

ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA PENA DE PRISIÓN¹

Interdisciplinarietàad.

La cárcel, en sus formas míticas o propiamente históricas, como encierro derivado de la venganza privada o de las distintas formas de legitimidad que el poder jurídico ha ido adquiriendo, la encontramos por doquier. Está en los poemas épicos y en todo tipo de literatura. Aparece en las utopías renacentistas y está presente incluso en la amplísima boca de Gargantúa, el gigante de Rabelais. La pregunta que hoy nos hacemos, sobre el significado del encierro y de la cárcel, ha acompañado a la humanidad desde muy antiguo.

A finales del siglo XIX y comienzos del XX, la literatura se embriaga con la atmósfera del fenómeno criminal y con todo lo que envuelve al paisaje del castigo, cuando el castigo penal por excelencia ya era la pena de prisión. **Tolstoi**, en su novela Resurrección, todavía se pregunta por qué unos hombres se creen con razón y poder para encarcelar a otros hombres. Muchos historiadores, seguramente desde una mayor o menor ligazón a los presentismos que nos interesan y comprometen, buscamos en el pasado distintas respuestas a preguntas como la Tolstoi. Simplificando el panorama historiográfico:

- Ciertos **historiadores del derecho y de las instituciones**, hasta hace bien poco los más, escrutan la sucesión histórica de la formalidad legal e institucional de los distintos encarcelamientos y de la pena privativa de libertad. No pretendo decir con esto que no haya unas orientaciones de la historia del derecho muy diferentes entre sí. De hecho, esto también tiene una historia. Efectivamente, la llamada Escuela Histórica del derecho dejó patente en España, precisamente cuando culminaba la codificación, a finales del siglo XIX, su vocación de relacionar los estudios jurídicos con la evolución social. Sin embargo, pronto se comenzó a elaborar un concepto idealista del Derecho. El resultado fue concebir una suerte de historia propia de las normas jurídicas, independientemente de cualesquiera factores sociales. Por eso hoy se habla del “retorno de la historia del derecho a la historia”: un proceso, según Pérez Collados, que se detecta desde los años sesenta y que vendría a superar la orientación institucional vigente durante décadas, la que, a la postre entendía que las instituciones

¹ Apuntes elaborados con la información de mi tesis doctoral: P. Oliver Olmo, *La cárcel y el control del delito en Navarra entre el Antiguo Régimen y el Estado liberal*, Universidad del País Vasco, 2000.

jurídicas son una respuesta que cada sociedad enfrenta a los problemas perennes del ser humano, ignorando la experiencia social y económica que envuelve al derecho². Sin embargo, a nuestro juicio queda mucho por hacer; yo diría -si se me permite el atrevimiento- que la historia del derecho podría vivir una auténtica revolución. Porque a las historias de los procesos legislativos cabe añadir la historia de la auténtica aplicabilidad de las distintas normativas. Porque, igualmente, se debe añadir el estudio de las otras penalizaciones que no siempre quedaron reflejadas en los textos mayores, las micropenalidades más cercanas a la población, como las que emergían de los poderes intermedios o de las autoridades locales. Por otra parte, ciertamente, mucho se ha avanzado al escrutar la incidencia en las prácticas jurídicas del pensamiento y de la filosofía. Así, podríamos concluir que contamos ahora con una manifiestamente mejorable historiografía del derecho penal, cada día más unida a una exégesis histórica de los pensadores (sobre todo de los moralistas y filántropos de los primeros siglos de la Edad Moderna y de los ilustrados del setecientos). Pero falta profundizar en los hechos sociales que influían en esos pensadores y en los discursos y prácticas penales. Porque, en el fondo, a nuestro juicio, es necesaria una historia social de la criminalidad, de los controles del delito, de los procesos de legalización sin obviar los impactos de los procesos de criminalización, las actitudes colectivas y las mentalidades respecto de la transgresión; y también, conforme avanzamos hasta nuestros días, debemos conocer las modelaciones de la memoria histórica con relación al poder de castigar y, en concreto, al hecho carcelario.

- Un planteamiento, el que iniciaran **Marx y Engels**, ha influido e influye en los historiadores de las cárceles, aunque ampliado sobre todo tras el impacto de la obra de Foucault. Siguiendo los planteamientos marxistas del derecho elaborados en su día por **Pasukanis**, y de la historia de la criminalidad estudiados por **Rusche y Kirchheimer** en los años treinta de nuestro siglo, o mucho más recientemente por **Melossi y Pavarini**, no pocos historiadores (como **Justo Serna** para el caso de la España del XIX) buscan y explican la relación de la penalidad con los distintos modos de producción (los que el marxismo define como etapas históricas) hasta el triunfo del capitalismo. Desde ese punto de vista, el derecho sería una especie de armazón ético-jurídico de la penalidad, un resultado que visto aisladamente no explicaría la verdadera razón del origen de la prisión contemporánea. **La pena de prisión habría nacido fuera del derecho**, al socaire de la extensión del modo de producción capitalista, y en concreto derivando de las casas de corrección y trabajo

² Pérez Collados, J.M., “Acerca del sentido de la Historia del Derecho como Historia”, Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LXVII (1997), pp. 95-118.

construidas en Holanda, en Inglaterra y después en otros países, desde el siglo XVI en adelante, para adiestrar a las masas de vagabundos expulsadas del campo a fin de convertirlos en los trabajadores que las clases burguesas necesitaban. La pena de privación de libertad, según Pasukanis, no es concebible sin entender **el principio de retribución equivalente** propio del capitalismo, pues en él todas las formas de riqueza se reducen a la forma más simple y abstracta del trabajo humano medido por el tiempo: en el modo de producción capitalista se puede establecer la equivalencia entre el daño producido por el delito con el pago de la pérdida de libertad durante cierto *quantum* de tiempo.

