

CRIMINOLOGÍA

*Etapas evolutivas del control estatal. Su incidencia en los sistemas punitivos.
Primera parte: el origen de la cárcel*

Reflexiones sobre la influencia de la ideología educativa en la reacción frente al menor infractor

ETAPAS EVOLUTIVAS DEL CONTROL ESTATAL. SU INCIDENCIA EN LOS SISTEMAS PUNITIVOS. PRIMERA PARTE: EL ORIGEN DE LA CÁRCEL

Orlando Humberto de la Vega Martinis

INTRODUCCIÓN

1. El presente escrito no pretende ser un estudio crítico sobre el sistema punitivo en Colombia, pues ello demandaría mayores esfuerzos que los plasmados aquí. Tampoco es un análisis jurídico sobre la viabilidad de las distintas teorías de la pena aplicables en nuestro medio, ya que ello orientaría el escrito en exceso hacia lo teórico y no resolvería nuestra duda principal. Así, nuestro objetivo es más modesto: aproximar una respuesta al interrogante de por qué en el ámbito jurídico estatal, y especialmente desde la revolución industrial burguesa, se tiene como única respuesta frente al delito la cárcel.

En efecto, un análisis detallado de las distintas teorías legitimadoras de la pena en el campo jurídico arroja como resultado que ellas no explican el porqué de la cárcel, su origen o su razón de ser, pues estas teorías se limitan a convalidar el *ius puniendi* estatal, independientemente de la forma que éste adopte, perspectiva desde la cual no se responde el interrogante que aquí nos inquieta, que formulado en otros términos puede expresarse así: ¿por qué predomina la cárcel como única respuesta frente a la gran variedad de delitos consagrados en el Código Penal?

2. Aunque no es nuestra intención sentar afirmaciones en el campo de la historia del Derecho, sino por el contrario estimular investigaciones al respecto, creemos que la sola justificación que históricamente traslucen las diversas teorías de la pena no di-

cen nada sobre la pena específica que deba imponerse frente a conductas concretas en un tiempo y lugar determinado, razón por la cual preferimos seguir aquí el enfoque dado al tema por RUSCHE y KIRCHHEIMER¹, quienes han analizado los sistemas punitivos separando la ideología que legitima la pena de su aplicación real. Así, según estos autores:

La pena no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo; por el contrario, debe ser entendida como un fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines [...] La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales².

Esta visión nos limita al aspecto fáctico de la pena, aspecto que en Colombia se traduce en la cárcel, desatendiendo en lo absoluto su aspecto jurídico. Sólo de esa forma podremos aproximarnos a un intento de respuesta frente al interrogante que nos orienta. Por supuesto, en esta primera parte no nos ocuparemos de la cárcel en Colombia sino de su origen en Europa, para así preparar el camino a un posterior estudio que emprenderemos sobre esta problemática, especialmente en lo relativo a su recepción en nuestro medio jurídico, trabajo que aún no se registra en los anales académicos patrios.

3. Sentado este presupuesto, notemos entonces cómo se hace evidente la necesaria relación que existe entre el sistema punitivo y la evolución de la teoría político-estatal³, cuestiones éstas que no pueden desligarse en su estudio. Por supuesto, esta afirmación requiere de una aclaración adicional. El campo de lo político estuvo reservado en la Europa continental durante mucho tiempo y en exclusivo a la soberanía parlamentaria. El resto era mera policía: “Era pues la tradición tecnocrática hobbesiana de la *machina machinarum*, del Estado-ejecutivo, máquina perfecta que administra una sociedad despolitizada de súbditos obedientes”⁴. Con ello las políticas de represión criminal estaban a cargo del legislador soberano de manera exclusiva conforme al principio de “reserva de ley”, tal como se planteó también en la base de la Constitución colombiana de 1886 –si bien la vigencia desmedida de los estados de excepción hizo ilusorio este planteamiento constitucional–. Pero este último aspecto es tema de la segunda parte de este escrito.

1. ASÍ, GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER. *Pena y estructura social*. EMILIO GARCÍA MÉNDEZ (trad), Bogotá, Temis, 1984.

2. *Ibíd.*, p. 3.

3. Recientemente también lo ha notado, desde otro enfoque, CARLOS ARTURO GÓMEZ PAVAJEAU. “De las correlativas y necesarias relaciones entre poder político, derecho penal y derechos fundamentales”, en *Estudios de dogmática en el nuevo código penal*, vol. II., 1.ª ed., Bogotá, Gustavo Ibáñez, 2003, pp. 21 a 109.

4. IVÁN OROZCO ABAD y JUAN GABRIEL GÓMEZ ALBARELLO. *Los peligros del nuevo constitucionalismo en materia criminal*, 2.ª ed., Bogotá, Temis-Universidad Nacional, 1999, p. 12, cursivas en el original.

