

rico", y mucho menos a partir de una sola serie de postulados. En este sentido lleva la razón la criminología marxista cuando sostiene que el cambio en la concepción y aplicación de los castigos obedece a un cambio en el modo de producción de los bienes materiales: Kreischmaisher afirma que en un sistema donde las relaciones de producción de bienes materiales y el concepto de propiedad privada están pobremente desarrollados —como ocurría durante la vigencia del feudalismo y en los primeros momentos de eclosión del Estado absolutista—, el castigo ha de centrarse sobre un bien cuya inmediatez permita el más alto resultado para el castigo. Este es el origen del suplicio, pues siendo el cuerpo humano el único bien, y el más inmediato, lógico resultaba que las conductas tabuadas que llegaban a realizarse experimentarían, como consecuencia, la aplicación de una técnica para despedazar y destripar aquel bien.³³

En cualquier caso, interesa notar que las instituciones que el capitalismo genera siguen en el fondo, aunque ello no resulte evidente, una línea de comportamiento uniforme, haciendo que la sistemática de los castigos devenga totalmente coherente con la totalidad del sistema de producción. De ahí que sea necesario determinar de qué manera el Estado capitalista articula los elementos superestructurales, tales como la institución de la prisión, con sus avatares históricos, un código para prohibir en sus aspectos sustantivo y adjetivo la implantación de una esencia de las conductas prohibidas, esto es, el principio en virtud del cual todas participan de la característica común de estar proscritas y, finalmente, de qué manera otros aparatos de control social son exogenados y puestos a punto para convertirse en contralor de una existencia estándar que contribuya al suave funcionamiento del sistema.

Ya en el siglo XVIII surge la concepción, dentro del derecho de las prohibiciones, de acuerdo con la cual se da la necesidad de introducir el criterio de proporcionalidad en la aplicación de los castigos. Este criterio de proporcionalidad se establecía de acuerdo con la humanización que era necesario alcanzar con la aplicación del castigo. De esta manera la humanización del castigo es un precepto que se establece en el derecho penal como norma esencial en la formulación y aplicación de las puniciones.

Por otra parte, la humanización de las penas y la aplicación de un sistema de castigo menos inmediatamente físico, y carente casi de violencia corporal, es proporcional a la disminución que experimentan los crímenes de sangre que iban acompañados de gran violencia física.³⁴

En su lugar, el reforzamiento del sistema de la propiedad privada condujo a una serie de ilícitos, en los cuales el factor de importancia vino dado por la violación al régimen de la propiedad misma. Pareciera que a un suavizamiento de los crímenes correspondiera un suavizamiento de los castigos; sin embargo, resulta necesario considerar que este cambio no puede desligarse de una gran cantidad de procesos que subyacen bajo la simple apariencia de una benignidad tanto de las infracciones como de los castigos.

A la base de este proceso de transformación se encuentra un complicado juego de presiones económicas, una elevación del nivel general de vida que el capitalismo trajo para ciertas capas de la población, como los aristócratas de viejo cuño, los burgueses y los pequeñoburgueses. Hay, además, un crecimiento demográfico intenso tanto como una multiplicación de la riqueza general y una fuerte acentuación sobre el concepto de la propie-

33. Se apunta ésta como la razón jurídico-económica principal del suplicio, sin excluir la existencia de otros factores igualmente importantes, entre ellos la idea del poder del soberano. Al respecto véase *supra*, cap. 2, pág. 101.

34. La violencia con la cual se ejecutaba una conducta tabuada debía encontrar su contrapartida en el encarnizamiento con el cual la justicia del rey tomaba venganza por la ofensa recibida. Este criterio, propio de la Teoría del Suplicio, estuvo a la orden del día mientras se mantuvo vigente el sistema feudal y durante gran parte del absolutismo. Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 18.

dad privada. Sin el surgimiento de estos elementos, difícilmente el Estado capitalista habría visto la necesidad de tomar en consideración la idea de peligrosidad que más tarde contribuiría a desarrollar en el más amplio y equívoco concepto de la defensa social.

A partir de este momento, las leyes penales empiezan a experimentar un viraje de modo tal que, por lo menos en los países donde el capitalismo constituía un fenómeno avanzado, y en general a fines del siglo XVIII, las conductas prohibidas empiezan a definirse como tales a partir de la concepción que sobre la propiedad el sistema capitalista iba implantando.

Es importante tener en cuenta que el cambio de una criminalidad de sangre hacia una delincuencia de fraude es el resultado de un mecanismo complejo que el capitalismo pone en acción, y dentro del cual figuran el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una más intensa revaloración jurídica de las relaciones de propiedad, y una concepción novedosa conformada por la idea de peligrosidad. Así, a partir del concepto de peligrosidad, el Estado capitalista instaurará todo el aparato de la vigilancia y el control públicos: una sistemática proclive a la protección de toda la infraestructura de la producción de bienes materiales. De ahí que la concepción sobre la peligrosidad haya contribuido tanto a establecer definitivamente la institución de la policía, un elemento de control de las conductas con carácter público y cuya actuación se asienta en la necesidad de otorgar seguridades a todo el aparato de la propiedad privada.

