

Sociología del castigo
Genealogía de la determinación de la pena

Diego Zysman Quirós


ediciones**Didot**

Índice

Prólogo de Iñaki Rivera Beiras	13
Prólogo de Edmundo S. Hendler	21
Agradecimientos	25
Introducción	27
PARTE PRIMERA	
Historia de la determinación de la pena en Europa antigua	33
I. Castigo en el medioevo y el antiguo régimen (siglos XIII a XVIII)	35
I.1. El Antiguo Régimen y el castigo	35
I.2. Formación de los Estados modernos y justicia penal	35
I.3. Las transformaciones de la justicia penal europea	38
I.4. Los castigos y el ritual de los suplicios	46
II. La determinación de la pena y el arbitrio (siglos XIII a XVIII)	57
II.1. El arbitrio judicial continental y la indeterminación del castigo	57
II.1.a) Orígenes y desarrollo de las penas arbitrarias o extraordinarias. Su importancia en la expansión del <i>ius comune</i>	57

II.1.b)	Aplicación de la arbitrariedad en las penas	64
II.1.c)	La pena y el desarrollo de la teoría de la arbitrariedad judicial	65
II.2.	La Justicia en Inglaterra: jurados, conmutaciones y perdones	68
II.3.	Las penas arbitrarias y su relación con la tortura judicial	74
II.3.a)	Tortura judicial y poena extraordinaria	74
II.3.b)	Orígenes de la tortura judicial	76
II.3.c)	La tortura y la individualización del dolor	79
II.3.d)	La racionalización legitimante de los juristas	82

PARTE SEGUNDA

	Historia de la determinación de la pena en Europa moderna	89
I.	Castigo y determinación de la pena en la reforma penal del Siglo XVIII	91
I.1.	Iluminismo, reforma penal y castigo	91
I.2.	Las críticas a la arbitrariedad judicial: de la tortura a las penas arbitrarias	95
I.3.	¿La búsqueda de una tortura “racional” y moderna?	100
I.4.	La tortura en la <i>Constitutio Criminalis Theresiana</i> (1769)	103
I.5.	Nuevas racionalidades y desarrollo del discurso sobre la justificación del castigo	106
I.6.	La determinación de la pena en Montesquieu, Beccaría, Bentham, Carrara y otros	111
I.7.	La moderna codificación	124
I.8.	El Código Penal de 1791 (de penas fijas) y otras reformas legales	128
I.9.	La guillotina: una ejecución igual para todos	133
I.10.	La cárcel como pena: tiempo, igualdad, trabajo y disciplina	140
II.	Castigo y determinación de la pena en la segunda mitad del Siglo XIX	149
II.1.	Positivismo, correccionalismo y castigo	149
II.2.	La cárcel: el sistema progresivo y la libertad condicional	154
II.3.	Las críticas a la proporcionalidad de la pena	158

II.4.	La individualización de la pena: la obra de Saleilles y su influencia	160
II.5.	La sentencia indeterminada y las medidas de seguridad	167
II.5.a)	Desarrollo teórico (en Garófalo, Ferri, Von Liszt, Jiménez de Asúa y otros autores)	169
II.5.b)	Los proyectos de reforma en los congresos internacionales	174
II.5.c)	La legislación europea y su influencia en América Latina	178
II.6.	La disciplina, la normalización y la corrección individual	181
II.7.	El welfarismo penal	184

PARTE TERCERA

	Historia de la determinación de la pena en los EE.UU.	189
--	---	-----

I.	Castigo y determinación de la pena en la segunda mitad del Siglo XIX y el Siglo XX (Nacimiento y desarrollo de la resocialización y de la pena indeterminada)	191
I.1.	El legado de la Guerra Civil: reforma penitenciaria y pena de muerte por electrocución	191
I.2.	Las ciencias del hombre y la criminología positivista estadounidense	194
I.3.	El movimiento progresista estadounidense	198
I.4.	Los reformadores y la <i>new penology</i>	200
I.5.	Los reformatorios y la implementación del “sistema Elmira”	205
I.5.a)	Los reformatorios	205
I.5.b)	Elmira	206
I.6.	La <i>new penology</i> y el sistema legal de penas indeterminadas	212
I.6.a)	Los orígenes de la “sentencia indeterminada”	212
I.6.b)	La consolidación del sistema	216
I.6.c)	La <i>probation</i> y la <i>parole</i>	219
I.7.	Las razones del éxito: la importancia de los movimientos migratorios y la existencia de un Poder Judicial fuerte	221
I.8.	La patología del delincuente, la necesidad de individualización y la pena indeterminada	226