Por ahora vale resaltar entonces que una cosa es la dogmática del delito y de la pena y otra muy distinta la decisión política de establecer un sistema punitivo concreto como medida de represión frente al crimen, cuestión esta última que obtiene sustento únicamente en virtud de la soberanía estatal. En efecto,

en lenguaje de hoy, el concepto de soberanía nos sitúa frente a la cuestión de la política como un poder de hecho, y como una actividad colectiva que se desarrolla en un espacio libre de regulación por el derecho, y con ello, en circunstancias de extrema complejidad para la decisión. En este mismo lenguaje, la idea de la dogmática, por el contrario, nos traslada a un escenario de actuación con libreto preestablecido, vale decir, a un escenario en el cual los fines, y en general, las pautas competenciales, procedimentales y materiales de comportamiento, han sido fijadas a manera de consensos presupuestos que cumplen la función –ordenadora– de reducir complejidad y de facilitar con ello los procesos de deliberación y de decisión, y aun, de implementación, mediante el expediente de sacar ciertos temas de la discusión pública. En síntesis, en tanto que, por lo menos en principio, el derecho se debe orientar según *inputs* –según normas y decisiones con valor normativo, como otros tantos objetivos dogmatizados–, la política, en cambio, se orienta según *outputs* –según objetivos no dogmatizados–⁵.

Trasladado el anterior planteamiento conceptual al tema de este escrito, significa que la adopción de la cárcel como respuesta al delito no se rige por los criterios dogmáticos que lo estructuran o que establecen la pena. Por el contrario, su adopción es un criterio político sustentado en la soberanía estatal como “poder de hecho”. Esa es la relación que vemos entre la teoría político-estatal y el sistema punitivo, y por eso buscaremos ahí la respuesta al interrogante que nos mueve: cómo nace la cárcel y por qué predomina como única respuesta frente al delito.

Por supuesto, entendemos que el sistema punitivo como medio de represión del delito no puede reconducirse a un común denominador y, por ello, no pretendemos encontrar una explicación sobre el origen de la cárcel que resulte satisfactoria para la inmensa cantidad de delitos que conforman los códigos penales de la postmodernidad. Así, en el presente trabajo refundiremos las dos tesis principales sobre el tema, las que limitan en buena medida su explicación del sistema punitivo a los delitos patrimoniales: el origen de la cárcel conforme a pautas impuestas por el mercado de trabajo⁶, expuesto por RUSCHE y KIRCHHEIMER, y el origen en el disciplinamiento con miras a la producción industrial⁷, tal como ha sido expuesto por FOUCAULT, en la medida en que ambas tesis muestran, a su modo, la relación entre soberanía estatal y sistema punitivo.

5. *Ibíd.*, pp. 13 y 14.

6. Cfr. RUSCHE y KIRCHHEIMER. *Ob. cit.*

7. Cfr. MICHEL FOUCAULT. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, AURELIO GARZÓN DEL CAMINO (trad.), 27.^a ed., en español, México, Siglo XXI, 1998.

4. Entendemos que éstas son razones más que suficientes para examinar la evolución de la teoría estatal y la directa incidencia que ella ha tenido en la adopción de un sistema punitivo en concreto, especialmente la cárcel, pues sólo comprendiendo esta cuestión podremos reflexionar con una panorámica completa acerca de la realidad de nuestro sistema punitivo. Sin embargo, como ya anunciamos, dejaremos para un estudio posterior el análisis de esta temática en nuestro contexto cultural.

I. EVOLUCIÓN DE LA TEORÍA ESTATAL. DEL ESTADO ABSOLUTO AL ESTADO LIBERAL

1. La evolución de los sistemas estatales europeos, de donde hemos tomado los nacionales, adolece de un grave defecto para quien se inicia en su estudio: la irregularidad con que se fue presentando en los diversos países. Ello obedeció a que en dicha evolución influyó grandemente el paulatino aparecimiento y desarrollo de los diversos sistemas económicos de producción que en esos territorios se presentaron —en forma por demás distinta según cada área cultural— hasta la llegada final del sistema capitalista.

Ello explica el que sigamos de manera general el orden en que estos sistemas fueron apareciendo en Europa, analizando su incidencia en las tesis político-estatales imperantes hasta la final recepción del sistema capitalista y su respuesta al delito: la cárcel⁸. Con ese fin examinaremos la decadencia del sistema económico feudal y las principales características de los sistemas de producción mercantil y capitalista, junto con su correspondiente teoría política. En el capítulo siguiente examinaremos su incidencia en el sistema punitivo adoptado por cada uno de estos modelos.

2. El Estado absoluto es el Estado originario. Él surge con la decadencia del sistema económico feudal y los nuevos intereses de la burguesía comerciante. Para rastrear los pasos de su nacimiento remontémonos al siglo xv europeo o alta Edad Media, período en el cual el feudalismo iba decayendo por diversas razones⁹, entre las cuales debemos destacar, en primer lugar, la ruptura del equilibrio social de la Edad Media, ruptura originada a raíz del comercio con Oriente fruto de las cruzadas, el cual hizo renacer el afán de lucro, y, en segundo lugar, debido a lo insostenible de su sistema económico autárquico, el cual perdió vigencia con el cambio de panorama producido precisamente gracias al renacimiento del comercio en manos de la burguesía y las diversas políticas estatales encaminadas a mejorar y aumentar la producción —p. ej. la ley de “cercados” en Inglaterra¹⁰—, todo lo cual contribuyó notablemente a trasladar

8. Así, EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *Penología*, reimp., 1.ª ed., Bogotá, Gustavo Ibáñez, 1998, p. 95.

9. Cfr. JUAN BUSTOS RAMÍREZ. “Estado y control. La ideología del control y el control de la ideología”, en *El pensamiento criminológico. Estado y control*, t. II, Bogotá, Temis, 1983, p. 11.

10. Cfr. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1998, p. 102.

el poder y la riqueza de manos de los señores feudales a una nueva clase social: la burguesía comerciante.