- Algunos otros autores, muy influidos por la obra de **Foucault** (como **Pedro Trinidad, Pedro Fraile y Horacio Roldán** en el caso español), se sustentan en el estudio de los discursos y las prácticas penales para entender la producción contemporánea de los poderes y los saberes penal-penitenciarios. Foucault, aunque retoma la obra de Rusche y Kirchheimer, explica que el propio sistema capitalista, para desarrollarse, necesitó crear un poder microscópico capaz de fijar a los hombres al modo de producción. La relación no era necesariamente económica, obedecía a procesos múltiples y simultáneos de producción de unas formas de poder a las que él llama <<disciplinas>>, las que hacen que el ejercicio del poder sea menos costoso. Gracias a ellas se cumpliría mejor –en palabras del profesor **Capella**- “la función estatal de generar ideología de aceptación, fundamental para reducir la visibilidad de la actividad coercitiva”, con el objetivo de aumentar la sumisión de todos los elementos del sistema³. El encierro penitenciario es una metáfora ideal para estudiar esas técnicas de producción de disciplinas: aplicables igualmente para el gobierno de una fábrica, de un cuartel o de un internado cualquiera, son ajenas a la ley, son en el fondo un contra-derecho que invalida las libertades formales. Y la prisión, en concreto, nacería cuando el poder codificado de castigar se hace poder disciplinario de vigilar (de ahí la importancia que dio al Panóptico de Bentham, porque sirve para explicar una nueva racionalidad en el ejercicio del poder, la del gran panoptismo social que produce un tipo de sociedad vigilada y sumisa).

En fin, son herramientas (las que hemos comentado brevemente) que influyen en el quehacer del historiador. Pero cabe añadir las obras de otros historiadores que buscan en la historia la definición de los espacios de violencia y de las relaciones de poder a través del proceso civilizatorio que analizó, sobre todo, **N. Elias** (hablando de procesos de criminalización al tiempo que de civilización, una tesis que ha desarrollado especialmente el

³ Capella, J.R., *Fruta prohibida. Una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*, Madrid, Trotta, 1997, p. 47.

historiador francés **Robert Muchembled** escrutando <<el proceso de invención del hombre moderno>> durante los siglos XVI al XVIII: aunque no fuera un proceso lineal, aunque deba acudirse cada vez más al estudio de las realidades locales, podemos hablar, en general, de que a partir del siglo XVI, la justicia real y la moral cristiana convergen contra el arquetipo de hombre medieval pecaminoso y violento⁴. Se promociona, entre otras cosas a través de la criminalización de las costumbres populares dentro de un largo proceso de aculturización, una nueva sociabilidad basada en el autocontrol y en la interiorización del conformismo. Cabría hablar, con E. P. Thompson de “costumbres en común”, pero igualmente de un proceso que acabará divorciando abismalmente a las clases de la sociedad preindustrial.

¿Y en todo esto qué papel jugó la cárcel? ¿Cómo recogen todos estos factores los historiadores de la prisión? Unos los recogen y otros no. Por regla general, se **coincide en no separar el estudio de la cárcel de los distintos órdenes penales que la sustentan**. Además, las reflexiones **weberianas** sobre el monopolio de la violencia, por ser como es <<sabiduría convencional>> (Galbraith dixit)), inspiran todas las explicaciones. Las diversas orientaciones sociológicas y criminológicas son susceptibles de utilización en las pautas de investigación, en la elaboración de la información y en la interpretación históricas. Conocer, por ejemplo, desde los postulados de la **escuela liberal clásica del derecho penal y de la criminología positivista hasta los más contemporáneos de las teorías de la anomia, de las subculturas criminales, las del “labelling approach” y las llamadas teorías sociológicas del conflicto**, además de modelar la actitud y el pensamiento del historiador, es básico para la propia reconstrucción histórica⁵. Porque la prisión y sus protagonistas, a lo largo de su historia, han conocido y conocen la proyección práctica de no pocas teorías criminológicas e incluso de lo que se ha dado en llamar <<ciencia penitenciaria>>.

Lo cierto es que, en torno a las preguntas sobre el poder de castigar, confluyen todos los modelos sociológicos, todas las preguntas antropológicas, y todas las metodologías historiográficas. La interdisciplinariedad, como vemos, es una necesidad insoslayable, aunque no sea una apuesta de todos.

⁴ Cf. Muchembled, R., *L'invention de l'homme moderne. Sensibilités, moeurs et comportements collectifs sous l'Ancien Régime*, Fayard, 1988.

⁵ Sigue siendo básico el libro de A. Baratta sobre la sociología jurídico-penal y su exposición crítica de las corrientes criminológicas: Baratta, A., *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Madrid, Siglo XXI, 1993.

Sobre los orígenes del encierro.