II.	Castigo y determinación de la pena en el último tercio del Siglo XX (La crisis de la resocialización y de la pena indeterminada)	231
II.1.	La crisis de la resocialización	231
II.2.	Los cuestionamiento al dominio de los saberes criminológicos expertos	233
II.3.	Los flancos y argumentos de las críticas a la resocialización	237
I.3.a)	La crítica liberal y radical y los experimentos de psicología social	239
II.3.b)	Los movimientos por los derechos civiles y las críticas al sistema penal	241
II.3.c)	Falencias de la resocialización, control social y afectación de los derechos fundamentales	244
II.3.d)	La crisis de la criminología ortodoxa	248
II.3.e)	La crítica conservadora	250
I.4.	El informe “nada funciona” (<i>nothing works</i>), de Martinson: ¿demolición científica de la resocialización?	254
II.5.	El “modelo de justicia” (<i>justice model</i>) y el cuestionamiento a las penas indeterminadas	260

PARTE CUARTA

	El presente de la determinación de la pena	267
I.	América del Norte: EE.UU. y Canadá	271
I. 1.	La renovación del castigo: retribución, análisis económico e incapacitación	271
I.2.	La determinación de la pena en los EE.UU.	279
I.2.a)	Pena capital y encarcelamiento masivo	279
1.2.b)	Reforma penal estadual hacia las penas fijas y <i>sentencing guidelines</i>	281
I.2.c)	Las penas mínimas obligatorias y las leyes de los “ <i>three strikes</i> ”	294
I.3.	La determinación de la pena en Canadá	300
I.3.a)	La Canadian Sentencing Commission y su proyección	300
I.3.b)	La Ley Modificatoria del Código Penal de 1996	305
II.	Europa y América Latina (la situación en Argentina)	307
II.1.	El castigo simbólico y la prevención general positiva	307

II.2.	La determinación de la pena en Europa	314
II.2.a)	Severidad del castigo y sistemas de penas flexibles y rígidos	314
II.2.b)	La Unión Europea y la uniformidad en el <i>sentencing</i>	319
II.2.c)	Las reformas penales de Inglaterra y Gales	324
II.2.d)	Las reformas y la doctrina de Alemania, España e Italia	236
II.3.	La determinación de la pena en América Latina.	
	La situación en Argentina	354
II.3.a)	Severidad del castigo y sobrepoblación penitenciaria	354
II.3.b)	La importancia de las influencias europeas y estadounidenses (El derecho penal, el proceso penal y la criminología crítica latinoamericana)	356
II.3.c)	La situación en Argentina	362
II.3.d)	El estado general de la cuestión	369
	Conclusiones	373
	Bibliografía y documentación	383

Prólogo

Iñaki Rivera Beiras
*Observatorio del Sistema penal
y los derechos humanos
Universitat de Barcelona*

Proceder a presentar la obra de Diego Zysman, *Sociología del castigo. Genealogía de la determinación de la pena*, constituye un acontecimiento de gran alegría y satisfacción ya que supone la culminación de numerosos años de estudios e investigaciones. Algunos recuerdos y rasgos personales del autor merecen ser destacados. Zysman llegó a Barcelona en el año 1999 para estudiar el entonces denominado Master en “Sistema penal y problemas sociales”, en aquellos años dirigido por Roberto Bergalli. Desde el principio aquel joven que procedía de la ciudad de Buenos Aires destacó por su dedicación e inquietudes intelectuales y le recuerdo como un activo y participativo joven en las aulas catalanas. Culminó aquellos estudios, inició el programa de doctorado (en la especialidad de sociología jurídico penal) y pasó numerosos años (entre Barcelona y luego tras su regreso, nuevamente en Buenos Aires) preparando la que fuera su tesis doctoral. Finalmente, en septiembre de 2011 presentó y defendió aquel trabajo ante un Tribunal compuesto por los profesores Roberto Bergalli, Massimo Pavarini y Amadeu Recasens quienes le otorgaron la máxima calificación académicamente establecida. Ese largo recorrido culmina ahora –aunque personalmente deseo que continúe– con la presentación de esta obra que, corregida, completada y actualizada, se asienta sobre la que fuera su tesis doctoral. Como he dicho, representa una satisfacción ver la tra-

yectoria de un joven que ha podido recorrer un importante camino de formación y que, gracias a su tesón, y al apoyo constante y paciente de su familia, termina una etapa que sucintamente he pretendido señalar.