Para el nuevo modo de vida burgués era indispensable la producción a gran escala que les permitiera comerciar con los excedentes, es decir, necesitaban como contrapartida una economía monetaria donde las personas manejaran un capital y estuvieran dispuestas a comprar o, dicho en otras palabras, necesitaban la liberación de los siervos de la gleba con el fin de dejar atrás esa supuesta dependencia de los siervos frente a sus señores feudales, para de este modo introducirlos en el mercado de trabajo¹¹ donde deberían valerse por sí mismos gracias a los ingresos propios que lograran acumular tras la venta de su fuerza de trabajo a los señores burgueses, los nuevos amos de la riqueza.

Algunos estamentos como la Iglesia —que predicaba la economía de subsistencia y juzgaba avaro acumular riquezas— y por supuesto los mismos señores feudales —quienes veían caer su poder— se opusieron férreamente al nuevo estado de cosas, haciendo ver como ilegítimo el también nuevo modo de acumulación de riquezas y apelando para ello a doctrinas trascendentales fundadas principalmente en la religión. Por su parte el recurso al que acudieron los burgueses fue el de ayudar económicamente a la monarquía con el fin de (re-) establecer su poder, pues hasta ese entonces la Corona reinaba sólo en el papel ya que no había podido consolidarse ni a nivel externo (fronteras) ni interno (pacificación interior). El precio que pagaría la Corona sería gobernar bajo los nuevos dictados establecidos por la economía imperante y de ahí que el primer objetivo para cumplir por el nuevo Estado consolidado de forma absoluta en cabeza del monarca fuera, de un lado, establecer las condiciones materiales que permitieran la acumulación de riquezas y con ello el fortalecimiento de su propio poder, y, de otro, establecer una teoría que, en contravía con la legada por el feudalismo, legitimara el nuevo estado de cosas¹².

Este hecho determinó el nacimiento del Estado absoluto —que es el Estado originario— como garante de los nuevos ideales políticos, económicos y sociales. Él tenía una doble misión: legitimación y acumulación, es decir, el Estado absoluto debía permitir la acumulación de capital y la legitimación del orden social existente. Para lograr este último fin —la legitimación— recurrió a la por ese entonces tradicional identificación de soberano con Dios y, por tanto, con derecho, moral y justicia¹³. Se impuso así una idea del orden y del control que partía de la dependencia absoluta del individuo respecto del Estado materializada en la minimización de sus derechos y libertades.

Claro está, como esta tesis de legitimación resultaba peligrosa para la acumulación de capital —o sea su segundo y más importante objetivo—, en la medida en que no

11. RUSCHE y KIRCHHEIMER. cit., pp. 25 y ss.

12. Cfr. BUSTOS RAMÍREZ. Ob. cit., p. 12.

13. Ídem.

había libertad en las fuerzas de trabajo, se impuso entonces otra ideología, la liberal, fundada sobre las bases del contrato social y que predicaba una igualdad eminentemente formal (libertad de acudir al mercado a ofrecer o demandar productos). Al analizar el paso del Estado absoluto al liberal nos detendremos en este punto.

Antes es preciso analizar las características fundamentales del Estado absolutista. El Estado absoluto concentra el poder en manos de un monarca, es decir, él es el soberano, sobre su autoridad no puede levantarse ninguna otra. De ahí se desprende que sólo una idea de orden sea válida para este modelo estatal: la idea de orden del monarca, quien representa el derecho, la moral y la religión y quien echará mano del poder que logre acumular para imponer su idea del derecho.

También es importante destacar que en el surgimiento de este Estado –que data del siglo xvi en Europa– pero principalmente en su formación y consolidación ayudó decididamente la burguesía toda vez que el sistema económico feudal constituía una traba para la expansión del comercio y por eso decidió fortalecer al monarca hasta que éste también fue un obstáculo para sus pretensiones de acumulación de capital. Pero antes de que eso ocurriera pudo presionar libremente –en virtud de su poder económico– con el fin de que se adoptaran determinadas orientaciones generales contra la incipiente pero en aumento problemática de la criminalidad contra el patrimonio burgués. Es decir, la burguesía fue un catalizador importante para la soberana tarea del monarca de imponer el orden mediante criterios político-criminales.

Lo anterior significa, en otras palabras, que primero se fortaleció el poder del monarca gracias a la ayuda de la burguesía, pudiéndose así proclamar soberano por mandato divino, lo que significó la institucionalización del poder en cabeza del rey, quien, a su vez, como deudo de la burguesía dominante, debió ceder a sus pretensiones de seguridad en el proceso inicial de acumulación capitalista, para lo cual y en virtud del ejercicio de una política de seguridad total suprimió cruentamente las formas de desviación frente a la nueva regla sagrada: la protección de la propiedad.

Recordemos también otro hecho que contribuyó a la consolidación de una fuerte política de seguridad que abarcaba en su seno a la política criminal, consistente en que en este lento pero continuo proceso de consolidación del poder en manos del monarca debió primero librarse una fuerte lucha contra las pretensiones del imperio universal (sacro imperio romano germánico, Iglesia católica) que a nivel externo amenazaban la incipiente formación estatal e igualmente contra los señores feudales, quienes a nivel interno amenazaban destruir la unidad nacional. Por eso, en ese estado de violencia generalizada se impuso una política única de seguridad que abarcaba la seguridad exterior (guerra interestatal) y la seguridad interior (políticas criminal, social, etc), siendo cualquiera que atentara contra esta seguridad enemigo estatal, desde el guerrero del país extranjero hasta el delincuente común interno. A este proceso se le llama proceso de pacificación y el mismo se le atribuye al Estado absoluto, que para ello ejerció un derecho penal de enemigo¹⁴.

