

El pensamiento penal de Michel Foucault*

Edison Carrasco Jiménez**

Resumen: La reflexión en materia penal ha sido centrada, específicamente, en ciertos discursos considerados “oficiales”, entre los que se consideran los pensamientos ilustrados. Desde ahí arrancan las concepciones modernas acerca del sistema penal europeo, y en gran parte, las legislaciones actuales sobre la materia en el mundo occidental. Sin embargo, no todo el pensamiento penal tiene por canónicas las consideraciones penales ilustradas ni las concepciones clásicas sobre el derecho penal. El presente artículo tiene por finalidad exponer un pensamiento crítico del sistema penal europeo, tanto de sus raíces iluministas, como de su herencia en las sociedades occidentales contemporáneas. Este pensamiento es el del filósofo y psicólogo francés Michel Foucault. Las críticas, interpretaciones y sospechas que el autor arroja, bien pueden ser consideradas en el hoy, sobre todo si pensamos en la resurrección desde la década del 80 y 90 del siglo pasado, de concepciones que hacen resurgir los modelos ilustrados que en el derecho penal se han producido, reconociéndose la escuela del derecho penal mínimo como su máxima tributaria. Esto de algún modo ha incidido a su vez en el pensamiento penal en Chile y su derecho.

Palabras Clave: Foucault, Filosofía Penal, Derecho Penal, Criminología.

The penal thought of Michel Foucault

Abstract: The analysis in penal issues has been centered, specifically, in speeches which have been considered “official”, among which are considered the illustrated thoughts. From there, modern conceptions about the European penal system start, and to a large extent, current legislations about the issue in western world. Nevertheless, not all penal thought considers canonical the illustrated penal considerations nor the classical conceptions on criminal law. The present article sets its purpose to expose a critical thought of the European penal system, both in its iluministic roots, as well as in its inheritance in contemporary western societies, following the thought of the french philosopher and psychologist Michel Foucault. The criticisms, interpretations and suspicions the author brings up, may well be considered as relevant today, specially if we think about the resurrection, since the decade of the 80 and 90 of last century, of conceptions that revive the illustrated models that have been produced in criminal law, recognizing the school of the minimum criminal law as its main contributor. This has in some way impacted penal thought in Chile and it's legal system.

Key words: Foucault, Penal Philosophy, Criminal Law, Criminology.

Recibido el 07.11.07

Aceptado el 29.12.2007

* * *

Exposición

Michel Foucault (1926-1984), filósofo, historiador y psicólogo francés, posee una concepción crítica del derecho, heredada en gran parte por el marxismo y la filosofía nietzscheana. Toda esta concepción crítica, sin duda incide en cuestionamientos sobre la historia penal que abarca el pensamiento penal europeo y su derecho criminal. Pero igualmente su pensamiento puede ser analizado en razón del cambio de óptica en la reflexión penal en los países de la Región, y en específico en Chile, sobre todo en relación a las últimas modificaciones legales en materia criminal, tanto por la reforma procesal penal como por el cambio de paradigma en materia de adolescentes infractores. De ahí que cobre importancia el debate sobre la visión foucaultiana del derecho penal. Así el trabajo a continuación propuesto, es un avance en el estudio sobre el pensamiento de Foucault y su incidencia en la reconducción de los paradigmas del derecho criminal chileno, por nuevos derroteros, sobre todo en aquella gran parte en que el derecho penal chileno ha extraído sus influencias del derecho europeo.

Tres textos de Foucault son los más centrales en su pensamiento penal, siendo ellos “Vigilar y Castigar”, “La verdad y las formas jurídicas”, que son más bien un grupo de conferencias publicadas, y “Microfísica del poder”. Principal es a este respecto “Vigilar y Castigar”. En dicho libro, pasa revista a las penas y la forma de ejecución de éstas en la historia, específicamente en la historia de Francia. Pero ante todo es una “indagación” y una “genealogía” de la historia de la penalidad y del pensamiento penal europeo, cuestión que, en todo caso, no se extiende sólo a “Vigilar y Castigar” sino al resto de su pensamiento. Sobre este eje nos centraremos, siguiendo el rastro de su reflexión en sus demás textos.

Sobre el respecto y a grandes rasgos, el pensamiento de Foucault explora las posibilidades y las relaciones del poder y la historia a través de la **genealogía**. La genealogía, de cuño nietzscheano, es, de acuerdo a Foucault, una forma de historia con énfasis en los discursos y saberes en cuanto objetos, sin preocupación de sujeto alguno (Foucault 1999). Señala el pensador francés que la genealogía consiste en el “acoplamiento de los conocimientos eruditos y de las memorias locales que permite la constitución de un saber histórico de la lucha y la utilización de ese saber en las tácticas actuales” como forma de “hacer entrar en juego los saberes locales, discontinuos, descalificados, no legitimados, contra la instancia teórica unitaria que pretende filtrarlos, jerarquizarlos, ordenarlos en nombre del conocimiento verdadero y de los derechos de una ciencia que está detentada por unos pocos” (Foucault 1979:130). Álvarez Uría señala que: “La genealogía foucaultiana es modesta y sectorial: lejos de cuestionar el todo social, el análisis enfoca y distingue distintos poderes y diferentes territorios en los que se articulan saberes y poderes específicos”. La genealogía no sólo permite “descubrir en la historia continuidades históricas invisibles, pero también discontinuidades y metamorfosis allí donde aparentemente no hay cambios profundos o transformaciones radicales” (Álvarez-Uría, “Introducción”, en Foucault 1999:20-21). En suma, su búsqueda es lo aparentemente invisible en la historia; o si se quiere, la historia invisible. Hunde, entonces, sus uñas en la genealogía de la penalidad, o mejor aún, en la genealogía de la historia del derecho penal.

Así puestas las cosas, sistematizaremos su estudio en cuatro aspectos en el pensamiento foucaultiano que nos interesa para este análisis: las eras del poder punitivo, relación “Pacto Social” y delincuente, observaciones al derecho penal penitenciario, y el sistema moderno y su relación con la delincuencia.