El libro que Zysman nos ofrece, desde su propio título, es la muestra fehaciente de un abordaje sociológico de la problemática del castigo. La consideración de los dos planos que caracterizan a una obra socio-jurídico penal, están bien presentes y marcados: la distinción de los planos prescriptivos y descriptivos, pone de manifiesto, nuevamente, la necesidad de desarrollar semejantes enfoques que promuevan ir más allá de los hegemónicos estudios jurídicos y estén, en consecuencia, en condiciones de dar cuenta de fenómenos meta normativos que, en el presente caso, considerarán otras expresiones del conocimiento¹. Realicemos un recorrido por la obra de Zysman para comprender mejor cuanto se acaba de señalar.

La primera parte de la misma, recurre a la historia, a una historia muy particular, cual es aquella que pretende dar cuenta de los recorridos de la determinación de la pena en lo que él denomina Europa antigua. El lector podrá captar que Zysman penetra en las épocas pre-modernas para examinar la problemática del castigo² en la Europa medieval y del Antiguo Régimen. ¿Cómo se fueron delimitando los contornos de aquella penalidad a medida que se producía el proceso de formación de los estados modernos?, ¿cuánto dolor y sufrimiento legal (y al principio ni siquiera legal) era administrado por entonces? Claro que en esa búsqueda topa con dos grandes temas que ocuparán una parte importante de su reflexión: el arbitrio judicial y las penas arbitrarias por un lado, y el tratamiento de la tortura por otro. La lectura de esta parte de la obra sitúa al lector en los albores de la Modernidad ilustrada adonde el gran movimiento cultural de la llamada “reforma penal” representa un *parteaguas* que anuncia nuevos tiempos. Pero claro, la duda, el interrogante, asalta de inmediato: ¿constituyen las formas modernas de la penalidad una paulatina adaptación y racionalización de la antigua práctica del tormento y de la tortura? Creo que el lector hallará las claves en la lectura del trabajo para poder llegar a una comprensión personal, y posiblemente a una respuesta a un interrogante semejante; esta mención quiere ser una invitación a la lectura propuesta.

La obra, ya en su segunda parte, detalla el proyecto penal de la reforma ilustrada yendo mucho allá de la mera consideración de la determinación de la pena. Como algunos autores señalaron hace ya tiempo, seguramente el triunfo de la

1 Bergalli, R., *Sistema Penal y Problemas Sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003.

2 Marí, E., *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Hachette, Buenos Aires, 1983.

opción segregativa en el tiempo que va desde finales del siglo XVIII a inicios del XIX, constituye en realidad el triunfo de un proyecto cultural muy amplio³. La consideración del tiempo como elemento nuclear de la (nueva) pena privativa de libertad representó la gran promesa (y una de las grandes traiciones) de la penalidad moderna. En efecto, la promesa de una privación del tiempo (del que se señaló que era un elemento del que todos disponían por igual) constituyó la presentación en sociedad de una sanción que, enseguida, se reveló en toda la des-igualdad que el proyecto ilustrado mostró de otro modo. Pronto se vio que la única propiedad de la clase subalterna no era otra que su fuerza de trabajo que podía vender a cambio de un salario en el mercado o, justamente, podía verse privado de semejante posibilidad si su tiempo era secuestrado⁴. Como en tantos otros temas que se alojaron en los pliegues del proyecto ilustrado, éste presentó importantes sombras que ponen en entredicho la dimensión de progreso unidireccional que cierto penalismo le ha atribuido. Las aporías de aquel proyecto⁵ pueden estar en la base de la construcción de zonas de no-derecho entre las que se ubicó, junto a otras, el naciente universo penitenciario de entonces⁶.