Como vemos, la soberanía se entendió en este modelo estatal como un poder absoluto en cabeza de una persona que la detentaría por disposición divina y por tanto irrefutable. Gracias a ella le sería válido imponer una política criminal dirigida a la erradicación de cualquier manifestación que se desviara de la idea de orden y que a su vez constituiría un pequeño apéndice de una política mayor: la política de seguridad total, exigida por la burguesía con su necesidad de orden interno y añorada por la Corona con su necesidad de orden externo (fronteras).

Por ello puede decirse que el sistema punitivo de este período comporta una estructura bélico-punitiva-totalizante: bélica, en cuanto dirigida a sancionar la desviación de la idea de Derecho dominante; punitiva, pues asimilaba a los desviados como enemigos que atentaban contra el orden estatal apenas en proceso de formación; y totalizante, pues por este medio se pretendía lograr las condiciones básicas de existencia del Estado.

En otras palabras, en este período estatal absolutista el sistema punitivo iba dirigido contra todo aquel que atentara contra el nuevo orden social ayudado a construir por la incipiente clase capitalista en virtud de una política criminal que apenas era una pequeña parte de una política mayor, la política de seguridad total, sustentada esta última gracias al poder absoluto y soberano del monarca.

3. Pero como ya habíamos indicado párrafos atrás, el Estado absoluto tenía una grave falencia a los ojos del capitalismo: al no permitir la libertad de las fuerzas de trabajo hacía peligrar el proceso de acumulación inicial de capital, fundamental para este sistema de producción. En efecto, acorde con las tendencias económicas de la época, con su misma teoría trascendental legitimante y principalmente debido a su necesidad de imposición de orden, el Estado también quiso ser productor y fortalecer su propio enriquecimiento a través de políticas proteccionistas y mercantilistas, para lo cual canalizó toda una masa de material humano que hasta ese entonces era ajena al proceso de producción, principalmente vagabundos, mendigos, locos y en general desadaptados del nuevo modelo económico, volviéndolos funcionales a sus fines de producción mercantilista.

Claro está que el inicial reclutamiento de este personal se hizo a instancias de las clases burguesas, quienes veían con preocupación a esa rueda suelta dentro de su sistema, compuesto sólo por dos clases: propietarios y trabajadores y para el cual todo lo demás era disfuncional. Por ello se crearon las casas de trabajo y los hospitales generales, con el objeto de ir preparando ese ejército de reserva para cuando las condiciones del mercado demandaran una mayor cantidad de mano de obra¹⁵. Mientras tanto, en virtud del entrenamiento recibido en estas casas de trabajo y hospitales

14. Cfr. OROZCO ABAD y GÓMEZ ALBARELLO. Ob. cit., pp. 31 y ss.

15. Cfr. RUSCHE y KIRCHHEIMER. Ob. cit., pp. 38 y ss.

generales le fue fácil al Estado imponer una economía nueva: el mercantilismo. En efecto,

La teoría mercantilista se basaba en la necesidad de que existiera un poder político efectivo que garantizara la libertad de comercio, de industria, de producción de manufacturas, de fijación de precios, de oferta y demanda a nivel interno y protegiera las actividades productivas y el intercambio de la riqueza dentro de un determinado ámbito geográfico. El mercantilismo aspiraba así a un *proteccionismo* de Estado para las actividades lucrativas en un espacio físico amplio, aunque cerrado, que constituiría, con el correr del tiempo, el futuro Estado moderno¹⁶.

Estas funciones “adicionales” desempeñadas por el Estado absoluto lo llevaron a su colapso, pues las mismas atentaron gravemente contra la inicial acumulación capitalista, mientras que de otro lado, en el campo de la legitimación, el ejercicio arbitrario del poder produjo las reacciones que condujeron al Estado liberal.

Dicho en otras palabras, si bien la centralización total del poder llevada a cabo por el Estado absoluto era indispensable para el proceso de acumulación de capital, la centralización máxima derivaba en una dependencia total del individuo hacia el Estado debido a la —en ese entonces más importante— necesidad de supervivencia y consolidación del Estado frente a las garantías individuales. Este hecho generó cierta desarmonía social y con ello cierta deslegitimación, tal como ha hecho notar BUSTOS RAMÍREZ, quien sobre el tema afirma que:

Ese control total y personal provoca la inseguridad de los individuos y se lucha entonces ideológica y prácticamente por la racionalidad y las libertades. La racionalidad es una lucha contra el carácter *personal* del control, y las libertades una lucha contra el control en cuanto tal. En sus orígenes, el Estado actual es el Estado de la inseguridad *del* individuo y, en cambio, el estadio de la seguridad *del* Estado: su autonomía y subsistencia se logra mediante la dependencia total del individuo¹⁷.