Las Eras del poder punitivo y sus relaciones con la soberanía, la penalidad y el delincuente

Foucault hace notar dos períodos o eras con los que segrega la historia del derecho penal: la era del “teatro del castigo” y la era de la “economía del castigo”. No existe en el pensador francés, una división tan patente y en la forma sistemática presentada. Sin embargo es posible deducirla de sus escritos y según la propia denominación con que bautiza a las épocas donde su eje es la penalidad. De algún modo Foucault siempre utiliza nomenclaturas, términos y nociones muy cercanas a la dramaturgia, para referirse a una serie de concepciones que él elabora (teatro como explicación y sinónimo del concepto de “emergencia” en Nietzsche (Foucault, 1988); “teatro de los métodos” [Foucault 1988: 42], etc.). No podía entonces, ser menos, tratándose de la genealogía del derecho penal.

La **Era del teatro del castigo**¹, supone, como teatro, representación escénica de la ejecución de las sanciones: pública ilustración de los efectos de la desobediencia penal. Para Foucault esta época abarcaría la etapa monárquica hasta comienzos del siglo IX. Durante toda esta época es la monarquía el eje definitorio, en su estrecha relación con el concepto de soberanía, la cual funda a aquella (Foucault, 1979). Para Foucault la soberanía es una teoría jurídico-política que se desarrolló en diversas etapas de la historia: a) en los tiempos de la monarquía para fundamentar el poder; b) como mecanismo de poder en las monarquías feudales; c) de justificación de las monarquías que él llama **administrativas**; d) y en el siglo XVI y XVII, se ha utilizado la soberanía como instrumento para reforzar el poder, o bien en algunos casos, para limitarlo. La característica común de la soberanía durante todo este período monárquico, es su ejercicio por un único ente, quien era visible a todos los súbditos, ejerciendo su poder sin contrapeso alguno. Derivado de esto, el delincuente que no era más que la “cosa del Rey” (Foucault 2002: 101), y sobre el cual “el soberano imprimía su marca y dejaba caer los efectos de su poder” (Idem), manifestando en él la presencia de aquel soberano. Como el delincuente, se situaba por el delito fuera de la ley, se dejaba caer sobre él la venganza de este soberano. Así, con el castigo, se trata de establecer una “simetría de la venganza” (Idem), donde se iguala lo horrendo del delito con un castigo igualmente horrendo. De ahí la crueldad de los castigos. Así el suplicio era la manifestación del castigo, y el objeto, el cuerpo del delincuente, estableciéndose una relación íntima entre éste y aquel. El dolor que significa la imposición del castigo, está directamente dirigido al cuerpo. El verdugo, representa así y por ende, la realidad de dicho castigo.

En razón de la unicidad del soberano, tanto el proceso en contra del delincuente (coronado con la sanción), como la ejecución de la sanción, serían una unidad institucional; tanto quienes efectúan la representación pública del proceso y del castigo, como quienes sentencian y ejecutan, son uno sólo: el rey. Quienes dictan la sentencia y ejecutan, son sus delegatarios, en quienes se deja reconocer la impronta

y el poder del rey. Habría entonces una unidad y concentración del poder punitivo, sin distinción visible entre el derecho penal y procesal, y el derecho penitenciario.

La **Era de la “economía del castigo”**² (también llamada por el pensador como la era de la “sobriedad punitiva”³), si bien el pensador francés, la sitúa históricamente, en un primer momento, cerca de los años 1830 a 1848, reconoce que se produce con anterioridad, un movimiento de reformas legislativas desde 1769 en Rusia, y que se expande por Europa, constituyendo una filosofía de la sobriedad punitiva⁴. Es necesario poner en relieve el hecho que esta era de la economía del castigo, es un segmento referido sólo al pensamiento, la legislación penal y la penalidad en general, segmento que constituye parte de lo que Foucault llama edad de ortopedia social (Foucault 1995b) o sociedad disciplinaria (Foucault 1979; 1995b).

La piedra angular en este nuevo constructo del poder y de su expresión punitiva, tendría fundamento en la ilustración y en las obras de los que llama “reformadores”, léase Beccaria, Rousseau, Bentham y Hobbes entre otros, y sobre todo en las ideas contractualistas o del contrato o pacto social, a la cual atribuye el pensador francés el ser una “gran fantasma”. Esto porque para él no es la idea del consenso lo que constituyó el cuerpo social sino más bien la “materialidad del poder” (Foucault 1979:104) sobre los cuerpos de los individuos a través de la aplicación de una nueva tecnología penal con el fin de hacer más productivo el poder (Foucault 1999).

Foucault entiende que la teoría de la soberanía moderna no se funda en la concentración del poder en un solo individuo (como las antiguas formas monárquicas donde el rey era el soberano), sino que pretende democratizar el poder distribuyéndolo en todos los miembros asociados. Pero para que dicho cuerpo social, depositario de la soberanía, se encuentre unido y se ejerza la soberanía conforme a la política dominante, se hace necesario el fenómeno de la vigilancia, y además, de un poder que persiga la imposición de un regla de conducta, una “sociedad de normalización” (Ibid: 151), donde los sujetos sean corregidos y puestos en la medida de la regla de lo que la sociedad burguesa pretende de cada individuo⁵. Este poder, es el poder disciplinario, considerado por Foucault como “una de las grandes invenciones de la sociedad burguesa” (Foucault 1979:149). De ahí que las técnicas del poder disciplinario se distribuyan en diversas instituciones en las capas de la sociedad, como las clínicas psiquiátricas, las escuelas, y en lo que concierne al derecho, los establecimientos penitenciarios y el derecho penitenciario o ejecutivo.

