



Título: Sin Título

Técnica: Lápiz sobre papel

Dimensión: 18,5 x 24,5 cm

Año: 2012

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA*

* Este artículo se derivó de la investigación doctoral titulada “*Tribulaciones de la consciencia. Culpabilidad y subjetivación a partir de Michel Foucault*”, la cual fue desarrollada en el marco del Doctorado en Filosofía del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia bajo la dirección del Dr. Gonzalo Soto Posada, desde febrero de 2008 hasta diciembre de 2012.

Fecha de recepción: abril 3 de 2013

Fecha de aprobación: mayo 14 de 2013

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA

*John Fredy Lenis Castaño***

RESUMEN

Beccaria representa un giro antimetafísico fundamental para el desarrollo del derecho penal moderno, su perspectiva normativista y garantista; permitiendo el perfeccionamiento de una penalización basada en la demostración fáctica y razonada de la responsabilidad del imputado y no en su confesión forzada o en su esencia pecaminosa; algo con lo cual el método inquisitorial (vengativo-retributivo) se vuelve primitivo y la culpabilización ingresa en el entramado de la racionalidad científica de la época y su carácter positivista-pragmático, la cual no busca extirpar las pasiones humanas (tentaciones, intereses) sino modularlas en aras de una administración política eficaz de los castigos a través también de una educación jurídica y ejemplarizante de los ciudadanos. Sin embargo, la genealogía de los logros beccarianos muestra que éstos conllevan el germen de una obsesión securitaria enmarcada en el afán (también económico y parcializado) de defensa, control y orden social que hoy vivimos muchas veces de manera dramática y antijurídica.

Palabras clave: Beccaria, Foucault, delito, culpabilización, penalización.

THE MECHANICS OF TEMPTATION. CRIME, GUILT AND PUNISHMENT FROM CESARE BECCARIA

ABSTRACT

Beccaria represents a fundamental anti-metaphysic turn in the development of modern criminal law and its normativist and guaranteeing approach. He allows for the perfecting of a penalization system based on factual and reasoned evidence of the responsibility of the accused individual instead of relying on a forced confession or on the sinful essence of a person. With this, the inquisitorial method (based on revenge and retribution) becomes primitive. Likewise, criminalization becomes part of the scientific rationality of the time and its positivist and pragmatic nature. This way of thinking does not seek to erase human passions (temptations, interests); it rather aims to regulate them for the sake of having an effective public administration of punishment that also provides citizens with a legal and exemplifying education. However, the genealogy of Beccarian achievements shows that they entail the seed of the obsession with security inscribed in the desire for defense, control, and social order (which is also an economic and biased desire) that we currently experience, often in dramatic and non-legal manners.

Keywords: Beccaria, Foucault, crime, criminalization, penalization.

** Profesor del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia. Licenciado, Magister y Candidato a Doctor en Filosofía de la misma institución. Correo: johnlenise@gmail.com; Tel: 219 56 85.

MECÁNICA DE LA TENTACIÓN. EL DELITO, LA CULPA Y LA PENA A PARTIR DE CESARE BECCARIA

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la teoría jurídica moderna está imbricado en un contexto complejo que no sólo contiene factores premodernos que consideran la pena como resultado de una condición metafísico-teológica arcaica e impercedera como el pecado, sino también circunstancias sociales, políticas y económicas que hicieron de la modernidad un giro fundamental en las formas mismas de entender el comercio, la riqueza, el orden social, la gubernamentalidad y, por supuesto, la culpabilización y el castigo. En este contexto surgió un movimiento humanista de reforma jurídica que con autores como Cesare Beccaria desplegó una intensa búsqueda de humanización y racionalización utilitaria de las penas con el fin principal de defender el orden social y regular la conducta de los hombres tentados permanentemente a la comisión de crímenes en aras de la realización de su interés privado.

Este tipo de reformas puede leerse en clave hermenéutica, es decir, simbólico-cultural-textual, como una intención bondadosa toda vez que abogaba por el suavizamiento proporcional de las penas; o, desde una perspectiva principalmente epistemológica, como la evolución jurídica correlativa a la revolución científica de la Ilustración. Sin embargo, la metodología genealógica desarrollada por Michel Foucault sirve para entender cómo junto a esas intenciones reformistas y humanitarias germinaron estrategias que han servido para la instrumentalización del Derecho en función de intereses económicos, políticos y culturales menos interesados en el bien general que en el privado: estrategias de seguridad, control, prevención, ejemplarización, amenaza, objetivismo, que muchos sectores y grupos de la modernidad tardía han sabido aprovechar en beneficio de sus propios intereses.

El objetivo principal de este artículo es entonces demostrar a partir de una perspectiva genealógica foucaultiana las ventajas (respecto al sistema feudal de punición) y los peligros del giro beccariano, lo cual implica la consideración de algunas continuidades y discontinuidades respecto a la historia jurídica occidental premoderna. Para ello procederemos a través de los siguientes pasos: (2) *La tensión con la teología del pecado*, donde definiremos uno de los intentos principales del planteamiento beccariano respecto al contexto doctrinario y religioso de su época;

(3) *La disputa con la razón de Estado*, dada la instrumentalización que ésta hacía del Derecho en función de los intereses de la nobleza y sus pretensiones autoritarias; (4) *De la noción de pecado a la idea de delito*, afianzando con ello el paso de una metafísica de la caída hacia una consideración pragmática de los intereses individuales y su tramitación jurídico-estatal; (5) *La concepción mecanicista del hombre y la regulación social, pública y jurídica de la penalización*, las cuales implican la idea de un ser humano interesado, racional, económico y calculador, en medio del condicionamiento psico-físico que modula su sensibilidad y sus pasiones, sin impedir empero la educación de sus representaciones y su consideración respecto a las ventajas e inconvenientes de la realización de los delitos; (6) *El igualitarismo jurídico y la pretensión de superioridad del derecho sobre la moral*, que pone de relieve la igualdad de los hombres ante la ley positiva –neutra, proporcional y ejemplarizante o educativa–, más allá de las disputas morales tradicionales en torno al vicio, la virtud o las intenciones del fuero interno; para finalizar y a manera de (7) *conclusión*, con una reflexión sobre algunas herencias beccarianas para la problematización de la modernidad tardía.

2. LA TENSIÓN CON LA TEOLOGÍA DEL PECADO

Beccaria ha sido uno de los más importantes críticos del exceso punitivo por parte del poder nobiliario a pesar del contexto aún inquisidor que regía su época. En su más afamado libro, no deslegitima ni a la revelación ni a la ley natural como fuentes de los principios morales y políticos de la organización social, sino que justifica el pacto social como origen más apropiado de las convenciones humanas toda vez que tanto las creencias religiosas como las leyes naturales han sido desvirtuadas por los abusos de los hombres (2010, pág. 4)¹. El contrato y la artificialidad de las leyes emergen de este modo como garantes de la convivencia en un mundo pervertido y

