medieval, surgiendo otras formas de probar la verdad que recuerdan las referencias presentes en *La Ilíada*. El antiguo derecho germánico no pretendía establecer la verdad, la reconstrucción de lo sucedido no es relevante, antes bien, el litigio se reglamenta mediante lo que FOUCAULT denomina *juegos de la prueba* («*épreuves*»). El litigio se resuelve a partir de la importancia del individuo. El imputado puede establecer su inocencia con el testimonio de quienes acrediten su influencia en el grupo social, ante una querrela. Un segundo tipo consiste en la habilidad para pronunciar complicadas fórmulas lingüísticas sin cometer errores. Finalmente, las ordalías o juicios de Dios, luchas en las que se enfrenta al acusado a las fuerzas de la naturaleza, o bien se lleva al límite su resistencia física¹⁶.

Ese sistema de práctica judicial desaparece a fines del siglo XII y durante el siglo XIII. Se asiste a un renacimiento en la racionalización del proceso. Los juramentos ante los dioses y las luchas contra el agua y el fuego desaparecen y se da paso a una nueva forma de administrar justicia. Esa modalidad de saber será la *indagación*, que

¹³ FOUCAULT, 2003b: 45.

¹⁴ FOUCAULT, 2003b: 46.

¹⁵ Aun cuando FOUCAULT no explota este punto, la obra de SÓFOCLES es innovadora también respecto al tratamiento dado a los esclavos y los pastores. En ese sentido, y desde una lectura en clave política, Edipo, a su manera, quiebra con la estratificación social griega al mostrar que los testimonios de esos individuos, si bien no son ciudadanos *stricto sensu*, poseen la misma validez probatoria que la producida en los niveles de la divinidad y de la realeza.

¹⁶ FOUCAULT, 2003b: 72, 73.

aparece por primera vez en Grecia, se oculta durante la época medieval; sin embargo, se muestra distinta a aquella que tiene lugar en *Edipo Rey*, haciéndose acompañar por una idea poderosa que revoluciona la manera de resolver los conflictos: la publicación del proceso. Se inventa algo que no concierne tanto a los contenidos, sino a las formas y condiciones de posibilidad del saber¹⁷.

FOUCAULT destaca la importancia que revisten las armas y el comercio de los bienes, en esa época, además de la riqueza. El litigio judicial, en su forma más primitiva, como conflicto entre ofendido y agresor, sometidos a ciertas reglas de liquidación, aseguraba la circulación de los bienes. De ahí que los ricos y poderosos decidieran confiscar ese modelo para sí mismos. La disputa por resolver lo justo, para cada caso, ya no es un pleito entre individuos. Éstos pierden la potestad de resolver sus diferencias. En adelante deberán responder a una figura de poder, a una fuerza ajena (monarca o señor feudal) que se les impone como poder judicial y político¹⁸.

En segundo lugar, surge un nuevo actor que intervendrá en el proceso, alguien que no posee referente en el derecho romano ni en la tragedia griega. Los ricos y poderosos han secuestrado la administración de justicia, pero no lo hacen de manera directa, emplean la figura del procurador como su representante en el proceso. Éste se suma a la causa de la víctima representando al poder estatal lesionado por el crimen. El procurador se convierte en el doble de la víctima pues, al igual que ésta, busca resarcimiento ante la falta cometida. Este fenómeno, absolutamente nuevo, permite que el poder político se apodere de los procedimientos judiciales¹⁹.

El proceso descrito conlleva la aparición de un nuevo concepto jurídico de enorme relevancia: la infracción. Anteriormente, el drama jurídico era resuelto entre la víctima y el acusado. La falta deja de ser una ofensa entre individuos y se convierte en una infracción contra el poder público a partir de la incorporación del procurador y la idea de delito, como lesión estatal. El soberano es un actor de primera línea en el desarrollo del proceso; finalmente, pues, se asiste así a una de las formas penales²⁰.

Esa evolución no se detiene allí. El Estado no sólo es la parte lesionada, sino que además exige reparación. La reparación frente al ofendido-soberano se halla también junto a la reparación frente al ofendido-persona. Aparece esa idea genial y perversa que se materializa en la figura de la confiscación de bienes y que constituye uno de los grandes medios de incrementar sus propiedades, para las nacientes monarquías occidentales. El círculo se ha cerrado y ha sido alcanzado el objetivo, por el cual se introduce el soberano en la disputa de problemas: la obtención de riqueza²¹.