La idea de la soberanía, así, no fue desechada, sino que por el contrario, fue reformulada por los pensadores ilustrados, (que Foucault llama “reformadores”) con el fin de crear un modelo alternativo a las monarquías: las democracias modernas. Pero además, esta idea de la soberanía subsistió conjuntamente con el poder disciplinario, a razón de dos objetivos: a) servir de instrumento crítico permanente contra la monarquía y contra los obstáculos que impedirían una sociedad disciplinaria; b) establecer un sistema de derecho que ocultara los mecanismos de poder de la sociedad disciplinaria. El poder, en este contexto, se produce en los “cuerpos periféricos y múltiples” (Ibid: 142), en otras instituciones de carácter regional, institucional, local, etc. El poder es transversal y no inmóvil, como si simplemente se dirigiera a los individuos, sino que circula a través ellos. El poder, así, “se construye y funciona a partir de poderes de multitud de cuestiones y de efectos de poder” (Ibid: 158).

La modificación del paradigma del poder y la soberanía, incide igualmente, en la modificación del paradigma de la penalidad. Ante el pensamiento penal tradicional, el cambio del paradigma es producto de una postura humanista, benigna e igualitaria, lo cual redundará finalmente, en menos crueldad de las penas y, como contrapartida, mayor benignidad de las sanciones penales, mayor “dulzura de las penas” (Beccaria 1945:102) y humanidad en la formulación del derecho penal. Pero para Foucault, el cambio está movido, más bien, por una “nueva justificación moral o política del derecho de castigar” (Foucault 2002: 10), siendo los efectos morigerantes o suavizadores de las penas, una consecuencia de nuevas tácticas de poder y de nuevos mecanismos penales. Por ende, el derecho de castigar habría de ser reformulado, no por ser las penas crueles e inhumanas, sino por ser aquel una distribución mal ordenada del poder, una “mala economía del poder” (Ibid: 73). De este modo, la pretensión es posibilitar una mejor distribución del poder⁶: ni concentrar este poder, ni dividirlo demasiado, sino “que esté repartido en circuitos homogéneos susceptibles de ejercerse en todas partes, de manera continua, y hasta el grano más fino del cuerpo social.” (Foucault, 2002:74). Por ende, la finalidad no es castigar menos, sino castigar mejor, “castigar con más universalidad y necesidad; introducir el poder de castigar más profundamente en el cuerpo social” (Ibid: 76). Así se pretende fijar nuevos principios con este fin que disminuyan los costos económicos y políticos aumentando la eficacia penal.

Es por ello que piensa Foucault, que la verdadera aspiración de los reformadores a la proporcionalidad de los castigos, se mira no a la reducción del dolor del castigo en relación al delito, sino en relación a la utilidad conseguida con la pena: a mayor efecto disuasivo mayor la utilidad del castigo y su intensidad. Así, la sociedad disciplinaria perseguiría evitar que las penas fueren extensas, a menos que se logre el objetivo de la corrección y la disciplina. “La duración de la pena –dice el pensador- sólo tiene sentido en reacción con una corrección posible y con una utilización económica de los criminales corregidos” (Ibid: 114). Al proporcionar de esta forma el castigo con el delito, se consiguen múltiples ventajas: a) el castigo no se deriva, aparentemente, de una justa de poder entre el soberano y el delincuente, sino de la propia naturaleza del delito; b) se evidencia la sanción, (y con ello la proporción), pero el castigo se hace oculto a los ojos de los hombres, porque las penas, como el presidio, son aplicadas en el silencio, en el ocultamiento; c) al no ser expuestos los castigos, como antaño, no expone una “vergüenza de castigar” (Ibid: 12) de quienes administran la justicia. Por ello, Foucault piensa que si al hablar de los reformadores, pensamos necesariamente que la humanidad es el motor de las nuevas formas, este es más bien un “nombre respetuoso” (Ibid: 85), que se asigna a una economía del castigo penal.

Relación “Pacto Social” y delincuente

Si se toma como base el Contrato Social postulado por Rousseau, pero que se hizo eco en los demás reformadores de la penalidad, para Foucault la exposición de la idea contractualista es bien clarificadora: el hombre al delinquir, no se encontraría fuera de la ley, sino “fuera de la naturaleza” (Idem), ya que ha roto el pacto social, volviendo a un estado de barbarie. Debido a ello, es considerado un enemigo⁷ dentro de la sociedad: “el infractor se convierte en el enemigo común. Peor que un enemigo, incluso, puesto que sus golpes los asesta desde el interior de la sociedad y contra esta misma: un traidor. Un “monstruo” (Foucault 2002: 83). Sobre este punto Rousseau afirma: “Por otra parte, cualquier malhechor, atacando el derecho social, se hace por sus maldades rebelde y traidor a la patria; violando sus leyes deja de ser uno de sus miembros; y aun se puede decir que le hace la guerra. En tal caso la conservación del estado es incompatible con la suya; fuerza es que uno de los dos perezca; y cuando se hace morir al culpable, es menos como ciudadano que como enemigo. El proceso y la sentencia son las pruebas y la declaración de que ha roto el pacto social y de que por consiguiente ya no es un miembro del estado. Mas como ha sido reputado tal, á lo menos por su residencia, se le debe excluir por medio del destierro como infractor del pacto, ó por la muerte como enemigo público; pues semejante enemigo no es una persona moral, es un hombre, y en este caso el derecho de la guerra es de matar al vencido”(Rousseau, 1988:43). En el mismo sentido Cesar Beccaria, cuando señala: “No es, pues, la pena de muerte derecho, cuando tengo demostrado que no puede serlo: es sólo una guerra de la Nación contra un ciudadano, porque juzga útil o necesaria la destrucción de su ser” (Beccaria 1945:105).

