Georg Rusche
Otto Kirchheimer

Pena y Estructura Social



TEMIS

PENA
Y
ESTRUCTURA SOCIAL

COLECCIÓN
PENSAMIENTO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

Directores

ROBERTO BERGALLI
Profesor de Criminología
de la Universidad de Barcelona

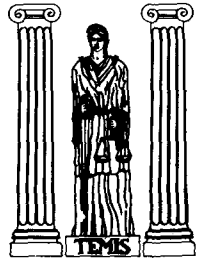
JUAN BUSTOS RAMÍREZ
Profesor de derecho penal
de la Universidad Autónoma de Barcelona

1

GEORG RUSCHE — OTTO KIRCHHEIMER

PENA
Y
ESTRUCTURA SOCIAL

Traducción de
Emilio García Méndez



Editorial TEMIS Librería
Bogotá - Colombia
1984

© Columbia University Press, New York, 1939.
Título original: *Punishment and Social Structure*
© Editorial Temis, S.A., 1984.
Calle 13, núm. 6-53.

ISBN 84-8272-282-4 (Pasta)

Hecho el depósito que exige la ley.
Impreso en Talleres Gráficos Temis.
Carrera 39 B, núm. 17-98, Bogotá.

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, por medio de cualquier proceso, reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis, S.A.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prefacio por Max Horkheimer IX
Prólogo por Thorsten Sellin XI
Presentación XIII
La estructura judicial en América Latina (Roberto Bergalli) ..XVII
Estructura jurídica y Estado en América Latina (Juan Bustos Ramírez) XLV

I. INTRODUCCIÓN 1
II. CONDICIONES SOCIALES Y EJECUCIÓN PENAL EN LA EDAD MEDIA
1. "Penaces" y penas pecuniarias 7
2. El desarrollo social en la Edad Media 10
3. El derecho penal y el surgimiento del capitalismo 15
III. MERCANTILISMO Y SURGIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN
1. El mercado de trabajo y el Estado 25
2. Diferentes etapas en el tratamiento de los pobres 38
3. El surgimiento de las casas de corrección 46
IV. CAMBIOS EN LAS FORMAS DE LA PENA
1. Las galeras 61
2. Orígenes históricos de la deportación de criminales 67
3. La evolución del sistema carcelario 72
V. LA ÉPOCA DEL ILUMINISMO: DESARROLLO DE LA TEORÍA Y DEL DERECHO PENAL 85
VI. LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: CONSECUENCIAS EN LA POLÍTICA SOCIAL Y PENAL
1. El fin de la política social mercantilista 102
2. El incremento de la criminalidad y sus efectos sobre la teoría y práctica de la pena 112
3. Nuevos fines y métodos en la administración carcelaria 120
4. La nueva actitud hacia el trabajo carcelario 129
VII. ABOLICIÓN DE LA PENA DE DEPORTACIÓN
1. La deportación hacia Australia 135
2. La práctica de la deportación en otros países 147
VIII. EL FRACASO DEL AISLAMIENTO CELULAR
1. El aislamiento celular en los Estados Unidos 151
2. El aislamiento celular en Europa 157

PÁG.

IX. La reforma carcelaria moderna y sus límites
1. El aumento del nivel de vida de las clases inferiores y sus efectos sobre la política criminal 165
2. Resultados y límites de la reforma carcelaria 174
3. La guerra mundial 194
4. La situación en la posguerra 196
X. La función de la pena pecuniaria en la práctica penal reciente 201
XI. Nuevas tendencias en la política penal durante el período fascista 215
XII. Política penal y cifras de la criminalidad 231
XIII. Conclusión 253
Epílogo a la versión castellana por Emilio García Méndez 255

PREFACIO

El Instituto Internacional de Investigación Social fue fundado en Francfort del Meno en 1923, con el patrocinio de la Universidad. En la primavera de 1933 fue cerrado por el gobierno alemán. En 1934 transfirió sus principales actividades a la ciudad de Nueva York, donde funciona bajo el auspicio de la Universidad de Columbia; los miembros del Instituto forman un grupo de estudiosos alemanes emigrados que se dedican a la docencia y a la investigación en los campos de la filosofía, sicología, economía, sociología y derecho, con el propósito común de convertir a las ciencias sociales en elemento útil para el análisis de las tendencias más importantes de la sociedad actual.

Las publicaciones anteriores del Instituto se hallan todas en idioma alemán y tratan de problemas como: familia y autoridad, transición del pensamiento feudal al pensamiento moderno, estructura económico-social china y planificación económica. El Instituto ha publicado además, desde 1932, la revista cuatrimestral Zeitschrift für Sozialforschung, *con colaboraciones en alemán, inglés y francés (editor F. Alcan, París). En dicha revista, los miembros del Instituto y otros estudiosos analizan problemas provenientes de sus propias investigaciones y comentan las publicaciones más importantes en el campo de las ciencias sociales.*

El presente libro es el primero de una serie estadounidense que será continuada. La formulación del problema y el método de análisis que en él se utilizan están estrechamente unidos al campo de investigación elegido por el Instituto: la interrelación entre varias esferas sociales.

El Instituto se dedicó al problema de la vinculación entre pena y mercado de trabajo cuando, en 1931, el Dr. GEORG RUSCHE sugirió ser encargado de redactar un manuscrito sobre el tema. El manuscrito fue entregado después que el Instituto abandonó Alemania, y con el asesoramiento de eminentes autoridades estadounidenses se decidió la necesidad de un tratamiento más completo y profundo del mismo. El hecho de que el Dr. RUSCHE no estaba disponible para la reelaboración de su trabajo, determinó que este le fuera asignado al Dr. KIRCHHEIMER, quien ha preparado esta nueva versión, conservando en esencia los conceptos fundamentales del manuscrito del Dr. RUSCHE, es decir, de los capítulos II al VIII. El resto lo constituyen ideas exclusivas del propio Dr. KIRCHHEIMER.

La versión inglesa fue preparada por el señor M. I. FINKELSTEIN, del College of the City of New York, en estrecha colaboración con el Dr. KIRCHHEIMER.

Estamos particularmente agradecidos al profesor SELLIN *por su amabilidad en la lectura del manuscrito original, así como de la nueva versión, y cuyos consejos y sugerencias han sido de un valor incalculable.*

Agradecemos también el privilegio de reproducir materiales amparados por el derecho de autor, a ALFRED A. KNOPF, *Little Brown and Company, Longmans, Green and Company, Yale Law Journal y Victor Gollancz.*

Columbia University
en la ciudad de Nueva York
Junio de 1938

MAX HORKHEIMER
Director del Instituto Internacional
de Investigación Social.

PRÓLOGO

La mayoría de los estudiosos de la pena de orientación liberal afirman actualmente que la protección de la sociedad constituye el fin de la misma. Este punto de vista, que puede ser considerado como producto de un cambio cultural general, no deja de ser en buena medida determinado por el crecimiento, en las últimas décadas, de los estudios sicológicos, siquiátricos y sociológicos acerca del delincuente. Aquellos que sostienen este enfoque se inclinan a estimar la pena, y sobre todo el tratamiento penal, como algo que debe ser adoptado luego de un estudio no emocional y científico del problema; se piensa en medios gracias a los cuales la defensa social puede ser llevada a cabo: investigación de las causas del delito que posibilite una eliminación efectiva de los factores criminógenos, la rehabilitación o segregación —quizás, inclusive el exterminio— de los delincuentes sobre la base de considerar científicamente las posibilidades de reincorporarlos a la vida social como miembros útiles de la comunidad. El resultado —la defensa social— es percibido como fin, diferente en su esencia a la venganza y a la retribución, entendidas ambas como características de la pena en el pasado y sobevivientes en alguna medida en el derecho penal de nuestra época.

Existe una curiosa falacia en la lógica de un pensamiento semejante; ello porque resulta imposible contraponer la "venganza" o la "retribución" a la "defensa de la sociedad". Cada grupo social, cada sociedad políticamente organizada, impone penas a quienes violan sus reglas. Reglas que se han desarrollado porque la sociedad ha creado o adoptado valores sociales fundamentales la agresión a los cuales debe ser combatida. Tales valores son juzgados como propiedades esenciales de la defensa social y la estabilidad, y toda amenaza en contra de ellos o toda violación de las normas que los protegen es entendida como un daño que debe ser prevenido por medio de la pena, cuya ejecución es considerada no solo como el restablecimiento del deber de obediencia sino, además, como reacción defensiva del cuerpo social contra quienes violan sus reglas. En otras palabras, la defensa social constituye el fin de la pena o del tratamiento penal, cualesquiera que sean las formas que ellos asuman.

Más aún, los valores sociales a los que la ley otorga protección, las leyes puestas en vigor por el poder político del Estado que se expresan en el Código Penal, son aquellas estimadas como necesarias por los grupos sociales que mediante su influencia sobre el Estado poseen el poder para lograr su creación.

Este último hecho no es claro cuando hacemos referencia a Estados de tipo democrático; sin embargo, en otras formas de organización política aquel aparece como obvio. Un buen ejemplo de ello lo ofrecen las distinciones de clases en el derecho penal, con penas diferentes para amos y esclavos o nobles y comunes. En última instancia, el objetivo de toda pena resulta la protección de los valores sociales que el grupo dominante de un Estado considera como legítimos para el "conjunto de la sociedad".

La multiplicidad de las teorías punitivas y la confusión que ellas generan parecen deberse a la falta de distinción entre medios y fines. Los medios *para asegurar la "defensa social" han variado profundamente a causa de que quienes poseen el poder de hacer cumplir las leyes en las diferentes sociedades, han elegido los medios que creían más eficaces para garantizar la obediencia a la ley en una etapa determinada. La confianza en los distintos medios resulta a su vez condicionada por la tradición, el nivel de conocimiento y la naturaleza económica y social de las instituciones. Las penas corporales o las torturas del pasado, no representan una evidencia de instintos sádicos o sanguinarios por parte de quienes las utilizaron: más bien dan testimonio del hecho de que quienes las adoptaron no concebían un medio mejor, es decir, más eficiente, para asegurar la defensa de los valores sociales que protegían.*

El carácter de las penas resulta, por lo tanto, íntimamente relacionado con los valores culturales del Estado que los emplea y dependiente de ellos.

Uno de los méritos de los autores del trabajo que aquí se presenta, consiste en mostrar las estrechas interrelaciones entre la pena y la cultura que la ha producido, contribuyendo además a hacer accesible una considerable cantidad de información histórica desconocida hasta ahora en lengua inglesa. Inclusive aquellos que puedan encontrar en la interpretación de los autores la referencia demasiado estricta a un punto de vista, descubrirán en este libro un pensamiento estimulante que pocas publicaciones en este campo de investigación proporcionan.

THORSTEN SELLIN

PRESENTACIÓN

Inicia esta Colección bajo el título *Pensamiento Jurídico Contemporáneo.*

La idea central que ha impulsado este esfuerzo —que ahora concreta la Editorial Temis— está constituida por la comprobada necesidad de adecuar el pensamiento jurídico latinoamericano a una realidad social cuyo ritmo de trasformación ha dejado muy atrás aquel. Es evidente que una finalidad tan importante y tan indispensable no podrá ser colmada con la simple publicación de obras, aunque el contenido de estas sí satisfaga dicha necesidad; no es solo por medio de la tarea editorial como puede realizarse un objetivo de tanta magnitud. Sin embargo, una faceta notable podrá ser cumplida si se logra poner al alcance del jurista y del cientista social latinoamericano aquella producción bibliográfica que en otros ámbitos culturales ha servido para fines semejantes. Esto sin perjuicio, y quizás a veces principalmente, de difundir la labor de pensadores aborígenes, la cual, por razones de incomunicación o falta de intercambio, se mantiene desconocida.

En consecuencia, la tarea de comenzar una Colección que reúna esas características debe estar fundamentalmente gobernada por un correcto criterio de selección de los trabajos que han de publicarse, para no caer, por un lado, en la continuación de la clásica dependencia cultural que ha prevalecido tradicionalmente en la reflexión jurídica de los países latinoamericanos, y para no otorgar, por otro lado, una excesiva preeminencia a obras que no tendrían gravitación a causa de su irritante revolucionarismo.

Sin embargo, lo que sí está claro es que el criterio de selección ha de ser uno que no pierda de vista la brecha —que día a día se agranda— entre derecho y sociedad. Otras empresas editoriales análogas han fracasado por haber incurrido en semejante extravío.

Los tiempos que corren son de tanta ebullición, que hacen prever futuras trasformaciones en los países latinoamericanos. No obstante, sabemos que el derecho de los juristas ha ido siempre a la zaga de tales trasformaciones. Por eso, sin pretender ser tan desmedidamente ambiciosos como para adelantarnos a dichos cambios en el campo del pensamiento jurídico, sí queremos acercarnos, modestamente, a preparar el clima propicio en que una reflexión rica, crítica y fluida eche las bases de un futuro derecho latinoamericano autóctono e independiente.

Según esa perspectiva, la presente Colección se inicia con una obra que ya se ha convertido en clásica en el terreno de estudio crítico de la ejecución de las penas privativas de libertad. En efecto, *Pena y estructura social* introdujo en el campo de las ciencias penales el método de análisis originario y original de la renombrada "escuela de Frankfurt" que, como se sabe, constituyó un

remedio para la tradicional forma de pensar que imperaba en el estudio de lo social. La crítica a la sociedad europea de la preguerra y la segunda guerra mundial por las contradicciones que suponían los avances tecnológicos y el desarrollo económico frente a los gérmenes del aislamiento y la anonimia que ya circulaban entre los individuos, fue terreno muy fructuoso para que la dialéctica demostrara su eficacia. Asimismo, la aplicación de elementos sicoanalíticos en el examen de las relaciones grupales constituyó un excelente instrumento para poner en evidencia hasta qué punto la exaltación de ciertos valores sociales y nacionales encerraba la semilla del odio y la persecución, la cual, anidada en las formas de educación y constitución de los lazos familiares, engendró luego los sistemas políticos autoritarios y discriminatorios. Pero, al propio tiempo, la crisis del marxismo político, como consecuencia de tendencias no democráticas surgidas en el campo obrero durante la experiencia postweimariana; los nombres de ROSA LUXEMBURG y GEORG LUKÁCS, entre otros, son suficientemente ilustrativos de las contradicciones de ese momento. De tal manera, la teoría marxista de los fundadores de la escuela se renueva con fuerza en una nueva perspectiva de la relación entre teoría y praxis, base epistemológica de la *Kritische Theorie*.

La labor de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER (más la del primero, según quedará detallado en el *Epílogo* de este libro) tiene el mérito de haber adelantado, en el estudio específico de la cuestión criminal, la aplicación de un método que ha producido ya cuantiosos resultados en el ámbito europeo. El profundo y total desenmascaramiento que del positivismo ha efectuado lo que se denomina una "criminología crítica", ha trasformado la aproximación a los problemas en una obligada relación histórica entre el fenómeno y los ámbitos social, político, cultural y económico en que aquel se manifiesta. De este modo, el objeto de una criminología histórica ha dejado de ser las intemporales categorías de delito o delincuente, para convertirse en la de la desviación condicionada por el propio sistema de control que gesta una determinada superestructura jurídica e ideológica. Esta reconstrucción del pensamiento criminológico es la que permitió, a su vez, a DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI —sobre las huellas de RUSCHE y KIRCHHEIMER— escribir esa también magnífica obra que se llamó *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario* (versión española: *Cárcel y fábrica. Los orígenes del sistema penitenciario, siglos XVI-XIX*, México, Edit. Siglo XXI, 1980) y que ha servido para profundizar una labor iniciada en Italia por GUIDO NEPPI MODONA, cual fue la de analizar la génesis y el desarrollo de la institución carcelaria en el período de formación del modo de producción capitalista.

Ciertamente, en el sentido indicado, la aproximación al pensamiento crítico que buena parte de la ciencia ejecutivo-penal italiana ha cumplido en estos últimos años, no ha sido casual. La contradicción que el sistema democrático occidental ha revelado en Europa (y los casos de la República Federal Alemana, Italia y la propia España de la transición constituyen sus ejemplos), al incurrir en el empleo de una forma de persecución política que se basa esencialmente en la aplicación de la cárcel de máxima seguridad y la prisión preventiva prolongada al disidente de Estado y del modelo capitalista de concentración (por la cual, como lo demuestra el sonado "caso Negri" en Italia, una persona

sospechosa de haber cometido actos terroristas puede permanecer hasta once años y medio privada de su libertad —según la tristemente célebre *legge Reale* de 1975— en espera de la realización del juicio), ha dado motivos más que suficientes para que MASSIMO PAVARINI —también traductor al italiano, junto a DARIO MELOSSI, del libro que presentamos (ver *Pena e struttura sociale*, Bologna, Il Mulino, 1978)— ilustrara en el *Appendice* a esa versión italiana cómo la cárcel sigue siendo eje del sistema represivo en las sociedades industriales de Occidente (ver *"Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario. Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*; también en "La questione criminale", anno IV, gennaio-aprile 1978, 1, 39-61).

Por lo apuntado, *Pena y estructura social* mantiene absolutamente fresca la esencia de sus tesis frente al sistema capitalista reinante en las sociedades europeas occidentales y contemporáneas. Creemos, asimismo, que pese a que los países América Latina constituyen la periferia de dicho sistema capitalista, la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER ofrece valiosos elementos para reflexionar en torno a la sobreutilización de la cárcel en aquellos, aunque ya no como núcleo del modelo de control social (según EMILIO GARCÍA MÉNDEZ lo pone de relieve en el *Epílogo* de esta versión castellana, aun cuando se pueda disentir de su enfoque con respecto a la reducción en la pena privativa de libertad de todas las formas de control que él practica), han venido a remplazar en Latinoamérica los usos tradicionales que la represión estatal organizada emplea en el Occidente industrializado.