Es evidente que hay posiciones enfrentadas. Pero la pregunta sobre el <<origen>> de la prisión podría responderse rápidamente. A fin de cuentas es un lugar común decir que ésta, como pena y como institución, nace recientemente, es una pena moderna: para unos –como **Foucault**– aunque la “forma-cárcel” es muy antigua, la pena de prisión y su institucionalización fue formulada por el pensamiento ilustrado y triunfó en el tránsito del Antiguo Régimen al Liberalismo: a fines del siglo XVIII y comienzos del XIX se sustituye una penalidad suplicial (arte de las sensaciones insoportables sobre el cuerpo), propia del despotismo absoluto, por otra más apropiada a la nueva sociedad contractual, la que extorsiona el tiempo del reo (el castigo pasa a ser una economía de los derechos suspendidos). Otros, en cambio, como **Ferrajoli**, compartiendo básicamente los planteamientos foucaultianos (y post-foucaultianos), matizan su cronología y dicen que nació realmente con los planteamientos liberales reaccionarios de mitad del XIX y sobre todo con el fin de la codificación a finales de la centuria pasada. Muchos tratadistas del derecho siguen explicaciones formalistas como la de **Elías Neuman**: hubo un período anterior a la sanción privativa de libertad en el que el encierro sólo era un medio para asegurar la presencia del reo en el acto del juicio, y después, a partir del siglo XVI, con algunos antecedentes, comienzan sucesivas etapas (un período de explotación por parte del estado de la fuerza de trabajo de los presos, un período correccionalista y moralizador desde el siglo XVIII y a lo largo del XIX, y un período final marcado por los objetivos resocializadores sobre la base de la individualización penal y de distintos tratamientos penitenciarios y post-penitenciarios⁶).

Sobre eso hablaremos más adelante. Pero a nosotros nos parece que el historiador no debe despachar el asunto opinando sobre el triunfo generalizado de la cárcel como pena privativa de libertad a lomos de un proceso progresivo y supuestamente humanizador de las sociedades, porque así es perfectamente comprensible que se quiera ver los encierros anteriores al ordenamiento moderno, como meros antecedentes e incluso <<luces>> en las sombras de un larguísimo pasado negro y despreciable (en las actitudes negativas hacia el pasado suele esconderse con demasiada frecuencia una cultura de satisfacción hacia lo presente)⁷. Además, no son sólo críticas hacia las actitudes del historiador lo que me mueven a decir esto, también hay, aunque aisladas, destacables tesis contrarias a todo lo anterior, como la de **T. Sellin** y otros que plantean que los orígenes de la

⁶ Neuman, E., Prisión abierta, Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 9.

⁷ Cf. García Valdés, C. (dir.), Historia de la prisión. Teorías economicistas. Crítica (Curso de doctorado), Madrid, Edisofer, 1997.

pena privativa de libertad para los deudores (presente en varias legislaciones desde muy antiguo) indican que la prisión tiene otra historia y otros orígenes muy anteriores⁸.

Vamos a reflexionar algo más sobre la cuestión en general, acerca de la idea de encierro-castigo y de su forma-cárcel. Porque la pregunta de Tolstoi nos puede llevar a una reflexión sobre el origen de la cárcel en cuanto que idea de encierro. Es decir, más que pregunta sobre la cárcel es un interrogante antropológico. Y ahí mismo, comienza al debate, por ejemplo, entre los juristas e historiadores del derecho, con la antropología como telón de fondo. La pregunta nos lleva no tanto a los orígenes concretos de la pena de prisión sino a los del derecho penal. **¿Puede hablarse de un Derecho Penal primitivo?** Entre los que debaten sobre eso, encontramos a los que afirman que no se puede seguir sosteniendo (por mucho que el evolucionismo desde el siglo pasado lo haya promocionado) que no hay rasgos comunes entre la mentalidad moderna y la llamada mentalidad primitiva. ¿Por qué se hace un distinguo absoluto entre las civilizaciones primitivas y las <<evolucionadas>>? En su día estuvieron muy influidos por la noción de <<tabú>> primitivo expuesta por **Freud**. Pero todavía hoy se sigue entendiendo que las comunidades primitivas tuvieron una especie de <<Derecho penal>> en el que no cabía una posición subjetivista a la hora de juzgar los delitos, porque en su tosquedad emotiva no cabían (no caben) los fundamentos éticos propios de los tribunales de países civilizados, sino una imputabilidad a la responsabilidad colectiva (si así lo enfocamos, salta la pregunta de algunos antropólogos: ¿y no perdura en la actualidad esta característica de la naturaleza humana, muy multiplicada por cierto en el siglo XX, a través de las actividades bélicas de las naciones civilizadas?⁹

Bien pudiera parecer un falso debate, o más bien una polémica superada, que tuvo sus más acres manifestaciones a finales del XIX y comienzos del XX, entre evolucionistas y difusionistas, entre etnólogos, antropólogos, psicoanalistas, etcétera. Pero no es así. La idea de un modelo de evolucionismo determinista, junto al muy valorizado valor del <<progreso>> histórico, efectivamente prefigura mucho la concepción que sobre el pasado, el presente y el futuro se tiene hoy en los distintas formas del pensamiento. Con todo, hay quien como **René Girard**, achaca a la Modernidad el haber construido una concepción tan negativa de la mentalidad arcaica que habrá que esperar a que ésta sea definitivamente barrida para entender el porqué escondemos la violencia: para Girard si del sacrificio en las comunidades primitivas colegimos que, en el orden de la

⁸ Un interesante comentario sobre esta polémica en: Marí, E.E., La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault, Buenos Aires, Hachette, 1983, pp. 159-160.