Claro, como pudo indicar magistralmente Marí⁷ el fracaso de la transparencia panóptica (aludiendo al rechazo que la Corona mostró a Bentham para la financiación de su proyecto) se erigió en la metáfora que transmitió la idea de que se apagaba la última luz que quedaba encendida de la Ilustración. Así se abrió paso al siglo XIX y a toda la denominada etapa científica de la penología con todas las consecuencias que ello trajo. Zysman examina, también con referencia a Europa, el surgimiento de la “ciencia penitenciaria”, esto es, agregaría yo, el momento en que dolor y el sufrimiento se teorizaron y organizaron legal y burocráticamente. Un nuevo lenguaje vino entonces en ayuda de la penalidad correccionalista. La ideología del tratamiento penitenciario inundó y deslumbró un muy extenso catálogo de autores dedicados a su análisis, de nuevos proyectos, de procesos de elaboración de leyes, de diseños arquitectónicos, de surgimiento de profesiones hasta entonces desconocidas, de contribuciones de disciplinas pedagógicas y psicológicas que se agrupan en el conjunto de aquellas actividades que hallaron en la cárcel (y en otras instituciones cerradas) los

3 Pavarini, M., “Prólogo dialogado”, en Rivera Beiras, I., *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y políticas penitenciarias*, Del Puerto, Buenos Aires, 2010.

4 Sandoval Huertas, E., *Penología. Parte General*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1982.

5 Adorno, Th./ Horkheimer, M., *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*, Trotta, Madrid, 1989.

6 Costa, P., *Il Progetto Giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico* (Vol. I, Da Hobbes a Bentham). Giuffré, Milano, 1974.

7 Marí, *op. cit.*

perfectos laboratorios de actuación. La creencia en la rehabilitación “a través de” semejantes instituciones fue asentándose generacionalmente y toda una importante tecnología premial-punitiva⁸ contribuyó al establecimiento de aquella ciencia penitenciaria antes aludida.

El siglo XIX, penológicamente hablando, constituyó sin duda la mayoría de edad de la cárcel. En ella se depositaron entonces multitud de confianzas, de utilidades. Algunas, *correctoras* por emplear una denominación muy española y que remite a grandes autores como Fernando Cadalso, Rafael Salillas, Pedro Dorado Montero, Concepción Arenal o Jiménez de Asúa. Otras, *inocuidadoras* para el exterminio, total o parcial, de ciertos sujetos considerados incorregibles, empleando denominaciones de Franz von Liszt o Rafael Garófalo. En otro orden, se teorizó en torno al tiempo de privación de libertad y su posibilidad de manejo y manipulación a través de una actividad administrativa de clasificación de presos (pienso en todas las versiones de los llamados sistemas penitenciarios *progresivos*). Con el tiempo, y gracias a otras contribuciones que provenían del universo pretendidamente terapéutico, se dieron pasos para la creación de sistemas penitenciarios de *individualización científica*. Pero sin duda, el ámbito paradigmático en el que se encuentran los debates de un positivismo criminológico asentado en el paradigma etiológico de la criminalidad, es el propio de los Congresos penitenciarios internacionales. Zysman ha captado perfectamente la importancia de los mismos como auténticos laboratorios de ideas, debates, propuestas, reformas, ponencias, etc., que revelan el ascenso al plano de ciencia, de todas las técnicas de castigo y de gobierno de la institución penitenciaria.

Esta evolución continuó hasta lo que Zysman identifica, con apoyo en otros autores, como la época del *welfarismo penal*⁹. Y aquí voy a dialogar críticamente con nuestro autor con el único fin de llevar la discusión hasta el fondo y provocar en los eventuales lectores una parada para la reflexión. Personalmente, nunca me ha gustado una denominación semejante cuya sola expresión pareciera aludir a un “asistencialismo” que tal vez alguien constate *in the books*, pero que desde luego jamás ha podido ser probada *in the facts* (parafraseando a Pavarini) y que no se compadece con la vida interior de unas cárceles en las que la sola mención de un supuesto asistencialismo ha sonado hasta insultante en ocasiones. Obviamente, sabemos que la cuestionada expresión se ha utilizado para mostrar un modelo,

8 Rivera Beiras, I., *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciarias*. Tomos I y II, Del Puerto, Buenos Aires, 2010.