Sin embargo, *Pena y estructura social* también admite todavía muchas lecturas que permitan extender su discurso básico hacia campos que quizá no aparezcan explícitos en la obra. La tarea de sacar a la superficie ciertos elementos de la llamada esfera material de la sociedad, los cuales contribuyen a una explicación estructural de los contenidos subjetivos de los problemas sociales, o, lo que es lo mismo, a un análisis funcional de ellos con referencia a la estructura de las relaciones de producción y de poder en una sociedad —es decir, a la construcción de un *referente material* en el sentido que acaba de darle ALESSANDRO BARATTA (ver *Problemi sociali e percezione della criminalità*, en "Dei delitti e delle pene. Rivista di studi sociali, storici e giuridici sulla questione criminale", anno I, núm. 1, gennaio-aprile 1983, Bari, De Donato, págs. 15-39, en especial pág. 19)—, fue ya cumplida por DARIO MELOSSI en la *Introduzione* a la edición italiana del presente libro (ver *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale. Una discussione del testo*; también en "La questione criminale", anno IV, gennaio-aprile 1978, 1, 11-37), y nos parece no solo emblemática de esa forma de investigación histórica, antes mencionada, que está cumpliendo la reflexión crítica en el ámbito criminológico y jurídico-penal, sino, asimismo, esclarecedora de las categorías que, proviniendo de la economía política, resultan tener una importancia especial en los distintos terrenos de las ciencias penales, antaño ignoradas por el pensamiento iluminista. En este sentido es oportuno aquí anotar solo el límpido y concluyente cuestionamiento que MELOSSI formula, desde una severa perspectiva marxista, al concepto de disciplina burguesa que construye MICHEL FOUCAULT en su *Surveiller et punir. Naissance de la prison* (versión española: *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, México, Edit. Siglo XXI, 1976),

quien haciéndola irrumpir como "caída del cielo de las ideas" en la organización capitalista del trabajo y de allí descendiendo a la cárcel, a la escuela, al ejército, es decir, a todas las instituciones que la burguesía ha ido creando desde sus orígenes, la muestra con una indeterminación que parece originarse en la vaguedad omnicomprensiva de ese concepto de *panoptismo* benthamiano que FOUCAULT utiliza, desvinculada de la base de la cual parte el poder real, como es la lucha de clases (ver D. MELOSSI, *Mercato del lavoro...*, cit., págs. 13-14 de la *Introduzione* a la edición italiana de este libro, nota 22, págs. 16-17, nota 12, de *La questione criminale*, cit.).

Es evidente que una lectura de semejante naturaleza no es la que directamente pueda hacerse en Latinoamérica de *Pena y estructura social*. Muy otro es el desarrollo que el capitalismo ha tenido en nuestros países y muy distintos son los efectos que en ellos ha causado el proceso de transición de la acumulación a la concentración oligopólica ocurrida en el centro del sistema; por lo tanto, otras son las características asumidas por la lucha de clases. Sin embargo, y pese a que también otras deben ser las sugerencias que el libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER ha de provocar, creemos que su tesis y el rigor de su método tienen que ser utilísimos para quienes en esta área de la periferia se preocupan por buscar en las vinculaciones entre la estructura y la superestructura, los motivos de la creación y de la aplicación de un derecho orientadas por los intereses que están en la base del modelo social que ha pretendido imponerse en las últimas décadas.

De esa manera y con tal explicación, encontramos justificado incluir sendas contribuciones de quienes dirigimos esta Colección y presentamos *Pena y estructura social*. El análisis de lo que puede denominarse la "estructura jurídica" y de una necesaria "organización democrática de la administración de justicia" en los países latinoamericanos —aunque sea desde perspectivas nacionales—, lo hemos considerado como muy pertinente para dar vigor, por una parte, a los fines de esta Colección en el sentido de señalar la brecha entre derecho y sociedad y sugerir caminos para acortarla, y para recrear, por otra parte, la lectura de RUSCHE y KIRCHHEIMER con un sentido apropiado al estudio de los problemas reales a los cuales entendemos debiera abocarse el pensamiento jurídico contemporáneo en América Latina.

No nos queda así más que agradecer a la Editorial Temis el apoyo que brinda a las ideas aquí esbozadas y confiar en que nuestras aspiraciones se vean satisfechas por el interés de colegas y estudiosos latinoamericanos.

ROBERTO BERGALLI
JUAN BUSTOS RAMÍREZ

I

LA ESTRUCTURA JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

(BASES PARA UNA NECESARIA ORGANIZACIÓN DEMOCRÁTICA DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA DESDE LA CUESTIÓN ARGENTINA)

por

ROBERTO BERGALLI

Universidad de Barcelona

INTRODUCCIÓN

Es verdad que la función cumplida por el derecho en América Latina, y sobre todo en la construcción de los Estados burocrático-autoritarios de las últimas dos décadas, no ha despertado mucho interés entre los juristas. Sin embargo, tampoco lo ha excitado entre los politólogos o teóricos del Estado.

Un análisis de los brillantes trabajos de los autores que han venido reflexionando en los años setenta acerca de la nueva forma-Estado leviatánica (y me refiero a THEOTONIO DOS SANTOS, JAMES PETRAS, MARCOS KAPLAN, AGUSTÍN CUEVAS —que la califican de "fascista"—; GUILLERMO O'DONELL —que la llama "nuevo autoritarismo" o "Estado burocrático-autoritario"—; ATILIO BORÓN, TILMANN EVERS, NORBERT LECHNER —quienes, sin denominarla concretamente, intentan penetrar en su estructura—) y que pueden ser hoy llamados los protagonistas de una teoría crítica del Estado latinoamericano, permite aseverar a GARCÍA MÉNDEZ, en su estupenda tesis doctoral en Saarbrücken, que "con excepción del trabajo de N. LECHNER y, en menor medida, de T. EVERS [yo agregaría el de M. KAPLAN], puede confirmarse que el análisis de la *instancia jurídica* resulta ignorado o insuficientemente tratado, tanto cuantitativa como cualitativamente"[1], lo cual repercute de manera negativa sobre el desarrollo de la teoría del Estado en las condiciones específicas del caso latinoamericano.

Ciertamente, la dominación política se ejerce mediante una hegemonía jurídica específica, la cual representa una forma particular de reflexión sobre el derecho que se labra desde la formación del jurista (el papel de las Facultades de derecho en Latinoamérica y la programación de los estudios jurídicos, en consonancia con los intereses del bloque social dominante, han sido decisivos) hasta la desembozada colaboración de muchos de ellos en la elaboración de leyes autoritarias. Sus viejas preocupaciones académicas por cuestiones altamente técnicas y abstractas que alejaron el pensamiento jurídico latinoamericano de la realidad social, se han trasformado en los últimos tiempos en una manifiesta actividad de creación legislativa, legitimadora de la praxis dictatorial.

Ahora bien, si lo que ocurre en relación con el análisis de un aspecto de la instancia jurídica —el de la ciencia y la creación del derecho latinoamericano (lo que en alemán se conoce como *Entstehungsprozesse*)— es cierto, mucho más lo es respecto a la segunda fase de dicha instancia, o sea, a la de la aplicación concreta de ese derecho (*Anwendungsprozesse*). Este es, asi-

[1] Ver E. GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo, institucionalización y control social (en el cono sur latinoamericano: Argentina, Uruguay y Chile)*. Tesis doctoral, Universidad del Saar, próxima a publicarse en esta misma Colección.

mismo, uno de los aspectos centrales de que se ocupa la sociología del derecho contemporáneo —desarrollada sobre todo en la República Federal de Alemania y en Italia—, la cual ha venido a descubrir un campo de estudio que con propiedad se denomina ya *sociología de la justicia.*

Esta sociología de la justicia supone un conocimiento no solo de las estructuras que componen el aparato judicial, sino también del comportamiento de los jueces, de la valoración que de estos realizan los ciudadanos, de las ideologías e intereses sociales que alientan los magistrados, de la imagen que ellos forman de su función y profesión, de la comunicación recíproca que debe existir entre la sociedad y la justicia, etc. Concretamente, del peso que los jueces y los tribunales de justicia ejercen, por un lado, en la conformación del aparato del Estado, y, por otro, en las relaciones entre este y la sociedad civil. Su papel mediatizador en los conflictos sociales y en los conflictos de poder que se generan entre las distintas instancias político-institucionales, provoca un interés cada vez más notable entre los sociólogos del derecho.

Pero, no obstante los crecientes resultados conseguidos al comienzo de los años setenta por esta sociología empírica, acerca de que la administración de justicia de los Estados democráticos de Occidente continuaba apegada a fórmulas críticas y sacramentales, de que su organización y estructuras contradecían a los principios democráticos, de que el análisis de sus decisiones reflejaba una desequilibrada protección en favor de intereses sociales minoritarios, sus afirmaciones no han sido aún tomadas en cuenta por los juristas, ni por los sociólogos o politólogos latinoamericanos. En este plano parecería que los intereses observados por los cientistas sociales no han sido los mismos verificados en los análisis de GARZÓN VALDÉS[2] y BUSTOS[3], en el sentido de que el círculo de juristas interesados por la teoría del derecho en América Latina se agranda del mismo modo que los europeos, a medida que aumenta el grado de abstracción en el tratamiento de cuestiones jurídicas. La conclusión que puede extraerse de esta comparación es una que se sustenta en el reconocido hecho del distanciamiento entre derecho y sociología, en cierta manera alentado en Latinoámerica por los estudiosos de ambas disciplinas como consecuencia de sus respectivas formaciones, pero fundamentalmente impulsado por la política cultural de los regímenes autoritarios, que por todos los medios intentan mantener un desconocimiento de las realidades sociales. Ciertamente, esta tendencia ya fue seguida por los fascismos europeos, y un reflejo de ello, por ejemplo, es perceptible en las orientaciones técnico-jurídicas de la dogmática penal, según los modelos de ERNST BELING y ARTURO ROCCO.

Lo que se trata, entonces, de poner de manifiesto aquí es de qué modo y hasta qué punto la función de administrar justicia ha participado en los países latinoamericanos de una manera de reflexión jurídica que ha contribuido decididamente en la construcción de una forma-Estado autoritaria, así como también cuáles han de ser los posibles aspectos que deben encararse de esa función judicial que permitan su eventual reordenación democrática.

[2] Ver F. GARZÓN VALDÉS, *Las funciones del derecho*, en "Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca", núm. 3, 1982, págs. 21-47.

[3] Ver J. BUSTOS RAMÍREZ, *La estructura jurídica en América Latina*, en este mismo volumen.

—I—

A) Un primer punto que ha de considerarse, en consecuencia, es el de la tradicional concepción que del derecho y de su aplicación revelan poseer los magistrados judiciales. En general existe una identificación entre derecho y ley, propia del viejo positivismo legalista: solo es jurídico el derecho positivo, y por positividad se entiende legalidad pura[4].

Es evidente, entonces, que una perspectiva de este carácter elimina un momento de la actividad del juez en el que se abre el espacio para una actitud reflexiva y creadora, cual es la de la interpretación de la norma. Lo que el método positivista a lo sumo admite, es una interpretación de notable tinte político e ideológico. En efecto, esta interpretación está constituida por un conjunto de reglas técnicas que permitirán al jurista descubrir las normas aplicables, pero manteniendo, al mismo tiempo, las características de neutralidad y objetividad que se requieren a la administración de justicia. Interpretación gramatical, lógica, sistemática, teleológica, etc., mediante la cual el intérprete desarrolla un análisis del lenguaje de la ley que se resuelve en una descripción o explicación de lo ya establecido en el sistema. En este sentido, es obvio que la jurisprudencia pierde el carácter de fuente del derecho, como, por cierto, también lo pierde la llamada ciencia del derecho, orientada por el positivismo legalista y así cultivada en las Facultades de derecho donde se imparte al futuro jurista una formación dogmática y memorística.

B) Esta particular actitud del jurista positivista de viejo cuño, tan generalizada en la cultura jurídica latinoamericana —y particularmente en la Argentina—, ha permitido que a los jueces se les pueda exigir, sin ambages, una absoluta apoliticidad. Así, por ejemplo, lo imponen en la Argentina las disposiciones referidas a la organización de la justicia nacional (art. 9°, decr. ley 1.285/58, ratific. por ley 14.467). Pero es indudable que una afirmación de tal naturaleza proviene de mucho más lejos que de la simple disposición legislativa. Ella se entronca con una concepción de la justicia, de los actos propios para administrarla y de la interpretación de las fuentes legales que se describe como meramente técnica, desprovista de toda creatividad y encuadrada en una absoluta asepsia ideológica como si el momento jurisdiccional no estuviera profundamente marcado por una carga valorativa. En consecuencia, cualquier actitud crítica queda excluida por vía teórica y es absolutamente inimaginable para esta cerrada concepción formal-legalista que ha dominado el discurso judicial, lo cual ha servido muy bien para lograr la adscripción de los jueces al sistema político vigente.

Es claro entonces, que en el ámbito argentino al que me refiero más concretamente, no se ha generado esa influencia que una concepción abierta de la ciencia del derecho ha tenido en ciertos países europeos sobre la praxis judicial. De esta manera, también se rectificaría la tesis de GARZÓN VALDÉS, sostenida por BUSTOS, pues, *a contrario sensu* de ella, el círculo de juristas

[4] Cfr. A. OLLERO, *Poder judicial y transición democrática en España*, en "Sociología y Psicología jurídicas", anuario del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, Barcelona, 1982, págs. 7-42, en especial pág. 8.

latinoamericanos interesados en la teoría del derecho *se restringe inversamente* al de los europeos a medida que aumenta el grado de concreción de las cuestiones jurídicas por las que se preocupan. Este juicio permite quizá ensayar la conjetura de que los teóricos latinoamericanos del derecho han asumido cierta responsabilidad (y sobre todo los argentinos) cuando, dejando de lado el análisis de situaciones políticas concretas, han permitido que los positivistas legales, afiliados a sus rígidos esquemas interpretativos de filosofía jurídica, elaboraran justificaciones jusfilosóficas de los regímenes *de facto*.

Con el objeto de demostrar la beneficiosa influencia que han ejercido algunas concepciones teóricas del derecho sobre la aplicación concreta de este, en relación estrecha con la realidad sobre la que se ejerce, es oportuno referir dos experiencias que, si bien se nutren en desarrollos de culturas jurídicas particulares, han servido para otorgar a la jurisprudencia —aunque en distinta medida y alcance— cierta riqueza interpretativa, capaz de lograr una estimable democratización de la administración de justicia.

Estoy hablando de lo que en la República Federal de Alemania se conoce como el *Juristenrecht*, de una larga tradición en la cultura jurídica alemana, y del *uso alternativo del derecho*, desarrollado en Italia como teoría tras la segunda guerra mundial. Al primero se ha referido BARATTA[5] y ha puesto de manifiesto que el derecho de los juristas (ciencia del derecho y jurisprudencia) ha evolucionado, desde la metodología alemana de principios del siglo XIX, de ser una teoría indiferenciada de la actividad jurídica, científica y judicial, como fuente del derecho, a la *Rechtstheorie* contemporánea que contempla el derecho como sistema, de la cual la ciencia del derecho y la actividad judicial son *subsistemas* específicos que exigen una investigación propia y analítica, debiendo determinarse por separado sus respectivas colocaciones dentro del marco de una teoría de las fuentes del derecho. Esta perspectiva —dice BARATTA— ha llevado, en el campo del positivismo jurídico moderno, desde KELSEN a LUHMANN, a negar a la ciencia del derecho el carácter de decisión y de norma. A la actividad judicial, por el contrario, le son reconocidas estas características, pero dependientes del programa de decisión establecido por el legislador. No cabe duda de que la decisión ideológica básica en favor de un Estado de derecho, permite abogar por una decisión "razonable" del juez a la ley, sin dejar de reconocer el impulso renovador que lleva en sí la aplicación concreta de dicha ley (instancia judicial). La decisión del juez, fuente de producción del derecho no originaria pero directa, es, a su vez, racionalizada y estabilizada por una ciencia del derecho que no solo ha de ser dogmática, sino que también resulte enriquecida por el aporte de las ciencias sociales, sobre todo cuando estas se aplican en la reflexión crítica de aquellas fuentes de producción jurídica indirectas que pertenecen a otros subsistemas y que codefinen a la dogmática jurídica, como lo son: los factores de naturaleza ideológica y emocional que condicionan al derecho de forma irreflexiva, pero no menos que otros factores reflexionados —estereotipos, prejuicios, teorías triviales o cotidianas (*every days-theories, Alltagstheoriem*), etc.— de los que también los juristas son portadores.

[5] Ver A. BARATTA, *La jurisprudencia y la ciencia jurídica como fuente del derecho*, en *Las fuentes del derecho*, I Jornadas Jurídicas —Estudio gral. de Lérida, Edit. Universidad de Barcelona, 1983.

Por su parte, lo que se conoce como un *uso alternativo del derecho* se remonta al ya famoso encuentro de Catania (1972), cuyas contribuciones se volcaron en los dos consagrados volúmenes difundidos por PIETRO BARCELLONA[6] revalorizando la lucha iniciada desde la caída del fascismo y por obra del fermento democratizador introducido por la Constitución republicana, sobre todo por el art. 3°[7]. Su promulgación hizo brotar con más fuerza la contradicción en el seno del ordenamiento jurídico italiano, pasando así a convertirse en un ejemplo altamente expresivo de las posibilidades de actuación del punto de vista alternativo sobre el derecho.

El programa para una jurisprudencia alternativa se articula precisamente a partir de las afirmaciones de ese art. 3° de la Constitución italiana y de la conciencia alcanzada por los magistrados demócratas, de que cualquier justicia que no asegure la igualdad sustancial de todos los ciudadanos, es una justicia de clase. Dicho artículo, después de haber afirmado en su primer párrafo la igualdad jurídica de todos los ciudadanos, denuncia en el segundo la existencia de "obstáculos de orden económico y social que, limitando *de hecho* la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". Esta aseveración constituye un explícito y solemne reconocimiento de la naturaleza clasista y desigual de las estructuras sociales ya existentes en Italia en 1947 y del consiguiente carácter abstracto que dentro de ellas asume el principio de igualdad formal sobre el que se fundan el derecho y la justicia tradicionales.

En el terreno de una práctica jurídica, el que una legalidad de índole netamente represiva, a la medida de un Estado fascista, viniera a estar presidida por principios constitucionales de signo claramente opuesto, dio lugar en Italia a que, al amparo de ellos, comenzara a perfilarse una actividad jurídica y jurisprudencial de "ruptura" y de identificación con las nuevas formulaciones, y sin duda —y de ahí su valor emblemático— trasferible a cualquier realidad jurídica de las mismas características. Es hoy todavía fácil de comprobar que en el interior del cuerpo de leyes italiano tienen reflejo distintas líneas de principios como expresión de las también distintas fuerzas sociales que están presentes en la sociedad italiana. En efecto, esa antinomia se da entre la Constitución y las aún supérstites leyes fascistas (Código Penal, Código de Procedimientos Penales, Ley de seguridad pública), cuando no entre las propias leyes de orden público dictadas en pleno período republicano (ley Reale I y II de

[6] Ver P. BARCELLONA (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, vol. I, "Scienza giuridica e analisi marxista"; vol. II, "Ortodossia giuridica e pratica politica", Biblioteca di Cultura Moderna, 740-741, Roma-Bari, Laterza Editori, 1973. Versión española: *El uso alternativo del derecho*, Barcelona, Fontanella, 1977.