Este organismo de control que aparece en la vida de las sociedades que se desarrollaban bajo el capitalismo, refleja en su constitución un remanente propio del absolutismo, por virtud del cual el aparato de la policía conserva todos los caracteres de una organización militar: se especializa en la detección y persecución de

las conductas prohibidas y hace de la salvaguarda del orden y la moral su propósito de existencia. Es interesante notar que la estructura de los aparatos de la policía es concomitante con las discusiones más importantes de los teóricos del Derecho Penal, al tiempo que resulta casi coetánea con la instauración de la prisión como pena generalizada en el derecho de las prohibiciones.³⁵

En cualquier caso, la aparición de los aparatos de la policía es, ya, un anticipo de la reducción en las posibilidades de describir una conducta prohibida,³⁶ reducción que ya se había instaurado a lo interno del Encierro (el Hospital General) y que ahora se extiende a todos los órdenes de la vida social y produce en los espacios urbanos signos semejantes a los que rigen las condiciones del comportamiento en el encierro y la prisión. En ese sentido, la drogodependencia se enfrenta con la policía, entendida como un instrumento del control social, ofreciendo un remanente histórico que presta a ese mecanismo ocasión para desplegar toda una justificación acerca de la necesidad de reprimir los comportamientos que representan un peligro para la seguridad social.³⁷

Es claro, asimismo, que la policía, en su acepción administrativo-jurídica, actúa como cualquier institución orgánica del Estado capitalista, pero en su acepción jurídico-sociológica es un fenómeno que rebasa los límites formales de la estructura estatal para convertirse en una actitud de la sociedad capitalista. En este sentido, es válido afirmar que toda la serie de instrumentos que el Estado instala en los núcleos sociales cumplen con una función de control y represión de las conductas antieconómicas —la drogodependencia es la conducta antieconómica por excelencia— y en tal medida tales instrumentos hacen policía, manteniendo en vigencia los estatutos morales y la

35. La prisión es la forma última que el sistema de producción capitalista le imprime a la estructura del Encierro. Sobre el Encierro y el desarrollo de su progresión, vid. *supra*, cap. 2, pp. 89-90.

36. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 20.

37. Es obvio el origen superburgués del concepto sobre la peligrosidad, en cuya función se creó el aparato policíaco propio del Estado capitalista. Este concepto, en realidad, está oculto bajo los mecanismos de la policía, institución visible que reúne en sí todo el bien imaginable.

fuerza de determinadas costumbres que el sistema de relaciones de producción instaura, otorgándoles el carácter de "preceptos naturales".

Precisamente sobre tal preceptuación se construye el derecho de las prohibiciones, según lo sostuvo la Escuela Clásica del Derecho Penal. De esta manera, el contenido fáctico-jurídico de los códigos penales en Europa, hasta bien entrado el siglo XIX, pretendía recoger el *minum* sociológico que garantizara la existencia humana en sociedad.³⁸ Lo cierto, empero, es que tales códigos aseguraban el *minum* de condiciones para que las relaciones de producción pudieran sostenerse sin dificultad, como lo demuestra el hecho de haberse construido la mayoría de los tipos penales en función del sustrato económico producido por las relaciones de producción de bienes materiales.³⁹

Por otra parte, una visión analítica de los fines que se propuso la reforma del derecho de las prohibiciones que se llevó a cabo en Europa hacia 1790-1800, pone en evidencia que la crítica de reformadores penales como Beccaria, Servan y Pastoret, entre otros, reunían ya la ideología que sobre el Derecho Penal formulaba el Estado capitalista. La crítica de la reforma penal no iba dirigida en el fondo, pues tanto, contra la crueldad implícita en las prácticas que la Teoría del Suplicio alentaba⁴⁰ como en contra de una dispersión del poder, producida en el momento de castigar.

La disfunción del poder de castigar a que la reforma alude, se centra en torno al excesivo poder que el monarca del Estado absoluto concentraba en su sola persona, de tal manera que este "sobrepoder" identificaba el derecho de castigar con el poder personal del soberano. De ahí que el objetivo real de la reforma penal

no consistiese en fundamentar un nuevo derecho de las prohibiciones, elaborado a partir de *iusprincipios* más equitativos, como en fundar una nueva economía del poder de castigar.

De esta manera, la reforma penal propugnaba por una distribución eficaz del poder de castigar, de suerte tal que dicho poder no estuviera excesivamente concentrado en ciertos puntos, ni excesivamente escindido en otros: la reforma penal propone, así, un poder de castigar uniforme, con la característica de ser ejercible en todas partes y sin discontinuidades, hasta en el más recóndito estrato de la organización social. Por ello, la reforma del Derecho Penal debe entenderse como una reformulación del castigo, a efecto de tornarlo más eficaz, más constante y mayormente producible en sus efectos. Esta teleología es compatible con el surgimiento de la policía, a la cual habrá que estimar como uno de los productos más característicos de la reforma del Derecho Penal.

Asimismo habrá que estimar esta reforma más que como una nueva teoría penal, como una teoría político-jurídica de la penalidad, que genera una nueva economía política del poder de castigar. Esta política jurídica del castigo penetra, ya para el siglo XIX, en todo el basamento social, y hace de toda la organización social un inmenso dispositivo del poder del castigo. De esta forma, el derecho de las prohibiciones garantiza su eficacia en toda la estructura social. La tensión dialéctica entre el almacén infraestructural y los productos de la superestructura, en el sentido clásico que el marxismo da a estos términos, queda sobremana manifestada en este producto de la reforma penal, toda vez que el Derecho Penal mismo es producido por el sistema de relaciones de producción para viajar, posteriormente, hasta tal sistema y distribuirse en éste por toda su

38. La Ideología de la Defensa Social vertió estos contenidos en el Principio del Interés Social. Al efecto puede verse infra, cap. IV, pág. 201.

39. Delitos como el robo y el hurto están íntimamente relacionados con tipos como el homicidio calificado *criminis causa*. Aquí, el contenido económico que alienta la estructura de ambos tipos penales resulta palmario. En el Código Penal costarricense tales tipos se recogen en los artículos 112, inciso 6).

40. Sobre la Teoría del Suplicio puede verse supra, cap. 2, pp. 95-120.

extensión social. Es en esta acepción que se habla de un poder de castigar más eficaz, desde que se le puede hallar en todo el cuerpo social ejercido a través de los innúmeros mecanismos con que aquél cuenta.