9 Garland, D., *Castigo y Sociedad Moderna. Un estudio de teoría social*, Siglo XXI Editores, México DF, 1999 (Publicación original *Punishment and Modern Society. A study in social theory*, Chicago: The University of Chicago Press, 1990).

una época y unas tendencias de (pretendida) política penal. Mas, insisto, con independencia que la misma pudiera haber pertenecido a una órbita cultural que no es ni la europea ni la latinoamericana, creo que su mención no favorece la recuperación histórica real que la cárcel merece. Semejante institución –nuevamente Pavarini– siempre se ha parecido mucho más a un *lager* que a una institución de asistencia, lo demás representa una retórica que como tal creo que no merece mayor consideración. Existen muchas formas de mirar el universo carcelario; yo lo hago desde el prisma de quienes han sufrido históricamente las violencias que habitan la institución total. Desde una mirada semejante, el aludido *welfarismo* no puede ser predicado en contextos geográfico-culturales como los antes citados, de ninguna manera. Pero, claro está, la cárcel puede ser contemplada desde otros prismas, y tal vez entonces aquella denominación tenga un sentido que no se alcanza a comprender desde los ojos del sufriente.

El trabajo de Zysman, a partir de la tercera parte, nos conduce al mundo cultural de los Estados Unidos de Norteamérica para tratar allí la problemática de la determinación de la pena en épocas distintas. Sin duda, el ámbito estadounidense es decisivo para comprender, entre otras cosas, el presente punitivo al que hemos sido conducidos. Estados Unidos tiene una larga, y propia, historia en el terreno que consideramos. Ya antes del siglo XIX en la época inmediatamente anterior a su independencia, se sentaron importantes bases de los primeros sistemas penitenciarios y penitenciarios. No puede dejar de recordarse aquí los intentos de aquellos cuáqueros que pretendían la abolición de las penas corporales y que con base en sus creencias contribuyeron a la edificación de la famosa *Walnut Street Jail* en 1790, de inspiración pensilvánica y que dio nombre al primer sistema penitenciario que no por casualidad fue el del *solitary confinement*: la cárcel nació en aquellas tierras en la exclusiva modalidad de lo que hoy se conoce como régimen cerrado. Prohibición de relaciones con otras personas, silencio, ayuno y reflexión con la sola compañía de la Biblia, constituyen los elementos fundantes de una reclusión que tanto perturbó mentalmente a sus forzados habitantes. Justamente su carácter extremo hizo que, unos años más tarde, en Auburn se “suavizara” alguna de sus reglas férreas y se permitiera a los presos salir de sus celdas para trabajar –en silencio– en zonas comunes de las cárceles. Nació el *silent system* o sistema *auburniano* que, junto al anterior constituyen las primeras versiones estadounidenses de unos establecimientos que muy poco iban a cambiar hasta los tiempos de 1860 y 1870 que Zysman examina con precisión y que darán lugar al nacimiento del *Elmira System* y de la propia justicia penal de/para los jóvenes a través del novedoso instrumento de entonces: la pena in-determinada, que tanta fortuna haría en los Estados Unidos a través de su centenaria vigencia. Con todo lo que ello arraigó en el imaginario social de tantas generaciones.

Pero, inmediatamente, Zysman nos traslada a la caída de aquel edificio y a la entrada en profunda crisis del ideal resocializador. Entramos en los años setenta del pasado siglo y en el interior de toda una serie de complejísimos vaivenes y movimientos, excelentemente investigados por Zysman, que trajeron como resultado la adopción de modelos penales de signo contrario. Nuestro autor realiza aquí un muy minucioso examen de las distintas racionalidades que estuvieron en la base de los cambios aludidos. Penalidades fijas y determinadas por ley, regresiones punitivas, análisis económico del derecho, retorno a pretensiones incapacitadoras, desconfianza en las decisiones judiciales, necesidad de anclar escalas penales, re-introducción de la pena capital, privatización penitenciaria, campañas de ley y orden y determinación cibernética de la pena constituyen (algunos) de los movimientos que en breve tiempo dieron absolutamente la vuelta a la tradición antes señalada. Prolijo y minucioso examen es el que realiza Zysman en una parte trascendental de su obra por la ingente información que aporta y porque ello nos sitúa en los albores del presente y en la duda de, hasta qué punto, aquellos modelos pueden ser exportables a otras áreas del mundo, por la propia capacidad de influencia de la potencia americana. No desvelaremos nada aquí sobre ello, el lector deberá recorrer el camino propuesto por Zysman y seguro hallará las claves decisivas para reflexionar sobre cuanto acaba de decirse. Y, además, nuestro autor no se limita al ámbito estadounidense, sino que penetra en la cuestión de la determinación de la pena en Canadá.