[7] Constitución italiana, art. 3°: "Todos los ciudadanos tienen una dignidad social pareja y son iguales ante la ley, sin distinciones de sexo, de raza, de lengua, de religión, de opiniones políticas, de condiciones personales y sociales. Es tarea de la República remover todos los obstáculos de orden económico y social, que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la efectiva participación de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país". (Trad. del A.)

[8] Ver L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio alternativo della funzione giudiziaria*, en P. BARCELLONA, *L'uso alternativo del diritto*, ed. cit., vol. I, págs. 103-132, en especial pág. 113.

1975, ley Bonifacio-Cossiga de 1979[9]), y no es tanto de carácter técnico-jurídico como específicamente político, en el plano de los principios informadores, en cuanto lo que verdaderamente se enfrentan son dos modos diversos de concebir la organización política de la sociedad, los cuales se hacen explícitos en el nivel jurídico. Así, en el marco de un mismo ordenamiento conviven dos propuestas axiológicas claramente antagónicas que constituyen sin duda puntos de vista opuestos para la concreta actividad del intérprete. Para este será obligatorio identificarse con uno de esos puntos de vista como portador de la respectiva política del derecho que por su mediación supone, en un caso, la modificación del orden social, o, en el otro caso, simplemente —como ha sido lo habitual— la conservación tal cual de lo que existe.

Para la experiencia italiana de esta última década, el *uso alternativo* del derecho, en lo que se refiere a la actuación judicial, significa, pues, una actitud decididamente orientada por vía interpretativa a la ampliación de los posibles espacios democráticos del ordenamiento jurídico, la cual se proyecta críticamente sobre el actual modo de inserción del poder judicial en el aparato del Estado y se articula en una serie abierta de proposiciones para la reforma orgánica y la actuación concreta. El uso alternativo del derecho aparece conectado, en suma, a una propuesta alternativa de organización de la justicia, habiendo sido asumido como planteamiento y actitud por un sector de la magistratura italiana al que se debe en gran medida el interés público y la difusión que el tema ha tenido dentro y fuera de Italia.

Los presupuestos aquí brevemente explicados han servido para resaltar en España la novedad del punto de vista *alternativo*, el cual ha venido a sustituir el rechazo incondicionado por una recuperación dialéctica del nivel jurídico-institucional, concibiéndolo como un campo más en que el esfuerzo por la democracia real es posible y que ofrece, al mismo tiempo, instrumentos susceptibles de ser "recuperados"[10].

C) Otro aspecto que merece ser tenido preferentemente en cuenta por una supuesta sociología crítica de la justicia en los países latinoamericanos, es aquel tan característico mediante el cual se atribuye naturaleza de poder del Estado a la función de administrar la justicia. Es típico en las Constituciones latinoamericanas encontrar enfáticamente afirmado el esquema de distribución de funciones (que no de poderes) ideado por MONTESQUIEU; dentro de él, el denominado "poder judicial" constituye una de las tres ramas en las que se articula el funcionamiento del Estado (ver Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, febrero 5 de 1917, tít. III, cap. IV; Constitución de Colombia, 1886; Constitución de Venezuela, 1961; Constitución de la República Argentina, 1853, sección II, cap. primero).

[9] Ver en castellano, al respecto, J. BUSTOS RAMÍREZ, *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, en *El pensamiento criminológico: Estado y control*, vol. II (dirigido por R. Bergalli y J. Bustos Ramírez), Colección Homo Sociologicus, núm. 29, Barcelona, Península, págs. 11—35. Edición latinoamericana: mismo título, Bogotá, Edit. Temis, 1983.

[10] Ver P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Uso alternativo del derecho y práctica judicial*, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, Interdisciplinar (2), F. Torres, Valencia, 1978, págs. 61-93, en especial, pág. 64.

He dicho distribución de funciones y no de poderes pues luego de las profundas investigaciones que en la ciencia política y constitucional se han deparado a la propuesta de MONTESQUIEU, surge una tendencia que parece bastante aplicable por lo menos al caso argentino, a la luz de su desarrollo histórico-constitucional. Se trata de aquella que afirma que la teoría de la división de los poderes, que presupone la unidad del Estado, no envía en MONTESQUIEU a una concepción jurídico-constitucional de separación de las diversas esferas de legalidad. Más bien envía, remite, a cierta concepción de la relaciones entre las clases sociales en lucha, en el marco del período de transición en que MONTESQUIEU pensaba. Lucha que revela que la división de esos poderes había aprovechado a la nobleza —entonces clase dominante—, cuya fortaleza se había institucionalizado en la cámara alta[11].

De dicha tendencia se concluye que lo esencial no es la división de poderes como dogma, sino el equilibrio de poderes como estrategia y que, por consiguiente, lo primordial es conocer quién es el protagonista hegemónico de la lucha contra el poder absoluto, vencedor final en esa lucha y titular del poder en cada momento histórico. En la Argentina, ese protagonista ha sido hasta ahora solo en contadas ocasiones el pueblo, tal como lo prevé la teoría de MONTESQUIEU; en cambio, sí lo ha sido un bloque de fuerzas sociales compuesto por la alianza de las clases medias con el viejo patriciado. Sobre todo en las últimas décadas, el control del ejecutivo y del legislativo (ya sea por la fuerza o en épocas constitucionales) lo ha tenido la misma fracción hegemónica. Por lo tanto, es necesario preguntarse con POULANTZAS si la división de poderes no es, en su funcionamiento, inexistente.

No cabe duda de que para que se pueda postular una democratización de los aparatos del Estado argentino, es necesario un cambio en el titular del poder político, desplazando ese sujeto hacia una voluntad que sea mayoritaria y que propugne la trasformación en la expresión de la justicia hacia formas materiales y subjetivas.

Dentro pues de ese falso marco de división de poderes, la consideración del denominado *poder judicial* ha respondido siempre en la Argentina a una expresión formal y objetiva de la justicia como la manifestación supuestamente más evidente de aquella división y de la plena vigencia del sistema republicano de gobierno. Uno de los aspectos más llamativos de la creencia en la división de poderes, es el de que ella no solo ha sido prácticamente aludida por serios y famosos constitucionalistas y politólogos, a la luz de las antiguas experiencias de vida democrático-formal en el país, sino también exaltada por los déspotas e intérpretes de turno en los largos períodos dictatoriales. El ejemplo de las dos últimas décadas está muy fresco.

Los constituyentes de 1852 elaboraron una estructura institucional dentro de la cual el funcionamiento del Estado se articula por medio de tres ramas. Para este fin, la Carta destina secciones separadas a determinar la naturaleza,

[11] Ver. L. ALTHUSSER, *Montesquieu: la politique et l'histoire*, Paris, Presses Universitaires, 1964. Versión española: *Montesquieu: la política y la historia*, 3ª ed., trad. de Ma. E. Benítez, Barcelona, Ariel, 1979. Cit. por N. POULANTZAS, *Poder político y clases sociales en el Estado capitalista*, Sociología y política, 17ª ed. (5ª ed. española), Madrid, Edit. Siglo XXI, 1978, pág. 401.

características y limitaciones propias de lo que se llaman las *autoridades de la Nación* (Const. Nac., Segunda Parte); así las legislativas, las ejecutivas y las judiciales. Tal como aparecen presentadas las cosas, la rama judicial se muestra al mismo nivel de consideración institucional que las demás, y con esa perspectiva ha sido inveteradamente entendida por la doctrina constitucional, a la vez que propuesta a la opinión pública.

Sin embargo, no es posible desconocer que los rasgos con que la justicia aparece adornada en todas las distintas formas-Estado contemporáneas (sobre todo en la burocrático-autoritaria que se ha desarrollado en América Latina), tienden a mantener su distanciamiento de la realidad de lo que cae bajo su conocimiento. Esto, indudablemente, según las apariencias, se logra mediante la conservación de ciertas formas litúrgicas, crípticas y sacralizadas que la hacen absolutamente incomprensible al no jurista. Pero, en substancia, como podrá resaltarse más adelante, es palpable la voluntad que pretende utilizar la función judicial de gobierno como instancia resolutiva de los conflictos que no han sido concluidos en las sedes legislativa y ejecutiva, sin que los verdaderos protagonistas de ellos o, quizá mejor, quienes terminan por ser sujetos vencidos en ellos, nunca intervengan ni en la constitución de dicha instancia judicial, ni en la de las formas y medios de expresión de semejante justicia.

Un aspecto de la conformación constitucional argentina de la función judicial de gobierno es, como ya se ha dicho, precisamente su aparente naturaleza como poder equidistante de los otros dos poderes. Esa apariencia, sin embargo, está encubriendo algunas situaciones que, luego, con el desarrollo histórico-político institucional, han salido a la superficie en forma ostensible.

El fundamento de semejante calidad ha sido encontrado en lo que se denomina su *soberanía* e *independencia*. La primera emergería de la importancia constitucional adquirida por la Corte Suprema de Justicia, puesto que "es el tribunal en último resorte para todos los asuntos contenciosos en que se le ha dado jurisdicción, como perteneciente al poder judicial de la Nación. Sus decisiones son finales; ningún tribunal las puede revocar. Representa, en la esfera de sus atribuciones, la soberanía nacional, y es tan independiente en su ejercicio como el Congreso en su potestad de legislar y como el poder ejecutivo en el desempeño de sus funciones... La Constitución no ha creado tribunal alguno que le sea superior, y es por esto que el art. 94 la denomina *suprema*. No habiéndolo creado la Constitución, no puede crearlo la ley, porque su jurisdicción y sus atribuciones tienen origen en la ley suprema a que están subordinados todos los actos de los poderes públicos, y la ley ordinaria no los puede amenguar ni suprimir"[12].

La independencia del poder judicial aparece constitucionalmente consagrada así mediante dos garantías: a) la *inamovilidad* de los jueces (en cuanto a la de los jueces federales se refieren los arts. 96, 45 y 51 de la Const. Nac., y respecto de los jueces provinciales algunas constituciones han adoptado la

[12] Cfr. "Fisco nacional v. M. Ocampo", 1872 C. S., cit. por H. F. HRONCIC y C. A. NOVARO, *Derecho constitucional argentino y comparado*, 2ª ed., Buenos Aires, s/edit., 1939, págs. 457 y ss.

inamovilidad temporaria, o sea, durante el período para el cual se los designa); b) la *irreducibilidad* de los sueldos (Const. Nac., art. 96).

La *inamovilidad* supone el derecho de los jueces a no ser separados de su función sino por justa causa, comprobada en juicio conforme a la ley; ciertamente, siempre que sus nombramientos se hayan efectuado tal y como lo prevé la propia Constitución (art. 86, inc. 5°), esto es, por el presidente de la República con el acuerdo del Senado. La experiencia de más de cincuenta años de gobierno *de facto*, removiendo a jueces de derecho, ha demostrado la endeblez de la garantía constitucional de independencia del poder judicial argentino.

La *irreducibilidad* de las compensaciones de los magistrados, por más que pueda haberse considerado en otras épocas como un privilegio chocante frente a otros funcionarios de la administración, se apoya en la propia Constitución norteamericana y en una abundante jurisprudencia, tanto de la Corte de los Estados Unidos como de la propia argentina, todo lo cual tiende a poner al poder judicial fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier influencia de las otras autoridades de la Nación. Pese a ello, con la irrefrenable expansión inflacionaria, los sueldos de los jueces argentinos, fijados habitualmente por ley, han sido virtualmente reducidos por los distintos poderes ejecutivos mediante las políticas neoliberales monetaristas.

Conviene observar ahora el ordenamiento real de dicho poder judicial, a fin de poder señalar los condicionamientos externos e internos a él que impiden que su supuesta naturaleza constitucional (soberano e independiente) se manifieste.

En virtud de la organización del Estado argentino como Estado federal, junto a la organización judicial de cada provincia, existe una organización judicial *federal*. En líneas generales, la primea entiende en los casos comunes, mientras que la segunda conoce de los casos en que está interesado el Estado nacional o que abarquen cuestiones que corresponden a dos jurisdicciones provinciales. Además algunas veces la justicia federal se sobrepone a la provincial con el objeto de asegurar la supremacía de la Constitución. Se justifica este doble fuero por la necesidad de sustraer al conocimiento de los tribunales de provincia, las causas que afectan el interés superior de la Nación[13]. De tal modo, el poder judicial federal defendería la Constitución, resguardaría los intereses y derechos de los particulares y el equilibrio entre el gobierno federal y los Estados provinciales.

Esta justicia federal aparece encabezada por una Corte Suprema que ejerce una jurisdicción originaria y exclusiva en casos muy precisos y que conoce en última instancia, por apelación y nulidad mediante recurso extraordinario, de las sentencias definitivas de las cámaras federales de apelación, de los tribunales superiores de provincia y de los tribunales superiores militares.

Una larga polémica se desarrolló antaño acerca de la condición de los llamados jueces ordinarios de la Capital Federal. Puesto que la capital de

[13] Ver V. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, en la *Convención Constituyente de 1948*, "Diario de Sesiones", t. I, pág. 530. Cit. por P. RAMELLA, *Derecho constitucional*, Buenos Aires, s/edit., 1960, pág. 639.

la Nación se halla, en lo administrativo, lo legislativo y lo político, sometida a la jurisdicción nacional —según se infiere de los arts. 86, inc. 3°, y 67, inc. 27—, no existiendo razón constitucional alguna para que no ocurra lo mismo en lo judicial desde que de la combinación de los arts. 67, inc. 11, 94 y 100, Const. Nac., resulta que la justicia nacional ha sido creada distinguiéndola de la *provincial*. Se aclara aún más esto diciendo que la capital de la Nación no es, para la Constitución (art. 3°), una provincia sino un territorio federalizado. Si los jueces de la capital son, en consecuencia, los del art. 94 de la Constitución, entonces son inamovibles mientras dure su buena conducta, sus sueldos son irreducibles y su responsabilidad se hará efectiva por el llamado "juicio político".

Por lo tanto, según el esquema constitucional del poder judicial en la Argentina, son los miembros de la Corte Suprema, los jueces de la justicia federal (cámaras y juzgados) y los jueces ordinarios de la Capital Federal (cámaras y juzgados), los magistrados judiciales que aparecen garantizados por los rasgos de soberanía e independencia que emergen de la Constitución, y todos ellos integran el complejo de sujetos (órganos judiciales) que se denomina poder judicial de la Nación. Los magistrados, integrantes de las distintas justicias provinciales en todos sus niveles, quedan sujetos al régimen que establecen las respectivas constituciones provinciales.

Este es, en resumen, el sistema constitucional de la función judicial en la Argentina. Según este sistema, por otra parte, es el presidente de la República quien nombra a los magistrados de la Corte Suprema y los demás tribunales federales inferiores, con acuerdo del Senado (art. 86, inc. 5°, Const. Nac.), lo cual también ocurre en relación con los jueces que integran los tribunales ordinarios de la Capital Federal (art. 2 del decr. ley 1285/58. ratificado por ley 14.467, sobre *organización de la justicia nacional*). No obstante ello, la selección y el reclutamiento, nombramiento y promoción de los magistrados del poder judicial son tareas que atañen al poder ejecutivo quien las ejerce por medio del Ministerio de Justicia, con lo cual: 1) aumenta aún más la influencia del poder ejecutivo en la organización institucional argentina por esa facultad exclusiva de elegir a los candidatos; 2) se burla la alardeada independencia del poder judicial por la subordinación moral del juez favorecido o que aspira a un ascenso, hacia el Presidente; 3) muchas veces, el candidato no es precisamente quien se haya distinguido como jurista, sino un amigo político del Presidente o de los adictos a este; 4) por último, repugna al principio republicano y desvirtúa la enfatizada división de poderes el que la magistratura judicial dependa del arbitrio presidencial.

Hay, asimismo, una relación de jerarquía entre los juzgados de primera instancia, las cámaras de apelación (nacionales y federales) y la Corte Suprema de Justicia, que implica una organización piramidal de la administración de justicia. Aun cuando, como he dicho, la intervención del poder ejecutivo es decisiva y única en los sistemas de promoción de los magistrados, existe un poder disciplinario, ejercido por los tribunales superiores en grado, que es sin duda limitativo de la libre actuación de los jueces llamados *inferiores*, cuyas resoluciones —más allá de compadecerse con el derecho positivo vigente— deben "agradar en estilo, contenido valorativo y prescindencia política a

los magistrados de alzada. Es verdad que la propia Constitución nacional utiliza un lenguaje que prescribe la concepción jerárquica en la organización judicial ("tribunales inferiores", en los arts. 94, 96 y 100), pero ella está más referida a la diversidad de jurisdicciones que a la diversidad de poder. Pese a lo cual, la concepción tradicional de la jerarquía puesta de manifiesto por los propios integrantes del cuerpo judicial ha estado en la Argentina claramente dirigida a inducir en los jueces la homogeneidad ideológica y el conformismo. No debe extrañar, entonces, que el conocido reclamo de la aristocracia judicial porteña* para que se instituya la llamada "carrera judicial" —que de un lado supone condiciones de afianzamiento y seguridad para la profesionalidad del juez, pero que, por otro lado, mantiene y profundiza la concepción jerárquica de la función judicial también mediante el sometimiento corporativo—, siempre haya encontrado eco en las épocas de regímenes *de facto*. Efectivamente, ha sido siempre durante los gobiernos militares, sobre todo a partir de 1966 y luego, con más fuerza, en 1976, cuando nacieron diversos proyectos tendentes a esa institucionalización, orientados por los respectivos ministros de Justicia que en aquellas épocas salieron invariablemente del propio ámbito judicial.

Los condicionamientos que supone el sistema descrito son de carácter *interno* a la propia organización de la administración de justicia en la Argentina. El influjo negativo que ejercen semejantes limitaciones al principio de independencia, se complementa con otro condicionamiento de carácter *externo*, el cual se conforma mediante la presencia de una particular estructura de clases sociales. En efecto, en un estudio anterior sobre el tema[14] se llegó a la conclusión de que lo que se conoce como poder judicial de la Nación está actualmente constituido por elementos provenientes de las clases medias tanto residuales como emergentes, según la categorización de GRACIARENA[15]. Ambos estratos revelan y trasuntan en sus decisiones una mentalidad preñada de los resabios patricios de que está imbuida la oligarquía argentina (antaño ligada a los intereses de la tierra, hogaño vinculada a la administración de las utilidades que produce el capital oligopólico internacional), la cual, en razón de vínculos familiares, amistosos o por simple cooptación de sus integrantes, trasladó a la clase judicial sus valores sociales y pautas de comportamiento.

