

c2
f4
88c

CAPÍTULO II LA ESCUELA CLÁSICA

§ 7. INTRODUCCIÓN

La transición de la sociedad feudal al modelo contractual de la revolución industrial abarca un período amplio que comienza, aproximadamente, en el siglo XVI y se consolida en el siglo XVIII¹.

El régimen anterior al modelo clásico, que denominaré en adelante Antiguo Régimen, abarca los efectos de la historia criminológica desde los albores de la humanidad en monarquías teocráticas y castas sacerdotales gobernantes en el Antiguo Egipto y Mesopotamia Asiática, pasando por Grecia, Roma y las corporaciones del medioevo hasta las monarquías absolutistas anteriores a las tres grandes revoluciones².

El Antiguo Régimen puede ser caracterizado, en general, como un conjunto de diversas sociedades que pretendieron sucesivamente la consolidación, en las manos de los legítimos detentadores de la soberanía política, de la potestad pública de castigar, entendida como un derecho divino y casi siempre hereditario³. Así, los historiadores pueden afirmar la existencia de un verdadero binomio o alianza entre el trono y el altar.

¹ En este sentido debe tenerse presente que la producción penal del siglo XVIII es el resultado de toda una posición ideológica, política y filosófica destinada a suplantarse el teocentrismo y superar el modelo social feudal, de allí que he optado por situar su origen en el siglo XVI y XVII antes que en el siglo XVIII.

² Me refiero a la Revolución Norteamericana de 1776, a la llamada Revolución Gloriosa en Inglaterra y a la Revolución Francesa de 1789.

³ En igual sentido expresaba ZAFFARONI: "La filosofía medieval está transitada de la idea de Dios, y por ende teñida de teología, lo que es una ca-

con una gran plusvalía que pudiera generar una nueva inversión productiva y fuese el motor del crecimiento del modelo a través de la acumulación de capitales.

"El Estado capitalista debe cumplir dos funciones básicas y con frecuencia mutuamente contradictorias, la acumulación y la legitimación. Esto significa que el Estado debe tratar de mantener o crear las condiciones en que es posible la acumulación rentable del capital. Sin embargo, el Estado también debe tratar de mantener o crear las condiciones para la anomia social"⁹.

Las grandes extensiones de tierra pertenecientes a los señores feudales se parcelaron, transformando al siervo de gleba en campesino. El trabajo de la tierra ya no era el núcleo del nuevo modelo económico. Los hombres abandonan el campo y se trasladan a los burgos, generando así el capital y la mano de obra asalariada. Surgen entonces masas de trabajadores en torno a las ciudades de los países en proceso de industrialización, comenzando por Inglaterra y Alemania¹⁰.

El avance de la acumulación originaria que derivó en la industrialización de la Europa Occidental se tradujo en una fuerte injusticia social a principios del siglo XVIII. Se enfrentó al Estado con la necesidad de controlar el delito, para lo cual el sistema penal fue utilizado como la principal herramienta de control social institucional.

El proceso de emigración del campo hacia la ciudad trajo aparejada la necesidad de educar y compenetrar al campesino con las tareas de la fábrica. La cárcel correccional se tornó un instrumento útil y un lugar adecuado para contener al disconforme o inadecuado con la finalidad de reinsertarlo al proceso productivo"¹¹.

⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, "Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología", en *Pensamiento criminológico*, Temis, Bogotá, 1983, p. 11.

¹⁰ "Los trabajadores ya no estaban protegidos por el régimen penal, no eran siervos que tenían garantizados deberes de protección del señor feudal, sino que habían quedado libres para poder competir. Los gremios habían sido eliminados, porque nada debía interferir con la libre oferta y demanda. Los beneficios debían reinvertirse en capital productivo", ZAFFARONI, Eugenio R., *Criminología. Aproximación desde un margen*, Temis, Bogotá, 1993, p. 102.

¹¹ "El control social del siglo XVIII obedece a una contención terrorista en un primer momento y una tendencia disciplinaria posterior; pero esto

Surge entonces una gran masa de marginales que no se encuentran inmersos en el nuevo orden y, por ende, se transforman en un objeto de control y represión. "Un universo de marginados, potenciales atentadores contra la propiedad, estuvo caracterizado por una violenta reacción en lo que respecta a esta masa de pobres y vagabundos. Una política criminal de tipo sanguinario, en la que a través de la horca, la marca a fuego y el exterminio había buscado contener la amenaza creciente al orden constituido determinada por esa excedencia de marginados"¹².

Posteriormente, la brutalidad del castigo marginal fue progresivamente suplantada por la internación. La cárcel sirvió para transformar al campesino para su nueva función en la fábrica"¹³. El pretendido nuevo rol será el de obrero asalariado.

La criminología en el período clásico era la encargada de analizar la unión existente entre la cuestión del orden político y la concepción filosófica y justificativa de la punición respecto de la criminalidad. En este sentido, puede hablarse de la criminología clásica o contractualista como una manifestación de la unión de la ciencia penal y de la teoría político-filosófica¹⁴.