Tras todo ese recorrido, y abordando la actualidad, la obra regresa a Europa y considera asimismo la situación de América Latina. Zysman es amante de estos recorridos por los que nos lleva y nos trae y así podrán observarse contrastes, comparaciones, ecos, importación de políticas penales y hasta “regresos al futuro” en las pretensiones punitivas como el lector podrá comprobar. Difícil panorama el que es propio del presente. Se demuelen y abandonan bases fundacionales de estos sistemas pero la cárcel siempre permanece, crece, engorda... El escenario actual, por supuesto, no es otro que el de la crisis económica (y no sólo económica) global a la que asistimos sin capacidad de resistencia. ¿Qué escenarios pueden contribuir a delinear semejante crisis en el ámbito de la penalidad que estamos tratando? La presente obra ofrece numerosas claves interpretativas para ello.

Personalmente, creo que cada vez más los sistemas penitenciarios occidentales ofrecen una doble cara que oscila entre declaraciones resocializadoras y realidades incapacitadoras. Lo más grave, sin duda, es que mientras se verifican todos los cambios políticos y los procesos antes señalados, las subjetividades que habitan el interior de estas instituciones están conformadas por los sectores más vulnerables de la sociedad en unas condiciones de carencia verdaderamente

indignas. Presos jóvenes, enfermos, migrantes, sobrantes y excedentes pueblan en la actualidad el último contenedor del sistema penal sin que parezca que haya límites para ello. Seguramente importe muy poco la vulneración de derechos que se produce cotidianamente al interior de los institutos penales. Pero justamente por semejante banalización, una obra como la presente que ha trazado tantos recorridos del dolor, es verdaderamente necesaria e importante. Los lectores tienen ahora en sus manos un valiosísimo instrumento para reflexionar seriamente sobre los niveles del dolor y del sufrimiento legal.

Prólogo

Edmundo S. Hendler

El origen del libro ahora presentado es el trabajo de tesis doctoral que recibí la máxima calificación del jurado que integraron los Dres. Roberto Bergalli, Massimo Pavarini y Amadeu Recasens en la Universidad de Barcelona. Como codirector de ese trabajo me cabe dar testimonio de la prolija labor y, en especial, de la seriedad y convencimiento con que fue encarado. Aún también debo reconocer que el resultado obtenido fue mucho más fructífero de lo que yo había imaginado en un comienzo. Para expresar sintéticamente el enfoque interesante que sugiere el trabajo de Zysman podemos decir que se trata de verificar las cambiantes racionalidades en la imposición de castigos penales en la cultura occidental. Lo novedoso es el abordaje, a la vez histórico y crítico, contando con la perspectiva –expresamente señalada o implícitamente presente– de las reflexiones revulsivas de Foucault y, mejor aún, con la visión panorámica de autores contemporáneos de sociología como David Garland. Según este último: “Hablar del castigo sin referirse a Foucault es, hoy en día, como hablar del inconsciente sin aludir a Freud”¹⁰. De ahí, entonces, la originalidad de la propuesta de indagar las maneras de ponderar los castigos en el presente, prestando atención al pasado y empleando la visión transformada de la actualidad.

Lo cierto es que en el período histórico de formación de los estados actuales del mundo occidental el castigo simbolizaba una venganza del rey contra sus

10 Con cita de Cohen, en *Punishment and Modern Society-A Study in Social Theory*, The University of Chicago Press, 1990, p. 131. Versión castellana de Berta Ruiz de la Concha, *Castigo y sociedad moderna-Un estudio de teoría social*, Siglo XXI Editores, México, 1999, p. 160.

enemigos y tenía un claro significado bélico propio del origen militar del poder soberano. Zysman lo remonta al medioevo y lo caracteriza como el tiempo de las penas arbitrarias. El cambio que sobrevino con el capitalismo implicó una actitud distinta frente a las trasgresiones, que se volvió más atenta a hechos económicos como evasión de tributos, contrabando, robo y hurto y, al mismo tiempo, proclamó una ponderación aparentemente más moderada. Hubo, sin embargo, una paradoja en que la idea de los reformadores era otra. Según lo puntualizan otros autores empeñados en descifrar el pensamiento de Foucault, en la reforma humanista se proponían penas proporcionadas al delito de manera de que el castigo perfecto fuera el que transparenta mejor el crimen al que se aplica¹¹. Los reformadores procuraban los castigos analógicos o representativos, es decir que se adecuen a la trasgresión, como contrapuestos a las penas arbitrarias.