⁹ Hendler, E.S., "El derecho penal primitivo y su supuesta evolución", Cuadernos de política criminal, n° 54 (1994), pp. 1211-1217.

reparación del daño hecho a los dioses y a la comunidad, no era otra cosa que venganza colectiva e irracional, entonces, por qué no nos planteamos si los sistemas penales modernos no están en el fondo redefiniendo la venganza comunitaria contra los transgresores, esto es que tal justicia no sería otra cosa que venganza a fin de cuentas: “El sistema judicial aleja la amenaza de la venganza. No la suprime: la limita efectivamente a una represalia única, cuyo ejercicio queda confiado a una autoridad soberana y especializada en la materia. Las decisiones de la autoridad judicial siempre se afirman como la *última palabra* de la venganza”¹⁰. Nosotros creemos que el estudio de las comunidades primitivas, del pasado o de la actualidad, arroja mucha luz sobre eso que se ha dado en llamar el espíritu humano. A veces pudo parecer una disputa entre utopistas y realistas. “Cosas de anarquistas”, se escucha todavía hoy. Sin embargo, el asunto está en el corazón mismo del debate científico desde hace más de un siglo. No es necesario, aunque sí sugerente, volver a leer la obra de **Kropotkin** El apoyo mutuo, porque en las últimas décadas la antropología y la etnología han superado muchas de sus afirmaciones, y porque ya no parece necesario refutar las teorías del evolucionismo social ni sus derivaciones racistas y etnocentristas. Sin embargo, algo muy enraizado queda. Hoy en día, y como alternativa al debate de los autores citados más arriba, **Juan Ramón Capella** recuerda que el problema es de estructuras del saber profundamente abigarradas al hombre y en concreto al estudioso del derecho y de las instituciones: tal y como lo formulara **Aristóteles**, el pensamiento jurídico en general es incapaz de dejar de identificar la sociedad humana con la sociedad organizada política y jurídicamente, no conciben una sociedad de seres humanos en la que no existan el derecho ni el estado¹¹. Pero las ha habido y, aunque amenazadas, posiblemente a punto de desaparecer, todavía las hay. Los sironó de Bolivia, los azanda australianos, y muchas otras comunidades primitivas no han elaborado nunca formas complejas de organización social. No tienen gobiernos. Son grupos sociales sin sistema penal. Sin cárceles. ¿Siguen en la Edad de oro?

¿Qué reflexión nos invita a hacer esto acerca de la naturaleza humana?

¹⁰ Girad, R., La violencia y lo sagrado, Barcelona, Anagrama, 1995.

¹¹ Capella, J.R., op. cit., pp. 38-43.

Valga esta alusión a un mito (el de la Edad de oro, por cierto, últimamente recuperado para la prehistoria), y sirva para, fijando la mirada en las **mitologías**, aceptar que la idea de castigo formulado como encierro, como cárcel, ciertamente es vieja. Y siempre cruel. En la civilización griega aparece en los poemas homéricos y en la teogonía hesiódica. En general, está en las expresiones culturales, en los mitos, en las leyendas, en la oralidad y la escritura de un pasado que ha influido en todo el devenir histórico. Encontramos, entre otros, el episodio de los gigantes Alóadas, los dos hijos de Posidón que ejerciendo rebeldía contra los dioses encarcelaron en una vasija al dios Ares, manteniéndolo allí durante trece meses, hasta que Hermes logra liberarlo cuando estaba a punto de morir (pero la ira de los dioses hizo que los carceleros acabaran encerrados en los Infiernos, donde, atados con serpientes, deben soportar para siempre el tormento de una lechuza que les grita sin cesar). Los Infiernos como cárcel. O el Tártaro. Recordemos que en el Tártaro, por debajo de los Infiernos, se vivieron escenas en las que dioses, titanes o cíclopes, se encarcelaban unos a otros. Ahora bien, cuando en la leyenda mítica aparecen humanos, como en la de Leimone, hija de un noble ateniense, la idea de castigo y de encierro reviste caracteres de absoluta impiedad: por haber perdido la virginidad y tener un amante antes de casarse, **Leimone** es encerrada por su propio padre en una casa aislada sin alimentos y en compañía de un caballo: el animal, furioso y enloquecido por el hambre, devoró a la joven. Está claro. A la pregunta de Tolstoi, sobre lo que significa el encierro, acerca del porqué de la idea de encarcelamiento, no puede darse una respuesta que hable de un origen dulce o al menos atemperado por mitos y leyendas. Tampoco por la historia. **Siempre tuvo un sentido trágico**, que no favorecía a nadie que lo formulara y ejerciese. Habrá que esperar muchos siglos para encontrar, por entre los discursos y las leyes, a los que codificando el castigo carcelario, acabaron por considerarlo benefactor y en coherencia con el progreso y la humanización. Hoy parece un paradigma de pensamiento lo que nació refutado desde su alumbramiento. Hoy, fuera de nebulosas declaraciones de principios, contrarrestarlo carece de prestigio si no es para embellecerlo: el paradigma de la racionalización penitenciaria (y en eso pudiera recordar al mito antiguo) se cobra sus víctimas, segrega excluidos y señala malditos.

Pero la antigüedad y trascendencia de algunos conceptos no sólo queda atestiguada por los relatos míticos. Además, hay quien jamás se apoyaría en ellos para escribir historia, por lo que vayamos a lo que se entiende por ésta. Efectivamente, la cárcel tiene una historia. Sin más dilación, vamos a sumergirnos en ella.

Primeramente, en la antigüedad, aunque lo hagamos a vuelapluma porque nos interesa centrarnos en la conformación de la cárcel dentro de las

prácticas jurídicas modernas y contemporáneas. Queda mucho por esclarecer, pero hay testimonios que nos hablan de distintas fórmulas de encierro en las civilizaciones más antiguas. En Grecia incluso se elaboró una teoría carcelaria que nos suena muy cercana. **Platón**, en *Las Leyes*, además de proponer la cárcel-custodia para deudores y algunos ladrones, ya planteaba una cierta tipología carcelaria que contemplaba la pena privativa de libertad como castigo en sí mismo e incluso como forma de corrección. Estos planteamientos platónicos, posiblemente reflejo e interpretación de los estados de opinión de la sociedad griega con respecto a la justicia y la penalidad, han ido apareciendo en el decurso histórico occidental hasta la actualidad¹².