No es de extrañar, consecuentemente, que la doctrina penal que se forma durante el siglo XVIII, tanto en la praxis judicial como en las tesis que provenían de disquisiciones teóricas propiamente, se prepare para la formulación de este cambio en la estrategia del castigo. Para la reforma penal, tal como se la planteó en escritos de Derecho o en proyectos legislativos, política, filosófica y jurídicamente lo esencial está en convertir el castigo, y en hacer de la represión, funciones plenamente regularizadas y extendidas por todo el entorno social, de modo que no se castigue menos sino que se castigue mejor y, sobre todo, que se castigue con más universalidad y con mayor necesidad, de modo que se introduzca el poder de castigar lo más hondamente posible en el cuerpo social.⁴¹

El arcaísmo teórico-jurídico implícito en la Teoría del Suplicio resulta, obviamente, demasiado simple y brutal para un sistema de relaciones de producción altamente complejo, como el sistema de relaciones que se instaló con el Estado capitalista. No obstante lo anterior, la reforma penal que penetró y varió tan fundamentalmente el derecho de las prohibiciones se impuso más por la fuerza incontestable de los hechos y del evidente avance de las relaciones de producción y de las relaciones entre las diferentes clases sociales, que por la preparación doctrinaria de los teóricos penalistas que habían heredado del absolutismo su sistema de pensamiento. De ahí que no sea extraño hallar, hacia 1750-1780, teóricos que propugnan por la introducción de una mayor severidad, que los castigos del derecho de las prohibiciones habían ido perdiendo paulatinamente. De esta forma, pese a los razonados escritos de los doctrinarios penalistas que pre-

paraban la reforma, muchos juristas de la época se oponían radicalmente a los principios reformistas: se estimaba la prisión como una seria deficiencia teórica, pues no se podía concebir que frente a la gran variedad de crímenes se pudiera castigar todos de tan uniforme manera como se castigaban con la prisión. Aunque los historiadores y criminólogos han logrado precisar una interesante disminución en los delitos de sangre durante la década 1790-1800, el sector más conservador de la doctrina penal abogaba por una vuelta a la rigurosidad del castigo bajo los principios de la Teoría del Suplicio.⁴²

De esta suerte, y a pesar de la oposición que la reforma encontró, ésta logró afirmarse por virtud del fuerte impulso que el sistema de relaciones de producción introdujo en la organización social, de frente a la cual el nuevo fundamento del castigo se presentaba como una necesidad para el funcionamiento del capitalismo y del Estado.

Así las cosas, es menester afirmar que, en este sentido, el Derecho Penal representó un importante avance en relación con las condiciones teórico-prácticas de los castigos que la Teoría del Suplicio sustentaba y, sin embargo, la reforma que produjo el Derecho Penal moderno de alguna manera no puede explicarse completamente si no es en relación con esta teoría.

Otra cuestión de suma importancia, que debe considerarse, viene dada por la formulación de la doctrina penal de la reforma en códigos específicos de la materia, organizados de acuerdo con principios que el derecho penal producido por esa reforma estableció como indispensables. Con el establecimiento de la codificación penal surge al mundo jurídico el concepto de *ilegalismo*, cuya comprensión está ligada a la comprensión de los fenómenos históricos, económicos y sociales que lo hicieron necesario. En este sentido el ilegalismo, a finales del Estado absolutista, venía determinado

41. La historia y los fundamentos de esta importante tesis pueden verse con detalle en FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 86.

42. Hacia 1764, Le Trosne sostenía lo siguiente, sobre los vagabundos: "Son insectos (ll) que destruyen cotidianamente la subsistencia de los labradores. Son tropas enemigas diseminadas sobre la superficie del territorio, que viven en la discreción como en país conquistado. (ll) Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 81.

por la no aplicación de una regla o la inobservancia de un edicto u ordenanza originados por el consentimiento tácito del poder político. El ilegalismo podía también ser ocasionado por la negligencia de los servidores de la monarquía o por la imposibilidad fáctica de castigar a los violadores del precepto. De esta suerte, las clases sociales más desfavorecidas económica y jurídicamente hallaban un "espacio de tolerancia" al margen de los preceptos que la ley establecía; se trataba de una forma de compensarse de los privilegios de los que sí gozaban otras capas sociales, como la naciente burguesía y el clero.

Para estos grupos, dicho "espacio de tolerancia" constituía una condición sine qua non de su existencia en cuanto clase de frente al poder político-jurídico y económico de la monarquía. Por ello estuvieron siempre en disposición de defenderlo mediante la secesión o a través de la sublevación abierta contra el poder del soberano. En muchísimas ocasiones estas formas de rebelión contaban con el apoyo de la burguesía capitalista y terrateniente, que alentaba, e incluso financiaba, estos alzamientos, quizá porque participaban ellas también de algún como "espacio de tolerancia"; en esa zona, clases desfavorecidas y burguesía eran coincidentes.

De hecho, el clero y la burguesía, en más de una ocasión, se alzaron también contra el poder de la monarquía cuando éste trataba de suprimir algunos de sus privilegios.

Ahora bien, tal y como lo sostiene Foucault,⁴³ este "espacio de tolerancia" existía prácticamente para cada clase social, que contribuía con todo a sostenerlo, pero estaba rodeado de una serie profunda de contradicciones: como regla general, los "espacios de tolerancia" de los diferentes estratos sociales sostenían entre sí extrañas relaciones que a veces eran de apoyo recíproco pero a veces, también, de rivalidad y competencia, o de conflictos de intereses. De cualquier modo, el juego de los "espacios tolerados" constituía una regla importante en el funcionamiento de la sociedad euro-

pea que abandonaba el Estado absoluto y se aproximaba con rapidez hacia el capitalismo y es, precisamente, con el advenimiento de la reforma del derecho de las prohibiciones y el cambio en el modo de producción, que se empieza a conceptualizar el "espacio tolerado" como ilegalismo, habida cuenta del aumento general de la riqueza y de la presión demográfica que el capitalismo hace sentir en las ciudades. En consecuencia, el juego de los ilegalismos empieza a sufrir un proceso de inversión que estará plenamente acabado hacia 1790-1800: si bien es cierto una gran parte de la burguesía había aceptado esta dinámica, no por ello la toleró una vez que el derecho penal de la reforma definió los estatutos de interpretación de las conductas prohibidas a partir de la idea de propiedad privada. Es así que el "espacio tolerado" tiende a convertirse en ilegalismo.