El derecho entendido en estos términos para Foucault, se vuelve “una manera reglamentada de hacer la guerra” (Foucault 1995b: 30), y debido a que éste se basa en el procedimiento y un sistema de pruebas, el derecho sería “la forma ritual de la guerra” (Idem). Agrega que “el castigo fue sometido poco a poco a la necesidad de vengarse, de excluir al agresor, de liberarse en relación a la víctima, de meter miedo a los otros” (Foucault 1988: 4). El derecho de castigar se traslada de la venganza del soberano a la defensa de la sociedad. Por ello, el infractor deja de ser la ‘cosa del Rey’ y pasa a ser un ‘bien social’. Pero lo que se quiere lograr en esta era de la economía del castigo con el infractor es, en último caso, reformarlo, reconvertirlo. Es por ello que el derecho de castigar y la pena tienen por objetivo el alma del delincuente. Así, si antiguamente el objeto de la pena era el cuerpo del delincuente, con la reforma criminal, el objeto es el alma. La relación no se produce ya entre el castigo y el cuerpo, entre el dolor y el cuerpo, sino entre el castigo y el alma. Muy por el contrario, al cuerpo se lo trata, en relación al castigo, en forma periférica, tangencial, como cuando se priva de libertad, por ejemplo, al delincuente. Aún en la pena de muerte, se busca la abolición del dolor, a través de métodos que supriman éste, como la inyección letal, lo cual manifiesta una “penalidad incorporal” (Ibid: 19). Con la posición reformadora es el alma la destinataria de la preocupación punitiva, es decir y en otras palabras, se quiere reformar la conducta, los instintos, las intenciones⁸.

Esto último afirmado por Foucault se deja evidenciar en los reformadores. Así Rousseau, plantea que “el mejor de los castigos no deja de ser un vano recurso imaginado por espíritus mediocres para sustituir por el terror el respeto que no pueden obtener (...) el imbécil sumiso sabe castigar los crímenes, mientras que el verdadero hombre de Estado sabe **prevenirlos**; su respetable imperio se extiende más sobre las voluntades que sobre las acciones” (Rousseau 2003: 40) [énfasis del autor]. Esto además se relaciona con las mismas palabras del ginebrino al expresar: “Si bueno es saber emplear a los hombres tal

como son, mejor aún es **tornarlos tal y como se necesita que sean**. La autoridad más absoluta es aquella que penetra hasta el interior del hombre y no se ejerce menos sobre la voluntad que sobre las acciones” (Ibid: 44) [énfasis del autor]. Así mismo Beccaria, señala: “deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más duradera sobre los **ánimos** de los hombres, y la menos dolorosa sobre el **cuerpo** del reo” (Beccaria 1945: 66) [énfasis del autor].

Ahora bien, ¿cómo se produce, para Foucault, la reforma del alma? Primero, se establecen delitos que contemplen instintos, pasiones determinando su calidad de ser contrarios al cuerpo social. Luego, se establecen sanciones contra ellos, las cuales tienen por objeto reformar al criminal de aquellos delitos, reformar su alma en suma. El fin es “reconstituir el sujeto jurídico del pacto social, o formar un sujeto de obediencia plegado a la forma a la vez general y escrupulosa de un poder cualquiera” (Ibid: 121). Se busca la corrección del criminal, es decir, “una ortopedia concertada que se aplica a los culpables a fin de enderezarlos individualmente” (Ibid: 122). De ahí, la palabra ‘reformatorios’ que se aplica a las instituciones con ese ‘objetivo’. La economía del castigo aquí, debe ser lo suficiente para reformar la conducta del delincuente. Un ejemplo de todo lo dicho, serían para el pensador, las medidas de seguridad⁹. Pero además existe una reforma periférica, no al delincuente sino a la sociedad a través del sutil espectáculo sobre la criminalidad y sus efectos. Así, lejos de constituirse en los horrendos espectáculos de la era del teatro del castigo, en la era de la sobriedad punitiva, si bien se pretende que la pena sea un espectáculo donde cada uno de los miembros de la sociedad tenga vívido el crimen en general, su significado y el resultado de la trasgresión, es mejor que “los castigos sean una escuela más que una fiesta; un libro siempre abierto antes que una ceremonia. La duración que hace que el castigo sea eficaz para el culpable es útil también para los espectadores. Deben poder consultar a cada instante el léxico permanente del crimen y del castigo” (Foucault 2002: 103-104). Así además, se cumple la proporcionalidad anhelada por los reformadores, siendo “la pena económicamente ideal: es mínima para aquel que la sufre (y que, reducido a la esclavitud, no puede reincidir) y es máxima para aquel que se la representa” (Ibid: 88).

Observaciones al derecho penal penitenciario

En la era de la economía del castigo, el derecho penitenciario se concibe para Foucault desde dos visiones: en la relación poder e institucionalidad y en la relación poder y arquitectura. Tratándose de la primera, se produce, dado a la “vergüenza” que significa el castigo para quienes la representan, una separación en las funciones del proceso y la ejecución de la sanción¹⁰. Por tanto, para Foucault, el poder punitivo se desunifica y se desconcentra. El verdugo es reemplazado por “los vigilantes, los médicos, los capellanes, los psiquiatras, los psicólogos, los educadores” (Foucault 2002: 19).

En cuanto a la segunda (relación poder y arquitectura), para efectos de una nueva técnica en la distribución del poder, requiere que el sistema se oriente hacia una nueva arquitectura, de nuevas construcciones que se preocupen del castigo y su función en el alma del delincuente. Estos son los establecimientos penitenciarios de la era de la economía del castigo, diferente a los cadalsos, oscuros de la era del teatro del castigo. Los nuevos establecimientos penitenciarios se enmarcarán dentro de la nueva concepción ilustrada y burguesa. Para Foucault, esta exigencia arquitectónica ha sido propuesta por Jeremías Bentham (considerado por Foucault como el filósofo más importante de esta época (Foucault 1995b)), en la figura del **panóptico**. El panóptico es una torre de vigilancia desde donde se ve a todos, pero nadie sabe en qué momento se le vigila, donde quien es vigilado sabe que debido a la vigilancia, sus actos son medidos, observados. Quién sabe que se encuentra vigilado, reproduce por sí mismo lo que el poder vigilante intenta hacer que se haga, sin necesidad que el poder use la fuerza para el cumplimiento de sus fines: basta el solo hecho de sentirse vigilado. El poder así se hace prácticamente **invisible**, a diferencia del rey; un poder **desconcentrado**, puesto que cualquiera puede hacer uso de la labor de vigilante; **homogéneo**, puesto que se distribuye hacia todos los lugares donde el Panóptico pueda llegar con su ojo. Pero así el panóptico puede ser usado como laboratorio de experimentación para modificar el comportamiento y enderezar la conducta, y tratándose del mundo penal, “probar diferentes castigos sobre los presos, según sus delitos y su carácter, y buscar los más eficaces” (Ibid: 207). Sentencia finalmente el filósofo que “el panoptismo es el principio general de una nueva «anatomía política» cuyo objeto y fin no son la relación de soberanía sino las relaciones de disciplina” (Ibid: 213).