1 La religión aparecería así secundada por una consideración de la tergiversación de la que ha sido objeto, evitando con ello el juicio condenatorio que muchos clérigos y creyentes se sintieron autorizados a hacerle por su revolucionario texto. De hecho si todos actuaran movidos por la fuerza de la verdadera religión, para Beccaria no habría necesidad de códigos artificiales como el derecho penal (Cf. 2010, pág. 79). Así pues es muy difícil establecer si el guiño de Beccaria al poder religioso surgía de una convicción piadosa sincera como lo proponen Rothman e Ignatieff (Garland, 2006, pág. 190; Cf. también la “Noticia sobre Beccaria” que aparece en Beccaria, 1995a, pág. IX y ss) o si era una estratagema de cara al poder (Mondolfo, 1946, pág. 27). En efecto, a partir de la famosa afirmación beccariana de que ha “querido defender la humanidad sin ser su mártir” (Beccaria, 1995a, pág. 395), es posible que se haya dado la combinación de ambos motivos (humanitario y estratégico), teniendo en cuenta que para la pragmática jurídica lo que finalmente importó fue el efecto real que el proyecto de reforma tuvo sobre las costumbres punitivas. La racionalidad utilitaria y estratégica es entonces un modo de actuar que no está exenta necesariamente de otros motivos, por ejemplo, la fe religiosa o la compasión.

confuso en cuanto a las verdades de la fe y del cosmos. En este sentido Beccaria da un paso más allá de la reforma luterana al desligar filosofía moral y política de teología, esto es, al diferenciar radicalmente la distinción entre los poderes de los reinos celestial y terreno (Beccaria, 1995, pág. 341 y ss).

A partir de Beccaria es necesario entonces clarificar la racionalidad legal que opera en el trato entre los hombres y distinguirla de la que funciona frente a Dios (2010, pág. 5), al tiempo que separa la retórica religiosa de la pragmática penal toda vez que considera que aquélla no ha tenido efecto en la contención de las pasiones (1995, pág. 345), acompañando así la razón política del Estado o razón gubernamental (Foucault, 2006, pág. 328-329) con una razón jurídica puesto que “se gobierna a partir de unos ‘principios generales’ que ya no son obtenidos por analogía y semejanza (con Dios o la naturaleza), sino producidos por medio de una ‘ciencia del Estado’, de una Estadística” (Castro-Gómez, 2010, pág. 114).

De este modo si bien el gobernante ya no tenía que ocuparse únicamente del fundamento jurídico de la soberanía para manejar el territorio y la sociedad, pues ahora se trataba de controlar el comercio, los recursos, la mano de obra, las vías de comunicación, en fin, la economía y la estadística además de la opinión (Foucault, 2006, pág. 320-323) y los procesos biológicos de la natalidad, la morbilidad, las enfermedades y condicionamientos ambientales de la población (2001, pág. 222); el refinamiento secular del derecho penal debía ser el correlato de ese auge político-económico.

En este sentido Beccaria haría uno de los aportes más interesantes a la ablución de la penalización respecto a residuos de tipo teológico, como refuerzo digno de ese proyecto político de gubernamentalidad económica que estaba surgiendo --y que se sedimentaría en el siglo XIX-- poniendo el derecho a castigar como un instrumento más del Estado que para ser eficiente tenía que pasar por el convencimiento de los ciudadanos respecto a su justeza y proporcionalidad, logrando así el fortalecimiento de uno de los factores más importantes para la conducción de los individuos, a saber, su consentimiento, con lo cual se ajusta el gobierno a la racionalidad de quienes son gobernados (quienes en adelante se debían dirigir más por el cálculo --incluido el Derecho-- que por la verdad o la sabiduría revelada).

3. LA DISPUTA CON LA RAZÓN DE ESTADO

Sin embargo la distancia de Beccaria respecto a la razón de Estado estribaría en la pretensión de ésta de instrumentalizar el derecho, es decir, de poner siempre la ley al servicio de los intereses del Estado al punto de suspenderla según su conveniencia e instaurando la violencia como forma de desarrollar sus objetivos (Foucault, 2006,

pág. 303-305)², pasando a un último plano el deber de velar por la felicidad de los ciudadanos (pág. 324-325) bajo la premisa de que esta felicidad no depende de su autogobierno sino del orden impuesto por el mismo Estado (Castro-Gómez, 2010, pág. 132). Un sometimiento que rompería con el espíritu garantista de la teoría beccariana³.

La ley como convención social es el marco general en el que conviene desarrollar la racionalidad culpabilizadora, separada ahora de los deberes religiosos o naturales, y de las pasiones exacerbadas de unos hombres contra otros –como sucedía en el antiguo derecho germánico (Foucault, 2003, pág. 65 y ss)--, pasando de una culpa espectáculo a una asignación de culpas racional y objetiva, sin volver empero a la idea platónica de ser esclavos de las leyes o de mantener un respeto incondicional por ellas (2009, pág. 284). Su funcionamiento debe darse bajo el principio calculador de la búsqueda de “la máxima felicidad compartida por el mayor número” (Beccaria, 2010, pág. 7), en un contexto que Beccaria describe como muy desarrollado a nivel de la teorización sobre la relación entre soberano y súbditos, la vehiculización del comercio, la “guerra” de la industria entre las naciones, pero donde “poquísimos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la irregularidad de los procedimientos criminales, parte de legislación tan principal, y tan descuidada en casi toda Europa” (pág. 8)⁴.

De hecho a finales del siglo XVIII la prisión había adquirido el estatus de forma de castigo privilegiada frente a algunas consideradas más arcaicas y salvajes como la ley del talión, el patíbulo o el suplicio (Foucault, 2003, pág. 100), u otras como el destierro y la multa. Así pues la reforma beccariana germinó en un con-

-
- 2 Al respecto es importante anotar que “[l]a teoría del derecho y las instituciones judiciales ya no actuarán ahora como multiplicadoras sino, al contrario, como sustractores del poder real.” (Foucault, 2007, pág. 23)
 - 3 Ahora bien, ¿en qué sentido Beccaria también serviría para la justificación posterior de la razón de Estado al darle al gobierno la potestad legítima de organizar e interpretar las leyes, y al juez la tarea de aplicarlas como un silogismo, sin interpretarlas, toda vez que “la forma secreta y escrita del procedimiento responde al principio de que en materia penal el establecimiento de la verdad era para el soberano y sus jueces un derecho absoluto y un poder exclusivo” (Foucault, 2001a, pág. 41)? Debido al principio contractualista presente en Beccaria, su teoría tampoco es ajena al hecho de que la razón de Estado asociada al poder del Leviatán implica una relación entre Estado y súbdito que coloca a éste en la posición de culpable indigno de misericordia cuando es desleal al código pues es necesario realizar el mito de la ley y el orden mantenidos por el soberano y justificados por la infracción del criminal.
 - 4 Parte de ese poco desarrollo penal tenía que ver también con la fuerte imbricación entre poder y Derecho, de tal suerte que “las clases altas, nobles o nobleza, gozaban de ciertos favores y prioridades y además, privilegios, frente a la ley. Estaban exentos de tortura, salvo en procesos por *Lesá Magestad Divina o Humana*. Era esta una de las manifestaciones de desigualdad personal ante la ley penal” (Monteverde, 1995, pág. 362). La reforma beccariana representa entonces no sólo un giro jurídico sino también una forma larvaria de reforma social (Fernández, 2002, pág. 42 y ss) y una protocritica al mito de la igualdad en el proceso y la condena penal.

texto marcado por graves problemáticas no sólo religiosas y jurídicas sino también económicas, a la vez que se continuaba de cierta manera con algunas técnicas del encierro y confinamiento de las celdas católicas y protestantes de finales del Medioevo (Cf. Garland, 2006, pág. 127 y 239) a través de las cuales arquitectura y culpabilización se armonizaban en los claustros y celdas monacales y civiles destinados no sólo a purgar la consciencia sino también a separar la geografía de las tentaciones y la contabilidad de las penas.