Con el nuevo estatuto de la propiedad, resulta necesario de toda necesidad castigar el ilegalismo. Esto explica por qué si las capas burguesas habían sido intolerantes con las infracciones a la propiedad territorial, con las infracciones a la propiedad comercial lo fueron más aún, actitud que sugiere que el Derecho Penal que se formula tiende, básicamente a defender el sistema de relaciones de producción, asentado en el hecho social de la propiedad privada de los bienes tanto de producción como de consumo.

Es interesante notar, asimismo, que en este delicado punto el sistema de relaciones de producción exógena un aparato externo como el Derecho Penal, cuyo serial de reglas tiene un sentido unívoco porque su estructura subyacente común parte del concepto de la propiedad. No extraña, pues, esa similitud que se encuentra entre el Derecho Penal, los procesos de educación y el Derecho del Trabajo. Y extraña menos cuando se logra entender que el Derecho Penal, como todo derecho de las prohibiciones, es un serial de reglas de disciplina y conducta formulado para la protección de ciertas instituciones básicas de la cultura capitalista occidental, donde no pueden sino figurar

43. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 87.

la propiedad privada y el fenómeno del trabajo: la construcción de los primeros preceptos del Derecho del Trabajo se dio a partir de estos factores.

Así, la cuestión que propone una similitud esencial entre el Derecho Penal moderno y el Derecho del Trabajo no se ha subrayado lo suficiente, hasta ahora, en el campo de la investigación doctrinaria y, sin embargo, es de una importancia vital para una comprensión apropiada de los fenómenos sociales que dan sentido a las estructuras de poder de las sociedades capitalistas industrializadas.⁴⁴

Y es que esta importancia podría provenir, quizás, de la similitud de algunos conceptos penales y iuslaborales, cuya conjunción permitiría entender cómo se construyó esa epistemología del poder de castigar y de la tecnología de la conducta, en todo tan distinta a la que imperó en tiempos de vigencia de la Teoría del Suplicio. No está de más sostener que la dinámica que el Derecho Penal establece, definiendo conductas como prohibidas, sólo tiene sentido porque la libre expresión de esas conductas dañaría a fondo las instituciones básicas del sistema de producción que el Estado capitalista refleja y reproduce. En este sentido el Derecho del Trabajo también está involucrado en la dinámica trabajo-prohibición.⁴⁵

Aparte lo anterior, importa también considerar que esta nueva estructuración de los conceptos jurídicos, eminentemente más social que la regulación de la Teoría del Suplicio, es la clave para comprender cuál ha sido el cambio entre un derecho de las prohibiciones y otro: mientras la Teoría del Suplicio regula actuaciones y conductas, el Derecho Penal que

surge con el Estado capitalista regula las conductas en su dimensión social. De ahí que la concepción jurídica de la Teoría del Suplicio no pueda presentarse sino pletórica de arcaísmos jurídicos que en su momento fueron de una eficacia impresionante, pero que no podían, de ninguna manera, hacerse cargo de regular una realidad altamente compleja en la que participa, como si fuera poco, un elemento social que no estaba presente en la época de vigencia de la Teoría del Suplicio, a saber el trabajo libre, elemento por lo demás indispensable dentro de las relaciones de producción del Estado capitalista.

Es claro, pues, que las nuevas formas acumulativas del capital, las relaciones de producción y la nueva situación jurídica de la propiedad produjeron el cambio conceptual sobre el cual se asentó el Derecho Penal moderno. El fuerte sustrato económico-social que el Derecho Penal moderno asume puede verse, en un primer acercamiento, configurando este Derecho de modo tal que presenta ciertos principios histórico-epistemológicos típicos:

1. Principio de la técnica más eficiente

El Derecho Penal de la reforma busca la manera de hallar las mejores técnicas para la aplicación del castigo; por ello puede decirse que el Derecho Penal moderno surge en el momento histórico en el cual el sobrepoder del soberano absoluto prepara el camino hacia la instauración del Estado capitalista.⁴⁶

El sobrepoder padecía de un efecto que la reforma penal pretende superar. De este modo,

44. Nótese que se trata de algo más que una similitud meramente formal, como la que podría existir entre las distintas ramas del quehacer jurídico: Derecho Administrativo, Derecho de Familia, Derecho Civil, cuya trabazón epistemológica existe a nivel de las formas jurídicas más que de los conceptos esenciales que podrían ordenar, en torno a ciertas ideas principales, a variadas disciplinas jurídicas. Esta relación a nivel conceptual es la que podría existir entre el Derecho Administrativo y el Derecho Constitucional, por ejemplo.

45. La cuestión del fenómeno del trabajo es sobremanera compleja, toda vez que se trata de un fenómeno múltiple, que nunca puede quedar agotado si se le enfrenta unilateralmente. En resumen, puede decirse sobre el fenómeno del trabajo, en relación con el derecho de las prohibiciones, lo que sigue: a) Es una de las instituciones básicas del sistema de producción capitalista, de donde resulta lógica y necesaria una protección múltiple del fenómeno mismo. Derecho Penal y Derecho del Trabajo son proyecciones de esa necesidad; b) Es uno de los principios que más se protege, y por los que más se castiga las conductas drogodependientes, habida cuenta de que tales conductas tienden siempre a negar su importancia y a violar la necesidad del trabajo.