La filosofía y la política como inescindibles de la explicación criminal tienen, por correlato, el estudio de la ciencia penal como un universo conceptual. En tanto, derecho penal, criminología, filosofía penal y política criminal están unidas bajo el estudio del derecho público de castigar.

Intentar iniciar una aproximación a la criminología clásica presupone, según mi criterio, abstenerse de vincular solamente el proceso crítico del Antiguo Régimen y la búsqueda de oponer

no fue parejo en toda Europa, sino que se desarrolló conforme a los requerimientos de la acumulación en cada país", ZAFFARONI, Eugenio R., *Criminología* . . . , p. 105.

¹² PAVARINI, Massimo, ob. cit., p. 32.

¹³ BILAN, Javier A., y FERRANDO, Víctor H., *La cárcel argentina, una perspectiva crítica*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998, ps. 31 y siguientes. En igual sentido y como fundamental se recomienda la lectura de MELOSSI, Dario, y PAVARINI, Massimo, *Cárcel y fábrica*, Siglo XXI, México, 1985.

¹⁴ En igual sentido expresó BUSTOS RAMÍREZ: "necesariamente desembocan en una posición política, que engloba la consideración del delito y de la pena, en tanto que son también producto de ese Estado", en ob. cit., p. 29.

derechos de los ciudadanos respecto de los deberes para con el Estado, con miras a estudiar el proceso de consolidación de una nueva fuerza social y la transformación en un nuevo orden con diversas formas de control y aparatos punitivo-estatales coherentes a tal funcionalidad. Así, el pensamiento del iluminismo no solo abarca el campo de la criminalidad, sino el de la historia toda de la civilización de la época¹⁵.

El pensamiento clásico se basó en elevar el concepto de la razón¹⁶ como medida de las cosas y tomó como partida el pensamiento del iluminismo¹⁷. Su postulado central ha sido el paso del teocentrismo al antropocentrismo, colocando al raciocinio y a la práctica científica como la medida de las cosas. Su consecuencia fue la protección de los derechos del ciudadano y la contención de los deberes de los súbditos contra un Estado corrupto y arbitrario¹⁸.

"La llamada criminología clásica como punto de partida de análisis teórico del comportamiento desviado se desarrolló sobre la base de la ilustración, todos los hombres eran libres e iguales, racionales y podrán por ello, actuar responsablemente como individuos"¹⁹.

En general, puede afirmarse que el control social que pretende instalar el clasicismo tiende a cimentar un estado de legitimación para poder aplicar castigo e imponer cohesión social en caso de violación de las pautas impuestas. Tiene como

¹⁵ VOLD sostiene: "La criminología clásica ofrece una imagen administrativa y legal", en *Theoretical Criminology*, p. 26, cit. por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Criminología, una introducción a sus fundamentos teóricos para juristas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

¹⁶ Los *philosophe* de la Ilustración calificaron de revolucionaria la victoria de la ciencia. Ratifica el triunfo de la razón sobre la superstición o, en sus palabras, de la luz contra los poderes de las tinieblas, en *La verdad sobre la historia*, de APPELEBY, J.; HUNT, L., JAKOBS, M., AB III, Barcelona, 1998, p. 30.

¹⁷ El iluminismo recoge a la razón como referente absoluto y adopta como método científico el deductivo, inclinándose a una explicación filosófica y política del origen social y del delito.

¹⁸ "La historia de la criminología moderna comienza con la atención prestada a la inconsistencia entre los nuevos principios racionales e iluministas y el oscurantismo vengativo del sistema penal medieval que subsiste hasta el siglo XVIII", FUCRO, Felipe, ob. cit., p. 550.

¹⁹ LAMNEK, Siegfried, *Teorías de la criminalidad*, Siglo XXI, México, 1937, p. 18.

base un derecho penal protector de la propiedad y de las libertades civiles, todo lo cual sirvió indudablemente como un marco de ascenso y consolidación de la burguesía naciente en contra de los atisbos del *Ancien Regimen*.

El modelo clásico y, más precisamente, los precursores como Hobbes, Locke, Rousseau, Beccaria, Lardizabal y Hommel; así como los doctrinarios Romagnosi, Kant, Hegel y Carrara, crean una verdadera teoría del Estado, del delito y de la pena sobre la base de un concepto jurídico²⁰.

Este nuevo modelo jurídico del delito y de la pena reformula el concepto del ciudadano como ser libre, pensante y responsable a consecuencia de su libre albedrío. El hombre puede conocer y elegir entre el bien que representa el derecho y el mal que significa el delito, generando, como consecuencia de su responsabilidad personal y jurídica, una pena justa y útil para la reintegración al contexto social.

Todos los iluministas no pueden ser unificados bajo el rótulo de una escuela teórica, mas el pensamiento racionalista como hilo conductor, la científicidad y el ensalzamiento del sentido común contra el antiguo orden los unen en contra de la tradición jurídica de los glosadores, posglosadores y las autoridades magistrales que identificaron al oscuro régimen²¹.

En esta línea de pensamiento, en la denominada escuela clásica, el centro del análisis teórico "no estará en el actor -delincuente-, sino en el acto"²².