Debido al carácter de esta contribución no haré hincapié en describir la situación de sometimiento —puede decirse de postración— a que ha llegado esa clase judicial como cuerpo, sobre todo con motivo del avasallamiento de las libertades individuales y de los otros derechos humanos más fundamentales de que ha sido objeto el pueblo argentino en estos últimos años. De ello basta solo una prueba que viene suministrada por el comportamiento casi unánime —salvo raras excepciones— demostrado por la Corte Suprema de Justicia, las cámaras de apelación y los jueces de primera instancia en materia de conocimiento

[14] Ver R. BERGALLI, *Jueces e intereses sociales en Argentina*, en *Crítica a la criminología*, Bogotá, Edit. Temis, 1982, págs. 245-265.

[15] Cfr. J. GRACIARENA, *Poder y clases sociales en el desarrollo de América Latina*, Biblioteca América Latina, serie menor, núm. 5, Buenos aires, Paidós, 1976, págs. 157 y ss.

* De la ciudad de Buenos Aires.

en *habeas corpus*, interpuestos en casos de detenciones— desapariciones y de detenciones a disposición del poder ejecutivo, situaciones en las cuales —se puede decir—, corroborando una aberrante prescindencia revelada desde 1930 en relación con actos de los poderes administradores *de facto*, la administración judicial se ha abstraído de las investigaciones en los casos de tan flagrantes violaciones de derechos humanos ejecutadas por el poder político-castrense.

—II—

La necesidad de plantearse una reconstitución del poder judicial argentino sobre bases democráticas, debe proponerse desde la modelación de las instancias o momentos de la administración de justicia que por su naturaleza tengan la posibilidad de conectarla con mayor facilidad a la realidad social en la que debe actuar.

Un planteamiento similar tuvieron que formularse las sociedades que, sobre la mitad de este siglo, salieron de una larga noche como la constituida por los regímenes fascistas. Ahí están, para testimoniar lo afirmado, los procesos constitucionales alemán federal e italiano y el muy actual español, sin olvidar el francés. En todos ellos, la cuestión judicial ha tenido una atención preferente por el papel que ella desempeña como elemento definidor de la forma-Estado social y democrática de derecho. En efecto, si bien en el concepto liberal del Estado de derecho estaba muy presente el elemento de seguridad jurídica que se obtiene con la existencia y el funcionamiento del control judicial, es solo en el Estado social y democrático de derecho donde paulatinamente se ha ido conformando en esos países cuando los demás rasgos connotadores de aquel: a) imperio de la ley, b) división de poderes, c) legalidad de la administración, d) garantía jurídico-formal y efectiva realización de los derechos y deberes fundamentales[16], adquieren la dimensión necesaria para corregir el individualismo clásico liberal, por medio de una afirmación de los llamados derechos sociales y de una realización de objetivos de justicia social, pero también para superar el neocapitalismo regresivo mediante la trasformación radical de las relaciones de producción y un cambio en el control de las fuerzas económicas, todo lo cual debería llevar a la incorporación y participación real de todos los individuos. Solo así la libertad-participación sustituirá a la libertad-alienación del capitalismo liberal.

En la conformación de unas relaciones entre sociedad civil y Estado, en las cuales este último adquiera una auténtica identidad democrática, con suficiente representación de todos los grupos sociales, es entonces imprescindible determinar cuáles son esos momentos de la administración de justicia que posibiliten su democratización. En este sentido es evidente que no hay fórmulas determinadas y que toda tentativa dirigida a semejante fin debe pasar por experiencias histórico-culturales propias. El caso argentino es uno en el cual se mantienen

[16] Esta es la categorización que formula E. DÍAZ en *Estado de derecho y sociedad democrática*, 7ª ed., Madrid, Divulgación universitaria, Edit. Cuadernos para el Diálogo (Edicusa), 1979, págs. 29 y ss.

los mismos moldes de una administración de justicia enclavada como un cuerpo separado, una zona de poder separada de la sociedad, tal como hace diez años caracterizaba SENESE el sistema judicial italiano[17]. Mientras esto ocurre, la sociedad civil argentina no es seguramente la misma respecto de la cual fue pensado el ordenamiento judicial, a la vista de los profundos conflictos, tensiones y cambios acaecidos sobre todo en los últimos años. Es indudable que ese ordenamiento ha sido condicionado por el quehacer práctico o técnico-jurídico. Esto ha ocurrido así porque como ya lo he adelantado, la forma tradicional de entender la función judicial en la Argentina ha tomado siempre como punto de partida los postulados de imparcialidad del Estado y neutralidad del derecho, llegando necesariamente a la inexcusable exigencia de fidelidad ciega del juez a la ley del Estado y a la visión de la actividad jurisdiccional como puramente técnica.

A) Por lo tanto, es necesario afirmar aquí que el principio de la independencia judicial, contrariamente a la tradición argentina que se ha expuesto, comienza a verificarse solo mediante el cambio que ha de propiciarse a partir de una nueva forma de concebir el derecho y la jurisprudencia. En efecto, si se considera que una contribución democrática de la cultura jurídica en formaciones sociales que pasan por un período de profunda crisis, consiste en afianzar una práctica jurídico-política específica que tienda a la solución emancipadora de las tensiones y contradicciones de dichas formaciones[18], o, lo que es lo mismo, a ampliar los espacios democráticos en el nivel jurídico de la sociedad, es entonces necesario proyectar y realizar una cultura y una práctica jurídicas *alternativas* a la cultura y a la práctica dominantes, a fin de, sin romper la legalidad establecida, favorecer en el plano jurídico —y especialmente en el judicial— determinados intereses o determinada práctica social: los intereses y la práctica de aquellos "sujetos jurídicos" que se encuentran sometidos por relaciones sociales de dominación. Si se acepta esta sugerencia es indudable, pues, que la fundamentación del principio de la independencia judicial ha de tomar senderos muy opuestos a los tradicionalmente transitados y ha de arrancar de una concepción radicalmente divergente.

En efecto, esa propuesta supone la toma de conciencia de la función política del derecho, de una interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas y de su idoneidad como factor de cambio social[19]. De esta manera quedan explícitas las implicaciones teóricas planteadas por un *uso alternativo* del derecho, en el sentido de que así quedaría dilucidado el carácter relativamente autónomo —respecto a otras instancias sociales, como la economía o la política— que siempre le atribuyó la teoría y la práctica idealistas.

[17] Ver S. SENESE, *Apparato giuridico e logica del sistema*, en *Problemi del socialismo*, núm. 18, 3ª serie, 1973, págs. 821-839, en especial, pág. 825.

[18] Este concepto es el que esboza y afirma M. SAAVEDRA LÓPEZ en *Interpretación jurídica y uso alternativo del derecho*, en *Sobre el uso alternativo del derecho*, cit. en la nota 10, págs. 33-60, sobre todo pág. 35.

[19] Esto, decididamente, constituye la auténtica y definitiva tesis de fondo de *Pena y estructura social*, tal como lo aseveran RUSCHE y KIRCHHEIMER en su *Conclusión*, en el sentido de que: "El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos" (cfr. págs. 253 y 254).

Es preciso subrayar que si se formula la propuesta de utilizar *alternativamente* el derecho existente, sin mantener la exigencia de trasformarlo revolucionariamente, en el sentido de proteger o consagrar en forma jurídica una práctica *emancipadora*, la primera implicación que semejante propuesta encierra es la afirmación de la existencia de grupos o clases sociales *no* emancipados, es decir, de relaciones sociales establecidas en términos de dominación, a las que el derecho presta eficacia con los medios que le son propios. El terreno de base, pues, que sustenta todo el discurso sobre el uso alternativo del derecho, es el de una teoría de la sociedad que explica las relaciones humanas como relaciones contradictorias, antagónicas, en conflicto, y no simplemente de desigualdad.

Ahora bien, la propuesta de un uso alternativo del derecho en sus presupuestos teóricos —tal como aquí sintéticamente la he enunciado y como ha sido patentizada por la experiencia italiana— necesita de una implementación en el nivel de la praxis judicial. Esto promueve el problema de su viabilidad en una realidad concreta y es a esta a la que se debe intentar descender.

B) El poder judicial argentino vive y padece profundamente la básica contradicción que supone aparecer por definición como autónomo, independiente, "apolítico", cuando de hecho es institución del Estado implicada en la propia dinámica del poder que, conforme antes ha sido señalado, se vale de múltiples recursos para mantener el aparato judicial dentro de su área de influencia. Así, el encuadramiento de la organización judicial, en el marco de un Ministerio de Justicia que, aunque llamado en principio a prestar la infraestructura meramente administrativa, no puede menos que constituir un serio condicionamiento político. En mayor medida aún, si se añade la potestad del ejecutivo a la hora de seleccionar los candidatos para cubrir los cargos judiciales, tarea en la cual dicho Ministerio desempeña un papel decisivo. Esta situación se torna todavía más gravosa si se recuerda la función del llamado ministerio público o fiscal, respecto del cual, por más sutilezas teóricas que se empleen para tratar de caracterizarlo como "parte formal", "imparcial", "magistratura independiente", etc., no puede dejar de verse a través de él una presencia efectiva del poder ejecutivo en el proceso penal, que es aún más evidente si se considera la fusionabilidad de sus miembros con los de los tribunales de justicia y la vigencia de los principios de unidad y dependencia por los que se rige, todo lo cual lleva a la conclusión de que el ejercicio de la acción pública, así monopolizado, queda sujeto a las órdenes del ministro de Justicia.

Siguiendo el hilo de estas consideraciones se llega al corazón de la cuestión judicial, como es el problema de las relaciones entre la independencia y el autogobierno, principios que se intercomunican y son inseparables y a partir de los cuales deben pensarse todas las reformas que puedan sugerirse en el ámbito de la administración de justicia.

¿Cómo se encaran estos problemas cruciales en el actual estado de cosas de la justicia argentina? Pues aquí no cabe otra posibilidad, en un plan de futuro, que sugerir la reforma constitucional que contemporáneamente podría extenderse a otros aspectos. Véase cuál debiera ser el objeto de dicha reforma.

El espacio que brinda la Constitución nacional, como se ha visto, para el ejercicio real del principio de independencia de la función jurisdiccional, es insuficiente habida cuenta del avasallador papel jugado por los ejecutivos

nacionales. Mucho menos lo concede para el autogobierno judicial sobre el que ya, expresamente, no se pronuncia la Carta. La posibilidad de que la Corte Suprema pueda dictar su reglamento interno y económico y nombrar sus empleados subalternos (Const. Nac., art. 99) no es, ni con mucho, un elemento plausible a ese fin.

No hay que olvidar, por cierto, que no se trata aquí de formular una crítica a la Carta magna argentina, pensada y elaborada sobre las huellas de una teoría de la sociedad ya no más válida; y menos aún, de compararla con textos constitucionales redactados para estructuras sociales de países industrializados en esta segunda mitad del siglo XX. Teniendo presente esta afirmación pueden analizarse las experiencias italiana y española (aludiendo solo a dos latinoamericanas) realizadas en el ámbito de la organización judicial, en las épocas democráticas —países, Italia y España, de los cuales, por comunidad cultural y afinidad en el desenvolvimiento jurídico, pueden los argentinos tomar ejemplo sin temor a la dependencia—, para comprobar la importancia otorgada a las cuestiones de la independencia y el autogobierno, tanto en los textos constitucionales mismos como en la afirmación y el desarrollo de esos principios mediante leyes específicas y la incansable actiidad de los propios magistrados agrupados en las diversas tendencias asociativas.

Pero antes de entrar de lleno al tema propuesto conviene hacer algunas gradaciones en torno al concepto de independencia judicial, ya que este —con el que muchas veces la gente se llena la boca— está constituido por esos vocablos en cierta manera gastados por el uso y sobre los cuales, cuando se unen al otro concepto de poder judicial, generalmente se provocan confusiones.

En primer lugar, cuando se hace referencia a la independencia del poder judicial se piensa en la posición institucional de aquel poder, en su articulación dentro del sistema total del poder político, y no en la independencia subjetiva, personal, inclusive heroica, de los miembros individuales del poder judicial, aunque la segunda sea consecuencia de la primera y no al revés como se afirma desde posiciones casi siempre interesadas. La matización es importante, porque casi siempre las posturas que defienden la independencia individual del juzgador, desvinculada de otros mecanismos institucionales, son las mismas que preconiza un juez encerrado en su baluarte, aguerrido defensor de unos valores individuales de los que nunca hizo cuestión, aislado de lo real y sin contacto con la sociedad civil. Un juez para el cual la aplicación de la norma se reduce a un juicio de lógica jurídica y a una simple operación tecnificada.

Por otra parte, la independencia del poder judicial tiene que ser entendida no solamente hacia el exterior, es decir, en relación con los otros poderes del Estado, sino en el seno de la propia organización judicial impidiendo que, mediante unos mecanismos de jerarquización y burocratización, a los que para nada son ajenos los sistemas de organización judicial caracterizados por la profesionalidad, se haga realidad en cada uno de los componentes del poder judicial la independencia institucional de aquellos. Será necesario profundizar en la democratización de los órganos encargados de velar por la independencia institucional del poder judicial, para evitar que sean detentados o controlados por una cerrada oligarquía.

Por último, y esto es decisivo, la independencia del poder judicial tiene que ser entendida como independencia frente a los otros poderes del Estado y a los centros de decisión de la propia organización judicial, pero no como separación de la sociedad civil ni como cuerpo separado a toda forma de control democrático y popular. De aquí la necesidad de que los órganos encargados de velar y garantizar la independencia del poder judicial, no se conviertan en instrumentos en defensa de intereses estamentales y corporativistas o en simple grupo de presión para la reivindicación de pretensiones profesionales o en elementos de gestión burocrática de la organización judicial, sino que al mismo tiempo que actúan como garantizadores de la independencia institucional del poder judicial, sirvan de canal de comunicación entre aquel y la sociedad civil, evitando el enclaustramiento de la función de juzgar.

Si la independencia del poder judicial, entendida entonces como independencia externa del poder ejecutivo, es una exigencia indispensable en toda sociedad que pretenda calificarse de democrática, la cuestión que se presenta de inmediato es la de cómo arbitrar los instrumentos necesarios de carácter jurídico-político que permitan hacer efectiva semejante independencia. En líneas generales puede afirmarse que la garantía de dicha independencia se ha encontrado contemporáneamente en el sistema llamado de *autogobierno* de la justicia, mediante la constitución de organismos específicos dedicados a tal fin.

Este sistema, sin pretender hacer historia, se conforma en Europa en las Constituciones posteriores a la segunda guerra mundial mediante la institución de los denominados Consejos superiores (o generales) de la magistratura. El primer paso fue dado por la Constitución francesa de 1946, seguida por la italiana de 1947 y la griega de 1952. Empero, en la nueva Constitución francesa de 1958 las facultades decisorias de ese organismo han quedado reducidas al ámbito disciplinario, pues se ha vuelto al sistema anterior no solo en cuanto a las competencias, sino en lo que respecta a la composición del llamado Consejo superior. El desenvolvimiento posterior de la cuestión relaciones entre justicia y poder administrador, revela que la independencia de la primera —apenas aludida en el nuevo texto constitucional— ha quedado seriamente lesionada. El sistema ha sido también seguido por la Constitución portuguesa de 1976, que en su art. 223 prevé el establecimiento de un Consejo Superior de la Magistratura, el cual "deberá incluir miembros elegidos por los jueces de entre ellos mismos" y al que se le asignan competencias en todo el ámbito de personal.

La Constitución española de 1978 también se decidió por el sistema de autogobierno para la justicia, y por eso en el art. 122 establece la formación de un Consejo general del poder judicial. En este sentido no existen antecedentes en la historia constitucional española, y sin duda —afirma CLAUDIO MOVILLA[20]— el precedente más próximo hay que buscarlo en la Constitución italiana, aunque los arts. 104 y 105 de esta última son más detallados respecto a la naturaleza, composición, estatuto y facultades del *Consiglio Superiore della Magistratura* que el art. 122 de la Constitución española. La influencia

[20] Ver C. MOVILLA ÁLVAREZ, *El autogobierno de la justicia*, en *Los comunistas y la reforma de la administración de justicia*, (varios autores), Madrid, Ediciones P. C. E., 1981, págs. 7-16, en especial pág. 11.

del "modelo italiano" ha sido, sin embargo, decisiva, al menos en cuanto a las previsiones constitucionales.

Las Constituciones contemporáneas en América Latina no han sido insensibles y también han arbitrado fórmulas para instituir el autogobierno de la justicia. La Constitución venezolana de 1961 estableció el Consejo de la Judicatura, y mediante la reforma constitucional de 1979 (acto legislativo 1, art. 44) se buscó crear en Colombia el Consejo Superior de la Judicatura.

Las diferencias que califican a los órganos de autogobierno de la justicia en los distintos sistemas previstos contemporáneamente, vienen dadas por las facultades que se les atribuye y por la composición que se les asigne. Acerca del primer aspecto, las posturas extremas se concretan en un sistema de autogobierno en el que el propio órgano administra tanto los medios personales como los materiales sin ninguna injerencia del ejecutivo, y otro en el que solo corresponde al poder judicial la gestión del personal. En el segundo aspecto, las divergencias radican en si el órgano de autogobierno debe formarse únicamente con miembros de los cuerpos judiciales, o si en aquel deben entrar representantes de los otros poderes del Estado o de otros sectores sociales a fin de que el poder judicial no se trasforme en un poder descontrolado o desconectado de la sociedad real.

En la sensata opinión de MOVILLA, ya citada[21], si una fórmula de garantía de la independencia externa del poder judicial, basada únicamente en la dependencia absoluta de la ley, puede aparentemente aparecer como más democrática, al ser aquella una expresión de la soberanía popular e impedir el nacimiento del corporativismo —siempre posible en un poder no legitimado por la elección—, tiene el inconveniente de que mediante la norma legal será muy difícil prever y, por consiguiente, resolver toda la extensa gama de situaciones y problemas que se derivan de la articulación y relación, no siempre pacífica, del poder judicial y los otros poderes del Estado. Por otra parte, la instauración de un órgano de autogobierno supone, o debe suponer, la introducción de un elemento dinamizador en el aparato judicial y una mayor comunicación de aquel con la sociedad civil.