Se presentó así la primera gran fisura del Estado absoluto: su deslegitimación, la cual radicaba precisamente en uno de los conceptos a nuestro juicio fundamentales para la comprensión del sistema punitivo: el poder soberano que subyugaba en grado máximo al súbdito, mientras que por otro lado, en el campo económico, los problemas que suscitaba este Estado “mercantilista” para la acumulación de capital llevaron al tránsito hacia el Estado liberal y su consigna máxima: dejar hacer, dejar pasar. Lo anterior, pues el capitalismo necesitaba de un mercado libre y éste, a su vez, de la libre reproducción

16. VLADIMIRO NARANJO MESA. *Teoría constitucional e instituciones políticas*, 8.^a ed., Bogotá, Temis, 2000, p. 201, cursivas en el original.

17. BUSTOS RAMÍREZ. Ob. cit., p. 12, cursivas en el original.

de la fuerza de trabajo entendida como la capacidad de hombres y mujeres de realizar un trabajo¹⁸, todo lo cual se ponía en peligro con la dependencia absoluta del individuo al Estado y con las instituciones de control estatales, como las casas de trabajo y los hospitales generales. Conclusión forzada de la anterior situación fue la inmediata sustitución del modelo de Estado absoluto por un nuevo modelo que garantizara la acumulación mediante otra teoría legitimadora: la del contrato social.

4. El nuevo modelo de Estado fue el liberal o Estado clásico de derecho, fundado principalmente en la libertad formal de todos los hombres pero que en realidad se reducía únicamente a la simple libertad de acudir al mercado a demandar y ofrecer servicios o, lo que es lo mismo, el objetivo principal de este Estado era garantizar la acumulación. No obstante ello, también debió acudir a cierta teoría que legitimara esta nueva situación y con ese fin acudió a la filosofía política del siglo XVIII, que fue la encargada de impugnar la validez de los mitos teológicos que fundaban la legitimidad del Estado absoluto mediante la formulación de nuevas teorías políticas sobre el origen de la sociedad y el modelo estatal acorde con dicho origen.

Es decir, se sustituyó el paraíso bíblico por el estado de naturaleza, eje central de la nueva teoría del pacto social, teoría que sirvió para remover las trabas puestas a la inteligencia por la teología mediante el expediente racional del contrato social. Dentro de esta teoría vale distinguir entre dos corrientes que para los fines de este trabajo llamaremos el contractualismo inglés, donde se ubica la obra de HOBBS, y el contractualismo continental, caracterizado principalmente por la obra de ROUSSEAU.

En efecto, resulta pertinente hacer la anterior distinción pues algunos autores, como ZAFFARONI¹⁹, ven en ella el reflejo del correspondiente sistema de producción. Así, era totalmente lógico que el discurso contractualista inglés no admitiera a la voluntad general como el interés máximo para proteger por el Estado toda vez que en Inglaterra las condiciones del capitalismo eran en grado sumo óptimas y los burgueses ya ocupaban las posiciones dominantes desde el Parlamento y por ello no les interesaba defender a nadie más que a su misma clase. Esto incidió en el discurso utilitarista inglés, el cual iba dirigido al puro disciplinarismo teóricamente preventivo y basado en la anormalidad del crimen. Por su parte el discurso europeo aún se veía en la necesidad de combatir a las clases señoriales y para ello no podían alegar abiertamente el problema que los aquejaba, es decir, la traba que constituía el poder señorial para los fines de la acumulación, sino que por el contrario la vía para desmontar el poder de la nobleza era atacar su legitimación.

Es por eso que —una vez más según ZAFFARONI²⁰— el contrato social de ROUSSEAU contempla la voluntad general como el interés supremo del Estado, pues la misma

18. Así, BUSTOS RAMÍREZ. Ob. cit., p. 14.

19. Cfr. ZAFFARONI. Ob. cit., pp. 113 y 114.

20. Ídem.

—y con ello los intereses de la burguesía— aún podía verse afectada en virtud de la dependencia absoluta del individuo al monarca. Con ello también era aún posible criminalizar a la burguesía no consolidada, razón que los llevaba a idear un sistema de explicación de la criminalidad en el cual el delincuente no fuera un ser anormal sino simplemente un ciudadano que libremente había roto el pacto social y que por ello merecía una pena retributiva o incluso simplemente la reparación, tal como se usa en el derecho civil para el incumplimiento de los contratos²¹.

Nótese entonces cómo a la luz de la teoría del contrato social la soberanía no se entendió más como un atributo otorgado por la divinidad sino que bien se hizo radicar en el pueblo (ROUSSEAU) o en su representación (HOBBS), respondiendo esta última teoría a los intereses de la acumulación capitalista consolidada, como por ejemplo la inglesa, mientras que la primera resultaba propicia para defender el ascenso de la clase capitalista al poder en abierta lucha con la nobleza.

Significa lo anterior que ya no habría más una dependencia total del individuo frente al monarca, es decir, una dependencia vertical, sino que la legitimación sería ahora horizontal en la medida en que ella tendría su origen en un acuerdo social cuyas características variarían según la posibilidad de ser criminalizado o no en razón a esa misma teoría. Por ello la política criminal de la burguesía en ascenso fue del todo garantista, basada en un ficticio acuerdo social sobre las reglas para vivir en comunidad y de ahí que quien libremente las infringiera debiera reparar el daño causado o recibir una pena retributiva.

Por su parte, el contractualismo predicado por la burguesía ya consolidada traía consecuencias radicalmente opuestas²². En efecto, para ella el poder soberano no estaba en el pueblo sino en su representación parlamentaria, quienes entendían al delito como una grave anomalía, dañina en el seno de una sociedad consolidada y por ello las medidas político-criminales iban dirigidas a erradicar a toda costa y por todos los métodos la criminalidad.