La figura de la indagación, como modelo de establecimiento de la verdad judicial, se fundamenta sobre parámetros racionales. Este modelo de gestión administrativa se basa en dos ideas sumamente poderosas que quiebran los paradigmas dominantes. Por

¹⁷ FOUCAULT, 2003b: 77.

¹⁸ FOUCAULT, 2003b: 77.

¹⁹ FOUCAULT, 2003b: 78.

²⁰ FOUCAULT, 2003b: 80.

²¹ FOUCAULT, 2003b: 81.

un lado, la racionalización en las formas de obtener la verdad se desliga de juramentos divinos, fórmulas lingüísticas y pruebas contra los elementos naturales. Por el otro, ocurre una transformación política que introduce al soberano como actor principal en el proceso, como ofendido por la actuación contraria a la ley y ya no sólo como quien dirimirá el conflicto.

IV. EVOLUCIÓN DE LAS FORMAS PUNITIVAS

«¿De dónde viene la prisión? Yo respondería: Un poco de todas partes. Sin duda ha habido invención, pero invención de toda una técnica de vigilancia y control, de identificación de los individuos y de clasificación de sus gestos».

FOUCAULT

La historia de las formas punitivas no es agradable, involucra la horca, la guillotina, la hoguera, el desmembramiento y la muerte. También es la historia de la prisión y del panoptismo; ya no se dirá muerte, sino control y vigilancia, pero, sobre todo, formas de poder. La punición se transformará a sí misma, su modelo ya no será puntual, no finalizará con el exterminio del condenado, su estrategia ha variado; será lento y ejercerá su influencia sobre el sujeto durante más tiempo; lo vigilará y lo examinará; podrá extraer mucho más de él, llegará a servirle incluso como objeto de estudio y fuente de saber. ¿Cómo se produce esa evolución? ¿Qué condiciones posibilitan ese cambio? ¿Qué tipo de delito sustenta una nueva tecnología de castigo?

FOUCAULT describe los suplicios a los cuales es sometido Damiens, en la obra *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, en 1757²². El castigo, en ese tiempo, no significa únicamente provocar dolor sobre un cuerpo, se debe dar un suplicio lento y agonizante que haga las veces de prevención general, para quienes pretendan infringir la ley, un teatro del horror («horror show»), cuyos elementos pueden ser fácilmente enumerados.

En primer lugar, su focalización: el culpable da a conocer su identidad y es conducido por las calles con un letrado que relata su abominable falta. Acto seguido, se produce la fragmentación, los verdugos dividen el cuerpo del condenado y aquello que una vez fue una unidad es ahora sólo un cúmulo de miembros desarticulados. Finalmente, tiene lugar la desaparición. Una vez desmembrado el cuerpo es quemado en la hoguera para luego esparcir sus cenizas al viento, haciendo desaparecer el crimen e incluso la memoria de su autor²³. Todo este proceso adopta la forma de un ritual en que el orden debía seguirse de la manera más estricta, siguiendo al pie de la letra un código de los tormentos. De lo contrario, no se cumplirían los fines perseguidos con el castigo como instrumento del poder real.

FOUCAULT consideraba que la tortura constituye el modelo punitivo frente a la ruptura de la voluntad del soberano positivizada en la ley. Toda infracción a la

²² FOUCAULT, 2006: 11, 12.

²³ BOULLANT, 2003: 34.

norma era considerada como un acto de guerra y un atentado contra su autoridad real. De ahí que, por un lado, el actuar del enemigo es reprimido con toda la fuerza y los mecanismos posibles y, por otro, debía servir de ejemplo disuasorio para quienes desearan desobedecer en el futuro²⁴. El espectáculo estaba completo, existe un motivo, una puesta en escena, un vestuario, un texto recitado o improvisado y no podían faltar los espectadores, precisamente los destinatarios del castigo, desde un plano de naturaleza simbólica, en definitiva un espectáculo que no podía ser ignorado²⁵.

FOUCAULT relata cómo las formas de castigo varían radicalmente tres cuartos de siglo más tarde y se sirve del *Reglamento para la Casa de jóvenes delincuentes de París* para probarlo. Éste no describe torturas, sino una forma de vida y, sobretudo, un empleo del tiempo²⁶.