4. DE LA NOCIÓN DE PECADO A LA IDEA DE DELITO

Por su parte la crítica beccariana a la violencia punitiva ineficaz también se vio favorecida por el proceso civilizatorio que empezó desde finales del siglo XVII a vincular los castigos exagerados a indicios de retraso, ordinariez, pobreza y falta de educación (Cf. Elías, 1994). Nuestro reformador italiano cuestiona entonces el exceso de violencia y el desequilibrio de las penas, los padecimientos de los débiles sacrificados por cuenta de la ignorancia y la indolencia, la inútil severidad de los castigos, la falta de certeza probatoria en muchos de los procesos judiciales, las crueles condiciones de las prisiones y la incertidumbre, características de la mentalidad jurídica de la época signada por los procedimientos de cuño medieval e inquisitorio que aún se daban, y cuyo eje era la noción misma de pecado, la visión maniquea de la naturaleza humana y su incorregible propensión al mal. Por ello Beccaria deja de hablar de pecados y enuncia su planteamiento con base en la noción secular de delitos, formulándose preguntas como:

“¿Cuáles serán las penas convenientes a esos delitos? ¿Es verdaderamente la muerte una pena útil y *necesaria* para la seguridad y el buen orden de la sociedad? ¿Son *justos* los tormentos y la tortura, y obtienen *el fin* que con ellos se proponen las leyes? ¿Cuál es la mejor manera de prevenir los delitos? ¿Son las mismas penas igualmente útiles en todos los tiempos? ¿Qué influencia tienen ellas sobre las costumbres?” (Beccaria, 2010, pág. 9)

Con interpelaciones de este estilo se da un vuelco hacia el racionalismo jurídico de corte utilitarista y pragmático en materia penal; con la consiguiente adición del principio de lo útil para el poder público al principio del intercambio comercial desplegado por la economía política de la época –adición sintetizada en el interés de la ganancia económica y la utilidad social (Foucault, 2007, pág. 64). El paso del pecado al concepto de delito implica pues la reconsideración de la racionalidad teológico-metafísica y el giro hacia una racionalidad de talante histórico y político (Cf. Voltaire, 1980, pág. 133) centrada en los intereses como medio para influir en “los individuos, los actos, las palabras, las riquezas, los recursos, la propiedad, los

derechos, etc.” (Foucault, 2007, pág. 65) “Y de golpe se plantea la idea de que el castigo debe calcularse en función, claro, de los intereses de la persona perjudicada, de la reparación de los daños, etc.” (pág. 66)⁵ De hecho en el planteamiento de Beccaria se trata más de demostrar la inocencia de los imputados que su culpabilidad (Beccaria, 2010, pág.9)⁶ y de tramitar la culpa en un contexto donde lo que debe primar es la idea de justicia, con el cuidado de no “atribuir a esta palabra, *justicia*, la idea de algo real, a modo de una fuerza física y de un ser existente: es una simple manera de concebir de los hombres, manera que influye infinitamente sobre la felicidad de cada uno.” (pág. 11)

Ahora bien, en el espíritu del contrato social generador de las leyes y de la coexistencia socialmente útil, cada integrante cede parte de su libertad, se somete al derecho de castigar bajo la condición de que éste se ejecute de manera justa, esto es, sin abusos por parte de la autoridad, con garantías que legitimen esa cesión hecha por los individuos en aras del todo (Cf. Sotomayor, 2009, pág. 300-301)⁷. En Hobbes mismo además de que el pacto debe implicar disciplina y sometimiento por parte de los súbditos, también exige ecuanimidad por parte del soberano, y en este sentido libertad y sumisión, poder y disciplina, cohabitan allí y lo hacen mediados por la noción de justicia (Cf. Hobbes, 2000, pág. 309; Cassirer, 1996, pág. 208; Tönnies, 1988, pág. 263). Por eso lo que hace hobbesiano a Beccaria no es el absolutismo de la razón de Estado, sino la defensa del deber de justicia del soberano derivado del pacto.

-
- 5 Esta misma primacía del interés es la que hará que la seguridad se ponga como factor acompañante de la libertad del comercio y ello con el fin de que los intereses individuales no primen sobre los colectivos o viceversa (Foucault, 2007, pág. 85-86), de tal suerte que “[n]o hay liberalismo sin cultura del peligro. La segunda consecuencia, claro, de ese liberalismo y del arte liberal de gobernar [del s. XIX] es la formidable extensión de los procedimientos de [vigilancia] control, coacción y coerción que van a constituir la contrapartida y el contrapeso de las libertades.” (pág. 87)
 - 6 La distinción principal para Beccaria entre pecado y delito es que mientras el primero sólo puede ser juzgado de forma trascendente y castigado cabalmente de manera *postmortem*, el segundo se juzga y penaliza en el marco de la existencia terrena con los limitados artificios sociales inventados por el hombre en aras de disciplinar tanto el cuerpo como el alma en función del autocontrol (Cf. Foucault, 2001a, pág. 16; Garland, 2006, pág. 167)
 - 7 Precisamente Beccaria aboga por un equilibrio entre independencia de los súbditos y poder soberano: los primeros deben ser libres en la medida que respetan el ejercicio justo (no tiránico) del poder estatal (Beccaria, 1995, pág. 348), de tal modo que ni admite las acusaciones de impiedad frente al poder religioso de las que fue señalado, ni acepta las de sedición frente al poder civil.

5. LA CONCEPCIÓN MECANICISTA DEL HOMBRE Y LA REGULACIÓN SOCIAL, PÚBLICA Y JURÍDICA DE LA PENALIZACIÓN

Por su parte, los hombres son concebidos acá de una forma consonante con la definición burguesa y capitalista de persona: “las categorías jurídicas de la persona definen a los individuos como ‘sujetos egoístas aislados’, ‘poseedores de intereses privados autónomos’ y ‘terratenientes ideales’ que se relacionan entre y con el mundo por medio de formas de contrato, propiedad e intercambio” (Garland, 2006, pág. 138). En efecto, en el mundo del tribunal jurídico el imputado aparece como un sujeto libre, responsable y hedonista que ha preferido su placer particular al bien social y es responsabilizado en consecuencia; imponiendo así una idea de subjetividad a la vez que se ejerce una estrategia de sujeción.

Esta idea jurídica de persona promedio es uno de los referentes fundamentales de la noción de culpabilidad en el marco del derecho penal, la cual también se verá confrontada con su concepción terapéutica y que confirma que la definición de la responsabilidad es corolario de una ontología de la libertad --asepsia de la idea de persona que aún es objeto de debate en el análisis del derecho penal contemporáneo. La justicia establecida por Beccaria como racionalidad jurídica y gubernamental y como convenio inmanente a la vida terrena se articula con esa idea de sujeto burgués, que al considerar la igualdad racional y física de los hombres como presupuesto del contrato civil y jurídico, permite definir el proceso judicial como transacción entre el deudor (infractor o criminal) y el acreedor (Estado), pasando por alto las desigualdades introducidas por la pobreza y la falta de plena libertad entre los ciudadanos, así como las diferencias implantadas por las disciplinas (Cf. Dreyfus & Rabinow, 2001, pág. 165) a pesar de su consciencia respecto a la dañina relación entre intereses económico-políticos y la aplicación de la ley; con lo cual se muestra que la teoría jurídico-política de la igualdad entre los hombres y la desigualdad fáctica y socio-económica entre ellos pueden ser simultáneas y paralelas.