5. A manera de recapitulación podemos decir lo siguiente: 1. el Estado absoluto es el Estado originario, sobre sus hombros recayó la tarea de consolidar el poder estatal mediante la definición de sus fronteras (guerra exterior) y mediante la pacificación interior (política de seguridad total). Debido a sus precarias condiciones de existencia todo aquel que atentara contra su soberanía era considerado enemigo. Por eso se acudió a un derecho penal bélico-punitivo-totalizante. Estas condiciones permitieron el auge del comercio y sentaron las bases del capitalismo. Sin embargo 2. el Estado quiso ser productor mediante técnicas mercantilistas, lo cual, sumado a la dependencia total de individuo frente al Estado, puso en riesgo el proceso de acumulación de

21. Cfr. ZAFFARONI. Ob. cit., p. 114.

22. *Ibíd.*, pp. 113 y ss.

capital, razón que motivó el reemplazo del modelo de Estado absolutista por otro modelo que, mediante un teoría legitimadora más acorde con las necesidades de la burguesía, garantizara las condiciones de libre mercado, requisito fundamental del sistema capitalista. Nació así 3. el Estado liberal, el cual se fundó en la teoría del contrato social, teoría que presentó dos variantes según el grado de desarrollo del sistema capitalista. Por un lado fue totalmente garantista cuando la burguesía aún se veía en peligro de ser criminalizada por los rezagos del Estado absoluto, predicándose frente al delito una pena retributiva proporcional al daño causado o la mera reparación. Por otro lado, cuando ya las bases del capitalismo se hallaban arraigadas y los puestos del parlamento eran ocupados por la burguesía, se vio el delito como un síntoma de anormalidad y se predicó la defensa social y la irracionalidad del delincuente. Las incidencias de estas concepciones políticas en la adopción del sistema punitivo serán examinadas a continuación.

II. INFLUENCIA DE LA TEORÍA ESTATAL EN LOS SISTEMAS PUNITIVOS. EL ORIGEN DE LA CÁRCEL

1. Como señalamos anteriormente, encontramos estrecha relación entre la teoría del Estado y el sistema punitivo adoptado en cada modelo estatal como forma específica de control social. Sin embargo, aún no hemos dicho por qué en algunos de estos modelos surge la cárcel como única respuesta frente al delito. A ese tema dedicaremos el capítulo final de este escrito.

2. Bajo el modelo feudal de producción de la alta Edad Media no existía un sistema formal de control social como hoy lo conocemos; es más: el sistema punitivo sólo se judicializó en razón de las pingües ganancias que poco a poco empezó a representar la administración judicial²³, hecho que anteriormente no se daba y por lo cual era preferible dejar los litigios a la composición privada (sistemas de control informal). También debe hacerse notar cómo en los inicios de este sistema judicial público era válida la elección entre penas corporales y pecuniarias, esto según la capacidad de pago del penado, la cual normalmente estaba ligada a su estatus económico social, es decir, el sistema penal tenía un carácter eminentemente clasista. Lo anterior ha hecho concluir que el procedimiento criminal de la Edad Media iba dirigido contra las clases bajas, pues para los señores feudales existía la posibilidad de escapar a la sanción mediante el pago de una suma de dinero²⁴.

En este periodo histórico encontramos una gran variedad de sanciones, todas ellas diferentes a la cárcel, fundamentalmente la economía del castigo corporal, denomi-

23. Cfr. RUSCHE y KIRCHHEIMER. Ob. cit., p. 9.

24. Cfr. *ibíd.*, pp. 15 y ss, donde se hace la siguiente afirmación: "Si bien el problema pueda ser difícilmente resuelto con meras referencias al texto del código o a las fuentes históricas, no cabe duda de que la práctica judicial se basa en concepciones clasista antes que en juicios de carácter moral".

nada así por FOUCAULT²⁵. Pena de muerte, el cuerpo del culpable supliciado, descuartizado, amputado, marcado simbólicamente en el rostro²⁶, la lengua taladrada, entre otras no menos espantosas.

En efecto, con el surgimiento y auge de la burguesía ya en la baja Edad Media se vio la necesidad de fortalecer el derecho de propiedad, para lo cual debería sancionarse drásticamente su vulneración mediante la respectiva calificación de desviadas de la idea de orden que obtendrían las conductas que atentaran contra este derecho, lo cual implicó un progresivo aumento de las penas corporales contra las clases desposeídas, quienes compartían con las clases poderosas la necesidad de bienes materiales para su desarrollo y sustento pero que eran incapaces de sufragar los montos de las penas pecuniarias. De otra parte, como tampoco estaba totalmente estructurado el sistema de producción capitalista y su respuesta al delito: la cárcel, ni su antecesor, el mercantilista con sus casas de trabajo y hospitales generales, se vio entonces como la mejor opción frente a las conductas desviadas de los pobres acudir a su cuerpo como objeto en el cual descargar la sanción, pretendiendo de esta forma alejarlos de las socialmente legítimas expectativas que los animaban bien fuera a tomar parte ellos también en el sistema de producción que se gestaba o bien a procurarse siquiera sus medios mínimos de subsistencia.