Igualmente empeñado en desentrañar las ideas de Foucault otro autor apunta una curiosa inversión que nos remite a uno de los aspectos centrales del libro de Zysman: el que atañe a la dosimetría penal por medio de la individualización. David Shumway anota que, en la Europa feudal, individualizar implicaba resaltar la grandeza de la soberanía del príncipe en tanto que con la reforma humanitaria los más carenciados y marginales resultaron ser los individualizados¹². Zysman, por su parte, al historiar las penas arbitrarias de la Europa medieval, apoyándose igualmente en *Vigilar y castigar*, encuentra otra modalidad de individualización: la del dolor infringido con los tormentos.

La mayor extensión de la obra está dedicada a lo ocurrido en los Estados Unidos. Es una inclinación perfectamente justificada. Por un lado porque es un desarrollo histórico interesante en sí mismo y no siempre atendido por los autores tanto de nuestro país como del entorno europeo continental. Al mismo tiempo se trata de un antecedente que ejerció notable influencia en todo el mundo occidental y que introdujo muchas de las transformaciones que jalonan el desenvolvimiento de la temática propuesta. Precisamente la tendencia actual a fijar pautas de determinación rígidas, surgida en los Estados Unidos, pone en evidencia el contraste casi absoluto con la tendencia inaugurada y seguida durante casi un siglo en esa misma nación hacia la sentencia indeterminada.

La cuidadosa recorrida de Zysman por las tendencias surgidas en el último tercio del siglo XX tiene el indudable mérito de hacer conocer una importantísima bibliografía prácticamente ignorada fuera del entorno anglo parlante y proporciona al mismo tiempo un panorama crítico de muchas afirmaciones

11 Hubert L. Dreyfus y Paul Rabinow, *Michel Foucault-Beyond Structuralism and Hermeneutics*, 2° ed., The University of Chicago Press, Chicago, 1983.

12 David R. Shumway, *Michel Foucault*, The University Press of Virginia, Virginia, 1993, p.132.

seudo científicas. El aporte de la obra en ese aspecto es indiscutible. No están ausentes en el abordaje de esas tendencias las diferencias y las interacciones verificadas entre Estados Unidos y las naciones europeas con las que la obra adquiere un valor inestimable como herramienta de Derecho Penal comparado, una disciplina surgida en tiempos lejanos y que es cada vez más requerida en el mundo globalizado según lo muestra la abundancia de abordajes comparativos propuestos por distintos autores contemporáneos. Enmarcada en ese entorno la indagación acerca de las prácticas empleadas en la ponderación de las sanciones penales propone una perspectiva relativamente original y conduce a comprobar incongruencias nunca superadas.

Esas incongruencias pueden corroborar tanto las denuncias de Michel Foucault como las más recientes de quienes son sus críticos. Tal vez sea oportuno reproducir la reflexión de un sociólogo contemporáneo que contrapone sus puntos de vista a los del pensador francés. Dice Philip Smith que el castigo es un campo de actividad que evoca poderes considerados más allá de todo control humano y que, como el sexo, la muerte o la religión, es susceptible de hacer surgir lo primitivo, lo misterioso y lo atemorizante¹³. El libro de Zysman no despeja las incongruencias ni da respuesta a esas inquietantes observaciones. Su mérito, más bien al contrario, consiste en haberlas puesto de manifiesto y en invitarnos a profundizar en la reflexión de un tema de vigencia eterna y que, como él lo puntualiza claramente, no se encuentra de ninguna manera explicado a través de las tradicionales justificaciones morales o filosóficas del castigo penal.

13 Philip Smith, *Punishment and Culture*, the University of Chicago Press, Chicago, 2008, p. 172.