²⁰ Señala PAVARINI: "La producción criminológica del liberalismo clásico debe, por lo menos, comenzar por las obras de Hobbes y puede solo ser comprendida por la lectura que recorra transversalmente todo el pensamiento político-filosófico de los siglos XVII y XVIII", en *Control...*, p. 28.

²¹ A este respecto expresaba RADZINOWICZ: "Todos están afectados por los crecimientos del análisis científico. Todos se volvían hacia la razón y el sentido común como armas contra el orden antiguo. Todos se erguían en contra de la aceptación incuestionada de tradición y autoridad. Todos encontraron fáciles objetivos en la ineficiencia, corrupción y caos de las instituciones existentes. Todos protestaron contra las difundidas superstición y crueldad. Su punto de partida era la apelación a la ley natural, los derechos naturales y la igualdad natural interpretados por la voz de la razón", en *Ideology and Crime*, Heinemann, Londres, 1966, p. 4, cit. por BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 27.

²² LAMNEK, Siegfried, ob. cit., p. 18.

La afirmación de la libertad civil propendió a llevar al fortalecimiento de los derechos del ciudadano en contraposición a la primacía de los deberes. Se crea la pena de prisión como nueva forma de punibilidad para imponer el principio de igualdad y desterrar los horrores y arbitrariedades de la Antigüedad, tales como la tortura, el desmembramiento, la mutilación o la muerte.

A la par del derecho político, las nuevas realidades económicas vislumbran un nuevo horizonte. Ya no existen jurídicamente los siervos de tierra, sino que cada persona tiene la libertad de realizarse y satisfacer sus necesidades. Con el devenir de la acumulación originaria se irá delineando que los medios de producción y la acumulación capitalista quedan en manos de unos pocos, y los otros, dueños solamente de su fuerza de trabajo, deben someterse a los primeros para poder acceder a las necesidades básicas²³.

MARSAL establece con precisión que los rasgos del Iluminismo, base de la transformación clásica, pueden delinearse en tres grandes ejes, a saber: crítico-negativo, utópico-práctico y racional-científico. “Crítico-negativo, en cuanto se opone al orden existente y la ideología tradicional entonces dominante (...), racional-científico, agrega la lógica científica (...), utópico-práctico, en cuanto al derrumbamiento del poder tradicional”²⁴.

La escuela liberal no considera al delincuente como un ser diverso del ciudadano común²⁵. Se finca en el delito como

²³ En igual sentido PAVARINI: “Las nuevas leyes de mercado determinaron una minoría de propietarios de los medios de producción frente a la mayoría de no propietarios, o propietarios solamente de su fuerza de trabajo (proletariado). Ningún vínculo jurídico obligará ya a nadie a someterse a otro, únicamente la imperiosidad de satisfacer las propias necesidades vitales a pesar de estar privados de bienes obligará a las masas expropiadas a ceder contractualmente su propia capacidad laboral a la clase patronal a cambio de un salario”, en *Control* . . . , p. 29.

²⁴ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. citada.

²⁵ En tal sentido expresaba BARATTA: “La escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviera por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito, entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba,

concepto violador del ente jurídico²⁶, como contraposición del derecho que surge del pacto social o del consenso societario que da lugar a la conformación del cuerpo social.

“El derecho penal y la pena eran considerados (...) no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a este, donde fuese necesario, un disuasivo, es decir una contramotivación. Los límites de la conminación y de la aplicación de la sanción penal, así como las modalidades del ejercicio de la potestad punitiva del Estado, estaban señalados por la necesidad o la utilidad de la pena y el principio de legalidad”²⁷.

El clasicismo impone el principio de legalidad, el debido proceso penal y la pena de cárcel como valores dominantes de una nueva política criminal, orientada ideológicamente a cimentar el capitalismo incipiente y consolidar la burguesía en la necesidad de estabilidad política y económica. Su reaseguro será la pena entendida como modelo de adaptación del campesino al nuevo *status* de proletario.

El nuevo modelo político debe explicar la concepción social. Entonces, se destierra el derecho divino de la soberanía para reemplazarlo por la idea del contrato o pacto social como modelo organizacional y justificativo. Lo que no significa que todos los doctrinarios entiendan que el estado de naturaleza anterior o el propio contrato sean lo mismo; en líneas generales, comprenden que es la justificación del desprendimiento de parte de la libertad conceptual en miras del afianzamiento de los derechos de libertad civil y propiedad.

La función fundamental de la punibilidad clásica es la conservación de la sociedad civil derivada del pacto social o por el derecho de sociabilidad innmanente del espíritu humano.

según la filosofía política del liberalismo clásico en la base del Estado y del derecho”, en *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Siglo XXI, México, 1991, p. 23.

²⁶ “No hay diferencia entre el criminal y el que respeta la ley, excepto el hecho”, Helga y Henning TRABANT, cit. por LAMNEK, Siegfried, ob. cit., p. 18.

²⁷ BARATTA, Alessandro, ob. cit., p. 23.