La respuesta clásica que se ha brindado a ese cambio es aquella que encuentra sus raíces en la Ilustración y la reforma humanista, el suplicio es un resabio medieval que debe ser superado²⁷. Las ejecuciones públicas encienden el descontento popular, lejos de disminuir los niveles de criminalidad, y siembran la semilla para futuras revueltas políticas.

La reforma humanista exige la abolición del espectáculo de la atrocidad y una nueva interpretación del castigo aparece: la detención normalizadora. El ruido de las cerraduras y la sombra de las celdas toman el relevo del teatro del horror. No se exhibe el cuerpo del condenado. El alma es lo que se reeduca en el futuro.

FOUCAULT —escéptico de la Ilustración— desmitifica la fe ilustrada en el progreso, se enfrenta contra esa respuesta, muestra la violencia subyacente en la domesticación de los cuerpos y los procesos de dominación presentes en las sociedades disciplinarias modernas; tal como sucede en sus obras *La historia de la locura* y *El nacimiento de la clínica*. Una arqueología de la mirada médica²⁸.

Él afirma que no es posible separar el nacimiento de las instituciones sociales (ejército, fábrica, escuela y clínica) de las formas de poder²⁹. La prisión, como principal forma de castigo legal, en el siglo XIX, hace hincapié en la disciplina corporal mediante técnicas de vigilancia real o aparente. La prisión nació por la aparición de una sociedad disciplinaria y su articulación subsiguiente del poder, no por la buena voluntad de quienes pretendían humanizar el Derecho penal.

La figura que capta con más precisión esa nueva articulación del poder, a partir del siglo XIX, es el modelo panóptico. Éste se inspira en las ideas de BENTHAM y permite el control invisible de un gran número de prisioneros, por parte de un número relativa-

²⁴ DREYFUS y RABINOW, 1992: 212.

²⁵ En esa línea, BOULLANT, 2003: 34.

²⁶ FOUCAULT, 2006: 14, 15.

²⁷ DREYFUS y RABINOW, 1992, 214. DELEUZE, 1987: 65, 66.

²⁸ Al respecto muy interesante su Seminario sobre el texto de KANT «Was ist Aufklärung?». FOUCAULT, 2004b: 53.

²⁹ FOUCAULT, 2003c. GUEDEZ, 1972, 68, 69. Al respecto FOUCAULT señala «Un conjunto tan prescriptivo como el sistema penal ha buscado sus cimientos o su justificación, primero naturalmente, en una teoría del derecho, después a partir del siglo XIX, en un saber psiquiátrico: como si la palabra misma de la ley no pudiese estar autorizada en nuestra sociedad más que por el discurso de la verdad». FOUCAULT, 2002: 23.

mente escaso de vigilantes³⁰. El castigo legal, como la locura, tiene una historia variada e inestable que depende de los cambios surgidos por el nacimiento de instituciones encargadas de formar un conocimiento de los individuos y no sólo de las percepciones del criminal. El conocimiento está ligado al poder y la prisión se convierte en una herramienta del conocimiento³¹.

FOUCAULT olvida algo importante. Ese cambio en las formas punitivas no encuentra su origen exclusivo en la regulación del castigo tal cual. Antes bien, es posible hallar sus raíces en el desarrollo de un nuevo modelo de infracción, en algo que se podría denominar *secularización del delito*.

El principio fundamental del sistema penal moderno es que el crimen, en su sentido jurídico-penal, se debe desligar de la falta religiosa y la noción de pecado (pecado, en la visión premoderna, es una infracción al mandato de Dios). El delito, en la concepción moderna, es una infracción a la voluntad del soberano, o bien al mandato de los legisladores. No se está frente a un poder divino, sino ante un poder político. No puede haber infracción antes de la existencia de la ley y sólo sufrirán penalidades las conductas definidas como reprimibles por la ley de los hombres.

En ese sentido, las leyes formuladas por el poder político de una sociedad se valen por sí mismas, renunciando a transcribir los contenidos del mandato religioso. Una ley penal debe representar simplemente lo útil y definir como reprimible lo nocivo. El crimen no es algo emparentado con el pecado, sino una perturbación para el conjunto de la sociedad. Surge, por consiguiente, una nueva definición del criminal como aquel que perturba el buen vivir del resto de los hombres. El criminal es el enemigo social, quien ha quebrantado el orden de las relaciones entre sus semejantes, no el pecador, quien ha quebrantado su pacto con Dios³².