46. En el texto 1984 ya George Orwell había explorado el problema del sobrepoder a propósito de un aparato social concreto, en este caso una forma estatal hipotética, proyectada al futuro. ORWELL, George, 1984, Editorial Destino, 1ª edición, 1980.

la superación del fundamento del castigo no es sino la superación de la dispersión en el ejercicio del poder, provocada por el sobreponderamiento. Se asienta aquí una relación inversa, según la cual a mayor cantidad de poder para castigar, tanto mayor dispersión de ese poder, manifiesta en ineficacia y desproporción.

La reforma penal busca, pues, no sólo una técnica eficaz y mejorada del castigo, sino también una adecuación de los efectos del castigo mismo. Aquí se estará en posibilidad de estructurar un aparato de administración de los castigos y las penas, regulado por un serial de principios proclives a hacer del castigo un ejercicio universalizado, es decir, un ejercicio en el que al participar la entera sociedad, convierta el castigo en una cuestión social.⁴⁷

De frente a este fenómeno, es sobremanera explicativo ese traslado que se dio en el derecho de las prohibiciones: el derecho de castigar ha viajado de las manos del monarca absoluto a la idea de la "defensa de la sociedad".

2. Principio de la Contratación Social

La reforma penal, al superar la Teoría del Suplicio, genera el Derecho Penal moderno, y forja sus postulados a la luz de las tesis contractualistas sobre la fundación de la sociedad y el Estado.⁴⁸ Al ser Inglaterra el país donde el capitalismo encontró mayores posibilidades de desarrollo, lógico resultaba que las condiciones materiales e ideológicas del Estado capitalista estuvieran mucho más avanzadas ahí que en el continente. Tanto así que las tesis de Locke sobre la tripartición del Estado y sobre el origen contractual de la sociedad fueron desarrolladas por la filosofía posterior continental, concreta-

mente por Montesquieu.⁴⁹ La reforma penal, en ese sentido, es producto directo de este espíritu ilustracionista. De ahí que una de las tesis básicas de la reforma penal se haya formulado en torno al mito del contrato para la creación de la sociedad.

La consistencia teórica del principio de la contratación sirvió, pues, de sustento para que los reformistas afirmaran una nueva teoría sobre el fundamento del castigo: de acuerdo con la lógica interna del mito sobre el contrato social, es preciso suponer que los individuos que han aceptado las leyes fundacionales de la sociedad y el Estado han aceptado, igualmente, aquellas leyes que pueden castigarlos. De esta suerte, quien describe una conducta prohibida se ubica en situación paradójica, pues ha violado el contrato social y es, consecuentemente, enemigo de la sociedad; pero al mismo tiempo participa en la ejecución del castigo. Es así que cualquier delito ataca a la entera sociedad y, por esta razón, la sociedad entera—incluyendo al violador— ejecuta el castigo. Así, se tiene que el castigo que impone la reforma no es sólo una función generalizada sino también extensiva a todo el cuerpo social y a cada uno de sus elementos.

Vista de esta manera, la conducta prohibida que delinea el delito produce una oposición total entre su productor y el conjunto de los afectados por el delito mismo. Por eso, la sociedad en su conjunto tiene el derecho de castigar al responsable del delito. Este es el fundamento sobre el cual la sociedad estructura el fundamento del derecho de castigar, el cual ha de reputarse tan sólido como el conjunto de los miembros que la conforman. Obviamente, hay una desproporción ingente entre el derecho a castigar y el delito que el infractor ha delineado con su conducta. Así, el infractor, más que un

47. El principio de procedimiento penal que establece la figura del Ministerio Público y el monopolio de la acción penal es reflejo de esta circunstancia histórico-social. En el código costarricense adjetivo este principio se recoge del numeral 39 en adelante.

48. Esta cuestión se ha discutido ya en el transcurso de esta investigación. Véase al respecto supra, cap. 2, pág. 100. Se discutirá nuevamente a propósito de la ideología de la Defensa Social, supra, cap. IV, pág. 193.

49. Es claro que la cuestión sobre el origen mítico-contractual de la sociedad y el Estado no es exclusivo de Montesquieu. Hobbes y Rousseau trataron también este problema, al cual se refirieron utopistas como Moro y Campanella.

violador del pacto social, es un traidor a la vida societaria y por ello la sociedad ha de tener sobre él el más absoluto de los derechos.

Estas tesis ya habían sido desarrolladas, con increíble precisión, por Rousseau en *El Contrato Social*:

"Todo aquel que ataca el derecho de la sociedad, se convierte por sus crímenes en un rebelde y traidor de la patria. La conservación del Estado es incompatible con la suya, por lo que es necesario que uno de los dos perezca, y cuando se hace perecer al culpable, es más como enemigo que como ciudadano".⁵⁰

3. Principio del Equilibrio para la Finalidad de las Penas

Las tesis que abogaron por la erradicación de la violencia que, en la aplicación de las penas, se imponía por virtud de la Teoría del Suplicio, se plantearon primero como un discurso lírico lleno de piedad y humanismo. Beccaria sostenía, en su opúsculo sobre los delitos y las penas: "¿Quién no se estremece de horror al ver en la historia tantos tormentos espantosos e inútiles, empleados fríamente por unos monstruos que se daban el nombre de sensatos?"⁵¹

Posteriormente estas mismas tesis hicieron ver la importancia de distribuir las penas y los castigos de acuerdo con un criterio que buscara un equilibrio entre el delito delineado y la pena que éste merecía, con vista a la obtención de un resultado específico para determinar así una teleología del castigo.