§ 8. EL ILUMINISMO Y UNA NUEVA JUSTIFICACIÓN SOCIAL PARA EL ESTADO

El denominado "Siglo de las luces" o de la razón, que ha tenido su máxima expansión en el siglo XVIII, ha sido dominado por una filosofía que denominaré, en adelante, Iluminismo.

El iluminismo es producto de la mixtura y reformulación filosófica con miras políticas de dos grandes líneas de pensamiento: el pragmatismo por un lado, y el racionalismo por el otro, siendo estas las bases fundacionales del pensamiento de los precursores y primeros doctrinarios de la denominada escuela clásica.

"La filosofía del iluminismo parte del reconocimiento de ciertos derechos naturales inherentes al hombre, principios morales absolutos que deben ser reconocidos por el derecho"²⁵.

Esta filosofía, en su afán de reivindicar los derechos de los ciudadanos, cambió el panorama jurídico y político de su época. Así, acabaría con la tradición jurídica y la doctrina magistral del medioevo y justificaría el Estado por intermedio del contrato o pacto social, en reemplazo de la derivación mística y metafísica del período anterior.

"Los iluministas adoptan una posición crítica respecto del estado de las cosas existentes, y por ello también respecto del Estado, su estructura y su actividad. Necesariamente desemboca en una posición política, que engloba la consideración del delito y de la pena, en tanto son también producto de ese Estado"²⁶.

La idea contractualista como fundamento de la sociedad genera un principio de legalidad de base democrática en manos del legislador, como depositario legítimo de la soberanía popular. Este modelo de concertación social artificial no solo es útil para afianzar los regímenes revolucionarios, sino también a los déspotas ilustrados que, tomando las banderas de la soberanía popular, la entendían delegada en sus manos bajo el lema: "Todo por el pueblo, todo para el pueblo, pero sin el pueblo".

²⁵ FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 355.

²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 29.

Así expresaba FOUCAULT que los ilustrados que descubrieron las libertades también inventaron la disciplina, pues esta última era indispensable para afianzar el nuevo modelo económico y formular un nuevo sistema político³⁰.

En este sentido, el fundamento de la pena estatal como prevención general y especial en cuanto a la utilidad ha servido tanto al modelo revolucionario como al despotismo ilustrado.

La revolución propuso realizar un cambio radical de los sujetos detentadores del poder, una nueva redistribución de la riqueza o un reposicionamiento de los actores sociales a nuevas realidades sociológicas. No puede afirmarse que este movimiento haya pretendido la recreación de un modelo democrático e igualitario, cuyo ejemplo más claro es la historia política francesa después de la Revolución de 1789, que derivó en el terrorismo estatal. En definitiva, el revolucionarismo pretendió un cambio de sujeto, pero el mantenimiento del escenario político.

El clasicismo es una verdadera revolución política y se acompaña de una indiscutible reformulación teórica y filosófica. Los monarcas absolutistas del *Ancien Regimen* vislumbraron en la transición una necesidad de relegitimizar por nuevas vías el ejercicio de su poder. Se convirtieron allí en los intérpretes, en el selecto grupo de intelectuales iluminados que denominamos déspotas ilustrados.

§ 9. PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA ESCUELA CLÁSICA

a) El delito es un ente jurídico, cuya violación atenta contra el orden social al cual el hombre ha adherido libremente. El delito es la contradicción con la ley³¹;

³⁰ En este orden de ideas expresaba BUSTOS RAMÍREZ, referenciando a KAUFMANN en *Ejecución penal y terapia social*, p. 342, que es paradigmática la enseñanza de la pena en el sótano de agua donde "los presos que no querían trabajar eran encerrados en este sótano, en el cual solamente se podrían salvar de morir ahogados en tanto bombardearan hacia fuera el agua que les era bombeada hacia adentro, aprendiendo de este modo a hacer el trabajo corporal", en ob. cit., p. 13.

³¹ En tal sentido sostiene VOLD que: "La criminología clásica ofrece una imagen administrativa y legal" en ob. cit., p. 26.

b) el delincuente es un ser normal e igual al ciudadano respetuoso de la ley. Los hombres son iguales cualitativamente³²;

c) el estudio del hecho es lo relevante, prescinde casi absolutamente del autor, como objeto de investigación teórica³³;

d) todas las personas gozan de libre albedrío para elegir entre la conducta legal o el delito. Se genera por lo tanto una responsabilidad personal y jurídica por la violación del derecho;

e) la pena estatal debe ser útil para estar justificada;

f) deben imponerse las reglas de la legalidad para los delitos, proviendo un marco mínimo de seguridad jurídica. Existirá un régimen procesal, científico y humanista -debido proceso sustantivo-.

La responsabilidad por la comisión del delito es jurídica, moral y personal, "firmemente partidaria de la solución indeterminista de la libertad moral absoluta (...), formada dentro del ambiente político-cultural producido por el Iluminismo, partió del postulado del libre arbitrio y puso el binomio responsabilidad moral-pena retributiva como fundamento del derecho penal, al cual, por lo tanto, se le fijó como centro los tres principios fundamentales de la voluntad culpable, de la inimputabilidad y de la pena proporcional al mal cometido"³⁴.