De ese modo, FOUCAULT reconoce cómo comienza a nacer una nueva tecnología de la pena desligada de la noción de pecado y del rompimiento de la relación con la divinidad, junto al proceso descrito. Las torturas detalladas en los manuales de inquisidores³³ no reflejan la mentalidad moderna de un sistema jurídico independiente de las concepciones religiosas; la idea, en adelante, no será destruir el cuerpo en este plano terrenal para salvar así el alma en el otro mundo. La reeducación, cuando menos en tesis de principio, será quien portará, en el futuro, el estandarte como nueva guía del proceso. El objetivo radicará en modificar la conducta del delincuente, en curar la patología que lo convierte en un sujeto peligroso y le impide convivir en armonía con sus semejantes.

El problema imputable al análisis llevado a cabo por FOUCAULT consiste en que omite diferenciar la tortura del suplicio, a lo largo de su obra, y hace uso indistinto de esas nociones, cual si fueran sinónimos. En ese sentido, se debe aclarar que se daba

³⁰ FOUCAULT, 2006: 203. FRAGOMENO, 2003: 18, 19.

³¹ ROJAS OSORIO, 1995: 133, 134.

³² FOUCAULT, 2003b: 97.

³³ De éstos, los más famosos fueron el *Malleus maleficarum* de H. KRAMER, el cual castigaba un delito por demás *sui generis* cual era el «*coitus cum diabolo*». Importantes son además el *Martillo de las brujas* de J. SPRENGER y H. INSTITORIS, así como los manuales de N. EYMERICH y B. GUI, personaje este último utilizado por U. ECO en su *best seller Il nome della rosa*. Sobre el tema, SALAS, 2006: 160. LLOBET RODRÍGUEZ, 1999: 34.

la tortura hasta los siglos XII-XIII, con el objetivo de arrancar una verdad al acusado y buscar la confesión de los hechos, fueran éstos reales o no; lo importante era fabricar un culpable. Una vez que el imputado declaraba su culpa, la tortura había cumplido su cometido. Ella era el instrumento para alcanzar la verdad procesal³⁴.

Esa situación cambiará en el periodo que va del siglo XII al XV y se inicia así una etapa de endurecimiento del sistema punitivo, en el cual surge el suplicio como instituto de naturaleza religiosa y no sólo judicial. La tortura como forma individual de provocar dolor queda atrás, su lugar será ocupado por el suplicio como manifestación colectiva del dolor.

Esta transición augura también una nueva forma de administrar justicia y una nueva forma de organización social y política del Derecho penal. La comisión de un delito no afecta ya sólo a una persona particular, se considera una lesión a los intereses de la comunidad. El delito se convierte en un fenómeno de masas. El acto de flagelar se convierte en una demostración que tiene lugar en las plazas públicas y los mercados. El dolor no se experimenta en la sombra de los calabozos, grita abiertamente³⁵.

V. CONCLUSIÓN

El problema más grande que afronta el Derecho penal contemporáneo es el Derecho penal mismo, su tan dudoso éxito como remedio social, pero ante todo, el clamor de quienes abogan por una mayor penalización. Estos populistas del Derecho penal son sujetos peligrosos, a quienes su ingenuidad ha conducido a ceder ante el engaño de un Derecho penal omnipotente, que establecerá una sociedad de paz.

Semejante visión del mundo no generaría mayores inconvenientes, si no presentara pretensiones de traspasar la esfera de la subjetividad. El problema comienza cuando ese modelo es tomado como guía de política criminal y el legislador da su apoyo a campañas de paz que, subrepticamente, incitan a la guerra. No es necesario engañarse, la idea vende.

¿Cómo oponerse a un escenario tan nefasto? Es indispensable una posición crítica frente al discurso penal, para no sobrecargar las expectativas de salvación, ya de por sí infladas, que sobre él descansan y pretenden reducirlo a una tecnología social, un discurso puramente formal al que se le puede introducir cualquier contenido, olvidando la discusión axiológica. El impulso al pensamiento crítico, en esa línea, y la invitación a la duda constante, frente a la presunta validez de los fundamentos históricos de las formas penales, constituyen unos de los mejores paliativos frente a la crisis descrita. En ese sentido, Derecho penal, pensamiento crítico y análisis histórico no deben ir nunca disociados.