Y cuando en la historia de la **Grecia antigua** buscamos informaciones más precisas sobre la cárcel, efectivamente las encontramos, por cierto muy relacionadas con el papel que la penalidad ha jugado en las relaciones económicas: sabemos que se usó la cárcel como medio de custodia, pero sobre todo para la retención de los deudores.

En lo que podríamos llamar (minúsculo) **derecho criminal romano** vamos encontrando, además de la <<ergástula>>, un progresivo avance del poder de castigo en manos de la justicia frente a la idea de venganza privada, aunque coexistieran. Nunca será suficiente del todo reflexionar acerca de la evolución jurídica del derecho y la venganza privada, antes y después de la Ley de las XII Tablas, cuando formalmente, por ejemplo en el caso de los homicidios, el poder de castigar pasa de la familia de la víctima a los responsables judiciales de la comunidad. Pero, más que la pena privativa de libertad, se consolidan otros castigos como el destierro (por ejemplo, en los procesos de criminalización de la patria potestad del *paterfamilias*)¹³. Sin embargo, estaban previstos los encierros con trabajos forzados y la *deportatio in insulam*, o la *relegatio* (temporal o perpetua). Sabemos, se ha repetido hasta la saciedad, que normativamente, la cárcel romana no tuvo una función punitiva, que se planteó para mantener allí a los encausados, no con el fin de castigarlos a través del propio encarcelamiento. No obstante esta función cautelar en el orden del derecho, creemos que es difícil saber qué funciones sociales efectivas cumplieron los castigos carcelarios en la antigua Roma. Por eso creemos que es muy significativo (trascendente) traer a colación aquí las explicaciones de los cronistas de entonces que hablan de la arquitectura carcelaria y de su función intimidatoria: se erigieron para infundir miedo a la plebe. Así se explicaba ya entonces el origen legendario de la **cárcel Tuliana**, luego Mamertina.

¹² Garrido Guzmán, L., *Manual de ciencia penitenciaria*, Madrid, Edersa, 1983, pp. 74-75.

¹³ Montanos Ferrin, E.; Sánchez-Arcilla, J., *Estudios de historia del derecho criminal*, Madrid, Dykinson, 1990.

Después, en las legislaciones de la **Alta Edad Media** (por lo que a Navarra más interesa, en los fueros municipales), la cárcel seguirá planteada como lugar de custodia, para evitar la fuga del acusado. En cambio, un fenómeno jurídico y religioso aparentemente aislado pero determinante para la época, el **monacal**, comenzó a elaborar planteamientos y prácticas de encierro penitencial y correccional que vamos a ver, tiempo después, influyendo en el derecho penal y en los postulados institucionales del castigo carcelario. Creemos que los postulados del derecho canónico, desde muy antiguo, y la dilatada experiencia posterior de los **procesos de los tribunales de la Inquisición**, no es que fueran antecedentes de los discursos correccionalistas del penitenciarismo moderno, es que influyeron poderosamente en la gestación de los mismos. Como a su vez lo hizo el planteamiento tempranamente correccionalista de las **galeras de mujeres** <<livianas>>.

Referidos a la **Baja Edad Media** ya conocemos, aunque sin generalizar, con el cambio de *ethos* hacia la pobreza y hacia la población errante y vagabunda, algunos indicadores que van haciendo de la pena privativa de libertad una punición en sí misma (por ejemplo contra vagabundos que quebrantan la orden de destierro, en la Pamplona de 1393). No es ajeno a nada de esto el **proceso de producción, de acumulación y de centralización del poder en manos de los monarcas**, lo cual no estaba en absoluto reñido con la conformación de una red de relaciones entre poderes intermedios y bajos poderes. **Van naciendo los Estados Modernos** y, sin embargo, la capacidad de estos para imponer a la población ordenamientos y pautas es limitada (prueba de ello puede ser el bandolerismo, las violencias inter-nobiliarias, o la pervivencia de aforamientos estamentales). Por eso, al analizar la Modernidad, entre otras factores (incluidos los procesos de legalización de toda la larga etapa proto-penal y de dispersión normativa), para comprender los procesos de criminalización, la historia debe dirigir la mirada hacia las formas comunitarias de vida, hacia las mentalidades colectivas y hacia la multitud de rasgos de vinculación que hacían posible el control social de ilegalismos, transgresiones, delitos y pecados (ora reprimiendo ora tolerando ora en convulsión y conflicto social abierto). Se está viviendo en Europa un cambio de actitudes colectivas (cambios en el proceso civilizatorio que analiza N. Elias). En cuanto a la criminalidad, se detecta un **menor número de delitos violentos** y un aumento de los que se dirigen contra la propiedad (valor en alza seguramente bastante pautado por los cambios económicos, aunque quepa añadir la influencia de los nuevos planteamientos de la religiosidad, chocando y al tiempo confluyendo). Los monarcas, los estamentos sociales y los municipios, pero también las iglesias, las entidades religiosas y los

moralistas, elaboran políticas de control (protección y castigo) de una pobreza cada día más visible y al tiempo mejor estudiada y clasificada.