En lo que se refiere a las competencias y composición del órgano de autogobierno, es indudable que la solución más garantizadora de una verdadera independencia externa del poder judicial debería ser la que confiere a aquel una total capacidad tanto sobre los medios personales como sobre los materiales. En este sentido las funciones que más caracterizan la capacidad de autogobierno son las relativas al reclutamiento, asunción, promoción y remoción de los magistrados, todo lo cual supone, a la vez, al ejercicio de facultades disciplinarias como consecuencia de la violación de los deberes que el magistrado asume respecto del Estado en virtud de la relación de trabajo que se establece a partir del momento en que él acepta el nombramiento. De todas formas, el ejercicio del poder disciplinario debería ajustarse —puesto que este es de naturaleza penal-jurisdiccional[22]— al principio de legalidad, lo cual da por

[21] Ver MOVILLA ÁLVAREZ, ob. cit. en la nota anterior, pag. 10.

[22] Como lo afirma A. PIZZORUSSO en *L'organizzazione della giustizia in Italia*, Istituzioni italiane 6, Torino, Einaudi, 1982, pág. 181.

descontado la taxatividad en la ley de constitución del órgano de autogobierno de la magistratura de los ilícitos disciplinarios y de las correspondientes sanciones.

Todas estas son cuestiones que han provocado las dudas constitucionales sobre la actividad del Consejo Superior de la Magistratura italiana y que conviene tener presente a la hora de disponer a ese respecto en una eventual constitución de un órgano similar en la Argentina. Sin embargo, dicha facultad disciplinaria no ha de descartar la responsabilidad profesional de los jueces, la cual puede tener derivaciones de orden penal que deben ser previstas mediante los respectivos tipos penales en los Códigos correspondientes (casos de dolo, fraude o concusión y de justicia denegada), denunciadas e investigadas ante los jueces competentes o bien de naturaleza civil de la que, más allá de la responsabilidad personal del juez, la doctrina más reciente y la jurisprudencia constitucional italianas han afirmado que el Estado responde en cada caso de ilícito cometido, sobre la base de los principios generales de la responsabilidad de la administración pública pues el juez actúa con la calidad de órgano del Estado. Aquí también, entonces, es donde debe discutirse la necesidad de actuación y de relación con un Ministerio de Justicia, puesto que, por ejemplo en Italia, el procedimiento disciplinario comienza por iniciativa de dicho Ministerio o bien del procurador general ante la Corte de Casación (hipótesis no prevista en el art. 107, 2°, de la Constitución y por ello de dudosa constitucionalidad). No obstante, y este es el dato que es necesario resaltar, sobre la acción disciplinaria misma decide la respectiva Sección de disciplina del Consejo Superior de la Magistratura, cuyas sentencias son apelables ante la Casación y cuyas distintas salas en estos casos deben actuar unidamente.

De cualquier forma que sea, la fórmula más vasta de capacidad de autogobierno debe recordar que, en razón de la amplitud y de la falta de legitimación popular del poder judicial, ha de tener como contrapartida correctora del posible corporativismo, una apertura del órgano de autogobierno no solo a representantes de los otros poderes destinatarios de sus decisiones, sino también a las fuerzas y corrientes de opinión entre los magistrados que tengan una evidente implantación social, refrendada mediante la elección de sus miembros.

Mientras que en el ámbito italiano esta última alternativa de composición del órgano de autogobierno de la justicia ha sido acogida plenamente (art. 104, 6°, Const.)[23], en España se discute y se critica sobre el incontrol que supone la ausencia en el Consejo general del poder judicial, de representantes de los demás poderes del Estado[24]. Sin embargo, en Venezuela se reprocha que

[23] Constitución italiana, art. 104: "La magistratura constituye un orden autónomo e independiente de cualquiera otro poder. El Consejo superior de la magistratura está presidido por el presidente de la República. Forman parte de derecho el primer presidente y el procurador general de la Corte de Casación. Los otros componentes son elegidos en sus dos tercios por todos los magistrados ordinarios entre los que pertenecen a las diferentes categorías, y en un tercio por el Parlamento en sesión común entre los profesores ordinarios de universidad en materias jurídicas y abogados con más de quince años de ejercicio profesional. El Consejo elige un vicepresidente entre los componentes designados por el Parlamento. Los miembros electivos del Consejo duran en su cargo cuatro años y no son inmediatamente reelegibles. Mientras duren en el cargo, no pueden estar inscritos en los registros profesionales, ni formar parte del Parlamento o de un Consejo regional". (Trad. del A.)

[24] Tal como lo ha hecho el presidente de la Comisión de justicia de los diputados; ver P. CASTELLANO, *El poder judicial: no elegido e incontrolado*, en "El País", abril 11 de 1983, Madrid, pág. 15.

el Consejo de la judicatura se constituya con una adecuada representación de las otras dos ramas del poder público que, equivocadamente, se califica de "ingenioso sofisma" que encubriría la politización del poder judicial[25]; mientras, en Colombia se afirmó que el Consejo superior de la judicatura "nació con una tara antidemocrática"[26] puesto que, luego de la primera elección hecha por el presidente de la República de sus consejeros, estos —que provenían de la tradición judicial— serían renovados por cooptación, lo cual trasforma a dicho Consejo superior en una entidad externa a la rama judicial que sirve de puente entre esta y la voluntad política del ejecutivo.

Por lo visto, es difícil establecer las pautas de la mejor composición de un Consejo u órgano de autogobierno del poder judicial; de cualquier manera, la eventual fórmula que se obtenga para el caso argentino debiera provenir de la sombría experiencia que otorga el absoluto predominio del ejecutivo, la intervención solo formal del legislativo y la absoluta marginación del propio poder judicial en el sistema de reclutamiento y nombramiento de jueces seguido hasta ahora en los períodos constitucionales, sin dejar de tener presente el pésimo ejemplo suministrado por los aberrantes métodos de los regímenes *de facto*. Así se podrá decidir si es conveniente, y en su caso cómo y en qué proporción deben integrar el órgano de gobierno de la justicia los representantes de los otros poderes del Estado, como también del estamento profesional de la abogacía y de los profesores de Derecho. Pero no cabe duda de que la representación a la que más corresponde atenderse —y que debe prevalecer en el seno del órgano de autogobierno— es la de los propios jueces, la cual ha de tener bien en cuenta el número de integrantes de cada una de las funciones judiciales a representar (Corte Suprema, cámaras de apelación y juzgados federales, cámaras de apelación y juzgados nacionales), con el objeto de que cada uno de esos niveles funcionales esté perfectamente presente en las decisiones que se adopten para el poder judicial. En este aspecto son emblemáticas las luchas llevadas a cabo para que la respresentatividad a la que se alude fuera equilibrada en el seno del Consejo Superior de la Magistratura italiana y en el Consejo general del poder judicial español, puesto que ambos órganos fueron proyectados y constituidos con evidente tendencia hacia el mantenimiento en ellos del predominio de las categorías judiciales más elevadas, cuyos integrantes siempre han sido presumidos como más conservadores, habida cuenta que todos ellos provenían —por razón de antigüedad— de las épocas fascita y franquista, respectivamente.

En efecto, en Italia la actuación de las normas relativas al Consejo Superior de la Magistratura se realizó solo diez años después de haberse sancionado la Constitución. Sin embargo, esa ley (núm. 195, del 24 de marzo de 1958)

[25] Cfr. T. CHIOSSONE, *Formación jurídica de Venezuela en la Colonia y la República*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, 1980, págs. 312-313.

[26] Como lo enfatiza F. ROJAS H. en *El Estado en los ochenta: ¿un régimen policivo?*, serie Controversia, núms. 82-83, Bogotá, Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep), 1981, pág. 151.

pretendía aún mantener la dependencia de la magistratura del ministro de Justicia, lo cual se revelaba en la iniciativa otorgada a este respecto a la actividad y las decisiones del Consejo Superior de la Magistratura y en el predominio de representatividad otorgado a los magistrados de casación, aprovechando la fórmula amplia utilizada por el art. 104, 4° de la Constitución según el cual los magistrados miembros del Consejo Superior de la Magistratura son elegidos "por todos los magistrados ordinarios entre los pertenecientes a las distintas categorías". También se estableció que cada magistrado debía votar solamente por la elección de los pertenecientes a su propia categoría. Dicha ley de 1958 provocó innumerables críticas, mas solo después de veintitrés años, en un proceso en el cual se produjeron muchas sentencias de la Corte constitucional destinadas a mejorar esa situación, se ha podido llegar al estado actual en que diez componentes togados del Consejo superior de la magistratura son elegidos independientemente de la categoría a la que pertenezcan, mientras que los otros diez deben ser escogidos del siguiente modo: cuatro de entre los magistrados de casación —de los cuales, dos han de ser idóneos para las funciones directivas superiores— dos de entre los magistrados de apelación y cuatro de entre los magistrados de tribunal (art. 15). La elección se efectúa mediante un colegio único nacional con el sistema proporcional, sobre la base de listas concurrentes, cada una de las cuales debe contener por lo menos cuatro magistrados de casación —de los cuales, dos han de ser idóneos para las funciones directivas superiores—, dos de apelación y cuatro de tribunal (art. 18). No es esta la mejor situación para la actuación del Consejo Superior de la Magistratura, dice PIZZORUSSO (1981, 41), pero, de todas maneras, la representatividad de los magistrados en su dirección está asegurada mediante un procedimiento bastante democrático.

En el caso de España, el art. 122, 3°, de la Constitución solo prevé una distribución de los veinte miembros, aparte del presidente del Consejo, de carácter genérico, atribuyendo doce a los jueces y magistrados y ocho a las dos cámaras, sin prejuzgar en cuanto a aquellos la categoría judicial a la que deben pertenecer. El primitivo proyecto era totalmente aberrante ya que, desconociendo el mandato constitucional sobre la unificación de las actuales carreras judiciales y en pugna con los más elementales principios de representatividad y democracia, exigía que en el Consejo hubiera, al menos, un presidente de sala del tribunal supremo y un juez de distrito, pudiendo los restantes puestos ser distribuidos en el Reglamento de organización, lo que es claramente inconstitucional, entre las categorías, existentes, "atendiendo a su jerarquía en la carrera y al número de los miembros que la integran". Tan evidente concesión al principio de jerarquía —dice MOVILLA[27]— y el desprecio por la representatividad fueron paliados en cierto modo en el informe de la ponencia y la Comisión y en el texto definitivo, que establece una nueva distribución con base en tres magistrados del Tribunal Supremo, seis magistrados y tres jueces. Aunque la corrección de la primera redacción ha supuesto una mejora en cuanto a la representatividad, la distribución, fuera de afirmar a las categorías superiores, sigue incurriendo en una notable confusión entre los criterios de

[27] En *El autogobierno de la justicia*, ob. cit. en la nota 20, pág. 14.

jerarquía y gobierno, olvidando que aquella tiene únicamente un sentido funcional en los aspectos jurisdiccionales, pero nada significa con relación al gobierno del poder judicial. Pretender justificar con la mayor experiencia en la dedicación a la función de administrar justicia, la desigual distribución de puestos, es desconocer que aquella experiencia nada tiene que ver con una materia muy diferente, como es la relativa a la institucionalización política de la citada función y a las relaciones con otros poderes del Estado.

Por otra parte, la configuración de los diferentes órganos del Consejo general del poder judicial deja ver muy claramente —insiste MOVILLA[28]— una desconfianza por los miembros de aquel de extracción parlamentaria —precisamente los legitimados por la soberanía popular—, que acentúa su carácter estamental y corporativista. Aunque en la redacción definitiva han desaparecido algunos de los defectos más notables del primer proyecto —como la necesidad de que el presidente del Consejo y del Tribunal Supremo perteneciera a la carrera judicial, o la extraña composición de la Comisión permanente, compuesta de cuatro miembros de los que dos al menos debían ser de procedencia judicial—, persisten algunos de ellos, como la estamentalidad de la Sección disciplinaria o de la Sección de calificación, de cuyos cinco miembros, tres deben pertenecer a las distintas categorías judiciales, correspondiendo siempre la presidencia al miembro de la carrera judicial más antiguo. Una vez más aparece latiendo la idea equivocada de que el Consejo general del poder judicial es un órgano de gestión y defensa de intereses corporativistas y no un instrumento político de garantía de la libertad y la seguridad de los ciudadanos.

C) Tal como puede comprobarse de las experiencias italiana y española, la cuestión del autogobierno de la justicia es una dentro de la cual se pone de manifiesto un tema que ha sido crucial en el desarrollo histórico de la configuración de y hacia una justicia democrática en Italia y España. Es la cuestión del asociacionismo de los jueces, o más concretamente, los esfuerzos realizados por los magistrados tendentes a organizarse para la gestión y defensa de sus intereses profesionales, aunque estos deben ser entendidos en un sentido muy amplio y por encima de las simples reivindicaciones materiales.

La existencia de diferentes asociaciones o inclusive de sindicatos, pero sobre todo de tendencias o corrientes, ha caracterizado el proceso de democratización no solo en los órganos de autogobierno, sino, lo que es aún más importante, dentro de la propia administración de justicia.

Las alternativas del proceso que llevó a la reconstitución de la "Associazione Nazionale di Magistrati" en Italia, desde el nacimiento de la República (1945) hasta 1974, y toda la lucha política interna en ella con la constitución, división y unificación de tendencias o corrientes, reflejan con bastante fidelidad las tensiones y conflictos acaecidos en la sociedad italiana en el mismo período[29]. Con ese panorama queda patentizada —pese al gran contraste ideológico que ha dividido a los jueces— una gran conquista social como es el acercamiento de los ciudadanos, mediante la difusión pública, al tema de

[28] En *El autogobierno de la justicia*, ob. cit., pág. 14.

[29] Ver por todos el completo trabajo de R. CANOSA y P. FEDERICO, *La magistratura in Italia dal 1945 a oggi*, UPM 16, Bologna, Il Mulino, 1974.

los modos de concebir la función judicial y, particularmente, las relaciones entre justicia y política, entre juez y sociedad.

Sin embargo, esa situación de contraste ideológico ha sufrido una progresiva radicalización que ha servido para enfrentar ya no solo orientaciones políticas opuestas, sino también tendencias jurisprudenciales y concepciones del derecho que se inspiran en aquellas. Con ello se vuelve a tocar en esta intervención un tema ya aludido, pero que a través del referido proceso italiano es posible ahora ponerlo en plena evidencia. En efecto, tal como lo ha afirmado tan claramente FERRAJOLI[30], según la orientación tradicional en Italia —y en todos los países de cultura jurídica positivista— representada por las corrientes de magistrados de derecha y centro-derecha, la actividad del juez, como actividad de un órgano autónomo e independiente, institucionalmente delegado a la fiel aplicación de la ley, es una actividad técnica que por definición no debe tener nada de político. El apoliticismo es asumido como sinónimo y condición de imparcialidad y de independencia del juez y, por consiguiente, constituye un principio fundamental de su escala de valores profesionales. Correlativamente, como garantía de apoliticismo e independencia, se reclama la separación del juez de la sociedad civil —entendida esta como ámbito de las dinámicas individuales y de intereses privados y particulares— y, por lo tanto, se produce su integración en el sistema de los poderes del Estado que resulta ser el lugar de encuentro de los intereses generales y el depositario del bien común.

Según una diferente y opuesta orientación, o sea, la de los sectores más avanzados de la magistratura italiana asociada, la actividad judicial presenta, en cambio, una insuperable dimensión política a causa de las inevitables elecciones valorativas que necesariamente intervienen en cada decisión jurisdiccional. Esta orientación se une en las posiciones del grupo de Magistratura Democrática, a la convicción de que en una sociedad capitalista como lo es la italiana, no existen intereses unitarios y homogéneos sino intereses de clase contrapuestos, y al consiguiente rechazo de la concepción idealista del Estado como entidad *super partes*, órgano no de una clase o de una parte sino por encima de las clases y de las partes. El principal peligro para la independencia del juez, concebido como órgano de tutela de las libertades del ciudadano en conflicto potencial con el Estado, se identifica con su gravitación dentro del área del poder y con los innumerables condicionamientos ideológicos y culturales a los que resulta sometido por el ambiente del que proviene y en que vive.

Debe notarse que el contraste entre las dos orientaciones sintetizadas no se produce —sigue diciendo FERRAJOLI[31]— entre quien entiende que la función judicial debe ser politizada y quien cree que ella debe ser apolítica, sino entre quien entiende que la función judicial *es*, porque no puede dejar de ser, política y quien cree que ella *debe ser* apolítica. Es evidente, entonces, que también los jueces que sostienen que la función judicial *debe* ser apolítica, hacen concretamente en el ejercicio de sus funciones, consciente o inconscientemente, políti-

[30] Ver L. FERRAJOLI, *Magistratura democratica e l'esercizio...*, ob. cit. en la nota 8, págs. 105 y ss.

[31] Ver L. FERRAJOLI, ibíd., pág. 106.

ca. Por lo tanto, el asunto más o menos valorativo del apoliticismo del juez es en realidad un postulado "ideológico" detrás del cual se contrabandea una determinada política de la justicia.