Esta inquietud acerca de la finalidad del castigo no estaba presente en la penalidad que la Teoría del Suplicio legitimaba, y no estaba presente porque a la Teoría del Suplicio no le interesaba alcanzar eficiencia alguna. Debe recordarse, consecuentemente, que la Teoría del Suplicio respondía a una organización social que, incluso en su punto más tardío, hacia el auge del Estado absolutista, no se regía por

el principio de la división del trabajo ni se centraba su penalidad en torno al concepto de propiedad como para preocuparse por la obtención de resultados útiles derivados del castigo, cuestión que sí interesaba a la reforma penal, pues era ésta la única manera de hacer del trabajo la conducta permitida por excelencia: la locura, la vagancia, la rebeldía civil —y más modernamente la drogodependencia— son todas conductas prohibidas en la medida en que niegan el Principio del Trabajo.

Por otra parte, la reforma que originó el Derecho Penal partía del supuesto según el cual el daño que el crimen induce en el conjunto de la sociedad viene determinado por la cantidad de desorden que se introduce en ese conjunto. Sin embargo, el sobrepoder, como ya se ha visto, es un factor de dispersión del poder mismo y, por lo demás, no conduce a la obtención de un resultado útil del castigo.

De todo lo anterior se sigue la necesidad de imponer una serie de castigos que no traten de reparar la falta ocasionada por la conducta delictiva con una pena que sea, en horror y crueldad, el equivalente del delito. Así, la búsqueda del equilibrio en la aplicación de las penas tiende a alcanzar en el castigo un resultado que venga compuesto por la utilidad de haber aplicado el castigo. Dicho de otra forma, el equilibrio que se busca en las penas que se formulan bajo los auspicios de la reforma supone:

a) Abandonar los conceptos arcaicos de la Teoría del Suplicio, de modo que se reduzca la cantidad de dolor y brutalidad físicas que la penalización imponía y que respondían a una equivalencia que en el Estado capitalista ya ha perdido todo su sentido.

b) Fijar la regla de acuerdo con la cual la proporcionalidad entre pena y delito viene dada por la disfuncionalidad que experimenta el orden social cuya pactación se viola, de suerte que el cálculo de la pena se efectúa no de acuerdo con el delito ni con la ofensa causada,

50. ROUSSEAU, J.J. *El Contrato Social*, Editorial EDUCA, San José, Costa Rica, 4ª edición, 1983.

51. BECCARIA, citado por FOUCAULT, M. en *Vigilar y Castigar*, pág. 95.

sino en atención a la posibilidad de repetición del delito y a la futura disfuncionalidad que éste causaría en el conjunto social. Nótese, en consecuencia, que en tanto la Teoría del Suplicio oponía a la gravedad de la falta una pena igualmente gravosa, la reforma penal propugna por la aplicación de una pena de la cual pueda desprenderse una finalidad específica: que el castigo se aplique en función del futuro y no del pasado. Así, la penalidad de la Teoría del Suplicio es puramente resarcitoria, en tanto que la penalidad de la reforma es esencialmente preventiva. Aquí está ya formulada la esencia del Derecho Penal moderno. Luego vendrían la Medicina y la Psicología; con ello las conductas drogodependientes se igualarán al serial de delitos que los códigos del siglo XIX establecían taxativamente.

4. Principio de Traslación del ámbito de aplicación de la Pena

La reforma que hace surgir el Derecho Penal moderno, vista desde el conjunto que forman la totalidad de sus reglas, exige la exclusión de la violencia sobre el cuerpo en la aplicación de las penas. Se solicita de los castigos que su punto de aplicación no lo constituyan los cuerpos masacrados por una justicia vengativa que pretendía imponer la misma cantidad de horror que el delito había causado, y aún un poco más. Los cálculos de la nueva economía en el poder de castigar, la búsqueda de la técnica más eficiente, indican que el poder y el castigo ya no deben aplicarse más sobre los cuerpos, proscribiendo así el juego que se daba con el suplicio.

De esta suerte, se tiene que el ámbito de aplicación de las penas se traslada hacia otro punto: no es ya el cuerpo lo que interesa sino la mente del condenado, no ya los efectos de sufrimiento corporal que la pena pudiera causar sino el grado de culpabilidad que el individuo debe asumir para aceptar así, no puede ser de otra forma, obedientemente su castigo.

En este sentido, se ha dicho que la de castigar es una función extensiva a todo el cuerpo social, puesto que el propio criminal reconoce la necesidad de su castigo.

Lo que Foucault llama "anatomías punitivas" quedan ya atrás. El Derecho Penal que surge con la reforma se ha descargado del arcaísmo jurídico de la Teoría del Suplicio, y busca ahora la ampliación de los efectos del castigo no ya a un nivel físico-material sino a un nivel psíquico-social. La conciencia culpabilizada acepta el castigo que todo el conglomerado social le impone. Así, ya no interesa el conocimiento de los cuerpos para medirlos en relación con el grado de resistencia física que oponían a los castigos.⁵² Lo que interesa ahora es el dédalo de los procesos psíquicos en su relación con los valores sociales. Esta vertiente no es nueva en el pensamiento jurídico occidental, pues las experiencias de esta cultura contenían en germen los elementos necesarios para la eclosión del psicoanálisis. Empero, el derecho penal que implanta la reforma había explorado ya este terreno en el ámbito de sus efectos concretos, a diferencia del Psicoanálisis, que lo exploró en función de sus fuentes.⁵³

La traslación del objeto del castigo abandona el cuerpo en cuanto finalidad del castigo y traslada todo su fasto al plano de la conciencia y del interior humano. A partir de aquí las pe-

52. Sobre este particular, muy bien sostiene Foucault que en la Teoría del Suplicio los conceptos jurídicos se cifan a la idea de conocer las fuerzas del organismo humano no para comprenderlas mejor sino para derrotarlas mejor. FOUCAULT, M, *Vigilar y Castigar*, pp. 38 y sigtes.