Las cárceles eran reflejo de todo esto, pero también otras instituciones que se usaban con fines segregativos, como hospitales, hospicios y albergues de pobres: en dos períodos de grave carestía y progresiva proletarización de importantes masas campesinas, fueron famosos –y, por cierto, también trascendentes para las normativas penitenciarias posteriores- **los proyectos de casas de Misericordia de Miguel de Giginta, a mediados del XVI, y los más economicistas de Pérez de Herrera sobre casas de pobres a principios del XVII.** En Navarra, sin ir más lejos, en el siglo XVI se creó la institución del Padre de Huérfanos y perduró siglos después con sus funciones protectoras de la pobreza mendicante y punitivas para con la vagabundería que fuera considerada ociosidad pecaminosa, <<falsa pobreza>> en todo caso peligrosa para el orden social. En algunos países europeos empiezan a elaborarse nuevas políticas de encierro que añaden al castigo puramente penal el valor de la utilidad correctiva del trabajo. También en ciudades pequeñas con poca población penalizada (en Pamplona, las fuentes municipales de los siglos XVI y XVII hablan de vagabundos que han sido encarcelados por el Padre de Huérfanos y de otros mendigos que son dirigidos por éste a realizar obras públicas).

Ahora bien, otra cosa es **medir eso en función de su impacto en el mercado de trabajo pre-capitalista.** ¿En qué medida influyó esto a la hora de la regulación del mercado de trabajo? Seguramente, en muchas ciudades europeas su alcance fue poco o nulo, pero no puede descalificarse, al menos del todo esta **tesis que sostiene la historiografía marxista,** porque sabemos que hubo zonas en las que, al comenzar la Edad Moderna, ya era evidente el proceso de acumulación de capital y hasta de proto-industrialización. Además, en términos generales, en la Europa de los siglos XVI y XVII, según **Geremek,** sí que se puede decir que hubo un fenómeno de <<gran reclusión>> de mendigos: “Antes de que la prisión llegase a ser un medio a gran escala para el castigo de delincuentes, la Europa moderna la había utilizado como instrumento de realización de la política social en relación con los mendicantes”¹⁴. Habrá que realizar más estudios locales en diálogo o controversia con estos modelos generales.

Con todo, y ya desde el período de transición a la Edad Moderna, un repaso de los datos que van escrutándose sobre las poblaciones carcelarias, indican que **la cárcel sigue siendo mayoritariamente el lugar de depósito** de los

¹⁴ Geremek, B., *La piedad y la horca*, Madrid, Alianza, 1989, p. 224.

acusados, en tanto se verifica el proceso judicial o mientras los deudores, mayoritarios en épocas de crisis económica, acaben de saldar sus cuentas con la administración o con los denunciantes privados. Hemos podido comprobar en las fuentes que esto último, efectivamente y tal y como describen no pocas obras literarias de los llamados siglos de Oro, era una contradicción difícil de romper. Las cárceles <<públicas>> o Reales (de los Tribunales Reales o de la villa, etc.), las que estaban más cercanas a los habitantes de las ciudades, las que se erigían indiferenciadas del edificio judicial pero en el centro mismo del casco urbano para facilitar las fases procesales y al tiempo informar de la presencia de la justicia, **fue un lugar de empobrecimiento o un sitio al que iban a parar los pobres**. Y, efectivamente, con el sistema de alcaldías, la corrupción estaba al orden del día. Las condiciones de vida de los presos, más aún los que eran pobres y dependían de la ayuda municipal que se obtenía merced a las colectas, algunas obras pías y ciertas decisiones filantrópicas de algunos ricos al testar (más las solidaridades gremiales con los deudores), dibujan un panorama carcelario indeseable. Como indeseable es el de hoy, aunque aquéllas, al menos, como afirma **José Luis de las Heras Santos**, si bien no tenían la intención reformadora que introdujeron los ilustrados tampoco “poseían una intención degradatoria como la que inspiran las prisiones de alta seguridad de los Estados tecnocráticos actuales, en las cuales los reclusos permanecen aislados entre sí y privados de toda relación sensorial”. Entonces, en las Cárceles Reales, había un “fluido contacto con el exterior” (excepto en las cárceles inquisitoriales)¹⁵. Se recibían visitas de familiares sin apenas restricciones. Y los jueces visitantes acudían una vez cada semana. No se trata de comparar. Mejor no hacerlo. Pero sí que se debe rechazar la intencionalidad de quienes sólo en el pasado quieren ver la cara cruel de la penalidad.

La **penalidad de más envergadura** durante los primeros siglos modernos estuvo relacionada con el devenir de los propios estados. Las necesidades militares -que a su vez explican el nacimiento y fortalecimiento de los Estados Modernos- dirigen a los monarcas castellanos al terreno penal: la conflictividad que se vivía en el Mediterráneo, contra el imperio otomano y la piratería berberisca, les hizo pensar que podían buscar hombres en los tribunales para dotar las **galeras**; y la necesidad de construcción de fortificaciones en el norte de África fue el origen de una experiencia carcelaria, la de los presidios, cuya continuidad –variada, reglamentada conforme avance el pensamiento penal- nos llevaría hasta los fundamentos de nuestro actual sistema penitenciario. Igualmente ocurre, en el terreno de la explotación directa de la fuerza de trabajo de los reos, con la pena de

¹⁵ Heras Santos, J.L. de las, La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla, Universidad de Salamanca, 1994, p.268.

reclusión en las minas de **Almadén** y luego en la construcción de grandes obras públicas como el Canal de Isabel II.