En este sentido la asunción beccariana de las circunstancias materiales e históricas que definen las relaciones sociales y políticas entre los ciudadanos no es la misma que haría el análisis marxista posterior, sino la historización radical del orden colectivo en su separación de la primacía asignada a lo espiritual en la tradición religiosa precedente a la Ilustración. Con la asepsia social y religiosa del derecho penal llevada a cabo por Beccaria, el entramado conformado por la antropología y psicología del culpable en esos términos de sujeto burgués, viene como anillo al dedo para la aplicación de la política penal del capitalismo naciente, a pesar del llamado también beccariano a la defensa de las garantías procesales (Cf. Garland, 2006,

pág. 199), de tal modo que en su planteamiento encontramos juntas las semillas de un derecho penal individualizador y de una concepción jurídica garantista que reclama la consideración de circunstancias y urdimbres procesales,

“es decir que si, en apariencia, la nueva legislación criminal se caracteriza por un suavizamiento de las penas, una codificación más clara, una disminución notable de la arbitrariedad, un consenso mejor establecido respecto del poder de castigar [...], existe bajo ella una alteración de la economía tradicional de los ilegalismos y una coacción rigurosa para mantener su nueva ordenación. Hay que concebir un sistema penal como un aparato para administrar diferencialmente los ilegalismos, y no, en modo alguno, para suprimirlos todos” (Foucault, 2001a, pág.93).

Teniendo en cuenta que la exigencia de una adecuada economía del castigo buscaba también

“asegurar una mejor distribución de este poder, hacer que no esté demasiado concentrado en algunos puntos privilegiados, ni demasiado dividido entre unas instancias que se oponen: que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social. La reforma del derecho criminológico [por tanto] debe ser leída como una estrategia para el reacondicionamiento del poder de castigar, según unas modalidades que lo vuelvan más regular, más eficaz, más constante y mejor detallado en sus efectos...” (pág. 85)

Con esta noción de delito se historiza además la definición de la culpa toda vez esta se vuelve un asunto meramente humano, ni Dios ni los sacerdotes, *so pretexto* estos últimos de su investidura sagrada, podrán seguir haciendo de legisladores. Pero entre los hombres se instaura un magistrado como mediación entre el poder soberano y los súbditos como garantía de la verdad de los hechos (Beccaria, 2010, pág. 12); con la condición de que ya no se debía arrancar la verdad a través de la tortura y la confesión con el ánimo de probar a toda costa la culpabilidad del imputado, “pues ¿qué pregunta más sugestiva que el dolor?” (pág. 25), y que barbarie infligirle dolor a alguien, es decir, imponerle una pena, cuando es incierta su culpabilidad⁸.

8 Con el agravante de que debido al carácter “inquisitorio” del proceso (“ofensivo” como lo llamaba Beccaria) y no “informativo” (“acusatorio” según la terminología actual) el juez se constituía al mismo tiempo en acusador, dándose así la peculiar circunstancia de que el juez se veía llevado a demostrar, a cualquier precio, su propia versión acusatoria para dictar sentencia en coherencia consigo mismo (Cf. Agudelo, 2010, pág. 102, nota 36). En la Inquisición los acusados no participaban de manera activa en el proceso judicial, sino como meros individuos psico-físicos autoincriminatorios, no como sujetos procesales, haciéndose “del culpable el pregonero de su propia condena” (Foucault, 2001a, pág. 49). De este modo se anulaba la presunción de inocencia que se debía contraponer a la hipótesis acusatoria o culpabilizadora como fundamento de la necesidad del proceso jurídico y como garantía para el inculpado.

De hecho cuando la culpabilidad es inducida y no demostrada, lo que se confirma es la compleja circunstancia física y sensible que determina al hombre,

“por consiguiente, la impresión del dolor puede crecer al punto de que, ocupándola toda [la sensibilidad], no deje otra libertad al torturado que la de elegir el camino más corto, de momento, para sustraerse de la pena [...] Entonces el inocente sensible se declarará culpable, si cree que con ello hará cesar el tormento.” (pág. 29)

Inocencia y culpabilidad según el orden de la resistencia corporal y no según la responsabilidad del imputado llevan a que el derecho y la moral se minimicen al nivel biológico de la fuerza para resistir o para ceder ante el tormento escrutador,

“tanto, que con este método un matemático resolvería mejor que un juez este problema: dada la fuerza de los músculos y la sensibilidad de los nervios de un inocente, determínese el grado de dolor que lo hará confesarse culpable de un determinado delito” (ibíd.)

Además de la natural confusión mental que puede padecer un hombre (inocente o culpable) durante las peripecias del juicio penal. En efecto, si aún en estado de tranquilidad la razón no está exenta de contradicción, ¿cómo no habría ésta de multiplicarse en medio de la ansiedad propia de un proceso tal (pág. 31)? La inculpación por la vía del tormento sistemático y coactivo se vuelve así un cierto modo de ontologización toda vez que la estigmatización llevada a cabo no sólo surge a partir del hecho particular por el que se está acusando al imputado, sino que también afecta la historia y modo de ser completos del hombre en cuestión, “lo cual equivale a este razonamiento: *eres culpable de un delito, luego es posible que lo seas de cien otros...*” (ibíd.) El sospechoso y confeso culpable (aunque lo sea por la vía de la tortura), deja de ser un agente de un hecho específico consagrado por la ley (en este caso natural o divina) como contravención y se constituye en un ser malvado y naturalmente inclinado a cometer el mal no sólo en el pasado o el presente (como quedaría demostrado según la tecnología de la tortura) sino también en el futuro próximo o lejano; y por ello merecedor de una pena que se debe establecer como algo propiamente atemporal en correspondencia con el eterno carácter malvado del criminal.

Contra lo anterior Beccaria enfatiza que lo propio del derecho penal debe ser el establecimiento de la verdad de los hechos y no la imperiosa búsqueda de culpabilización como sucedía en las racionalidades abusivamente religiosas (pág. 36)⁹. Aquí suena con fuerza el principio de que un hombre es inocente hasta que se *demuestre* lo

9 Incluso la promesa del perdón, propia de la religión cristiana especialmente en su vertiente católica, es una garantía para delinquir: “entonces la religión se presenta a la mente del criminal que abusa de todo, y

contrario (pág. 27), haciéndose inaceptable el exceso de sufrimiento que se le cause durante el proceso. Realmente la cárcel, mientras que se prueba la culpabilidad de un sospechoso, sólo debe ser usada como custodia rápida y garantía transitoria (pág. 51). La indolencia del juez no debe por consiguiente sobreponerse a las angustias del reo. De igual modo la prontitud de la sentencia educa a los ciudadanos, pues la asociación de las ideas, en este caso entre crimen y castigo, es mayor, más fuerte y duradera, mientras menos tiempo transcurra entre ellas (ibíd.).