El pensamiento clásico es "una teoría del control social. Fija, en primer lugar, la forma en que el Estado debe reaccionar ante el delincuente; en un segundo término, las desviaciones que permiten calificar como delincuentes a determinadas personas; y en tercero, la base social del derecho penal. Al igual

³² En igual sentido expresaba BARATTA: "La escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás (...), sino que se detenía en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho", en ob. cit., p. 23.

³³ Coincido con LAMNEK respecto de que "el estrecho parentesco de la criminología clásica del siglo XVIII y el *labelling approach* del siglo XX se revela en el rechazo de la investigación de las causas individuales, en la apreciación convencional de la desviación, en la adjudicación por definición de lo desviado, así como en el rechazo de la valoración negativa de lo desviado".

³⁴ MANTOVANI, Ferrando, *El siglo XIX y las ciencias criminales*. Temis, Bogotá, 1988, p. 17.

que las teorías del contrato social en general, la teoría clásica del delito y del control social obtuvo el apoyo de la burguesía en ascenso"³⁵.

La criminología clásica debe ser entendida como un análisis en conjunto del contexto de todas las ciencias penales, pues lo importante es dilucidar la justificación racional, útil y política de aplicar castigo estatal³⁶.

"Hay un cambio radical en el tratamiento de los pobres (vagabundos, mendigos, locos, huérfanos, viudas) que durante la Edad Media habían gozado de un *status* de dignidad y consideración social, como hijos predilectos del Cristo Bíblico; ahora, contrariamente son los enemigos, el demonio, pues representan la antítesis, de un sistema que se erige sobre la reproducción de la fuerza de trabajo, sobre la disciplina que esta implicó, sobre las relaciones que se generan entre capital y trabajo. Son un elemento disociador que es necesario resocializar y para ello están las casas de trabajo"³⁷.

§ 10. RACIONALISMO

El paso del modelo del Antiguo Régimen al clásico pretende desplazar conceptualmente el centro del análisis del mundo de lo metafísico al de lo racional³⁸. La razón pasa a ser para el clásico el método, el medio y el motor del progreso de la ciencia y de la sociedad³⁹.

³⁵ TAYLOR, Ian; YOUNG, Jock, y WALTON, Paul, *La nueva criminología, contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Amorrortu, Buenos Aires, 1990, p. 20.

³⁶ "La criminología aparece inseparable de lo político, pero más aún se borran las diferencias entre el derecho penal, criminología y política criminal, y se ve todo ello como un solo problema: el fenómeno criminal o el poder del Estado de sancionar. El delincuente nace con el contrato social, con la sociedad organizada", BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 29.

³⁷ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 13.

³⁸ VOLD sostuvo: "La escuela clásica simboliza el tránsito del pensamiento mágico, sobrenatural, al pensamiento abstracto".

³⁹ "La imagen del hombre como ser racional, igual y libre; la teoría del contrato social, como fundamento de la sociedad civil y el poder; y la concepción utilitaria del castigo, no es desprovista de apoyo ético, constituyen tres sólidos pilares del pensamiento clásico", ob. cit., p. 20, cit. por GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, en *Criminología* ..., p. 95.

En este contexto, "el Renacimiento trató de regresar al pensamiento griego, particularmente a Platón y Aristóteles, tratando de fincarse en sus versiones originales y no en sus interpretaciones medievales"⁴⁰.

El racionalismo que sustenta el iluminismo se caracteriza por brindar una justificación política y filosófica al derecho del Estado para imponer castigo. Reivindica los derechos humanos de los ciudadanos como un desprendimiento anterior y primigenio del derecho natural.

"Consideraron a la razón como la medida crítica de las instituciones sociales y de su adecuación a la naturaleza humana. El hombre —opinaban— es esencialmente racional, y su racionalidad puede llevarlo a la libertad. El hecho de ser infinitamente perfectible significa que, criticando y modificando las instituciones sociales, el hombre podría conquistar grados cada vez mayores de libertad; lo cual a su vez, le permitiría realizar de manera creciente sus facultades creadoras potenciales"⁴¹.

La razón será un instrumento válido y suficiente de la ciencia jurídica y social para que el hombre pueda realizarse en la sociedad derivada del contrato, y el vehículo apto para acceder y comprender los principios generales que emanan del derecho natural⁴².

Así expresaba MANTOVANI: "El mérito de la escuela clásica fue la racionalización de algunos principios de civilización (de la legalidad, la materialidad y el carácter ofensivo del hecho; y de la culpabilidad e inimputabilidad, de la pena personal, proporcionada y determinada) que constituye la base de todo el derecho penal progresista y garante de los derechos de los asociados"⁴³.

La justificación de la racionalidad se asienta en la finalidad última de colocar al hombre en el centro de la escena científica. De este modo, si la razón es un atributo humano

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado...*, p. 70.

⁴¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 15.