53. El punto de equilibrio epistemológico entre la idea del cuerpo y el concepto de la mente lo constituye la obra de Kafka. Ahí convergen los elementos de la nueva penología y los fundamentos de un nuevo derecho de castigar, especialmente orientado a producir efectos a nivel de la conciencia. Obsérvese lo que afirma Kafka, especialmente en *El Proceso*: "Después de la segunda absolución viene el tercer arresto; después de la tercera absolución el cuarto arresto, y así sucesivamente. Esto corresponde a la naturaleza de la Absolución Aparente (...). La Prórroga Ilimitada (...) mantiene indefinidamente el proceso en su primera fase. Es necesario para ello que el acusado (...) permanezca en contacto constante con la justicia". Vid. KAFKA, Franz, *El Proceso*, Editorial Losada, Argentina, II edición, 1976, pág. 48.

nas, en la ideología que inspira a la reforma penal, dejarán de aplicarse en el nivel de los cuerpos para dedicarse a llenar los espacios de la conciencia. La conciencia, como nuevo punto de aplicación de la penalidad, sin más, constituirá el objeto de la punición. Por ello el Derecho Penal moderno, a nivel teórico, es un derecho del castigo por los efectos, más que un derecho del castigo en cuanto tal; por ello su preocupación gira en torno a los resultados previsibles de tal castigo. No se interesa sino por amplificar los efectos del castigo, por enunciarlos de modo tal que para el sujeto de la punición constituyan la realidad. Por eso no es aventurado sostener que el derecho penal moderno estructura sus principios teleológicamente y su teleología viene dada por el Principio de Thomas: si el castigo es enunciado como una realidad específica, sus consecuencias se producirán en la realidad objetiva. Esto es, los efectos del castigo inducirán a que la conciencia asuma el castigo como una necesidad de la realidad social.⁵⁴

He aquí la teleología de los castigos que aplicará la reforma penal: la drogodependencia, en sus más prístinos elementos, estaba ya prácticamente anunciada y lista para ser formulada a nivel técnico-jurídico.

5. Principio de la Semiótica Penal

Las penas han dejado de ser, para la reforma penal, el castigo que se aplicaba en directa proporción con la cantidad de sufrimiento que el delito había causado.⁵⁵ La idea de cuantificar la pena en dolor, tanto como conducta tabuada sugiriese o desorden introdujera en el conglomerado social, fue superada por una

concepción sobre los fundamentos de castigar, relacionada con una técnica de la representación.

La pena, para la Teoría del Suplicio, se aplicaba con un exceso de fuerza que respondía a la idea de inculcar en los demás sujetos el horror y la repulsión por la acción tabuada, pero con la reforma penal los castigos empezaron a concebirse como dispositivos de la seguridad social y la prohibición de determinadas conductas se relacionó con elementos ruptores de la contratación social, según se ha visto. De esta manera, si el conglomerado social era presentado por la ideología del derecho penal como una totalidad contratante en un pacto de armonía, eliminación del derecho del más fuerte y supresión de las ventajas y desventajas del estado de naturaleza, el castigo no podía provenir sino de una fuente —el pacto social— cuya coherencia con el todo social hacía del castigo un elemento de la naturaleza, es decir, una ley natural cuya aplicación se suponía necesaria. Pero las penas de la reforma ya no se encargan, como la penalidad de la Teoría del Suplicio, de marcar el cuerpo del supliciado y de objetivarlo, reproduciendo en él la atrocidad del crimen realizado: la pena de la reforma crea un campo de significaciones sociales cuyo origen está en la conciencia misma del infractor, según se ha visto.

A partir de la reforma la pena, en cuanto mecanismo del control social, buscará no sólo aparecer como el producto de una ley natural, ínsita en la contratación social, sino también procurará presentarse como una necesidad que no se derive de la arbitrariedad. Es claro que deberá entenderse que todo conglomerado social define las conductas prohibidas de acuerdo con sus propias necesidades, de lo

54. Importa comprender que la corriente epistemológica en Derecho Penal es, sobre todo, una tendencia del pensamiento jurídico y posteriormente una práctica concreta. En mucho, las prácticas propuestas por la reforma no se aplicaron sino hasta bien asentados otros fenómenos históricos, por ejemplo el Capitalismo Periférico, la formación de los elementos del Psicoanálisis freudiano, etc.

55. Ejemplo de ello es el ajusticiamiento del asesino de Guillermo de Orange, quien tuvo que pagar centuplicado en dolor físico el magnicidio, según refiere M. Foucault en *Vigilar y Castigar*, pág. 59; "(...) en 1584 fue abandonado el asesino de Guillermo de Orange a lo infinito de la venganza. El primer día fue conducido a la plaza, donde encontró un caldero de agua hirviendo en el cual le fue introducido el brazo con el que había asestado el golpe. Al día siguiente le fue cortado ese brazo. Al tercer día fue atenaceado por delante en las testillas y (...) en el brazo. Al cuarto igualmente atenaceado (...) en las nalgas. El último día fue "fajado". Al cabo de seis horas continuaba pidiendo agua, pero no se la dieron. Finalmente se le pidió al lugarteniente de lo criminal que lo hiciera rematar y estrangular, con el fin de que su alma no se desesperara y se perdiera". (11).

que se sigue que tales conductas no son un producto natural como sí lo es el hombre, sino el resultado de una convención humana, y por lo tanto, artificiales.⁵⁶

La sociedad europea, hacia 1800, empezó a definir las conductas prohibidas como delitos. De esta suerte, las acciones que constituían delitos debían ser reprimidas "naturalmente", sin que la psique encontrara problema alguno en comprender que el castigo formaba un signo sobre el condenado, sobre todo un signo necesario, y más necesario en cuanto más "natural".