Así pues el método inquisitorial se vuelve primitivo (Cf. pág. 28) y la culpa entra en el entramado de la racionalidad científica de la época: la verdad de la acusación tiene que demostrarse de manera segura. Y para ello el juez tampoco puede erigirse en hermeneuta exclusivo y privilegiado de la ley. La transparencia de esta debe ser tal que “en todo delito debe hacerse el juez un silogismo perfecto; la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no a la ley, y la consecuencia, la libertad o la pena” (pág. 13-14). Predecesor pues del normativismo jurídico contemporáneo, Beccaria defiende la positividad de la ley y la transparencia de la demostración (ex)culpabilizadora. Y en este sentido para él es preferible el desorden que pueda nacer de la rigurosa aplicación de la ley al desorden nacido del conflicto de interpretaciones en torno a ella (pág. 14).

El peso de la ley escrita se asemeja a la fuerza de un hecho físico y positivo que se impone con toda evidencia: “donde haya leyes claras y precisas, el oficio de un juez no consiste más que en verificar un hecho” (pág. 19). De tal suerte que, aparejado con esta exterioridad y positividad de la ley, se desarrolla la racionalidad calculadora del potencial delincuente en tanto éste también puede sopesar con precisión los inconvenientes de un delito, esto es, las penas correspondientes. El castigo “afecta sobre todo a los otros [no sólo al condenado], a todos los culpables posibles. Que estos signos-obstáculo que se graban poco a poco en la representación del condenado circulen, pues, rápida y ampliamente, que sean aceptados y redistribuidos por todos, que formen el discurso que cada cual dirige a todo el mundo y por el cual todos se vedan al crimen” (Foucault, 2001a, pág. 112); función ejemplar predecesora de la amenaza culpabilizadora de las sociedades de la sospecha y la delación actuales. El castigo surge así como el resultado de una ecuación y de un cálculo¹⁰,

ofreciéndole un fácil arrepentimiento y una casi certeza de felicidad eterna, disminuye en mucho el horror de la última tragedia [el suplicio o la pena de muerte]” (Beccaria, 2010, pág. 45).

10 “Espíritu de cálculo y de comparación rápida y profunda, por medio del cual se descubre la verdad en las marañas más complicadas y difíciles, y sólo del cual puede adquirir su perfección la ciencia legislativa.” (Beccaria, 2003, pág. 17). Sin embargo esta asepsia de la ley escrita, no sólo respecto a los abusos de la teología medieval, o a las pugnas por la riqueza, el poder o los intereses particulares (pág. 16-17), sino también en razón de la interpretación de los jueces, tiene como contra-efecto la confianza excesiva en el *corpus*

del cual hacen parte la culpabilidad y los hechos (léase pruebas o indicios ciertos). Acá resuena el principio luterano de la publicidad de los textos o de su traducción a las lenguas vernáculas:

“cuanto mayor sea el número de los que entiendan y tengan entre sus manos el Código sagrado de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos, pues no hay duda de que la ignorancia y la falta de certeza respecto de las penas favorecen la elocuencia de las pasiones” (Beccaria, 2010, pág. 16).

Además, con la importancia dada a la función de los testigos, cuya credibilidad se funda en el único interés de decir la verdad o no (pág. 20-21), la culpabilidad queda delimitada a un asunto intersubjetiva y socialmente juzgado, saliendo así del confinamiento intimista y religioso en el que antes se hallaba (pág. ej. en San Agustín). Acá se empieza a vislumbrar la generalización de la culpabilidad potencial que hará época en las sociedades de control de la modernidad tardía, “el criminal es cualquier hijo de vecino. Es una persona cualquiera o, en fin, se lo trata como a cualquier otra persona que invierte en una acción, espera de ella una ganancia y acepta el riesgo de una pérdida” (Foucault, 2007, pág. 293).

La racionalidad culpabilizadora comienza a funcionar, esta vez dentro del marco del derecho, como estrategia de gobierno y socialización (aliada al poder pastoral como poder de castigar) pues la culpa sería definida a partir de un proceso y no de una concepción metafísica o substancialista. Sin embargo este procedimiento también acarrea sus riesgos: apresuramiento en la sentencia, impunidad por falta de carácter o temor a equivocarse (Beccaria, 2010, pág. 22), acusaciones secretas e instauración de una sociedad de la delación y la sospecha mutua entre los potenciales testigos o ciudadanos (pág. 23); lo cual es también una anticipación crítica a la importancia que adquiriría en las sociedades de control contemporáneas la idea de prevención y de los sujetos potencialmente peligrosos:

“¿Quién podrá defenderse de la calumnia, cuando esté ella armada con el más poderoso escudo de la tiranía, que es el secreto? ¿Qué clase de gobierno es aquel en que, quien gobierna, sospecha en cada uno de sus súbditos un enemigo, y se ve constreñido, en bien del público reposo, a quitarlo a todo el mundo?” (pág. 24).

jurídico, su abstracción. Y aunque probablemente el principio beccariano de la publicidad de los juicios y las pruebas (pág. 20) estaba llamado a garantizar la objetividad en la aplicación de la ley y el sentimiento de seguridad jurídica de los ciudadanos, así como el balance entre acusación y defensa (pág. 21), el principio de objetividad es puesto en cuestión cada que surge el conflicto de interpretaciones en los avatares de la hermenéutica jurídica.

Lo punitivo en Beccaria, trascendiendo lo meramente natural o religioso, tiene pues utilidad social sólo en la medida que el castigo es eficaz, esto es, surgido de un proceso judicial correcto, con la clara verificación de culpabilidad, así como la equilibrada relación entre delito y pena. No se trata de castigar por castigar, con la esperanza de que el solo temor a la crueldad de las penas ejemplarice a la sociedad, por ello es más importante la certidumbre de los castigos que su ferocidad (pág. 53); el temor debería darse entonces ante la infalibilidad de la justicia, esto es, ante la seguridad de que no habrá impunidad o “la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable [del castigo], lo que debe apartar del crimen” (Foucault, 2001a, pág. 17).

De este modo la culpabilidad supera el nivel meramente subjetivo y corporal de la tribulación trágica, helenística o medieval y se convierte en elemento al servicio del orden social y el gobierno político a través de la difusión ideológica de las posibles penas pues “lo que debe llevarse al máximo es la representación de la pena, no su realidad corporal” (pág. 99). “Las penas deben ser [pues] proporcionadas entre sí y en relación a los delitos, no solo en la fuerza, sino también en el modo de infligirlas” (Beccaria, 2010, pág. 53), de tal suerte que lo prioritario ya no es definir una gradación de la culpa sino una escala de los delitos en relación con las penas.

De hecho ni siquiera es fundamental castigar a los cómplices, si éstos huyen ante la captura del reo principal, ellos se autoinfligen el castigo en la medida que se exilian, liberando simultáneamente a la sociedad de origen de la continuación de su afectación (pág. 31). Con ello el procesamiento de la culpa en el marco del pensamiento beccariano se hace un asunto de pragmática socio-política y no de mera reivindicación ética, moral o religiosa. Por esto tampoco el perdón aparece como elemento central en su definición del procedimiento legal. En efecto, la clemencia sería propia de un régimen legal confuso, mientras que donde haya “una perfecta legislación en que las penas fuesen suaves y el método de juzgar fuera regular y expedito” (pág. 54), aquella no haría más que incentivar la impunidad; expulsándose así de la justicia civil el residuo teológico del perdón de los pecados y ahondándose en la consideración meramente secular del poder de castigar.