Precisamente, la obra de FOUCAULT se presenta como sumamente útil en esa categoría. Sus análisis desnudan las estructuras de poder que entran en juego al definir lo

³⁴ SALAS, 2008.

³⁵ SALAS, 2008.

que es y no es punible para una sociedad, en un determinado momento. Su crítica evidencia cómo el pensamiento ilustrado y la lucha por los derechos humanos han jugado un papel mucho menor del que se les ha atribuido históricamente.

Su mérito reside en haber llamado la atención y relacionar los temas de la verdad, el castigo y la sociedad disciplinaria con el estudio del Derecho penal, así como mostrar las relaciones no siempre visibles y, a veces, insospechadas, entre el problema jurídico y las tramas del poder. Su aporte rebasa las respuestas apresuradas del inquisidor, implica derribar murallas y al mismo tiempo construir. No es labor de simples penalistas, es labor de artificieros del Derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- BERLIN, I., 1981: *El erizo y la zorra. Ensayo sobre la visión histórica de Tolstoi*, Barcelona, Muchnik Editores.
- BOULLANT, F., 2003: *Michel Foucault y las prisiones*, Buenos Aires, Nueva Visión.
- DELEUZE, G., 1987: *Foucault*, Barcelona, Paidós.
- DREYFUS, H., y RABINOW, P., 1992: *Michel Foucault. Un parcours philosophique, au-delà de l'objectivité et de la subjectivité*, Paris, Gallimard.
- DROIT, R.-P., 2006: *Entrevistas con Michel Foucault*, Barcelona, Paidós.
- ERIBON, D., 1991: *Michel Foucault*, Paris, Champs-Flammarion.
- FOUCAULT, M., 1990: *Tecnologías del yo*, Barcelona, Paidós.
- 2002: *El orden del discurso*, Barcelona, Tusquets.
- 2003a: *Hay que defender la sociedad*, Madrid, Ediciones Akal.
- 2003b: *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa.
- 2003c: *El nacimiento de la clínica. Una arqueología de la mirada médica*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.
- 2004a: *Discurso y verdad en la antigua Grecia*, Barcelona, Paidós.
- 2004b: *Sobre la Ilustración*, Madrid, Tecnos.
- 2006: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores.
- FRAGOMENO, R., 2003: *Las tribulaciones de la mirada. La lógica del castigo de los mercaderes, los financistas y los inspectores*, San José, Ediciones Perro Azul.
- GROS, F. y LÉVY, C., 2004: *Foucault y la filosofía antigua*, Buenos Aires, Ediciones Nueva Visión.
- GUEDEZ, A., 1972: *Foucault*, Paris, Psychothèque Éditions Universitaires.
- HORKHEIMER, M., y ADORNO, 2004: *Theodor W. Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Madrid, Trotta.
- JÜNGER, F. G., 2001: *Griechische Mythe*, Frankfurt am Main, Klostermann.
- LLOBET RODRÍGUEZ, J., 1999: *Garantías y Sistema Penal. Releyendo hoy a Cesare Beccaria*, San José, Ediciones Jurídicas Areté.
- MURILLO, S., 1997: *El discurso de Foucault. Estado, locura y anormalidad en la construcción del individuo moderno*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires.
- NAGEL, E., y NEWMAN, J., 2005: *El Teorema de Gödel*, Madrid, Tecnos.
- NIETZSCHE, F., 2000: *El nacimiento de la tragedia o Grecia y el pesimismo*, Alianza, Madrid.
- ROJAS OSORIO, Ó., 1995: *Foucault y el pensamiento contemporáneo*, Puerto Rico, Editorial de la Universidad de Puerto Rico.

- SALAS, M. E., 2006: «¿Es el Derecho Penal el padre de todas las ciencias?», *Revista de Ciencias Penales Iter Criminis*, núm. 5, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- 2008: «E. Theatrum Horrois: Nacimiento del derecho penal como espectáculo», *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal-Casación*, años VI/VII, núms. 6, 7, Buenos Aires, .
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, J., 1989: *Michel Foucault: Una filosofía de la acción*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.