El llamado pensamiento penal ilustrado aparece en un siglo, el XVIII, durante el cual, por toda Europa (e incluso en España pese al filtro de la Inquisición), muchos sectores de la sociedad se muestran enormemente preocupados por los asuntos públicos y por la justicia: cuando era más que evidente el desafecto social hacia determinadas prácticas jurídicas y ya se formulaban propuestas de codificación, cuando se demandaba la urgente renovación de las instituciones sociales y políticas, cuando era ya evidente la **importante disminución de los crímenes de sangre y el aumento de los ilegalismos económicos tales como el fraude**, y cuando se detectaba por doquier una mayor conciencia política y moral en parte dinamizada por la importante presencia de **movimientos filantrópicos** que demandaban la reforma de las costumbres y, en definitiva, los modos de control social. La propuesta de nueva racionalidad de los castigos penales que hizo **Beccaria** tuvo la virtud de reflejar lo que mucha gente pensaba. Propuestas de reforma penal, de proporcionalidad de las penas, de prevención del delito a través de la propia ley, y protestas (que tiempo después llegaron a ser luchas) contra el tormento como práctica judicial, contra los ahorcamientos y también contra otras prácticas de la pena de muerte, darán testimonio de los cambios que se estaban experimentando. El **pacto social**, el contrato, es la nueva fuente de legitimidad contra el viejo régimen, pero es también el principio ordenador de la sociedad y su gobierno. Han de elaborarse políticas de castigo (y de vigilancia, de policía) que velen por el mantenimiento del contrato y defiendan al nuevo soberano, a la sociedad (no al rey), frente a los infractores.

Con todo ese caldo de cultivo, cuando dejaban de funcionar las penas de galeras y las de trabajo en las minas de azogue de Almadén, otros reformadores del XVIII, como **Lardizabal** en España, añadirán al amplio debate penal la cuestión penitenciaria: se piensa no sólo en el castigo del reo sino en la salvación de su alma, en su corrección, y en que todo ello sirva de pedagogía social, de prevención. Sus propuestas correccionalistas serán muy parecidas a las que triunfarían un siglo después. No piensa en abstracto: el modelo que tiene presente Lardizabal es el de las casas de corrección. Además, antes de finalizar el XVIII, ya se difunden por Europa las ideas de **Howard** (quien a su vez tiene por modélicas las casa de trabajo holandesas y algunas experiencias correccionalistas) y las nuevas propuestas y experiencias penitenciarias realizadas en los EEUU (Filadelfia, Auburn y Reformatorio). Principalmente, dos modelos penitenciarios se están gestando a finales del XVIII que van a influir muchísimo en el penitenciarismo durante todo el siglo XIX: el Panóptico

de **Bentham**, utilitarista y clasificatorio, que primaba la inspección total del preso; y el celular de los cuáqueros basado en el control del arrepentimiento del preso a través de un severo aislamiento penitencial (recogiendo la larga experiencia histórica de la celda monacal cristiana, que se usaba no sólo para la oración sino también para el castigo).

Ahora bien, un fenómeno social importantísimo adquiere carta de naturaleza: se crean **asociaciones de caridad** para ayudar a los presos (instituciones para-penales). La prisión, en contra de lo que habían pensado e incluso todavía estaban pensando los ilustrados y los pensadores del liberalismo, estaba ya triunfando. Pese a Beccaria, a Filangieri e incluso a Bentham.

El **Estado liberal** nacerá con el proyecto liberal-burgués de un nuevo orden económico y político. Hacía falta levantar un gran edificio jurídico. La compulsiva producción legislativa en el orden penal y penitenciario a lo largo del siglo XIX (en España sobre todo con el liberalismo isabelino) es un reflejo del interés burgués de crear un nuevo Estado, **frente al modelo absolutista**, y frente a los intereses populares y las que prontamente (incluso por los nuevos saberes y técnicas criminológicas) fueron llamadas <<clases peligrosas>>.

Si las constituciones liberales han proclamado que la libertad es un valor supremo, la privación de la misma será el más importante de los castigos.

Los códigos penales decimonónicos (el del Trienio Liberal –la prisión es “una pena corporal”-, y el de 1848, con las reformas de 1850 y de 1870) van afianzando la pena de prisión hasta convertirla en la reina de la codificación. ¿Qué bienes jurídicos protegían? Claramente, los fundamentos de la sociedad liberal-burguesa. Según **Pedro Trinidad**: “Para que los hombres acepten su condición de excluidos de la propiedad y se adapten al proceso productivo, es preciso educar y disciplinar a la población”¹⁶. Por eso, en el código penal, y coherentemente con las iniciativas proto-capitalistas (como las que reflejaba el Código de Comercio de 1829, las leyes desarmotizadoras, las medidas para liberalización de mercados, etcétera), **la propiedad** será el bien que jurídicamente gozará de mayor resguardo. Otro importante bloque de bienes jurídicos serán los relativos a la **seguridad del estado** (y más en unas décadas marcadas por los conflictos sociales y dinásticos). Un tercer grupo de bienes es el relativo a la **protección de las personas**.

¹⁶ Trinidad Fernández, P., *La defensa de la sociedad. Cárcel y delincuencia en España (siglos XVIII-XX)*, Madrid, Alianza, 1991, p. 94.

Todo es ciencia (ciencia penal). Todo se clasifica, los delitos y las penas. En el propio universo de las penas, el encierro, según su duración, conocerá la distinción entre **tres categorías de penas**: las primeras se llamarían penas aflictivas (desde pena de muerte hasta la de presidio, prisión y confinamiento menores que duran de 4 a 6 años), las segundas serían las de cadena, reclusión, relegación y extrañamiento perpetuo y temporales que duran de 12 a 20 años, y las de presidio, prisión y confinamiento mayores que van de 7 a 12 años. El segundo grupo lo formaban las penas correccionales (arresto mayor, presidio y prisión correccional y destierro, desde 1 mes hasta 3 años). Y por debajo quedaba la pena de arresto menor (1 a 15 días).