Con Beccaria entramos pues al ámbito de la culpabilidad entendida a la luz del contrato social y las vicisitudes jurídicas del Estado moderno, haciendo que uno de los ejes centrales sobre los que se definiría la moral ilustrada, en contraposición a la del Medioevo, fuese la racionalidad jurídica penal. Gran parte de la fuerza de este Estado gravita entonces en torno a la independencia de su corpus legal respecto a las consideraciones teológicas precedentes, las cuales también impregnaban el absolutismo propio de la razón de Estado que, entre otras cosas, pretendía que los súbditos fuesen juzgados y condenados de manera diferente a los nobles (pág. 64-65).

Así se busca superar también la analogía familiar que el poder nobiliario había asumido de la tradición patriarcal (pág. 84). El poder del *pater familias* queda suplantado por la ley positiva y el espíritu de familia es relegado por el espíritu regulador de la República. La moral doméstica debe ser superada por la moral pública; la sujeción y el temor por el valor y la libertad; la solidaridad familiar por la solidaridad humanitaria; el sacrificio por un bien restringido a la articulación de los propios intereses con la ley general (pág. 85). Incluso la culpabilización y la penalización deben ser posibilidades universales aunque territorializadas por los pactos fundadores de cada Estado: “[e]l lugar de la pena es el lugar del delito, pues solo allí, y no en otra parte, los hombres se ven forzados a ofender a un particular para prevenir la ofensa pública” (pág. 55).

Culpa y penalización quedan así unidas por el marco contextual del derecho que ha sido infringido, el cual fue originado a su vez por el pacto que instituyó a cada Estado particular. Dicha racionalidad es potencialmente universal pero aplicada de manera específica. Lo que queda de la culpa en este planteamiento beccariano es su *modus operandi*, es decir, su mecanismo o funcionamiento de cara a los compromisos del individuo con la sociedad y el Estado y ello precisamente porque, como ya se dijo, lo importante no es el drama moral insito en la culpa individual sino el daño a la sociedad.

Por tanto más que de culpa o culpabilidad se hace imperativo hablar de culpabilización, lo cual implicaría las nociones de proceso jurídico, marco legal (instituido a su vez por el pacto social), penalización proporcional y socialmente útil, objetividad de la ley, control del daño social y defensa de la sociedad. Todo lo cual está marcado en Beccaria por un cierto mecanicismo y empirismo moral, y en este sentido placer, dolor e interés hacen parte de los alicientes para la acción humana¹¹, pues la sensibilidad de los hombres les lleva a actuar según los obstáculos que encuentran en la sociedad: “si una pena igual castiga dos delitos que ofenden desigualmente a la sociedad, los hombres no encontrarán un más fuerte obstáculo para cometer el delito mayor, si a él encuentran unida una mayor ventaja.” (pág. 58)

En este caso se hace fundamental que la ley tenga en cuenta los sentimientos morales que la tradición ha inculcado, especialmente aquellos de la indignación y la proporcionalidad de los castigos (ibíd.), a pesar de que la ley racional no deba basarse únicamente en ellos para actuar. La pasión humana entra pues en constante choque con el cálculo racional y así

11 Ni siquiera con la aparición del contrato o pacto social el sujeto de interés es anulado por el sujeto de derecho, tampoco aquél tiene que renunciar a sí mismo como ocurre con éste en la cesión de algunos derechos en aras de conservar algunos; el hombre económico del siglo XVIII es por tanto irreducible al hombre jurídico (Foucault, 2007, pág. 315 y ss).

“son imposibles de prevenir todos los desórdenes en el combate universal de las pasiones humanas. Tales desórdenes crecen en razón directa de la población y del entrecruzamiento de los intereses particulares que no es posible dirigir geoméricamente a la utilidad pública. La exactitud matemática hay que sustituirla, en la aritmética política, por el cálculo de probabilidades [...] el impulso hacia los delitos crece en razón del interés que cada cual encuentra en esos mismos desórdenes; de ahí que la necesidad de agravar las penas vaya aumentando siempre por ese motivo.” (ibíd.)

En suma, la antropología moral beccariana parte de la idea de un complejo pasional y racional que hace del hombre un actor movido por el propio interés y las fuerzas sociales que le condicionan, así como por el ejemplo, el principio del mínimo esfuerzo, la certeza del bien y del mal (2003, pág. 17), apareciendo allí la culpa como algo circunstancial y contingente, como fruto de una tensión histórica y social, enfatizando el carácter relacional de su comisión. Si las acciones humanas, movidas por el impulso del interés y la propensión a la búsqueda del placer a la manera de una fuerza gravitacional,

“chocan entre sí y se ofenden recíprocamente, las penas, que yo llamaría *obstáculos políticos*, impiden el mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil arquitecto, cuyo oficio es el de oponerse a la dirección ruinosa de la [fuerza de] gravedad, y aprovechar las que contribuyen a la solidez del edificio.” (2010, pág. 59)

Nada de metafísica religiosa de la culpabilidad en esta metáfora física de la fuerza para el actuar toda vez que el criminal es un sujeto peligroso por la posibilidad de reincidencia efectiva, no por síntomas asociados a una esencia pecaminosa. Mecanicismo de la moralidad que hace de la arquitectura política la estratagema eficaz para encauzarla. Mecánica de la tentación que permite abstraer la culpabilidad del mero resorte interno del hombre en tanto aquélla es entendida como resultado de un sensualismo relacional de una fuerza en pos de otra, presentando así una profunda afinidad con el mecanicismo moderno (Cf. por ejemplo Hobbes, 2000). Culpa sólo en la medida de la exteriorización de la intención a través de la acción, de allí que “erraron los que creyeron verdadera medida de los delitos la intención de quien los comete” (Beccaria, 2010, pág. 60).

6. EL IGUALITARISMO JURÍDICO Y LA PRETENSIÓN DE SUPERIORIDAD DEL DERECHO SOBRE LA MORAL

Ni siquiera el rango de la persona ofendida a través del crimen puede contarse como determinante de la gravedad del delito; en el entramado de la sociedad ju-

rídica todos son iguales, no hay una diferenciación metafísica de estimación como sucedería en la comparación entre el Ser supremo y los demás (ibíd.). Tampoco la idea de gravedad del pecado puede determinar la escala de los delitos, ya por la igualdad jurídica entre los hombres¹² (no igualdad material o natural), o por la imposibilidad de suplantar la justicia divina: “solo la necesidad ha hecho nacer del choque de las pasiones y de la oposición de los intereses la idea de la *utilidad común*, que es la base de la justicia humana” (pág. 61). Castigar con base en la idea de pecado es pretender igualarse a la omnipotencia y omnisciencia divina que no sólo castiga exenta de las leyes humanas de la acción-reacción, sino también conociendo cabalmente los secretos del corazón de los hombres, vetados para la limitada mente de los jueces humanos.

Así pues si “la gravedad del pecado depende de la inescrutable malicia del corazón” (ibíd.), los veredictos penales humanos pueden entrar en contradicción con los designios divinos. Con ello se aleja Beccaria no sólo de la Inquisición católica y los castigos análogos llevados a cabo por la reforma calvinista, sino también de la razón de Estado que se podía basar en la mera sospecha de la maquinación del potencial criminal para dictaminar el castigo. El juicio sobre la intención, el pensamiento y la voluntad queda supeditado a la evaluación de los hechos efectivamente realizados. De allí que para nuestro jurista la clasificación precisa y cierta de los delitos sea fundamental para llevar a cabo una justicia exenta de los vaivenes de las vagas y fluctuantes definiciones de vicio y virtud, propias de legislaciones confusas y morales equívocas (pág. 62)¹³, haciéndose así digno predecesor del normativismo penal contemporáneo --por ejemplo de Günther Jakobs quien también concibe el derecho penal como manifestación del ideal de organización social (Cf. pág. ej. Jakobs, 1995, 2003).