⁴² "La ciencia abrió un nuevo camino, ajeno a las memotécnicas controladas por escolásticos al servicio de obispos y nobles y distante de una cultura del ocio más dedicada a la montería que a la recolección de artefactos naturales", APPLEBY, J.; HUNT, L., y JACKOES, S., ob. cit., p. 32.

⁴³ MANTOVANI, Ferrando, ob. cit., p. 18.

y por ende, discutible y verificable, se contraponen al modelo anterior, derivado de una tradición hereditaria y metafísica indiscutible de castas privilegiadas.

§ 11. IGUALDAD Y UTILIDAD

El principio de utilidad de la pena es otro de los ejes del pensamiento clásico, el cual, derivado del pragmatismo inglés, entiende que la pena debía ser útil para estar justificada.

Sin duda, la utilidad como principio de filosofía política puede decirse que era incongruente con la igualdad que se propugnaba como base del sistema político⁴⁴. Analizando el concepto de esta última, veremos que la igualdad propugnada por el clasicismo no era sustancial sino formal, en cuanto todos concurrían teóricamente a la formulación de un pacto o contrato social en condiciones de paridad. Lo expuesto no elimina la existencia de diversidad y dominación de determinadas clases sociales o el mantenimiento de ciertos privilegios⁴⁵.

En igual sentido, el principio igualdad es incongruente con la distribución de la propiedad y la acérrima necesidad de la burguesía de proteger sus bienes. La criminología contractualista prescinde de analizar la motivación delictiva denominada "estructural" o derivada de la desigualdad sustancial, y se concentra en el motivo de elección libre y racional, al que se concurre en un pie de igualdad formal. Siendo esto lo que lleva a un individuo a la violación de la norma jurídica y de su promesa para con el pacto fundacional.

⁴⁴ En igual sentido se han expresado TAYLOR, YOUNG y WALTON: "La teoría utilitaria nunca ha resuelto plenamente la contradicción entre la defensa de la igualdad y el énfasis en la propiedad", ob. cit., y ZAFFARONI, Eugenio R., *Criminología...*, p. 102.

⁴⁵ Sostuvo RADZINOWICZ que: "Aunque se le asigna gran importancia, la doctrina de la igualdad fue definida más prudentemente (...) no se pensaba llegar al extremo de atacar las desigualdades de la propiedad y rango. Si bien los hombres habían sido iguales en el estado de naturaleza, en la sociedad no podían serlo, había que conservar la autoridad y la subordinación, aunque había que dejar de abusar de ellas. De todos modos, el hecho de que no pudiese reconocer la igualdad en la riqueza y poder hacía que fuese tanto más importante reconocerla donde existía: en la humanidad misma", ob. cit., p. 5, cit. por TAYLOR, Ian; YOUNG, Jock, y WALTON, Paul, ob. cit., ps. 21 y 22.

Entendiendo que "delincuente, delito y pena son producto de la sociedad organizada; la legitimidad del poder punitivo de esta se halla a su vez en su acta de constitución, el contrato social, pero tal poder es limitado por la libertad e igualdad de los hombres, pero sobre todo por su fin, la felicidad de estos"⁴⁶. Por lo que en este razonamiento la igualdad deberá estar limitada al concepto de utilidad, entendida esta como la felicidad de la mayoría de los coasociados para lo que hipotéticamente se creó el Estado y por cuya única finalidad es lógico que este exista.

La justificación del Estado, del delito y de la pena tanto en la filosofía como en la política se fundamenta en la idea utilitarista de la máxima felicidad para el mayor número⁴⁷. Esto se deriva sobre todo del pensamiento precursor de BECCARIA, en el cual la justicia y la equidad de la pena deben atender al mínimo sacrificio individual que será medido por la cuota de daño social causado por el delito.

"El patrón de la utilidad propia de la clase media se desarrolló en el curso de su polémica contra las normas feudales y las reivindicaciones aristocráticas de los antiguos regímenes, en que se consideraba que los derechos de los hombres se derivaban de su estamento, clase, nacimiento o linaje y estaban limitados por estos, es decir, por lo que los hombres eran y no por lo que hacían. Por el contrario, la nueva clase media asignaba el máximo valor a los conocimientos, la capacidad y la energía de las personas que le posibilitaban su logro individual. El patrón propio de la clase media implicaba que las recompensas debían ser proporcionales al trabajo efectuado y a la contribución efectuada por cada uno. La utilidad de los hombres —se sostenía— debía determinar la posición que podían ocupar o el trabajo y la autoridad que podían tener, en lugar que su posición rigiese el otorgamiento de cargos y privilegios"⁴⁸.

⁴⁶ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 30.

⁴⁷ En igual sentido se ha expresado BARATTA, Alessandro, ob. cit., p. 25.

⁴⁸ GOULDNER, Alvin. *La crisis de la sociología occidental*, Amorrortu, Buenos Aires, 1982.

§ 12. EL CASTIGO ESTATAL

La pena estatal se transforma, para el modelo clásico, en una forma de control social indispensable para afinar el capitalismo y el ascenso social de la burguesía en un contexto de disciplina y seguridad jurídica.