El sistema moderno y su relación con la delincuencia

La observación que efectúa Foucault de la relación del sistema socio-político moderno en relación con la delincuencia es lapidaria, pero no menos cierta. Ve que la sociedad política instrumentaliza el tema de la delincuencia y le asigna valores dependiendo de su conveniencia. En un primer momento, cuando existió la capitalización de la riqueza y los fenómenos de industrialización, fue necesario por los dueños del capital poner a disposición de las masas la riqueza, los cuales en sus manos llegaron a tener maquinaria, materias primas, a elaborar instrumentos, etc. Con el objeto de evitar la ‘simpatía’ por la delincuencia y, por ende, hacer uso de esta riqueza para su satisfacción o para convertirse en agentes contrarios al poder económico, se hizo de la masa un “sujeto moral”, se volvió necesario moralizarlo para separarlo de la delincuencia. Por ello, para el pensador, nace la literatura policíaca y “la importancia de periódicos de sucesos de los relatos horribles de crímenes” (Foucault 1979: 91). Sin embargo, luego, la burguesía se sirve de la delincuencia sea en la explotación sexual, sea como instrumento de opresión y vigilancia contra sus “enemigos” o en el rompimiento de huelgas, contrariando y sabotando luchas sociales, o bien derechamente en la protección de sus intereses, como es del caso de la mafia, o bien delincuentes que pasaron a ser parte de los organismos policíacos y de seguridad (Foucault 1980). Por eso señala: “la burguesía se burla completamente de los delincuentes, de su castigo o de su reinserción, que económicamente no tienen mucha importancia, pero se interesa por el conjunto de los mecanismos mediante los cuales el delincuente es controlado, seguido, castigado, reformado, etc.” (Ibid: 147).

Finalmente delibera el pensador que no puede existir una sociedad sin delincuencia, puesto que ello significaría la no existencia de la policía como entes vigilantes de los ciudadanos, cuestión que la sociedad no toleraría, puesto que significaría destruir los fundamentos sobre los que se posa: la vigilancia y el poder disciplinario.

El sistema criminal actual en Chile a la luz de la visión foucaultiana

Si bien Foucault apunta sus dardos preferentes sobre el pensamiento penal y el derecho criminal europeo, no es menos cierto que nuestro derecho tiene un alto componente (y casi exclusivo) de dicho derecho europeo. Sea por fuerza o elección, lejos de ser nuestro derecho un constructo surgido de nuestras propias expectativas sociales y aún basado en las reglas que primitivamente se adoptaron en la convivencia precolombina, la impronta del derecho europeo ha colocado su ineludible sello sobre nuestras frentes. De ahí que aceptando esta influencia, con más realismo que satisfacción, el pensamiento de Foucault ha de producir eco por los intersticios de nuestro derecho criminal, habiendo puesto o pudiendo poner en tela de juicio las reflexiones penales, los debates en torno a la criminalidad en relación con nuestra legislación y posicionar visiones críticas del derecho penal.

Los sistemas procesales se estructuran sobre el poder político y las formas de ejercicio de aquel, y el edificio procesal penal latinoamericano ha sido entendido en relación a las formas de gobierno en que este control político se ejercía, específicamente en la organización del Estado moderno y la monarquía absoluta (Horvitz; Horvitz y López 2002, II). De algún modo los sistemas inquisitivos se han vinculado a las formas monárquicas de gobierno, debido a los modos de control y concentración de poder en un solo personaje o actor procesal: el juez. Las formas monárquicas replicaban su esquema en todos los sistemas que son supraestructurales a él, entre ellos, el sistema judicial. Como réplicas, se ejercía un control concentrado del poder. Ello es posible reconocer en Chile en el antiguo procedimiento penal, donde el juez ejercía con exclusividad las funciones de instrucción, acusación y decisión final del caso. La reforma a dicho sistema procesal penal del último decenio del siglo pasado e introducida por un conjunto de leyes, entre ellas el Código Procesal Penal y la Ley 19.640, perseguían compaginar las formas republicanas y democráticas que se suponen existir en nuestro país (desde lo programático del discurso constitucional), con el sistema judicial, y en específico, con el sistema procesal penal. Así habría de inspirarse en el sistema acusatorio, el cual busca la desconcentración del poder, a través de la asignación de la función instructiva y de acusación en un ente diverso al juez (el fiscal), cuestión percibida con rechazo y recelo por el Poder Judicial por ser visto como una “pérdida de poder” (Horvitz; Horvitz y López 2002, I: 27). De acuerdo al esquema foucaultiano, el poder así se distribuye en forma más homogénea, traspasa a otras capas sociales, se hace más efectivo, más económico.

El Mensaje del Código Procesal Penal señala como finalidad de la reforma procesal adecuarla a la modernización económica, graficando esta última del siguiente modo: “De un sistema productivo cuyo principal agente era el Estado, la sociedad chilena ha dado paso a un modelo que supone un Estado

descentralizado que enfatiza y fomenta el esfuerzo y la iniciativa privada” Mensaje del Código Procesal, párrafo 3). Con ello se busca compaginar las formas del poder, descentralizando al sistema judicial. Pero esta descentralización del poder en la justicia busca fundamentar de mejor modo el poder político. Así el citado Mensaje señala: “se hace necesario modernizar el poder judicial para garantizar la gobernabilidad de parte del sistema político, la integración social y la viabilidad del modelo de desarrollo económico” (Ibíd., párrafo 8). No sólo se asegura la distribución homogénea del poder, sino castigar mejor: “La reforma al sistema penal (...) supone (...) supervigilar la ejecución de las penas para evitar así castigos excesivos y favorecer la reinserción; exige modificar la relación entre el Estado y la policía, para favorecer la oportunidad y la selectividad en el uso de la fuerza...” (Ibíd., párrafo 11). Así además se acerca el poder que ejerce otro órgano del Estado (Ministerio Público) con la policía, quien ejerce las funciones de vigilancia. Si bien mirado como mínima intervención por parte del Estado en la reacción penal (principio capital de los revalorizadores de la ilustración, es decir, de la *Escuela del Derecho Penal Mínimo*, entre ellos Ferrajoli, Hassemmer, Baratta), la finalidad es además disminuir el exceso en el costo penal (y consecuentemente el costo político), privilegiando la vigilancia. ¿Cómo ha de producirse esto en la práctica? De varios modos.