En esos términos (a causa de lo cual alguien ha hablado de "aires italianos" en la crítica al legalismo[32]) aparece hoy también planteada en España la cuestión asociativa de los jueces, la cual, en razón de la juventud democrática del sistema político, implantado por la Constitución de 1978, se encuentra en pleno debate. Sin embargo, no deben desatenderse las valientes luchas llevadas a cabo por las jóvenes generaciones de jueces con espíritu democrático —sobre todo en Catalunya— a comienzos de los años setenta, cuando el régimen aún ejercía una práctica muy represiva (ver los folletos anónimos "El gobierno y la justicia", que se editaron durante tres años —1971, 1972 y 1973— en Madrid, y "Justicia y política" España 1972), reseñadas diez años después por uno de los más conspicuos representantes[33], ahora miembro del Consejo general del poder judicial. En efecto, informa PERFECTO ANDRÉS IBÁÑEZ, que Justicia Democrática de Catalunya comienza ya en 1975 a presentarse públicamente bajo ese nombre, pero que desde mucho antes mantenía estrechas relaciones con las primeras plataformas de oposición democrática al franquismo; por ejemplo con la Coordinadora de Fuerzas Políticas de Catalunya, que aglutinaba desde los sectores democristianos hasta el Partido Comunista de Catalunya. Siguió también muy de cerca el proceso de constitución de la Asamblea de Catalunya, a la que adhirió en el momento de su fundación en 1971, sin participar en la sesión inaugural por razones de seguridad. Inmediatamente después de la muerte de Franco, en diciembre de 1975, Justicia Democrática se incorporó activamente a la Asamblea. Luego se inicia un proceso de sindicación que alcanza plenitud de desarrollo en Catalunya, Galicia, las Baleares y Asturias. Su diversidad respondía principalmente al distinto grado de maduración de la idea sindical en cada una de las respectivas zonas, aunque actuaban sobre estatutos fundamentalmente idénticos. En todos ellos se reconocían como fines de las respectivas organizaciones, aparte de los propiamente corporativos, la defensa de la independencia y el mejoramiento en todos los órdenes del servicio público de justicia, conforme a las exigencias de una sociedad democrática. Sin embargo, los procedimientos judiciales para dirimir sobre la legalidad o la ilegalidad de esos estatutos fueron negativos, lo que señalaba con evidencia que no toda la magistratura estaba aunada por ese espíritu democrático. El proceso constituyente que se abrió entonces y la presunta aparición de disposiciones reguladoras de la materia, hizo entrar en vía muerta las experiencias propiamente sindicales, pero no el movimiento asociativo que mantuvo un considerable desarrollo. El art. 127 de la Constitución, al prohibir la sindicación de los jueces, magistrados y fiscales, y la Ley orgánica del Consejo general del poder judicial, al separar drásticamente a una de otra magistratura y a ambas del secretariado, han venido a poner

[32] Como lo ha hecho A. OLLERO, en *Poder judicial y transición democrática en España*, ob. cit. en la nota 4, pág. 24.

[33] Se trata de P. ANDRÉS IBÁÑEZ, quien lo hace en *Poder judicial y Estado de derecho: la experiencia de justicia democrática*, en "Sistema", núms. 38-39, octubre de 1980, págs. 193-208.

punto final a uno de los más interesantes procesos de lucha por la democracia abiertos en el interior de las instituciones españolas. Precisamente en los últimos meses, dentro de la autorizada Asociación Profesional de Magistrados, se ha reactivado la cuestión de la agrupación de los magistrados judiciales en corrientes y tendencias. Así, el 28 de mayo de 1983 nació en Madrid, por ejemplo, "Jueces para la Democracia", la cual también en Barcelona ha tenido acta de fundación por una treintena de jueces y magistrados el 5 de julio del mismo año. Por otra parte, y en virtud del Estatuto del ministerio fiscal —aprobado el 30 de diciembre de 1981—, el 10 de julio de 1983 se ha organizado el Consejo fiscal, que tendrá como misión asesorar al fiscal general del Estado para el nombramiento de los cargos de la carrera fiscal, conocer los expedientes disciplinarios dentro del cuerpo e instar las reformas convenientes al servicio y al ejercicio de la función del ministerio público; a la constitución de dicho Consejo concurrieron dos candidaturas, una fuertemente democrática que hizo su campaña poniendo el acento en la defensa de la Constitución y la democracia, y otra con fiscales no pertenecientes a la Asociación de Fiscales de las provincias de La Coruña, Valladolid y Cáceres, que obtuvo solamente uno de los nueve puestos que debían llenarse.

—III—

De cuanto ha sido expuesto hasta ahora surge con bastante evidencia cuáles son los momentos o instancias de la administración de justicia en un Estado que pretenda ser social y democrático de derecho en los cuales es necesario profundizar el discurso democrático, si lo pretendido es el acercamiento a la realidad social sobre la que aquella es llamada a pronunciarse. La proclamada pero nunca alcanzada independencia —tanto la externa como la interna— del poder judicial, según lo enseñan las experiencias italiana y española, solo es posible lograrla mediante el cumplimiento de los siguientes postulados básicos:

1) Que el sistema de autogobierno que se modele sea aquel que mejor canaliza las necesarias representaciones de los estamentos judiciales cuyas voces y votos deben ser atendidos sin discriminaciones de carácter jerárquico a la hora de tomar decisiones que afecten el ámbito jurisdiccional, acogiendo, asimismo, un razonado equilibrio con los otros poderes del Estado mediante la presencia de sus representantes en el órgano de autogobierno, como también de los correspondientes a la categoría de los profesionales de la abogacía y de la enseñanza del derecho.

2) Que el proceso de toma de conciencia por jueces y magistrados de que su actividad jurisdiccional es una de naturaleza exquisitamente política, debe ampliarse a la esfera de expresión asociativa de ellos no solo para la defensa de sus intereses corporativos, sino además para concretar la conexión de los intereses sociales de que son portadores, sin llegar a lesionar los que están en juego en los conflictos en que son convocados a mediar.

Un marco de referencias como el esbozado es el que ha permitido a los jueces italianos el haberse pronunciado con tanta autonomía en asuntos donde el propio poder hegemónico ha estado involucrado. Las olas de escándalos

descubiertas por los magistrados independientes y democráticos en los últimos años en Italia —algunos muy vecinos a la reciente realidad argentina (baste mencionar las conexiones rioplatenses de la organización secreta P-2)—, ratifican la necesidad de concretar un programa alternativo de práctica judicial cuando se habla de reforma del poder judicial. Semejante programa, aparte de los puntos básicos sobre los que ha versado esta contribución, ha de contener otros no menos importantes que aquí solo se citarán pero que deben ser acometidos[34].

La efectiva *separación* de la magistratura de los demás poderes del Estado habrá de concretarse también en una revisión de la potestad sancionadora de la Administración, en el sentido de atribuir exclusivamente al conocimiento judicial todas aquellas conductas que se produzcan en el ámbito propiamente penal.

El presumible fortalecimiento del poder judicial impone su *responsabilización política* frente al pueblo, como poder político que es. De tal manera ese control y apoyo, a un tiempo, de la opinión pública hará más firme la independencia ante los demás poderes. Para que esto sea posible, se hace preciso devolver la trasparencia al ejercicio de la función mediante la desburocratización de ella y la búsqueda de nuevas formas que la conviertan en una actividad eficaz e inteligible.

Es necesario proponer un *sistema adecuado de información*, auténtica y definitiva realización del tan fundamental como atrofiado principio de publicidad, generalizable a todas las fases y momentos del proceso. Aquí se comprenden todas las sugerencias en torno al restringido uso del secreto sumarial, como tutela de la presunción de inocencia del imputado, y a la amplia difusión del contenido de los debates en los tribunales colegiados.

Un objetivo que quizás aparezca como ambicioso pero que es absolutamente irrenunciable, es el de arbitrar medios técnicos adecuados que permitan la presencia de auténticos representantes directos del pueblo en todos los niveles de la administración de justicia. Para ese fin, muy bien podría comenzarse introduciendo la institución del *juez o tribunal electivo*, llamado a ejercer, mediante la resolución de los conflictos en su propio ambiente —el barrio, la fábrica, etc.—, una justicia elemental, de dimensiones auténticamente humanas, que se oriente por la vía de la futura y definitiva reasunción por la sociedad de la función judicial mediante sus propias articulaciones. Pero también ya está ahí la justicia de paz, que es la que sin duda ofrece concretas posibilidades de trasformarla en el medio más idóneo para realizar la comunicación justicia-pueblo.

Sin embargo, no cabe duda de que la institución del *jurado*, tan sabiamente introducida por la Constitución argentina (art. 102) prescribiendo que todos los juicios criminales ordinarios se terminarán de ese modo, pero tan olvidada, constituye la mejor manera de acercamiento entre justicia y pueblo. Acaba de replantearse en España la discusión sobre la estricta necesidad de reactivar la institución del jurado, prescripción constitucional también en ese país, o bien implementar la de los escabinos, tan difundida en Francia, Alemania e Italia. Ella constituye el verdadero camino hacia una democratización de la administración de justicia.

[34] Tal como lo propuso para España P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Notas para una posible reforma democrática de la justicia*, en "Sistema", núms. 17-18, abril de 1977, págs. 111-124, especialmente págs. 121-124, y lo ha continuado haciendo hasta el presente.

Por lo que respecta a la *carrera judicial* y a sus serios inconvenientes ya señalados, se piensa en la constitución de un cuerpo de magistrados —integrador también de los futuros de carácter electivo—, democráticamente estructurado, ajeno a toda idea de rango o categoría (determinante siempre de alguna forma de dependencia), en que cada miembro sea apto para cualquier función y esté regido por órganos colegiados de carácter provincial y otro nacional o central, que vendrían a ser los que ejerzan el autogobierno del poder judicial.

De particular importancia es el tema del *ministerio fiscal*, tanto en lo que atañe a su encuadramiento orgánico como al particular estatuto de sus miembros. En orden al primer aspecto, se impone romper su actual vinculación al ejecutivo como paso previo para conseguir un ministerio público efectivamente independiente y capaz de velar con eficacia por la observancia de las leyes en todos los niveles, incluido el público-administrativo. Una posible solución alternativa a este problema es la de colocar al ministerio fiscal bajo el control del Parlamento por medio de una comisión especializada de este y en la que debieran estar representadas todas las tendencias políticas. Esta propuesta supone el establecimiento de una relación directa del ministerio fiscal con el órgano expresivo de la voluntad popular, lo cual permitiría su efectiva responsabilización ante la opinión pública.

La inexistencia de hecho de una verdadera *policía judicial* es generalmente presentada como problema relativo a la "infraestructura" instrumental de la justicia penal, como un problema de "medios" materiales que la administración de justicia tiene siempre planteados; en definitiva, el tema siempre se ofrece como problema "exterior" a la actividad jurisdiccional. Con esa filosofía es con la que tradicionalmente ha debido ser la policía de seguridad la que asumiera las funciones de carácter judicial, con lo cual ya el juez no solo ha dejado de dirigir las medidas instructorias, sino que ha pasado a *depender* de la propia policía. En este sentido la policialización del proceso penal es un hecho absolutamente comprobado. Como es obvio, si esa función instructoria se contempla en el ámbito de la investigación de lo que hasta ahora ha sido llamado legislación antiterrorista, entonces puede hablarse de *militarización*. La dialéctica policía-justicia tiene en la Argentina connotaciones muy particulares que, por más que sea una cuestión muy antigua y hasta casi aceptada en los términos que aparece planteada, es precisamente uno de los temas capitales por donde empezar el proceso de democratización de la administración de justicia. Porque tan cierto es que no hay policía eficaz al margen de la más rigurosa observancia de los preceptos constitucionales, como que no puede haber una justicia digna que no controle y dirija de hecho y de derecho todo lo que se hace en su nombre.

II

ESTRUCTURA JURÍDICA Y ESTADO EN AMÉRICA LATINA

por

JUAN BUSTOS RAMÍREZ
Universidad Autónoma de Barcelona

—I—

Con mucha razón, últimamente los pocos autores que se han preocupado del tema, como GARZÓN VALDÉS y GARCÍA MÉNDEZ[1], han advertido que hay gran escasez de trabajos críticos referentes a la estructura jurídica en el ámbito latinoamericano.

Ello es particularmente extraño, ya que, en cambio, otras áreas — como la de la estructura económica y la estructura social en general— han sido amplia y profundamente tratadas y se han producido aportaciones importantes en sus campos respectivos. Más aún, la propia problemática del Estado, como aparato organizativo y de control, ha sido abordada críticamente en el último tiempo: baste citar, al respecto, los trabajos de NORBERT LECHNER, entre otros[2]. Esto redobla, pues, la extrañeza sobre el hecho de que la estructura jurídica no haya recibido mayor atención, porque un estudio del Estado moderno lleva necesariamente aparejado el introducirse, en una perspectiva democrática, en la problemática del llamado Estado de derecho, y, por lo tanto, resulta esencial para su comprensión el análisis de la estructura jurídica.

Quizá podría plantearse la hipótesis, parafraseando a MICHEL MIAILLE[3], de que el derecho y la estructura jurídica a causa de los juristas en Latinoamérica, han sido considerados como más allá del sistema social burgués concreto, y por ello mismo, también el Estado de derecho. Lo cual, a su vez, implicaría dotar a la estructura jurídica de atemporalidad y aespacialidad, por una parte, y que es posible, por otra, llevar a cabo un estudio "puro" del derecho y exclusivamente inmanente a él, esto es, sin referencia alguna a otros aspectos del sistema social o del Estado. Por último, que se trataría entonces de un elemento neutral y vacío de toda materialidad y que se podría cambiar arbitrariamente según la voluntad de los que detentan el poder[4].

[1] ERNESTO GARZÓN VALDÉS, *Las funciones del derecho*, en "Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca", núm. 3, 1982, págs. 21-47.

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ, *Autoritarismo, institucionalización y control social (en el Cono sur latinoamericano: Argentina, Uruguay, Chile)*. Tesis doctoral, Saarbrücken, 1983.

[2] Cfr. NORBERT LECHNER, *Presentación* y *Epílogo*, en *Estado y política en América Latina*, México, Edit. Siglo XXI, 1981, págs. 7-24 y 300-334; *El proyecto conservador y la democracia*, en *Autoritarismo y alternativas populares en América Latina*, San José de Costa Rica, Flacso, 1982.

[3] Cfr. MICHEL MIAILLE, *L'État du droit*, Grenoble, Edit. Maspero, 1978, pág. 20.

[4] Es un ejemplo muy ilustrativo al respecto el de la Constitución brasileña de 1967, conforme a la cual y según la reforma de 1969, el Presidente puede derogar, después de consultar al Consejo nacional de Seguridad, cualquier acta institucional si considera innecesarias sus disposiciones.

Si recorremos la historia de los diferentes países latinoamericanos y su situación actual, las aseveraciones anteriores encuentran un alto grado de confirmación. Poco tiempo después de producida la Independencia, se trasladan a Latinoamérica todos los códigos y concepciones jurídicas vigentes en Europa: en una primera época, especialmente los imperantes en España, Portugal y Francia; posteriormente, hacia fines del siglo XIX empieza a tener gran importancia Italia. Además, en aquellos países que ata el federalismo, como es el caso argentino, se hace presente también en el ámbito constitucional el sistema jurídico de Estados Unidos. En el siglo XX, comienza a ejercer influencia cada vez más creciente la legislación alemana.

Hoy podemos observar que el Código Penal del Paraguay es muy semejante al de la Argentina y al de Venezuela, puesto que todos ellos proceden en gran medida del C. P. italiano de ZANARDELLI, o que el C. P. del Perú es muy parecido al de Suiza, o que los constitucionalistas argentinos siguen muy de cerca el desarrollo de los precedentes en Estados Unidos o Inglaterra, etc. Junto a ello hay que señalar que las aportaciones más interesantes hechas últimamente en el campo de la lógica y el lenguaje jurídico, se deben a profesores argentinos —en Buenos Aires—, como ALCHOURRÓN o BULYGIN, entre otros; que, por otra parte, donde mayor repercusión y efecto tuvieron las posturas del positivismo italiano fue en Latinoamérica[5]. Lo mismo puede afirmarse sobre la teoría pura del derecho de HANS KELSEN[6].

También hay que poner de relieve que la maraña legislativa de cualquier país latinoamericano poco se diferencia respecto de la de cualquier país europeo. Al mismo tiempo, con gran movilidad en las leyes, que están continuamente recibiendo trasformaciones, en Venezuela se cuenta ya con el octavo Código Penal y con un sinnúmero de proyectos. En Chile, en muchos campos no se sabía qué era lo que estaba vigente: tal era el cúmulo de sucesivas modificaciones, especialmente en el ámbito de las leyes del trabajo y tributarias. Ello permitió justamente al gobierno de Salvador Allende desempolvar antiguos decretos leyes del año 31 sobre expropiación —de la época de la República socialista—, que, a pesar de todas las modificaciones posteriores, seguían vigentes.

Este manifiesto interés por la ley y el derecho ha llevado a que en la Universidad de Buenos Aires hubiese, entre los años 1974 y 1975, alrededor de 25.000 a 30.000 estudiantes de Derecho, sin mencionar los matriculados en las otras tres Facultades de esa ciudad, o a que en Colombia casi cada ciudad tenga su Facultad de Derecho, y en Bogotá, ya más de doce.

Planteada así la situación existente en Latinoamérica en el ámbito del derecho, habría que preguntarse si como Estado, y además como país, Perú es igual a Suiza, o Paraguay a Venezuela o Italia, etc. Habría que indagar si el hecho señalado por economistas y sociólogos, de que los países de Latinoa-

[5] Sobre la influencia del positivismo en relación con el control social, véase ROBERTO BERGALLI, *Reflexiones sobre el control social en América Latina*, en *Control y dominación*, por MASSIMO PAVARINI, México, Edit. Siglo XXI, 1983, pág. 211 y ss.

[6] Aun se planteó una superación de las tesis de KELSEN por medio de la llamada teoría egológica de COSSIO.

mérica pertenecen al capitalismo periférico o a países subdesarrollados, en que el subdesarrollo no es precisamente una etapa previa al desarrollo, sino una vía paralela, es un obstáculo para que en relación con la estructura jurídica los juristas puedan homologarla sin más con la de los países desarrollados.

En definitiva, estas cuestiones llevan necesariamente a preguntarse, como lo ha hecho últimamente GARZÓN VALDÉS[7], por las funciones que en el ámbito latinoamericano cumple el derecho, entendiendo por tal tanto las relaciones jurídicas estatuidas como la labor doctrinaria.

Desde esta perspectiva, con las matizaciones correspondientes, podría plantearse una segunda hipótesis, esto es, la de que los planteamientos del hemisferio norte, o mejor, del capitalismo desarrollado actúan con signo inverso en el hemisferio sur, o mejor, subdesarrollado. En otras palabras, que el efecto de determinados elementos socioestructurales de países desarrollados es justamente el contrario en países subdesarrollados. Quizá tal hipótesis se podría relativizar en el sentido de las formulaciones últimamente efectuadas por OFFE[8], es decir, que si bien en una sociedad postcapitalista compleja sus fallos no aparecen en su desenvolvimiento normal, sí lo hacen, en cambio, cuando se llega a puntos críticos, que entonces no solo serían los internos a una sociedad desarrollada, sino que también abarcarían las esferas periféricas. En suma, que en los subsistemas marginales, constituidos por los países latinoamericanos, aparecerían con toda su crudeza los fallos del sistema social burgués y, por lo tanto, del Estado de derecho y consecuentemente de su estructura jurídica. Todo ello, sin embargo, no se ha tenido en cuenta por los juristas, que solo se han preocupado de un estudio dogmático del derecho, como verdades absolutas, tanto atemporales y aespaciales, según ha sido puesto de relieve, desde un punto de vista estrictamente jurídico, por NINO[9].