Y así, lógicamente, aunque el código penal no lo recogiera, los postulados del **correccionalismo penitenciario** encuentran un campo amplísimo. Habrá experiencias reformadoras que marcan el nuevo rumbo, como la del presidio del **coronel Montesinos** en Valencia. Se escribirá muchísimo sobre la reforma penal y penitenciaria a finales del XIX y en las primeras décadas del XX. Hay un nuevo sujeto pensante en escena: el reformador de las prisiones (desde Concepción Arenal, Salillas, Dorado Montero hasta Jiménez de Asúa, y un sin fin de miembros de asociaciones filantrópicas o de entidades mitad sociales mitad gubernamentales). Además, la producción normativa sobre presidios, cárceles, correccionales y depósitos municipales es apabullante. Pero una vez más, la realidad será otra.

Se crea una geografía política centralista del castigo: en el Estado español, desde 1834, habrá depósitos correccionales, presidios peninsulares y presidios de África. Los ideales de corrección e incluso ya de reinserción serían papel mojado. También porque durante mucho tiempo las cárceles públicas seguirán en los mismos edificios, expeliendo enfermedad hacia los barrios limítrofes y hacia toda la ciudad. Allí sería casi imposible verificar los principios de clasificación y aislamiento, o enseñar al preso en la disciplina, moralidad, limpieza, y ejercicio pacífico de los derechos individuales. Ni el panóptico, de tanta celebridad y comentario, ni el higienismo llegarán con fuerza a unas prisiones cada día más hacinadas. La construcción de cárceles modelo responderá más a esas necesidades objetivas de ordenamiento del espacio del castigo que a los fines reformistas que se aireaban. Cada día la población carcelaria es más numerosa en una sociedad que crecía demográficamente y generaba desequilibrios migratorios y de urbanización y proletarización, con conflictividad social evidente. Porque lo que sí se ha creado el nuevo orden liberal, a la par que la llamada <<cuestión social>>, es nuevos tipos delictivos, más allá de la propia letra de la ley, en la realidad conflictiva de

las relaciones sociolaborales y en el mundo delincencial: ha nacido el delincuente, **el reincidente** y el profesional, sobre el que dirigen todas las miradas tanto los nuevos científicos de la sociedad (estadísticos y demógrafos, sociólogos), como los positivistas **frenólogos y antropólogos** de la criminalidad seguidores de los italianos Lombroso, Garofalo y Ferri, como los **médicos y psiquiatras** asesores de la tarea penal, junto a los moralistas... **y la prensa**. Y durante mucho tiempo todos centraron sus atenciones en el delincuente institucional, en el que estaba dentro de los centros penitenciarios, sin que mostraran el menor interés científico en el cuestionamiento de los procesos de criminalización o de definición de los ilegalismos, por lo que –por cierto- nunca explicaron los otros ilegalismos que no eran criminalizados, los de los poderosos.

Entramos en el **siglo XX** con multitud de proyectos para hacer más económica la función del castigo. El paradigma carcelario será el **positivista-correccionalista**. En el estado español hasta las reformas republicanas se mueven dentro de esos parámetros. Y con el Franquismo asistimos a una hipertrofia criminalizadora: con los campos de concentración para los perdedores de la guerra civil, con una formulación del <<derechos>> de los sublevados que conllevaba ejecuciones masivas y... en las cárceles una filosofía que fue haciéndose **redencionista** a través del trabajo penitenciario. La teoría penitenciaria del franquismo la elaboran los mismos funcionarios de prisiones, destilados por el régimen y, en un primer momento, por el Cuerpo de Excombatientes de la guerra civil. Y en **el resto de los países avanza un neo-correccionalismo y neopositivismo** (recreado sobre todo por el italiano Gramática) que era una reformulación de la teoría de la <<defensa social>>. Su última fase está marcada por el moderno pensamiento sobre la re-socialización del penado, heredero del correccionalismo del XIX y consolidado después merced a la actuación internacional de una corriente neo-psicologista. En el estado español se comienza a imponer esta tendencia a partir de los años sesenta, pero realmente triunfará con la transición democrática. En fin, se dicta una pretensión re-socializadora desde fuera (constituciones, leyes penitenciarias, etc.) y hacia dentro de una institución nacida con vocación disciplinante. En esta contradicción estamos. En la historia de un incumplimiento. En la realidad de unas prisiones que aseguran la seguridad, el orden, la disciplina, los horarios, los cacheos, las requisas, los controles, los actos y los movimientos de los reclusos. Una institución segregativa que, lógicamente, lejos de humanizar, sólo institucionaliza. Y, además, la cárcel sigue cumpliendo una función criminógena.

Hoy sabemos que se sigue interpretando la enorme importancia de la pena privativa de libertad y el ordenamiento penitenciario como prueba de humanización. Puede que lo sea respecto de otras prácticas penales, del pasado y del presente. Pero la prisión es hoy pena corporal, de vergüenza pública y hasta de muerte para muchos de sus “internos”. Si recordamos la carga simbólica de algunos de los mitos griegos, como el de la leyenda de Leimone, bien pudiéramos decir que hoy, las condiciones de aislamiento y de embrutecimiento de los regímenes carcelarios son, para muchas personas encarceladas, como el caballo hambriento que acabó devorando a la joven prisionera.