Como vemos, el sistema punitivo de este periodo acudió a los únicos mecanismos de que pudo echar mano para imponer la nueva idea de orden frente a los desposeídos, quienes por supuesto no la compartían. De ahí que las conclusiones de los primeros estudios penológicos, con una estrecha visión del asunto, caracterizaran este período por su crueldad para, a renglón seguido, tratar a la privación de la libertad como un avance debido al progreso humano que trajo la introducción del humanismo en el seno de las corrientes filosóficas de la ilustración²⁷, movimiento cuyo apogeo no por casualidad coincidió con el ascenso de la burguesía al poder, la primera interesada en el fortalecimiento de la prisión y con ella de la disciplina requerida en sus fábricas. Por ello resulta altamente acertada la siguiente conclusión expuesta por RUSCHE y KIRCHHEIMER:

Todo el sistema punitivo de la baja Edad Media demuestra claramente que no existía escasez de mano de obra, por lo menos en las grandes ciudades, y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo también progresivamente el valor de la vida humana [...] El significado de la pena de muerte permaneció aparentemente inmutable, pero en la práctica adquirió un sentido

25. Cfr. FOUCAULT. Ob. cit., p. 15.

26. Cfr. ibíd., p. 16.

27. Para un análisis detallado de las teorías tradicionales y modernas del nacimiento de la prisión, con críticas, cfr. EMIRO SANDOVAL HUERTAS. "El nacimiento de la prisión", *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, n.º 9, vol. III, marzo de 1980, pp. 14 y ss.

por completo diferente: de ser una pena extrema para el caso de delitos graves, se convirtió en un medio para desembarazarse de individuos que constituían un peligro social”²⁸.

Como podemos apreciar, la Edad Media se caracterizó, en lo que a su sistema de control social formal se refiere, por el empleo de penas crueles. Sin embargo, ello no obedeció a sentimientos de maldad sino que las mismas se aplicaron como el medio más eficaz para eliminar a los desadaptados del modelo económico que se imponía; es decir, frente a cierto tipo de piezas disfuncionales al sistema de producción económico se acudió a un mecanismo de control que eliminara a los diferentes a fin de garantizar la igualdad entre las dos únicas clases llamadas a desenvolverse en el sistema capitalista: propietarios y trabajadores.

3. Finalizando el siglo XVI los métodos punitivos crueles variaron en virtud de la posibilidad de explotación de la mano de obra de los penados. Altamente correcta resulta entonces la siguiente afirmación de RUSCHE y KIRCHHEIMER:

Estos cambios constituyeron el resultado no de consideraciones humanitarias, sino de un cierto desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo²⁹.

Es decir, el verdadero significado del cambio operado en el sistema de sanciones vigente se encuentra en la imperiosa necesidad de mano de obra, la cual se debió en buena medida a la considerablemente alta disminución de la población que padeció el continente europeo como consecuencia de las diversas guerras que se adelantaban en su territorio y que condujeron a una gran escasez de personal apto para trabajar en las incipientes fábricas burguesas, hecho que puede apreciarse con el notable aumento de los salarios reales como consecuencia del alto valor que tenía ahora la poca mano de obra disponible y también por el hecho, antes impensable, de que la masa de desposeídos pudiera imponer condiciones laborales favorables a ellos³⁰.

En otras palabras, precisamente cuando mejor les estaba yendo a las clases propietarias la fuerza de trabajo se hizo escasa, lo cual significó un cambio en su forma de operar para poder cubrir toda la estructura del mercado sin dejar de lado la necesaria acumulación característica de esta fase precapitalista. Ello condujo también, por supuesto, a la introducción de cambios en el sistema punitivo consecuentes con esta necesidad. Quiere decir lo anterior que si bien la idea de orden burguesa continuaba vigente, su mecanismo de control debía sufrir severos cambios. Ahora tanto las autoridades estatales como los propietarios burgueses se veían en la obligación de diseñar

28. RUSCHE y KIRCHHEIMER. Ob. cit., p. 20.

29. *Ibíd.*, p. 25.

30. *Ibíd.*, p. 26.

un sistema nuevo de respuestas frente a los mendigos, vagabundos, locos y desviados en general que cobijara tanto a los ineptos como a los aptos para el trabajo, esencialmente distinto del anterior sistema punitivo que desperdiciaba inútilmente con sus muertes y mutilaciones el potencial de estas masas como ejércitos laborales de reserva. Con ese fin se idearon políticas sociales dirigidas a las masas ineptas para el trabajo a fin de disciplinarlas y adecuarlas para las labores de la fábrica y, a la vez, una estricta política criminal para aquellos que siendo aptos para el trabajo osaban ejercer la mendicidad o rebelarse contra las bajas tasas de salarios impuestas por la autoridad bajo presiones burguesas. Como vimos en el acápite anterior, esto dio origen al sistema mercantilista con sus casas de trabajo y hospitales generales como nueva respuesta a los requerimientos de mano de obra capacitada necesaria para la final llegada del sistema capitalista y de la cárcel.

Sin embargo, el abuso estatal de estas políticas sociales dirigidas contra los desadaptados puso en peligro la acumulación de capital al limitar la libertad de las fuerzas de trabajo y con ello el ciclo económico, razón que llevó a los incipientes capitalistas a protestar contra esta lesión de sus intereses representados en sus monopolios y cuya única solución estribaba en declarar la libertad como ley natural que debía regir los destinos de la sociedad a manera de una “mano invisible”. Nació así, de la mano del capitalismo, el Estado de derecho o liberal clásico.