En primer lugar, eliminando la detención por sospecha del antiguo procedimiento penal, con lo cual se reduce el uso de fuerza siendo el costo penal mínimo, ya que no existen procedimientos de detención que son ya coste para el Estado, sino además reduce el descontento y disipa las sospechas sobre un sistema manifiesta y visiblemente controlador, con lo cual disminuye el costo político, no afectando la “gobernabilidad” del sistema político. En su reemplazo, se crea un sistema de vigilancia efectivo: el control de identidad¹¹. Con ello, no crea costes penales excesivos ni produce costes políticos, puesto que es percibida esta medida como tolerable dentro de los márgenes garantistas, produciéndose el efecto de ejercer, bajo la mirada policial, vigilancia. Así, además, se logra una distribución homogénea del poder, puesto que en último término, fuera de la vigilancia policíaca, los casos de eventuales consecuencias delictuales, serán objeto de investigación y control por el Ministerio Público, posibilitando que en la aplicación de medidas cautelares, se produzca mayor control y mayor vigilancia, pero ahora en una cooperación entre el Ministerio Público, el Poder Judicial y las instituciones a las que haya de encargarse el control directo del ciudadano. El poder se distribuye, y así se hace invisible.

En segundo lugar, los hechos que por vía facultad discrecional del Fiscal se desertan por el sistema, son aquellos respecto de los cuales no se requiere ejercer control ni poder sobre ellos, sea porque no existe índice efectivo de su comisión, o bien, no son constitutivos de delitos o su persecución ha expirado. Sobre las facultades del **archivo provisional** (artículo 167 del Código Procesal Penal) o de la **facultad de no iniciar investigación** (artículo 168) no existe mayor complejidad, sino más bien sobre la tercera facultad discrecional, la cual es el **principio de oportunidad** (artículo 170) puesto que la acción del sistema se retrae en la medida en que no afecta el “interés público”, o bien no sean hechos cometidos por “funcionarios públicos en el ejercicio de su función”, lo cual fuera de mirar a desestimar sólo la criminalidad de bagatela, supone instituir al fiscal en juez invisible tras los hechos, con lo cual el sistema oculta el verdadero poder y control en conceptos, hechos y circunstancias (“interés público” “funcionario público”), más que en quien “juzga” el hecho, con lo cual el poder se hace invisible. Así el Fiscal se transforma además en vigilante, quien como juez invisible, determinará los actos que son de “interés público”, con lo cual pone sus ojos en aquellos hechos que han de desestabilizar el sistema político, es decir y como reza el Mensaje, la “gobernabilidad” en definitiva.

El poder disciplinario no sólo se habría de ejercer en las penitenciarías, sino además, en diversas instituciones que operan legitimadas por el nuevo sistema reformado, como los programas de intervención ambulatorios, los programas de reinserción social, los programas de tratamiento de consumo de estupefacientes, etc. Todos estos son utilizados como formas de control, y por ende, de poder, derivado por el sistema judicial vía medida cautelar, salida alternativa o vía pena. Este poder se ejerce sobre el alma del delincuente para enderezarlo con la ortopedia social específica con la que han de operar estas instituciones. Y esto porque la finalidad de aquellas es la resocialización del delincuente. Pero además, cumplen una efectiva labor de vigilancia, al establecer un control relativamente permanente sobre el individuo, objeto de una medida cautelar o pena sustituta. En el mismo sentido se yerguen, todo el apartado de sanciones de la Ley 20.084 que establece un sistema de responsabilidad penal adolescente, con medidas disciplinarias que van desde la amonestación, pasando por las libertades asistidas y sistemas semicerrados y cerrados, todos ellos con programas de “reinserción social”.

Ahora bien, tratándose de la publicidad de los juicios, si bien el cambio del sistema inquisitivo al acusatorio persiguió en Chile la revelación y develación del procedimiento antes retraído al secreto

espacio de la sala de actuarios, en aras de alcanzar legitimidad ante la comunidad y lograr socializar el trabajo judicial (Mensaje al Código Procesal Penal), no es menos cierto que persiguiendo una función preventivo general de la pena, sea reafirmando valores sociales, sea intimidando a través de la exposición pública del juicio, la publicidad puede ser observada como una escuela o un libro abierto como señalara Foucault. Así el Mensaje al Código Procesal Penal señala: “El enjuiciamiento público de los delitos permite socializar más directamente el mensaje de que existe una respuesta estatal rigurosa a los actos que la sociedad considera inaceptables, inhibiendo con ello a quienes pudieren pretender llevarlos a cabo en el futuro y reafirmando ante el conjunto de la comunidad la vigencia de los valores del sistema jurídico” (Ibíd., 2, párrafo 5). Y esto finalmente se hace principio de nuestro derecho procesal y se cristaliza en normas que ordenan su aplicación¹², que como raigambre y fuente reconocen al pensamiento ilustrado europeo (Horvitz; en Horvitz y Lopez, II, 2002) que consideraba la publicidad como una forma de lograr a través de la opinión ante la justicia abierta, “un freno a la fuerza y a las pasiones”(Beccaria 1945: 70), lo cual más aún, se relaciona con la idea foucaultiana (antes en Nietzsche) de ser el derecho una forma de regular los instintos y las pasiones, de sojuzgarlos y someterlos. Véase en este juicio suspicaz, algún contrapeso en el control ciudadano sobre los actos de quienes están llamados a impartir justicia o funcionar como actor en ella, control que en todo caso es ocasional, y no alcanza a ser ni suficiente, ni debidamente informada o letrada en la materia.