—II—

A fin de poder llevar a cabo un análisis con cierta profundidad, consideraremos cuál ha sido la función desempeñada por el derecho en los países de Europa continental. Al respecto podría decirse que ha cumplido una triple función: por una parte, como ideología, esto es, implicando la reafirmación de un determinado sistema de ideas, es decir, la autoconstatación, mediante el Estado, de un conjunto de valores del sistema burgués; por otro lado, ha tenido la función de regular un determinado pacto o consenso social, esto es, incorporar también al sistema de valores, en mayor o menor medida, las aspiraciones de todas las clases o grupos sociales existentes en la sociedad, sobre todo de los trabajadores; y, por último, una esencial función de garantía del individuo frente al Estado, que viene de la Carta Magna en adelante y que se ha plasmado en el reconocimiento de los derechos humanos o derechos

[7] Cfr. ob. cit., nota 1.

[8] Cfr. CLAUS OFFE, *Strukturprobleme des kapitalistischen Staates, Suhrkamf 549*, 4ª ed., Frankfurt am Main, 1977, págs. 65 y ss.

[9] Cfr. CARLOS SANTIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, México, 1974.

fundamentales del individuo y que, en definitiva, representa el triunfo de la racionalidad laica sobre cualquiera otra consideración metafísica.

Como condición básica para el cumplimiento de esas tres funciones en su conjunto, el derecho de un Estado de derecho democrático —desde el punto de vista de su trasparencia, de su expresión de consenso en la sociedad y de la participación de los ciudadanos en su formación— requiere necesariamente del principio de legalidad. Es decir, que la ley escrita —por su proceso de gestación, que trae aparejada la llamada división de poderes— implica el máximo de representación y participación de toda la sociedad en cuanto a los valores que aparecen autoconstatados en el sistema.

Si se considera, por ejemplo, la Constitución española de 1978 —y también sus modelos: la Constitución italiana y la Ley Fundamental alemana— se apreciará sin lugar a dudas que la ley ocupa un lugar preeminente y precedente respecto de cualquiera otra fuente del derecho, y que entonces el ensamble de relaciones jurídico-sociales está basado sobre la trasparencia de una discusión de representantes, que se estima que responden por y ante la amplia gama popular de los representados. De este modo aparece garantizada la legitimidad del sistema, la ley se corresponde con los valores y la actitud de los representados y, además, estos disponen de los medios, de todo tipo, para ir variando tanto interpretativamente como por reforma los aspectos críticos que puedan producirse, así por la aplicación de las leyes como por cambio en sus propias actitudes.

En el sistema burgués instalado en Europa, la estructura jurídica cumple, pues, un papel esencial. Más aún, como producto de una lucha de varios siglos se ha producido una legalización de los derechos humanos o fundamentales del hombre, dotados entonces de las suficientes garantías constitucionales, con lo cual se impide o se intenta impedir una intervención abusiva del Estado en el desarrollo del individuo, pretendiéndose de este modo supeditar el Estado al individuo.

Ahora bien, como se ha dicho, al leer la legislación de cualquier país latinoamericano —Paraguay, El Salvador, Guatemala— podrá observarse, en primer lugar, que no existen mayores diferencias esenciales con la correspondiente al país europeo del cual procede (Francia, Portugal, Italia, España o Alemania); que, por otra parte, en las Facultades de Derecho los programas son también similares en *curriculum* y contenido. Además, en todos ellos y desde el siglo pasado, también la ley ocupa un lugar preeminente y precedente en la estructura. ¿Querría decir esto, entonces, que la ley al igual que en cualquier país europeo daría legitimidad al sistema mediante un proceso diáfano de participación y discusión?

Para una mejor percepción de esta problemática, podría dividirse a los países latinoamericanos en tres grupos:

a) Países en que, por diferentes circunstancias —no es finalidad de este trabajo el analizarlas—, gran parte de la población está al margen de una relación social jurídico-legal. Se trata, en general, de países con mucha incidencia del campesinado, que, a su turno, es o indígena o mestizo reciente o no

integrado o negro[10]. Dicho campesinado, por una parte, fundamentalmente a causa del analfabetismo, y, por otra, por sujeción a sus antiguas costumbres y tradiciones, queda fuera de la actitud legalista del sistema social burgués implantado. La ley se trasforma así en un instrumento manejado por una pequeña *élite* urbana —no toda, ya que el campesinado urbanizado marginal tampoco participa en ella— y no es, en consecuencia, un vehículo de participación y discusión trasparente, sino, todo lo contrario, un vehículo de dominación o implantación coercitiva de un sistema sobre amplios sectores de la población. En esta forma, la ley, y por lo tanto el derecho, se convierte no en un elemento de integración, sino en un elemento de crisis y contradicción constante dentro de las relaciones sociales generales del país. Se trata de países que, a lo más, desde el punto de vista jurídico, podrían acercarse, cuando hay buena intención, a una especie de despotismo ilustrado.

b) Países en que, por diversas circunstancias, gran parte de la población se ha incorporado a la relación social jurídico-legal. Se trata de países que, fundamentalmente gracias a la segunda guerra mundial, pudieron desarrollar una importante industria de sustitución de importaciones, lo cual provocó un mayor o menor predominio del trabajador urbano[11], que entró entonces en un mayor contacto con el progreso y la historia de los trabajadores urbanos de la sociedad burguesa desarrollada o del capitalismo central. Las vías políticas de esta incorporación son diferentes según los países; así, en Chile es el Frente Popular de Aguirre Cerda, y en la Argentina, el peronismo, lo que marcará profundamente la historia de ambos países. En el primero son claramente los partidos los que llevan a cabo el cambio; en el segundo, un movimiento, que traspasa toda la sociedad civil por encima de cualquiera otra visión de carácter grupal social (religiosa, intelectual, juvenil, femenina, etc.). Estos países presentan una sociedad compleja y, por lo tanto, más semejante formalmente a la sociedad burguesa de los países del capitalismo central. No hay duda de ello, pero con matizaciones profundas, ya que siguen siendo países subdesarrollados —desde el punto de vista social y económico— y, desde un punto de vista jurídico, continúan existiendo amplios sectores de la población no integrados a la relación social jurídico-legal (un buen porcentaje de analfabetos urbanos, gran parte del campesinado, el resto de indígenas, etc.).

En estos países, de todos modos podría pensarse que el derecho legal cumple la misma función de condición básica que en los países desarrollados. Sin embargo, ello requiere un mayor análisis, en general no hecho hasta el momento, salvo, especialmente, los citados trabajos de GARZÓN VALDÉS, GARCÍA MÉNDEZ y ya antes, en parte, de NOVOA MONREAL.

Respecto a los planteamientos de NOVOA MONREAL[12] sobre el problema, habría que hacer algunas gradaciones. Para dicho autor, el problema funda-

[10] Sobre planteamientos teóricos respecto a las clases sociales en este tipo de países, véase, entre otros, ANÍBAL QUIJANO, *Clases sociales y Estado en el Perú: 1895-1930*, en *Clases sociales y crisis política en América Latina*, 3ª ed., México, Edit. Siglo XXI, 1981, págs. 113-150; ERNEST MANDEL, *Comentario*, en ob. cit., págs. 352 y ss.

[11] Puede afirmarse que en estos países hay una "modernización temprana" (cfr. SERGIO ZERMEÑO, *Las fracturas del Estado*, en *Estado y política en América Latina*, México, Edit. Siglo XXI, 1981, págs. 68 y ss.

[12] Cfr. EDUARDO NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, México, Edit. Siglo XXI, 1975, págs. 31 y ss., 56 y ss., 160 y ss.

mental reside en que el derecho latinoamericano sería obsoleto, producto del conservatismo de los juristas y a causa de que la ley, por su propia estructura inflexible, estaría siempre a la zaga del curso del desarrollo social —o sea, que aquella es estática y este es dinámico—.

Si bien todo ello podría aceptarse como problema real, pensamos que no afecta al núcleo de la cuestión jurídica de un Estado de derecho, que es dar efectiva participación a todos en las decisiones dentro del sistema social. Es decir, que los aspectos señalados por NOVOA podrían ser solo signos o bien consecuencias de una defectuosa participación de los ciudadanos. Por otra parte, desde un punto de vista estrictamente técnico la inflexibilidad de la ley se ha podido en gran medida superar mediante las leyes marco, las leyes base, el decreto-ley, la legislación delegada, etc. Especialmente en todo un amplio campo de las relaciones sociales más dinámicas, y solo en el caso de los principios básicos de un sistema, que de por sí no tienen la misma movilidad que otras áreas, como es lógico, aparece la inflexibilidad clásica. Además, tampoco en relación con la inflexibilidad de la ley podría decirse que los países latinoamericanos tienen un desarrollo social más complejo y dinámico que los industrializados. Muy por el contrario, como ha sido señalado en todos los últimos informes sobre las relaciones Norte-Sur o de desarrollados y subdesarrollados, el abismo entre ellos es cada vez mayor y aun en el caso de países de gran potencial, como México y Venezuela.

La cuestión que debe dilucidarse es la de si la relación jurídico-legal desempeña un papel completamente distinto en los países de este grupo con respecto a los del primero.

Aquí sí estimo que son muy útiles las observaciones que hace NOVOA MONREAL acerca del papel que han cumplido los juristas. Ya desde el siglo pasado, con la figura jurídica casi legendaria de ANDRÉS BELLO —o bien de J. B. ALBERDI y VÉLEZ SARSFIELD en la Argentina—, es el jurista el *hacedor del derecho y de los códigos*. El derecho y la ley aparecen como una actividad desligada de la relación social concreta, como un ámbito propio ajeno a una sociedad determinada, y más bien, como el esquema ideal de un determinado sistema global: el de la sociedad burguesa. Es por eso, pues, por lo que basta con un estudio puro o dogmático de él mismo para poder, sin más, trasladar las leyes y códigos desde aquellas sociedades burguesas desarrolladas a las subdesarrolladas. En definitiva, el derecho se convierte en pura ideología, como señala GARZÓN VALDÉS, en metafísica; no es de extrañar, entonces, la importancia y desarrollo del lenguaje y la lógica jurídica de la teoría pura del derecho de KELSEN.

En otras palabras, no hay mayor diferencia tampoco entre la estructura jurídica de este grupo de países y la de los del anterior; en todo caso son menores que las existentes entre estos y las sociedades burguesas desarrolladas. En razón del sistema existente, de carácter capitalista burgués, surge como tendencia predominante la de considerar la estructura jurídica como propia e inmanente cualidad del sistema y desligada de la sociedad concreta. De ahí, por lo tanto, que este conjunto de ideas puras del sistema pueda implantarse por el jurista, mediante la ley, para cumplir en las sociedades latinoamericanas la misma función racional y comunicante que en aquellas. Sin embargo, como

ya hemos dicho al principio, los signos se invierten, la ley pasa a ser un juego de abalorios, sin efectividad, y más bien, nuevamente una forma de dominación de determinados grupos de poder sobre la mayoría de la población o, a lo más nuevamente, una especie, en el mejor de los casos, de paternalismo ilustrado.

Se pueden dar ejemplos claros de cómo se ha trasladado sin mayor revisión toda la mitología existente en cuanto a las relaciones jurídicas. Así, sin mayor análisis, se viene afirmando que en Latinoamérica, al igual que en Europa, existe la división de poderes y que el poder judicial es también un poder junto al legislativo y al ejecutivo. Sin embargo, así como en la Alemania nazi o en la Italia fascista no se necesitó reestructurar el llamado poder judicial, al revés del legislativo y el ejecutivo, también en Latinoamérica el dictador de turno o los actuales regímenes autoritarios del Cono sur, no han necesitado reestructurar en lo más mínimo el poder judicial. Más aún, el llamado poder judicial ha dado legitimidad y continuidad histórica jurídico-institucional a los regímenes militares del Cono sur. Ello en verdad tiene que plantear dudas evidentes sobre el carácter de la organización judicial —por cierto que cuando se habla de *poder* en un Estado de derecho democrático, lo que se está significando es la existencia de un enclave relativamente autónomo de representación popular, con vías abiertas de participación para los ciudadanos—. Ahora bien, ello es totalmente ajeno al denominado poder judicial, que aparece como una especie de organización total, piramidal, surgida por cooptación y dependiente del sistema como tal, de la ideología jurídica; el derecho lo hacen los juristas y los jueces, ambos como los sumos sacerdotes del sistema. No es de extrañar, por eso, que dos organizaciones muy semejantes en su estructura, como la militar y la judicial[13], aparezcan entonces unidas en la cruzada de salvación de la civilización cristiano-occidental en los países del Cono sur. Luego, mientras que en los países burgueses desarrollados, con las matizaciones ya hechas, en todo caso la función judicial es garantizar al ciudadano la racional aplicación de la ley, es decir, se trata de garantizar aquí y ahora al ciudadano y no solo en forma abstracta y general como lo hace la ley, en los países latinoamericanos el juez tiende a reafirmar aquí y ahora la ideología del sistema, estableciendo una metalegalidad, llegado el caso, en cuanto sacerdote del derecho. Un ejemplo muy elocuente de ello, entre muchos otros, es el citado por EDUARDO NOVOA en relación con la Corte Suprema chilena en una casación de un asunto laboral. Se trataba de un de mozo del Club de la Unión —institución a la cual pertenecen la alta sociedad chilena y los miembros de la Corte Suprema— que había demandado a esa empresa por incumplimiento de las prestaciones sociales laborales. La Corte Suprema afirmó que el club era una familia, y que, por lo tanto, el mozo no podía reclamar sobre la base de las relaciones laborales generales, sino solo por las muy restringidas del criado de una casa de familia. Hoy esa misma Corte Suprema, por un simple recurso de aclaración, que tiene por objeto subsanar problemas

[13] Con respecto a esta semejanza, cfr. ANÍBAL PALMA, *Poder judicial-Fuerzas armadas* en *La lucha por la democracia en América Latina*, Guadalajara, Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 1981, págs. 153-160.

formales de lenguaje, ha modificado un fallo respecto de la revista "Apsi" cerrada por el gobierno, en el sentido propiciado por este, de que solo puede incluir artículos de materia internacional, pero no inmiscuirse en las cuestiones internas del país. Cuando la ley no es suficiente como vehículo de la ideología del sistema, entonces la jurisprudencia, mediante el vehículo de la metalegalidad, reafirma dicha ideología; en definitiva, pura metafísica. El ciudadano queda, no formalmente pero sí materialmente, ajeno a la relación jurídico-legal. Se produce un divorcio entre realidad social y derecho; el derecho y la ley surgen como factores claros de dominación y no como vías de participación y discusión en las decisiones. El Estado de derecho democrático aparece así por completo subvertido, aun cuando aparentemente suenen las mismas voces de este lado del océano y del otro, aunque aparentemente se hallen escritos los mismos signos y se puedan leer las mismas frases.

c) Países en que una gran parte de la población es excluida de las relaciones jurídico-legales en virtud de la doctrina de la seguridad nacional[14]. En el último tiempo ha habido países que, de un modo o de otro, han tendido a romper el esquema jurídico-legal mencionado y a instituir una real participación en las decisiones y al establecimiento de leyes no solo válidas, sino también efectivas. Tal fue el caso de Chile, en primer lugar, del Brasil, del Uruguay, de la Argentina —y ya mucho antes, de la Guatemala de Arévalo y Arbenz—. En los países del Cono sur, en los cuales había existido ya una fuerte acometida de la población en la relación social jurídico-legal, también cada vez con mayor fuerza apareció la exigencia de una participación en las decisiones, de dejar de considerar al derecho como pura ideología o una cosa de los juristas y jueces e ir realmente hacia la configuración de un Estado de derecho democrático, en cuanto fuera un derecho aquí y ahora, de esta sociedad, y que garantizase la participación del ciudadano y, a la vez, su posición frente al Estado.

Era pues necesario buscar una nueva legalidad que permitiera salvar la ideología jurídica en crisis y, en definitiva, encontrar un medio de excluir nuevamente a una parte de la población —como en el caso de los países del grupo a)—, de la relación social jurídico-legal. Es muy claro al respecto el planteamiento del ideólogo chileno de la Junta, JAIME GUZMÁN, para quien todo se debe a la irrupción en la vida nacional, de la masa desorganizada[15]. La base para ello la dio la doctrina de la seguridad nacional: se está ante una guerra total y, por lo tanto, solo son nacionales los que se acomodan completamente a los principios de salvación de la civilización cristiano-occidental, que solo pueden ser dictaminados por aquella institución "no contaminada" —como dice en Chile el ideólogo ya mencionado—, esto es, las Fuerzas Armadas[16]. (Y a ellas también se podría agregar el llamado *poder judicial*,

[14] En relación con este tipo de países hay últimamente una vasta literatura; véase, entre otros, MIGUEL ROJAS MIX, *Maurras en América Latina* en *La lucha por la democracia en América Latina*, ed. cit., págs. 69-79; MANUEL ANTONIO GARRETÓN, *El proceso político chileno*, Flacso, 1983; ALAIN ROUQUIÉ, *Pouvoir militaire et société politique en République Argentine*, Presses de la Fondation National de Sciences Politiques, 1978.

[15] JAIME GUZMÁN, *El sentido de la transición*, en revista "Realidad", núm. 38, julio de 1982, pág. 6.

[16] Cfr. JAIME GUZMÁN, art. cit., págs. 8, 16 y ss.

pues también aparece como ajeno a la política, neutralmente superior y valioso). Se trata pues, primero que nada, de vencer al enemigo interno, de aniquilarlo: por eso se debe recurrir también a las Fuerzas Armadas, ya que se trata de una guerra contra los no nacionales internos. Este concepto se legaliza y así aparece en los arts. 8° y 9° de la Constitución chilena dictada por el gobierno de Pinochet. El primero de dichos artículos señala que "todo acto de persona o grupo destinado a propagar doctrinas que atenten contra la familia, propugne la violencia o una concepción de la sociedad, del Estado o del orden jurídico de carácter totalitario o fundada en la lucha de clases, es ilícito y contrario al ordenamiento institucional de la República". En el art. 9° se declara que es terrorismo cualquier forma que viole los derechos naturales del hombre y que *una ley posterior describirá dichas conductas*. Algo parecido surge en el Uruguay de la ley 14.068 del 1° de julio de 1972 y de los decretos 1788/67 y 1026/73 y del acta institucional núm. 4 del 1° de setiembre de 1976. En la Argentina, del acta institucional del 18 de junio de 1976, sobre la base de todo aquello que ataque el "interés nacional", y de las leyes 21.264, 21.323 y 21.459.