Por su parte, con la crítica beccariana a la tortura como respuesta a la infamia del criminal, se deslegitima la ley del talión y ello porque precisamente para el pensador italiano la indignación ocasionada con la ofensa es del orden de la relación moral, esto es, de la opinión pública y no de la ley o de la razón. De este modo la tortura se hace errónea al intentar compensar de manera sensible un asunto que se halla en otra dimensión: el orden jurídico-civil (Beccaria, 2010, pág. 32). Para él no pueden tolerarse en pleno siglo XVIII ideas como infierno, suplicio, retribución, que en su concepto corresponden al ámbito religioso y que algunos han equiparado de manera

12 Igualdad que también serviría posteriormente como uno de los pilares de la concepción democrática del Estado (Agudelo, 2010, pág. 99, nota 24).

13 Para nuestro autor la moral es ambigua y equívoca, mientras el derecho puede ser claro, preciso, unívoco (Beccaria, 2010, pág. 66). De aquí que la moral como opinión --muchas veces engendradora de despotismo-- no deba tener importancia y deba instituirse la moral como derecho (pág. 67).

equivocada y abusiva al procedimiento jurídico (pág. ej. el restablecimiento del orden –purificación de la mancha– y la confesión del criminal), toda vez que la pena se debe imponer como respuesta a la ofensa cometida al todo social a través del delito y no para vengar los intereses particulares.

El derecho penal y la racionalidad culpabilizadora deben trascender en la mayor medida posible este sentimentalismo cuasi religioso de la ira particular y su correlativo deseo de compensación, y concentrarse en la pragmática calculadora de la aplicación de la ley. En este cálculo el papel de la pena también tiene que ver con la racionalidad del hombre aplicada al fin de la evitación de la culpabilidad (pág. 33), quien es capaz de sopesar previamente la diferencia entre el mal acarreado por la pena y el bien que se lograría con el crimen: “para que una pena consiga su efecto, basta que el mal de la pena supere al bien que nace del delito” (pág. 39), a diferencia de la evitación helenística que se dedicaba fundamentalmente a la reflexión en búsqueda de la ataraxia personal.

Consecuentemente el fin de la pena en Beccaria es desincentivar la idea de impunidad (pág. 35), no busca retribuir al ofendido o equilibrar el dolor infligido, es decir, apunta a una función política cual es la administración social del castigo y la criminalidad, esto es, el control y la prevención, no buscando la purificación o domesticación de las pasiones, lo cual sería un fin último, el primero es el mantenimiento del orden social. “*El fin*, pues, no es otro que el de impedir al reo que realice nuevos daños a sus conciudadanos, y el de apartar a los demás de que los hagan iguales” (pág. 38) pero de tal forma que la racionalidad punitiva sea neutra y proporcional, sin los visos pasionales de la *vendetta* arcaica pues “la atrocidad misma de la pena hace que se arriesgue tanto más por eludirla cuanto mayor sea el mal a que se expone; hace que se cometan nuevos delitos para rehuir la pena por uno solo” (pág. 39), de tal modo que el castigo desproporcionado puede entonces inducir más al delito que refrenarlo. Por lo tanto se trata no de “castigar menos, sino castigar mejor; castigar con una severidad atenuada quizá, pero para castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social” (Foucault, 2001a, pág. 86).

El derecho penal también tiene entonces el encargo social de educar jurídicamente a los ciudadanos; con la suavidad y proporcionalidad de las penas se buscaba imprimir de forma duradera en la mente de los hombres las prevenciones necesarias que les ayudaran a retener su deseo de transgresión,

“Aquel estribillo frecuentemente repetido dentro de nosotros mismos, y por ello eficaz, que dice: *yo mismo me veré reducido a tan prolongada y mísera condición* [de prisionero], *si cometo tales hechos*, es mucho más abrumador que la idea de la muerte, que los hombres siempre miran en una oscura lejanía.” (Beccaria, 2010, pág. 42-43)

Autocompasión y carácter especular de la culpabilización y del castigo funcionan de esa forma como estrategias (prácticas institucionales o acciones políticas) de la punición que busca inducir en los ciudadanos una racionalidad autorreguladora. No es compasión por el reo castigado, ni la sensación de una culpa ajena a raíz del crimen cometido por el sujeto sancionado, sino la análoga representación de la pena y el señalamiento lo que lleva al espectador (o público) a identificar en sí mismo las desventajosas consecuencias asociadas a la comisión de un delito pues “es un principio evidente que ningún ser sensible se interesa más que por los males que conoce” (pág. 70) y no por los que permanecen en el anonimato de una historia vital impropia. ¿Dónde queda entonces la abstracción y generalidad de la ley? De ese nivel sensible de la socialización jurídica se podrá transitar luego a un nivel más abstracto y elaborado de la reflexión penal, tratando de pasar de individuos y naciones indolentes y voluptuosas a ciudadanos valerosos y fuertes; lo cual no lleva a Beccaria a desconocer –como ya había sido indicado– que para la mayoría de los ciudadanos es fundamental que la codificación penal sea clara, sencilla, precisa, mínima y de sentido evidente (pág. 89).

El hombre ilustrado es pues el mayor grado alcanzado en la genealogía beccariana del Estado civil (pág. 90-91) y el eje de una sociedad movida por las leyes contractualmente constituidas bajo la luz de la razón y la utilidad. Con la idea de bien público o defensa social, Beccaria también se anticiparía a los desarrollos contemporáneos del derecho penal securitario, “los atentados, pues, contra la seguridad y la libertad de los ciudadanos son uno de los mayores delitos...” (pág. 63), con lo cual en la modernidad tardía se priorizaría la moral pública y la racionalidad conservadora para justificar el control. De tal modo que para Beccaria también es mejor “prevenir los delitos que castigarlos. Este es el fin principal de toda buena legislación, que es el arte de conducir a los hombres al máximo de felicidad, o al mínimo de infelicidad posible, para hablar según todos los cálculos de los bienes y de los males de la vida” (pág. 87-88)¹⁴. Esto es, al principio del control social Beccaria anexa como un incondicional el de la transparencia y la justicia (pág. 73)¹⁵. Y ello gracias a la atenta observancia del código y del procedimiento con lo cual

14 Sin embargo hay que reconocer que en Beccaria no había la rigidez penal de los neoconservadores actuales (o nueva derecha); para él había que distinguir las sanciones de acuerdo a los delitos, por ejemplo, los ocurridos en contra del tributo a través del contrabando, de los asesinatos o robos (Beccaria, 2010, pág. 70), es decir, una taxonomía punitiva que buscaba ante todo distinguir los actos criminales con el fin de asignarles la pena más funcional y útil –no el perdón o la impunidad– y no, como en la actualidad, subsumir cualquier indicio delictual en el complejo seguridad-control.

15 Precisamente “[l]o que caracteriza un Estado de policía es que se interesa en lo que los hombres hacen, en su actividad, en su ‘ocupación’” (Foucault, 2006, pág. 370) no en lo que son.

la culpabilidad o la inocencia pierden todo su peso cuando no son el resultado de un minucioso y detallado cúmulo de pruebas.

7. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Con Beccaria se instauró una racionalidad que se opone tanto al mito absolutista del Estado y su poder de castigar sin concesiones a los culpables, como al expresivismo punitivo de la cristiandad a través de los suplicios y las mistificaciones —esto es, ni punitivismo absolutista de la razón de Estado ni emotivismo religioso de las Iglesias—; abogando por un derecho penal útil en el control del delito. Sin embargo, en su teoría se hallan los gérmenes de dos tendencias contemporáneas distinguibles pero articulables: por una parte el modelo welfarista y su crítica a la arbitrariedad y a la inhumanidad de los castigos y, por otra, la determinación precisa y fija de las penas con la consiguiente multiplicación de normas, sanciones y restricciones, típica de los modelos normalizador y neoconservador.

En este sentido una cosa es el discurso de reformadores, filósofos, juristas y políticos y otra el conjunto de convicciones culturales (normas) y factores económicos y técnicos que constantemente permean y tensionan el corpus positivista del derecho penal (leyes). Uno de los elementos tradicionales más importantes que dichos modelos conllevan como fondo y sustento del derecho es la individualización culpabilizadora, a pesar del intento del positivismo jurídico de pasar de ésta a la criminalización y su penalización, pues el derecho penal sigue necesitando del criminal para aplicar su sentencia contrariamente al intento repetitivo de poner el acento en el acto criminal; la confesión misma del imputado se presenta pues como recurso económico y funcional para la determinación del veredicto por encima de las dudas que, durante el proceso, se puedan generar sobre las pruebas (Foucault, 1990).

En síntesis, seguimos atrapados en esa costumbre inveterada de legitimar la aplicación del derecho penal a través de la idea —griega, cristiana, medieval, protestante y jurídico/moderna— de culpa. La penalización depende entonces de una producción del culpable, de una configuración del criminal. En este sentido su poder fundamentalmente se da sobre el alma, sobre las interpretaciones, sobre los deseos, de tal suerte que “el poder del Estado de derecho no se mide por las acciones de los tribunales sino por la disposición de los ciudadanos para comprender los acontecimientos, las acciones y los sujetos como instancias del derecho” (Kahn, 2001, pág. 92).

Así el desarrollo científicista y tecnológico de la época moderna ha corrido parejo con algunas concepciones tradicionales, de tal modo que con el auge de la ciencia moderna no se trata solamente de la ganancia de una seguridad ontológica pos-

tradicional en ruptura total con creencias de tipo religioso o mítico, como lo ha planteado Giddens (Castro-Gómez, 2001, pág. 66, nota 1).

Lo que el desarrollo actual de la criminalización ha mostrado es precisamente una alternancia en el uso de estas dos racionalidades: por un lado la científico-técnica que apunta a estrategias de control, eficiencia, maximización de la relación costos-beneficios, y, por otro, la penalización que vincula justificaciones jurídicas y políticas con convicciones morales, miedos e inseguridades. Todo ello en medio de la pérdida del poder estatal para redistribuir la riqueza y la seguridad social gracias a la globalización económica del neoliberalismo y la desterritorialización efectuada por las multinacionales (pág.75). Sin tratarse empero de alguna jerarquización del poder, sino de una microfísica que puede hallarse invadiendo todas las capilaridades de las instituciones y de los individuos, subjetivizándolos de tal modo que la racionalidad culpabilizadora y estigmatizadora funcione en todos y cada uno de ellos, así que lo más difícil de hacer para los sujetos de cara a esta racionalidad es precisamente intentar pensar de otro modo, ejercer una ética distinta a la moral estigmatizadora y clasificadora de la tradición reforzada por los imperativos económicos.

8. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Agudelo, Nódier. (2010). "Notas". En: Beccaria, Cesare. *De los delitos y de las penas* (ppág. 94-102). Bogotá: Temis.
- Beccaria, Cesare. (1995). "Respuesta a las notas y observaciones de un Frayle dominico, sobre el libro de los delitos y de las penas". En: *Tratado de los delitos y de las penas* (ppág. 339-351). México: Porrúa.
- Beccaria, Cesare. (1995a). *Tratado de los delitos y de las penas*. México: Porrúa.
- Beccaria, Cesare. (2003). *Principios de Economía pública y otros ensayos*. Traducción de Alberto Supelano. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Beccaria, Cesare. (2010). *De los delitos y de las penas*. Estudio preliminar de Nódier Agudelo. Bogotá: Temis.
- Cassirer, Ernst. (1996). *El mito del estado*. Santafé de Bogotá: Fondo de Cultura Económica.
- Castro-Gómez, Santiago. (2001). "Fin de la modernidad y transformaciones de la 'cultura' en tiempos de globalización". En: *Revista Venezolana de Economía y Ciencias Sociales*, Vol. 7, # 1, ppág. 65-79.
- Castro-Gómez, Santiago. (2010). *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar; Universidad Santo Tomás de Aquino.

- Dreyfus, Hubert L. & Rabinow, Paul. (2001). *Michel Foucault: más allá del estructuralismo y la hermenéutica*. Buenos Aires: Nueva Visión.
- Elias, Norbert. (1994). *El proceso de la civilización. Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Fernández Buey, Francisco. (2002). "Utopía IV", En: *El Viejo Topo*, Barcelona, # 165, págs. 42-44.
- Foucault, Michel. (1990). "Del buen uso del criminal". En: *La vida de los hombres infames* (ppág. 203-211). Madrid: La Piqueta.
- Foucault, Michel. (2001). *Defender la sociedad. Curso en el Collège de France (1975-1976)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2001a). *Vigilar y Castigar. Nacimiento de la prisión*. México: Siglo XXI.
- Foucault, Michel. (2003). *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa.
- Foucault, Michel. (2006). *Seguridad, territorio, población: curso en el Collège de France (1977-1978)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2007). *Nacimiento de la Biopolítica: curso en el Collège de France (1978-1979)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Foucault, Michel. (2009). *El gobierno de sí y de los otros: curso en el Collège de France (1982-1983)*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Garland, David. (2006). *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*. México: Siglo XXI editores.
- Hobbes, Thomas. (2000). *Tratado sobre el cuerpo*. Madrid: Trotta.
- Jakobs, Günther. (1995). *La imputación objetiva en derecho penal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Jakobs, Günther. (2003). *Culpabilidad en derecho penal. Dos cuestiones fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kahn, Paul. (2001). *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*. Barcelona: Gedisa.
- Mondolfo, Rodolfo. (1946). *Cesare Beccaria y su obra*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
- Monteverde Sanchez, Alessandro. (1995). "Notas sobre criminalidad, crimen y criminología. Conceptos y terminología. Aportes teóricos de Cesare Beccaria." En: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XVII, Valparaíso, Chile, ppág. 359-371.
- Sotomayor Acosta, Juan Oberto. (2009). "¿El derecho penal garantista en retirada?". En: Calle Calderón, Armando L. (compág.) *El estado actual de las ciencias penales* (págs. 273-304). Medellín: Universidad de Antioquia; Grupo Editorial Ibáñez.
- Tönnies, Ferdinand. (1988). *Hobbes, vida y doctrina*. España: Alianza.
- Voltaire. (1980). "Comentario al libro 'De los delitos y de las penas' por un abogado de provincias". En: Beccaria, Cesare. *De los Delitos y de las Penas* (págs. 114-160). Trad. de Juan Antonio de las Casas. Madrid: Alianza.