Así, el ámbito semiótico dentro del cual se mueve la serie de la penalidad que plantea la reforma penal, está constituido por la idea de acuerdo con la cual, al ser el delito un producto natural, debe ser naturalmente castigado. Asimismo, al sujeto que exhibe una conducta prohibida debe serle aplicada una pena y con ella un signo, de modo tal que se le pueda reconocer fácilmente. Empero, de la misma manera que la pena no agota todo el castigo, el significado de la pena va más allá de ella misma: ha de entenderse que la pena, tal y como la propuso la reforma, es una acción transformadora y modificadora del individuo, y ésta es la significación más profunda de todos los signos a través de los cuales la pena se pone de manifiesto. De ahí que la pena haya de tener un término en el tiempo y una finalidad en la vida social: hacer del condenado un virtuoso y reformarlo de manera que la sociedad pueda, posteriormente, beneficiarse de la pena que ella misma ha impuesto.⁵⁷

Con precisión señala Foucault la inversa relación que predominaba en la Teoría del Suplicio, para la cual cuanto más grave el delito menor prolongación en el castigo, tanto que algunas ejecuciones eran tan atroces como breves en el cadalso los minutos para el supli-

ciado. De esta manera, la reforma iba proponiendo el establecimiento de un serial de signos referidos, todos, al derecho de castigar y al castigo mismo: la pena es un signo y forma parte de una significación dentro de la cual el signo mismo se inserta. En ella el culpable es el objeto de una significación punitiva específica, pero no es el único objeto de esa significación. El entorno social es un objeto de significado particular, tanto como lo es el sujeto que exhibió una conducta prohibida, pues resulta de fundamental importancia hacer que los signos que se han establecido sobre un sujeto particular circulen con la mayor rapidez posible, sean difundidos en el entorno social, aceptados por todos como una necesidad de la naturaleza —aunque sea de la naturaleza humana— y prestos a formar en esta circulación un discurso sobre el crimen, justificando el castigo y los signos que lo representan. En las conductas drogodependientes, es éste el mecanismo que utiliza el derecho penal. Con la Teoría del Suplicio el cuerpo de los supliciados se convertía en una "cosa" de la propiedad del rey, quien imprimía sobre aquél su sello y a quien descuartizaba con los efectos de su poder. Con la reforma penal, el condenado es una como propiedad social, pertenece a todo el conglomerado de la comunidad y de ahí la necesidad de que éste saque la mayor ventaja posible de aquél en la aplicación del castigo.⁵⁸

Para el que antes era supliciado, la pena se presenta ahora como un mecanismo de significaciones, en cuyo orden el culpable individualizado es una parte del objetivo general de las penas: la pena actúa como un signo que se dirige también a todos los culpables potenciales. De esta manera, la significación de la pena encuentra un ámbito dentro del cual ella circula haciéndose claro su significado según el cual el crimen, en su acepción genérica, constituye

56. Debe tenerse en cuenta que la pena actúa como un instrumento de control social, pero no agota en sí misma todas las posibilidades de control que el mecanismo del Estado capitalista tiene.

57. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 135.

58. FOUCAULT señala en este precepto el origen de los trabajos forzados. Refiriéndose al condenado sostiene: "Habrà de ser un bien social, objeto de apropiación colectiva y útil. De ahí el hecho de que los reformadores hayan propuesto, casi siempre, los trabajos públicos como una de las mejores condenas posibles. Vid. FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 113.

una acción proscrita que la sociedad debe y sabe castigar. Con la instalación del Estado capitalista, el Derecho Penal de la reforma se extiende ahora sobre la moral,⁵⁹ como la Teoría del Suplicio se extendía por sobre la persona del monarca absoluto: si durante la Teoría del Suplicio el terror y la ferocidad constituían los elementos ejemplificantes, para los tiempos de la reforma la ejemplificación viene dada por la lección de carácter moral y el discurso, por una disposición de los signos del castigo y la pena, que indican cuáles son los preceptos que posibilitan la convivencia social. Esta moral pública y teatral está sólidamente formulada en un pasaje de Brissot sobre la *Teoría de los criminales*.

-“Yo querría que tras haber preparado las inteligencias por medio de un discurso razonado sobre la conservación del orden social, sobre la utilidad de los castigos, se condujera a los jóvenes, incluso a los hombres, a las minas, a los trabajos, para contemplar la suerte espantosa de los proscritos”.⁶⁰

De cualquier forma que se mire la cuestión de los signos de la pena y su sustrato está, íntimamente, relacionado con la finalidad que la

aplicación de los castigos tiene para el Derecho Penal de la reforma: hay una intención didascálica en todas las penas y los castigos que el Derecho Penal de la reforma impone. Y esta intención viene dada por la necesidad de aplicar un castigo cuya utilidad sea de beneficio lo mismo para el castigado que para los castigadores. El cuerpo social ha de derivar algún beneficio de los castigos que aplica, pues sólo así el derecho de castigar puede asegurar a los núcleos sociales un mínim de convivencia. Para la reforma, no se trata ya de afirmar el poder y restaurar una situación, como sí lo pretendió la Teoría del Suplicio, sino de prevenir la ocurrencia de determinadas situaciones cuya repetición podría dañar severamente los fundamentos del pacto social. Así, todos los principios que la reforma formula están esencialmente dirigidos hacia la salvaguarda de una como salud pública.

No obstante el equilibrio y la adecuación que la penología de la reforma pretende hacer válidos, el Derecho Penal ha cambiado, pero solo de estrategia, y por ello seguirá arrastrando antiguas subyacencias y arcaicas formas epistemológicas sobre el castigo.

59. La moral del capitalismo está definida por contenidos históricos varios, entre ellos los preceptos del judeocristianismo, cuyos contenidos éticos pasaron a formar parte de la moral del Derecho Penal. Vid. supra, cap. 3, pp. 140-141.

60. BRISSOT, citado por FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, pág. 115. En este sentido, no debe olvidarse que la contribución de Francia a la creación del Encierro es imponderable, toda vez que las características penológicas que éste adquirió partieron de la práctica represiva que se dio en sitios como La Bastilla, el Castillo de If y, modernamente, la Isla del Diablo, en el Caribe.