La pena en el Antiguo Régimen era desproporcionada, retributiva y bárbara. Estaba destinada a impresionar los sentidos de los observadores y transformaba al delincuente en un objeto con la finalidad de demostrar en el cuerpo la inmensidad del poder monárquico. Todo ello con miras retributivas y preventionales.

La reforma de la pena que "se da entre mediados y fines del siglo xviii no obedece a una mera sensibilidad sobre los castigos suplicantes sino a otra política respecto de la desviación: hacer del castigo y de la represión una función regular, castigando mejor, no menos, con menor severidad, pero con más universalidad"⁴⁹.

"El derecho penal y la pena eran considerados por la escuela clásica no tanto como un medio para modificar al sujeto delincuente, sino sobre todo como un instrumento legal para defender a la sociedad del crimen, creando frente a este donde fuere necesario, un disuasivo, es decir una contramotivación"⁵⁰.

El concebir al delito como un ente violador del contrato social implica que la pena tendrá tres estadios diferentes. El primero en la conminación penal, la pena deberá tener un quantum adicional al daño social a producir, como una medida preventional de la delincuencia. Posteriormente, el segundo momento en la aplicación de la pena, donde deberá ser idéntica al daño social para ser respetuosa al principio de igualdad y proporcionalidad de las penas que impone el modelo racional. Por último, el tercero en la ejecución, donde se deberá reducir

⁴⁹ FUCITO, Felipe, ob. cit., p. 361.

⁵⁰ BARATTA, Alessandro, ob. cit., p. 23.

la pena en un quantum mínimo a consecuencia del principio de utilidad, pues toda pena que no fuera útil se transformaría en injusta.

La pena estatal se instrumenta generalmente "a través de una institución que significaba el máximo control por su parte, las casas de trabajo, donde iban a parar los locos, vagabundos, prostitutas, deudores, delincuentes, etc., es decir toda una legión de marginados de la sociedad"⁵¹.

En Francia, el Hospital General; en Flandes, los Rasphuys y Spynkenis; en Inglaterra, los *workhouses* cumplen idénticas funciones: socializar a la disciplina y a la ética de la fábrica a quienes por origen, clase o educación eran extraños⁵².

"El ocultamiento del espectáculo y la anulación del insostenible dolor físico se imponía en la justicia penal desde fines del siglo XVIII. El dolor moral será patrimonio de la privación de libertad; no sufrirá primordialmente el cuerpo sino el alma"⁵³.

Cuerpo y Alma

§ 13. EL NACIMIENTO DE LA PRISIÓN

La cárcel, al contrario de la creencia popular, no tiene una historia propia superior a los tres siglos. Aun cuando se ha denominado a determinados sitios bajo ese rótulo, su carácter no era punitivo sino restrictivo para la imposición de otras sanciones penales, como la pena de muerte, el destierro, la mutilación y la tortura.

La necesidad disciplinaria del modelo contractual llevó a la transformación de la ciencia penológica para adaptar la prisión al nuevo modelo social y a la necesidad de disciplinar a las masas. Así nace la pena privativa de libertad como castigo, perdiendo completamente la noción de guarda que hasta entonces se le asignaba.

La cárcel se asienta en las legislaciones de todos los países en proceso de industrialización, apoyada, por un lado, en la igualdad que sostenía respecto de los integrantes del pacto

⁵¹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 13.

⁵² En igual sentido PAVARINI, Massimo, *Control...*, ps. 32 y 33.

⁵³ GARCÍA VALDÉS, Carlos, *Estudios del derecho penitenciario*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 26.

social, pues todos los que violaban la ley eran castigados de la misma forma y especie con la privación del tiempo, generando un cercenamiento de la libertad de locomoción. Pero, a la par de este discurso legitimista, se ha demostrado que la prisión ha servido para disciplinar a los campesinos en su proceso migratorio a las grandes urbes y para adaptarlos a los nuevos procesos de producción⁵⁴.

"Solo con la aparición del nuevo sistema de producción, la libertad adquirió un valor económico; en efecto, solo cuando todas las formas de la riqueza social fueron reconocidas al común denominador del trabajo humano medido en tiempo, o sea, de trabajo asalariado, fue concebible una pena que privase al culpable de un quantum de libertad, es decir de un quantum de trabajo asalariado"⁵⁵.

La ciencia penitenciaria, cuyo antecedente más remoto en el régimen correccionalista puede ubicarse en los establecimientos ingleses y holandeses, denominados *rasphuys* —para reclusión masculina— y *spinkes* —para reclusión femenina—, eran destinados a albergar indigentes, mendigos y prostitutas con el objeto de proveer a su corrección⁵⁶.

En estas casas de reclusión y enmienda existía obligación de trabajo, como una herramienta de domesticación y la menor indisciplina era fuertemente castigada, ya que cumplía la función de disciplinar al nuevo proletario. De allí la afirmación de que "los liberados de estas casas más que corregidos salían domados"⁵⁷.

"Las cárceles, sin ninguna idea de duración de internación o de proceso, incluyen una mezcla heterogénea de internados"⁵⁸.