Como pudo notarse, es posible comprobar la extensión de la genealogía foucaultiana a los periplos reglamentarios y legales que ha experimentado el derecho procesal penal chileno, donde se pueden arrojar sin temor a la infertilidad, ciertas sospechas a la veracidad de las intenciones, si se ha de “indagar” lo invisible de la oficialidad del discurso penal y político. No se sabe si han de esperarse propuestas concretas a un sistema judicial, sea chileno o latinoamericano, a través de una óptica foucaultiana, cuando ésta en su canon primitivo no fue dirigida en esa vía propositiva. Pero a lo menos no quita crédito el arrojar las sospechas referidas, las cuales, en el peor de los casos, producen ya una mirada diversa de los procesos que desenvuelven el logos jurídico, y que podrán alertar para construir sistemas de entero corte democrático, donde se otorgue más contrapeso al poder, a través del fortalecimiento de mecanismos de control popular o ciudadano, adicionado a una mejor instrucción y educación de dichos ciudadanos, para un mejor y más informado ejercicio del señalado control.

Conclusión

Foucault parte de la concepción de genealogía que Nietzsche otorga en su pensamiento, intensificándola, conceptuándola, acotando sus límites. Esta genealogía le sirve para investigar la historia de la penalidad, que ya el alemán consideraba sospechosa a la luz de las interpretaciones oficiales, clásicas, y provenientes de una visión burguesa. Foucault **indaga** como se producen estas relaciones de poder en las sociedades feudales y monárquicas, y cómo son diferenciadas por una nueva concepción del poder en la sociedad moderna: un poder “económico” y distribuido en todas las capas, lo cual, sin duda alguna, incide en los sistemas penales y su concepción del derecho.

Ahora bien, se presentan algunas observaciones al pensamiento del filósofo. En primer lugar, Foucault presenta una aparente contradicción, esto porque nos habla en el tema de la soberanía que el poder monárquico estaba dirigido a las riquezas y a la tierra, y que el poder disciplinario estaría dirigido a los cuerpos y sobre lo que ellos hacen (Foucault 1979). En cambio respecto de la penalidad, difiere al señalar que el poder del soberano estaría dirigido sobre los cuerpos, que eran la cosa del rey, quedando el poder disciplinario enfocado más bien en las almas o en la interioridad de los sujetos (Foucault 2002). En este punto nos parece insalvable esta contradicción.

En segundo lugar, es importante señalar, que aunque Foucault arroje sus legítimas suspicacias sobre un sistema de dudosas consecuencias humanitarias, no es menos cierto que no le reste total importancia a la hora de definir la política de los castigos. En el propio y ya citado Vigilar y Castigar señala que nace la concepción de la moderación de las penas, como un “discurso del corazón” (Ibíd.: 84), el cual “surge como un grito del cuerpo que se rebela ante la vista o ante la imaginación de un exceso de crueldades” (Ibíd.: 84). De ahí que relaten los reformadores, en primera persona al referirse a la penalidad, como si estuviesen en el lugar que le toca al objeto de la pena. En este mismo sentido se expresa el filósofo, en una entrevista que le hiciese Jean-Pierre Barou. Afirma Foucault, al referirse a los reformadores: “Su problema, de nuevo, no ha sido hacer que las gentes fuesen castigadas; sino hacer que ni siquiera puedan actuar mal en la medida en que se sentirían sumergidas, inmersas, en un campo de visibilidad total en el cual la opinión de los otros, la mirada de los otros, el discurso de los otros, les

impidan obrar mal o hacer lo que es nocivo. Esto está presente constantemente en los textos de la Revolución”¹³.

La visión de Foucault, se cierne como un pensamiento alternativo y paralelo al clásico y tradicional pensamiento occidental y europeo, acerca del origen de los modernos sistemas penales, y se erige como forma crítica de evaluar un sistema burgués que se presentaba sin contrapeso en el ideario jurídico y filosófico contemporáneo, dando pie para la discusión en torno a la reflexión penal en Latinoamérica y en Chile, y a las propuestas criminológicas e iuspenales.

Bibliografía

BECCARIA, MARQUES DE (1945), *Tratado de los delitos y de las penas*, (Trad. Guillermo Cabanellas), Biblioteca Jurídica Atalaya, Primera Serie, Libro de Edición Argentina, Buenos Aires, Argentina.

BENTHAM, JEREMY (1989), *El panóptico*, Ediciones de la Piqueta, Madrid, España.

BODENHEIMER, EDGARD (2000), *Teoría del derecho*, colección popular, N ° 60, [trad. Vicente herrero], Fondo de Cultura económica.

BURGESS, ANTHONY (1976), *La naranja mecánica*, (trad. Ana Quijada), Ediciones Minotauro, Barcelona, España

CODIGO PROCESAL PENAL, Tercera Edición, Editorial Lexis-Nexis, Santiago de Chile, 2003.

FERRAJOLI, LUIGI (1989), *Derecho y Razón, Teoría del garantismo Penal*, [trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al], Colección Estructuras y Proceso, Serie Derecho, Editorial Trotta, S.A., Madrid, España.

FOUCAULT, MICHEL (1976), *Yo Pierre Rivière, habiendo degollado a mi madre, mi hermana y mi hermano*, Un caso de parricidio del siglo XIX, Tusquets Editor, Barcelona, España.

Idem. (1979), *Microfísica del poder*, [trad. Julia Varela & Fernando Alvarez-Urúa, [segunda edición], Ediciones La piqueta, Madrid.

Idem. (1988), *Nietzsche, la genealogía, la historia*, Ediciones Pre-textos, [trad. José Vázquez Pérez.], Valencia, España.