4. El problema de la criminalidad surge con el Estado liberal y por eso se nos presenta de vital importancia analizar el sistema punitivo que este específico modelo de Estado adoptó: la cárcel. Sin embargo, antes debemos hacer la siguiente precisión. Algunos autores han analizado el origen de la cárcel dentro de un tema más amplio: los objetivos o funciones de la sanción penal³¹, más exactamente dentro de la fase correccionalista de la sanción. Esta tesis, sostenida en Colombia por el profesor SANDOVAL HUERTAS³², si bien nos parece correcta en sus conclusiones, deja de lado el aspecto que más nos interesa: la relación entre el modelo de estado adoptado, su teoría legitimadora y el concreto sistema punitivo. De esta forma este escrito intenta ser un complemento de la *Penología* del profesor SANDOVAL.

En cuanto a la legitimación, debemos decir que la teoría del pacto social sólo encuentra terreno abonado en un Estado pacificado a nivel interno, tarea que ya había cumplido satisfactoriamente el Estado absoluto gracias a su política de seguridad total. Por ello puede hablarse en esta fase de la *machina machinarum* hobbesiana, es decir, de un Estado compuesto por ciudadanos obedientes a la ley y sancionados mediante un pena retributiva en caso de infracciones a la misma. De ahí que una obra representativa de esta época, como lo fue la del MARQUÉS DE BECCARIA³³, estableciera una

31. Así, SANDOVAL HUERTAS. Ob. cit., pp. 77 y ss.

32. *Ibíd.* pp. 77 y ss.

33. CESARE BECCARIA. *De los delitos y de las penas*, 3.^a ed., a cargo de NÓDIER AGUDELO BETANCOUR, Bogotá, Temis, 2000.

estrecha relación de proporcionalidad entre la acción delictiva y la pena impuesta conforme a la naturaleza misma del delito³⁴. Así, los atentados contra la persona serían castigados con penas corporales y los atentados contra la hacienda lo serían con penas pecuniarias³⁵.

Como vemos, hasta este momento la cárcel sólo tendría sentido retributivo frente a hechos que mermaran la libertad individual, es decir, un sistema punitivo acorde con la ideología liberal del pacto social no tendría por qué imponer la cárcel como única medida de represión frente al delito sino, por el contrario, acudir a la ley del talión.

Sin embargo, recordemos que el contenido teórico del contrato social varía según las distintas posiciones que fue asumiendo la burguesía hasta consolidarse en el poder. Así, mientras luchaba contra las clases señoriales predicó una igualdad total que permitía al ser humano asociarse con sus semejantes para establecer las reglas de convivencia en el marco de un sistema jurídico garantista, con lo cual se hablaba de la retribución penal y de la reparación del daño, tal como ocurre en el derecho civil.

Pero una vez en el poder trocó su posición por la de la anormalidad del delincuente, personaje que manifestaba su irracionalidad al violar el pacto social y quien debía ser por ello disciplinado³⁶. En efecto, una vez llegada la burguesía al poder vio con horror las desviaciones de sus modelos de conducta y sintió más que nunca la necesidad, no ya de imponer, sino ahora de controlar las desviaciones frente a sus modelos de referencia. Para ello acudieron a las penas privativas de libertad que cumplían la doble tarea de trabajar sobre la psique de los individuos –teóricamente–, disciplinándolos para el trabajo e, igualmente, permitía guardar un ejército laboral de reserva para cuando las condiciones del mercado permitieran su liberación, deshaciéndose de paso de las ruedas sueltas del sistema capitalista –esto sí de forma real–. Nacieron así la prisión como pena y la teoría de la prevención general como su justificación. Ese es, a nuestro juicio, el verdadero origen de la cárcel.

CONCLUSIÓN

1. Los diversos tipos de Estado que se fueron sucediendo en Europa arrancan con el Estado absoluto, el cual ha sido denominado Estado originario pues cargó con la doble tarea, transmitida a sus distintos sucesores, de la acumulación y la legitimación, concluyendo que desde el absolutismo temprano –Estado originario– hasta el hoy llamado Estado de Seguridad –como superación del Estado social de derecho– todos los modelos estatales están íntimamente ligados con el contexto histórico que les da origen y sin el cual no obtienen justificación sus postulados básicos, entre ellos el sistema punitivo.

34. *Ibíd.*, pp. 57 y ss.

35. *Ibíd.*, pp. 61 y ss.

36. Así, FOUCAULT. *Ob. cit.*, pp. 15 y ss.

2. De ahí entonces que el sistema punitivo encargado del mantenimiento de la vigencia del orden estatal haya obedecido también a estas precisas circunstancias históricas y sólo posteriormente haya obtenido su respectiva legitimación por medio de la teoría jurídica.

3. La privación de la libertad y la idea de castigo en general siempre ha existido con independencia del desarrollo histórico analizado. Sin embargo, tal como se explicó, tomamos como fecha del nacimiento de la prisión el siglo XVIII europeo con su consecuente evolución histórica pues sólo en ese período se vio la necesidad de, por un lado, salvaguardar la mano de obra requerida por la burguesía y, de otro, disciplinarla para el trabajo de la fábrica.

Expuestas estas breves conclusiones, bastaría ahora verificar –y a ello dedicaremos la segunda parte de este escrito– cómo ha sido la evolución de las tesis político-estatales en Colombia junto con su correspondiente mecanismo de control social formal, así como también si el mismo ha cumplido las funciones pretendidas que lo legitiman o siquiera las que en su momento se pretendió que cumpliera en el ámbito europeo del cual es originario.