⁵⁴ En tal sentido puede observarse y ampliarse en la obra de RUSCHE, George, y KIRCKHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984, que demuestra la relación entre el crecimiento o mengua de la población carcelaria con respecto a los vaivenes y fluctuaciones de los procesos de oferta y demanda de mano de obra del modelo capitalista.

⁵⁵ PAVARINI, Massimo, *Control...*, p. 36.

⁵⁶ Probablemente la primera casa de corrección fue la Bridwell en Londres, en 1555; puede referenciarse a COPELAND en su obra *Bridwell Royal Hospital, Past and Present*, London, 1888.

⁵⁷ NEUMAN, Elías, *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes carcelarios*, Pannedille, Buenos Aires, 1979, p. 32.

⁵⁸ FUCRO, Felipe, ob. cit., p. 356.

"Esta forma de sanción permite la más completa realización de la misma idea retributiva de la pena que, como se ha observado anteriormente, no es otra cosa que una consecuencia de la naturaleza contractual del derecho penal burgués: la libertad medida en tiempo constituye de hecho la forma más simple de valor de cambio. La heterogeneidad de las acciones criminales podría encontrar en el momento sancionador su propio equivalente en la privación de un bien por definición fungible como solo puede serlo la moneda: el tiempo como riqueza"⁵⁹.

En igual sentido pueden citarse como antecedente de esta pretensión de transformación del rol del hombre para el período capitalista, además de los establecimientos holandeses, el Hospicio de San Felipe Neri en la ciudad de Florencia, el que estaba destinado a corregir por medio de un severo régimen a menores y vagabundos. Se debe mencionar también al Hospicio de San Miguel de Roma, que albergaba a jóvenes delincuentes en situación de abandono, teniendo por base el constrictamiento al trabajo duro y severo⁶⁰.

§ 14. LA JUSTIFICACIÓN DE LA EXISTENCIA DEL ESTADO CON FACULTADES PUNITIVAS. EL CONTRACTUALISMO

Para justificar la existencia del Estado y más aún explicar el origen de la sociedad desde una perspectiva política y filosófica, y sobre todo la facultad estatal de imposición del castigo, el modelo clásico adhirió primigeniamente a la teoría del contrato social.

A pesar de las muchas críticas que hoy podemos realizar a la teoría contractual, sin lugar a dudas, ha resultado una forma justificante para el cambio político. "Tiene su razón histórica, justificada por una necesidad del momento, por lo que si bien casi todos lo negaron como una verdad histórica, muchos lo admitieron como una hipótesis explicativa"⁶¹.

⁵⁹ PAVARINI, Massimo, *Control* . . . , p. 37.

⁶⁰ "No hay indicios de diferencia de trato entre depravados, imbéciles, pródigos, desequilibrados, hijos ingratos, insensatos o prostituidos. No existe actitud diferente en la consideración del loco respecto del criminal", FUCRO, Felipe, ob. cit., p. 356.

⁶¹ ZAFFARONI, Eugenio R., *Tratado* . . . , p. 79.

El contractualismo se crea como una forma de explicación racional para derivar la sociedad del convencionalismo humano y, como correlato, impedir se origine aquella en principios metafísicos. El nuevo origen social propende al acotamiento del poder de los gobernantes. Estos verán cercenadas sus potestades punitivas a la real felicidad de los súbditos en contrapartida con el Antiguo Régimen, donde el poder era omnímodo y solo acotado por la voluntad de Dios.

"El Estado se legitima solo en tanto que Estado guardián, es decir, su control tiene que ser ejercido precisamente para que funcione el contrato social, básicamente la libertad y la igualdad en la competencia del mercado. Su actividad de control ha de desarrollarse con el objetivo de impedir cualquier perturbación en el mercado"⁶².

En general, el contractualismo parte del concepto de la existencia de un estado de naturaleza previo que varía filosóficamente en su carácter constitutivo⁶³. Esto se supera inexorablemente con el hecho fundacional de la convergencia social por medio del pacto o contrato cuya finalidad era proteger la libertad.

Todo pasa a ser visto desde la faz contractual, tanto el origen social o político, la relación laboral, el transporte y hasta el matrimonio se subsumen bajo su figura.

El hombre en estado de naturaleza gozaba de una libertad absoluta e incondicionada. Pero esa libertad se veía constantemente amenazada por el egoísmo de los otros hombres, cuyo afán era apropiarse de lo ajeno. En este sentido, las personas conciertan la suscripción de un contrato que los priva de parte de su libertad y les otorga como contraprestación de tal disminución la seguridad de la protección de la libertad no delegada en su amplitud —especialmente la libertad civil y la propiedad—.

Esta hipótesis contractual legitima la imposición de castigo estatal, pero la acota al beneficio de la mayoría de los contratantes. La barrera infranqueable es que el castigo no puede llegar a la destrucción de la persona, ya que sería una con-

⁶² BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 14.

⁶³ Una de las bases fundamentales del pensamiento iluminista es partir del reconocimiento de un estado natural. En igual sentido BUSTOS RAMÍREZ, Juan, ob. cit., p. 27.