Idem (1995), *Nietzsche, Freud y Marx*, Ediciones “El cielo por Asalto”, [trad. Carlos Rincón], Buenos Aires, Argentina.

Idem. (1995b), *La verdad y las formas jurídicas*, [trad. Enrique Lynch], Gedisa, Barcelona, España.

Idem. (1999), *Estrategias de poder*, [trad. Julia Varela y Fernando Álvarez-Urúa], Obras esenciales, Volumen II, Paidós, Barcelona, España.

Idem (2002), *Vigilar y castigar*, nacimiento de la prisión, (Trad. Aurelio Garzón del Camino), (1º edición), Siglo XXI editores, Buenos Aires, Argentina.

Idem. (2004), *Sobre la Ilustración*, [primera edición], Editorial Tecnos, Madrid.

GANDOLFO, JOSÉ (1998), “Escritos políticos de Friedrich W. Nietzsche”, en Revista *Estudios Públicos*, (70), (otoño), Centros de Estudios Públicos.

GIANNINI, HUMBERTO (1985), *Breve historia de la filosofía*, Colección Saber y Cultura, Temas de Filosofía, Editorial Universitaria, Santiago de Chile.

HORVITZ LENNON, MARIA INÉS y LÓPEZ MASLE, JULIÁN (2002), *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomos I y II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

MAURACH, REINHART; GÖSSEL, KARL HEINZ y ZIPF, HEINZ (1995), *Derecho Penal, Parte General, Formas de aparición del delito y las consecuencias jurídicas del hecho*, [trad. Jorge Bofia Genzsch, de la 7º edición alemana], (2), Editorial Astrea de Alfredo Y Ricardo desalma, Buenos Aires, Argentina.

NIETZSCHE, FRIEDRICH (1969), *Obras Inmortales*, Ediciones Distribuciones, Madrid, España.

Idem (2003), *Genealogía de la moral*, Gradifco SRL, Buenos Aires, Argentina.

ROUSSEAU, JEAN-JACQUES (1988), *El Contrato Social*, Biblioteca "Ercilla", Las más grandes obras del conocimiento, Santiago de Chile, Chile.
Idem (2003), *Discurso sobre economía política*, [trad. Eric Fontanals], Editorial Quadrata, Argentina.

WITTO MÄTTIG, SERGIO (2002), "Pedagogía universitaria y anverso genealógico. Michel Foucault", en *Revista Polis* de la Universidad Bolivariana, Vol. 1, N° 1.

Notas

* Para Foucault utilizaremos la traducción de Aurelio Garzón del Camino en *Vigilar y Castigar*, de José Vázquez Pérez en *Nietzsche, la genealogía, la historia*, de Carlos Rincón en *Nietzsche, Freud, Marx* y de Enrique Lynch en *La Verdad y las formas jurídicas*.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Docente Introducción al Derecho y Derecho Penal de la Universidad Bolivariana, Sede Chillán, correo electrónico: ecarrajs@hotmail.com

¹ No se opone ya lo atroz a lo atroz en una justa de poder; no es ya la simetría de la venganza, es la transparencia del signo a lo que significa; se quiere establecer, en el teatro de los castigos, una relación inmediatamente inteligible a los sentidos y que pueda dar lugar a un cálculo simple. Una especie de estética razonable de la pena." (Foucault 2002: 98).

² "Es la época en que fue redistribuida, en Europa y en los Estados Unidos, toda la economía del castigo." (Foucault, 2002:15)

³ Desaparece, pues, en los comienzos del siglo XIX, el gran espectáculo de la pena física; se disimula el cuerpo supliciado; se excluye del castigo el aparato teatral del sufrimiento. Se entra en la era de la sobriedad punitiva" (Foucault, 2002:16)

⁴ Vid. p 22, en relación a p. 16.

⁵ En el mismo sentido Nietzsche: "la tarea más concreta de *hacer* antes al hombre, hasta cierto grado, necesario, uniforme, igual entre iguales, ajustado a regla, y, en consecuencia, calculable" (Nietzsche, 2003:67).

⁶ "constituir una nueva economía y una nueva tecnología del poder de castigar: tales son, sin duda, las razones de este cuestionamiento del derecho penal, esencial en la reforma penal del siglo XVIII." (Foucault 2002: 76).

⁷ "La idea del criminal como enemigo interno, como aquel individuo que rompe el pacto que teóricamente había establecido con la sociedad es una definición nueva y capital en la historia de la teoría del crimen y la penalidad." (Foucault, 1995b:40).

⁸ "A la expiación que causa estragos en el cuerpo debe suceder un castigo que actúe en profundidad sobre el corazón, el pensamiento, la voluntad, las disposiciones" (Ibid:17-18)

⁹ Éstas efectivamente son vistas de una "orientación exclusivamente **profiláctica**", [énfasis del autor], por el derecho penal (Maurach *et al* 1995: 67). Sobre lo dicho, verbigracia, la novela "Clockwork Orange" de Anthony Burgess, y las palabras del representante del gobierno quien decía: "El Gobierno no puede continuar aplicando teorías penales pasadas de moda. Amontonamos a los criminales en una cárcel, y vea lo que ocurre. Sólo se consigue criminalidad concentrada, delitos en el mismo lugar del castigo. Pronto necesitaremos todo el espacio disponible en las cárceles, para los criminales políticos (...) El problema de los delincuentes comunes como esta turba repugnante (...) puede resolverse mejor sobre una base puramente curativa. Hay que destruir el reflejo criminal" (Burgess 1976: 53.)

¹⁰ De algún modo Beccaria responde a esta afirmación al señalar: "El Soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando alguno haya violado el contrato social, porque entonces la Nación se dividiría en dos partes: una representada por el Soberano, que afirma la violación, y otra del acusado, que la niega. Es, pues, necesario, que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado..." (Beccaria 1945: 48).

¹¹ Artículo 85 del Código Procesal Penal.

¹² Artículo 289 del Código Procesal Penal Chileno.

¹³ "El ojo del poder", Entrevista con Michel Foucault, en Bentham, *El Panóptico*, p. 10.