Estos regímenes se caracterizan también por una estricta legalización —en el sentido de derecho escrito— de las relaciones sociales. En tal sentido la ley adquiere un carácter más extremo que en los países del primer grupo, pues en forma totalmente consciente y definida solo está referida a un pequeño grupo de sujetos del país y, por otra parte, es solamente el producto de un determinado grupo de personas. Como los juristas nunca aparecen como los hacedores de la ley y el derecho, el poder legislativo, reducido a la junta militar respectiva, tiene un consejo asesor de juristas, que es el que redacta las leyes. La ley surge así, y también el derecho —según ya lo dijo RADBRUCH—, de quien tiene el poder para imponerla, y como tal poder lo tienen las Fuerzas Armadas, la ley representa la fuerza y no un proceso trasparente de participación y es, al mismo tiempo, la esencia más característica de una ideología.

—III—

Una vez realizada esta breve incursión en esta triple tipología de diferentes sistema jurídicos, se pueden hacer algunas observaciones globales, teniendo en cuenta que no es posible una generalización.

En suma, puede decirse que, en mayor o menor medida, la estructura jurídica latinoamericana se da como una pirámide con su vértice desgajado de la base: hay un salto o ruptura entre el vértice y la base. La ley que representa el vértice, surge solo desde el vértice hacia abajo, pero no logra salvar el espacio de ruptura con la base, con lo cual pierde toda efectividad y ello proporciona una constante contradicción y crisis al sistema jurídico en su totalidad, que provoca una continua reforma y una abundancia cada vez mayor de disposiciones legales. Por otra parte, la relación jurídica que está en la base tampoco consigue ascender hasta el vértice, a causa de la interrupción que existe con él, y, por lo tanto, también pierde efectividad al no lograr comprender todo el conjunto de la sociedad. Hay, en cierto modo, un poder

dual y desfasado, que inmoviliza y distorsiona todo el sistema jurídico-social. El vértice actúa como un subsistema, el fundamental por ser el superior, pero también la base obra como un subsistema, sin que haya ninguna posibilidad de contacto y coordinación; el sistema jurídico está condenado al fracaso. Como un modo de salvarlo surge, en alguna forma, la doctrina de la seguridad nacional, que pretende mediante la fuerza imponer la legalización hasta la base, es decir, salvar el quebrantamiento de la pirámide mediante solo la fuerza; los resultados de ello están a la vista en los países del Cono sur: también ha sido un fracaso.

Hay pues en todos los países latinoamericanos, en mayor o menor grado, una gran contradicción. En la medida en que la ley *solo tiene como función la de ser derecho escrito*, es únicamente signo de dominación o pura ideología de una *élite* o de determinados grupos de la sociedad. En cuanto la ley no solo quiere ser derecho escrito, sino además significar la participación de toda la población, resulta un elemento disolvente de la ideología dominante, y los grupos sociales reaccionan entonces en su contra. Combaten la legalidad —aun cuando ellos mismos la hayan erigido— mediante el recurso a una metalegalidad, la salvación de la civilización cristiano-occidental, con lo que restablecen *la ideología* que representa el sistema "puro" burgués como tal, sin consideración a la sociedad concreta de que se trata.

Es decir, que mientras que en los Estados de derecho europeos de la sociedad burguesa desarrollada, el derecho escrito, esto es, la ley, tiene como función básica la de dar cauce a un proceso trasparente de participación y discusión en las decisiones, lo que es fundamental para la constitución de un Estado de derecho democrático, en los países latinoamericanos, en cambio, ese derecho escrito tiene una función inversa, los signos se cambian. En efecto, el derecho escrito, la ley, no es garantía, sino arbitrariedad; representa solo la fuerza del que lo impone y, por otra parte, encubre —no es trasparente— un proceso de pura dominación o manipulación. Con ello hay, pues, siempre una constante contradicción entre las visiones de los países centrales de la sociedad burguesa desarrollada y los periféricos. Aquellos tienden a entender por ley en los países subdesarrollados, todo derecho escrito, y, por lo tanto, a privilegiar el solo hecho de que tal situación se verifique; por eso tales regímenes —también los dictatoriales— son muy celosos de una legalización extrema de sus actividades. Con lo que, sin embargo, los países del capitalismo burgués central se reconocen solo en la ideología imperante, de lo cual es vehículo la ley. Por el contrario, cuando la ley adquiere el mismo papel que en aquellos países, esto es, tiende a ser un proceso trasparente de participación y discusión en las decisiones, con lo cual se producen caminos diferenciados de carácter democrático respecto a los países del capitalismo burgués central, reaccionan no solo los grupos internos ligados a estos, sino también enérgicamente, la burguesía de aquellos países. Existe la tendencia a un sistema global totalizante y no plural. Se da una disyuntiva casi insalvable. La ley ideológica nada tiene que ver con la ley del Estado de derecho democrático, desarrollada desde hace mucho tiempo y cada vez más perfeccionada, con todas sus limitaciones, por las burguesías

europeas; sin embargo, es esa ley ideológica la que ellos apoyan, por un mimetismo mecánico de carácter ideológico. En cambio, la ley como función participativa de los ciudadanos es rechazada, pues implica una diferenciación con los Estados centrales, a pesar de que ello justamente viene a profundizar el Estado de derecho democrático. Esto ratifica, en cierto modo, que las vías de los países desarrollados y subdesarrollados, según lo han señalado los sociológos de la dependencia, no son continuas, sino paralelas, y ese paralelismo, aunque sea democrático, aparece como contradictorio para los países del capitalismo central.

Como una breve acotación final retomemos los planteamientos iniciales. Los signos son inversos al Norte y al Sur, tanto desde el punto de vista socioeconómico como del jurídico; la ley, que es el vehículo más preclaro para un Estado de derecho democrático, por las funciones que ella cumple, en los países del Sur representa, al contrario, el vehículo más preclaro de dominación y manipulación. Y eso no tanto por la ley misma, sino porque se distorsiona lo básico de ella dentro de un Estado de derecho democrático y que es lo que justamente hay que asegurar conforme a las condiciones precisas de cada sociedad. Luego lo importante es asegurar un instrumento que sea realmente —casi con seguridad solo la ley— expresión y participación efectiva de toda la población en las decisiones fundamentales del sistema. Es ello lo que tiene que hacerse respetar tanto interna como externamente por los pueblos de nuestra América. En ese sentido, el derecho juega un papel esencial e ineludible, que ideológicamente siempre ha sido escamoteado por los sectores conservadores, y no suficientemente apreciado, a causa de su dogmatismo, por los sectores de izquierda. Recogiendo las palabras iniciales, el derecho, por culpa de los juristas en Latinoamérica, ha sido considerado como ajeno al sistema social existente en nuestros países. Es hora, pues, de que desde una consideración crítica se entienda que el derecho es parte de las relaciones sociales concretas que se dan en los países latinoamericanos. Por una parte, ello implica revelar la dominación que se produce mediante él, las contradicciones que se originan, sus limitaciones; pero también, señalar el papel ineludible que tiene que desempeñar en un Estado de derecho democrático y social. Hoy en Latinoamérica no basta con la existencia de un Estado de derecho, es decir, que las reglas del Estado en su conjunto estén definidas jurídicamente —a lo cual tampoco llegan los países del Cono sur—; es indispensable que se trate de un Estado de derecho democrático, esto es, que dichas reglas definidas jurídicamente sean el producto de un proceso de participación de todos los ciudadanos y el pueblo en su conjunto. Pero, más aún, es preciso que se trate de un Estado de derecho democrático y social, es decir, que además reciban consideración las necesidades de todos los miembros de la sociedad, en forma igualitaria, en esas reglas definidas jurídicamente.

Para terminar, recogiendo una idea clave del libro de RUSCHE y KIRCHHEIMER, diremos que si bien es cierto que un sistema jurídico cumple determinados fines en una sociedad, es imposible comprenderlo solo a partir de ellos. Hay que entenderlo, pues, como un fenómeno social, y por lo tanto, explicable únicamente a partir de la realidad de una sociedad determinada[17].

[17] Cfr. RUSCHE y KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, trad. de Emilio García Méndez, Bogotá, Edit. Temis, 1983, pág. 4.

I

INTRODUCCIÓN

Desde los estudios de QUETELET y VON MAYR[1] la relación entre delito y ambiente social ha sido objeto de frecuentes investigaciones que parecen haber dejado claramente establecido el origen social de la mayor parte de los delitos contra la propiedad y el orden público. Dicha relación permanece constante, así nos enfrentemos con variaciones en el delito resultantes de cambios económicos temporarios o con profundos cambios estructurales como el aumento de los fraudes, producto de la creciente presión sobre las clases medias en un mundo cuya organización tiende a desplazarse de una relativa libre competencia al capitalismo monopólico.

A pesar del incremento de los estudios de sociología criminal, el desarrollo histórico de los sistemas punitivos constituye un campo prácticamente inexplorado. ¿Por qué son adoptados o rechazados ciertos métodos punitivos en una determinada situación social? ¿En qué medida el desarrollo de los métodos penales resulta determinado por las relaciones sociales fundamentales? Este tipo de problemas es por lo menos tan importante como el de la relación entre delito y ambiente social.

La poca atención dedicada a la sociología de los sistemas punitivos puede ser probablemente atribuida, en primer término, al hecho de que aquella problemática resulta generalmente considerada desde el punto de vista de la teoría jurídico-penal. En ese sentido ninguna de las teorías de la pena, ni las retribucionistas, ni las teleológicas, son capaces de explicar la introducción de métodos punitivos específicos en el conjunto del proceso social. Las teorías retribucionistas fracasan desde el inicio por el hecho de percibir en la relación entre culpabilidad y expiación, un mero problema de imputación jurídica según el cual el individuo actúa conforme a su libre albedrío. Las teorías teleológicas,

[1] GEORG VON MAYR, *Die Gleichmässigkeit im Gesellschaftsleben,* München, 1877; *Statistik und Gesellschaftslehre,* vol. III, *Moralstatistik mit Einschluss der Kriminalstatistik,* Tübingen, 1917. Sobre el trabajo de QUETELET, ver R. WASSERMANN, *Die Entwicklungsphasen der kriminalstatistichen Forschung*, Leipzig, 1927, págs. 10-40.

por su parte, concentrándose sobre necesidades sociales, reales o ficticias, tienden a considerar los impedimentos para el cumplimiento de sus objetivos como problemas de índole técnica y no histórica. En consecuencia, las teorías jurídico-penales no solo han contribuido escasamente a dilucidar la problemática socio-histórica de los métodos punitivos, sino que han ejercido una influencia negativa sobre aquella en tanto han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable. Además, inclusive la comprensión del desarrollo de los sistemas punitivos entendidos en relación con el desarrollo de las teorías penales, no conduce necesariamente a adoptar un enfoque de tipo histórico. En la medida en que una etapa determinada del desarrollo social es hipostasiada en una teoría penal, dicha realidad parcial y particular se trasforma en "la realidad" dentro de la que se examinan las relaciones causales entre métodos punitivos y organización social. Se podría argumentar que quienes estudian el pasado cuentan con la posibilidad de confrontar críticamente las teorías imperantes en esa época con la realidad social que las rodea. Esto es cierto aunque solo en pequeña medida, ya que todo análisis está condicionado por las necesidades sociales de su tiempo, en especial por la necesidad de defender la integridad ideológica de la institución punitiva, tan necesaria en el presente como lo fue en el pasado. Quienes estudian estos procesos han intentado frecuentemente practicar un análisis crítico del pasado, caracterizándolo como una etapa en que el principio de la venganza domina sobre el principio de la pena. Enfoques de este tipo resultan todavía hoy bastante extendidos y el derecho penal del Iluminismo ilustra esta posición con particular claridad. Mientras la doctrina retribucionista fue dominada por el racionalismo iluminista, existieron escasas posibilidades tanto para las concepciones históricas de la pena como para el derecho natural en general; por ello es correcto afirmar que la noción de desarrollo histórico en el derecho penal fue extraña a las teorías clásicas.

Sus sucesores trabajaron bajo la influencia del historicismo, una atmósfera mucho más favorable para el desarrollo de un enfoque histórico; sin embargo, se enfrentaron generalmente con el peligro de escribir la historia de la idea de la pena antes que de sus métodos. El historicismo de este período se caracterizó por el esfuerzo de percibir la evolución del derecho penal y los sistemas punitivos —así como de todo el derecho— como el desarrollo de una idea específica[2]. Resultó, por lo tanto, una

[2] L. GÜNTHER, *Die Idee der Widervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts,* 3 vols., Erlangen, 1889-95. Libros como el de R. HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters,* 2 vols., Leipzig y Weimar, 1920-35, que presentan una amplia y exhaustiva interpretación de diversas leyes y normas penales, pero siempre dentro de las categorías aceptadas en la época en que han sido escritas, son prácticamente inútiles para un análisis de la relación entre los sistemas punitivos y el orden social.

práctica común limitarse a un mero esquema de sucesión de manifestaciones históricas, una acumulación de datos supuestamente ligados por la noción de que ellos significaban el progreso[3].

Para el propósito de ofrecer un enfoque más fructífero de la sociología de los sistemas punitivos, resulta necesario despojar a las instituciones sociales dedicadas a la ejecución de las penas, de sus velos ideológicos y apariencias jurídicas y describirlas en sus relaciones reales. El vínculo, trasparente o no, que supuestamente existe entre delito y pena debe ser destruido en tanto que impide toda investigación acerca del significado autónomo de la historia de los sistemas punitivos. La pena no es ni una simple consecuencia del delito, ni su cara opuesta, ni un simple medio determinado para los fines que han de llevarse a cabo; por el contrario, debe ser entendida como un fenómeno social independiente de los conceptos jurídicos y los fines. No negamos que la pena posea fines específicos; lo que negamos es que los mismos puedan ser entendidos solamente con relación a ellos. Por el camino de la analogía podría afirmarse la imposibilidad de pensar el desarrollo de las instituciones militares o de un ejército en particular fuera de los propósitos inmutables de dicha institución.

La pena como tal no existe; existen solamente sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales. Por lo tanto, constituyen el objeto de nuestra investigación, la pena en sus manifestaciones específicas, las causas de su desarrollo y trasformaciones y los fundamentos para la elección o el rechazo de métodos penales específicos en situaciones históricas concretas.

Aunque las necesidades que se derivan de combatir las prácticas delictivas ocupan un lugar significativo en la trasformación de los sistemas penales, las mismas no pueden ser explicadas solamente con relación a ellas. Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta, por consiguiente, necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal. Una interpretación de este tipo no significa que los fines de la pena deban ser ignorados, sino más bien, entender que constituyen un factor condi-

Ver la atinada crítica de E. SCHMIDT en su reseña sobre HIS, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LV, 1936, págs. 429-36.

[3] Ver, por ejemplo, el clásico estudio de E. DURKHEIM, *Deux lois de l'évolution pénale*", en *L'année sociologique*, IV, 1899-1900, págs. 65-95.

cionante negativo. En tanto la sociedad cree que la posibilidad de la aplicación de una pena puede alejar al individuo del delito, son adoptados aquellos métodos que generan un efecto atemorizador sobre el potencial delincuente. Si se acepta esta premisa se confirma la validez de la doctrina que establece que las penas disuasivas constituyen un mal necesario, una carga sobre los bienes socialmente protegidos[4]. Sin embargo, si consideramos las diferenciaciones existentes en la estructura actual de la sociedad moderna, este principio significa que la lucha contra el delito en los estratos menos privilegiados debe ser de una naturaleza tal que pueda producir una disminución aún mayor de sus condiciones actuales de existencia. Es obvio que esta condición negativa, este aspecto teleológico de la selección de las penas, encontrara formas concretas en las trasformaciones de la estructura social.

El retorno a los factores condicionantes positivos permite observar que constituye una obviedad la mera afirmación de que las formas específicas de castigo corresponden a una etapa determinada del desarrollo económico. Es evidente, por ejemplo, que la esclavitud como forma punitiva resulta impracticable fuera de una economía de ese tipo, que el trabajo carcelario es imposible sin fábricas o industrias, o que las sanciones pecuniarias no son posibles sin una economía monetaria. Por otra parte, la desaparición de un determinado sistema de producción acarrea la inaplicabilidad de su sistema punitivo. Solo el desarrollo específico de las fuerzas productivas permite la introducción o el rechazo de las sanciones que le corresponden; pero antes de que esos métodos potenciales puedan ser introducidos, la sociedad debe encontrarse en posición de incorporarlos como parte de la totalidad social y económica del sistema. Así, en una economía de esclavitud en la que disminuye la oferta de mano de obra esclava y aumenta su demanda, resulta imposible rechazar la esclavitud como forma punitiva. Durante el feudalismo, por ejemplo, no solo no se pudo continuar utilizando esta forma de pena, sino que no se encontró otro método adecuado para el empleo de la fuerza de trabajo de los convictos. Un retorno a los viejos métodos, pena de muerte y castigos corporales, fue por lo tanto necesario, ello además porque la introducción de penas pecuniarias para todas las clases sociales resultaba imposible por razones económicas.

Los institutos correccionales alcanzaron su máximo desarrollo durante el mercantilismo y proporcionaron gran ímpetu al nuevo modo de producción. Posteriormente la importancia económica de dichos

[4] R. VON IHERING, *Der Zweck im Recht*, 2ª ed., Leipzig, 1884, I, pág. 492, señala que cualquiera que coloque los beneficios sociales de un lado y del otro las penas, obtiene la escala de valores de la sociedad. (Trad. cast. parcial, *El fin del derecho*, Buenos Aires, Edit. Atalaya, 1946).

institutos desaparece con el surgimiento de la fábrica. Estos problemas forman parte del objeto de nuestra presente obra, en la que un esfuerzo particular se ha llevado a cabo para mostrar que en la transición hacia la sociedad industrial moderna, la libertad de la fuerza de trabajo como condición necesaria para su empleo productivo, reduce al mínimo la función económica del trabajo carcelario.

En tanto las necesidades económicas básicas de una sociedad productora de mercancías no determina directamente la creación y las formas de punición, es decir, en tanto la población carcelaria no es utilizada para cubrir las necesidades del mercado de trabajo, la elección de los métodos punitivos es predominantemente influida por intereses de tipo fiscal. La sociedad lucha por mantener en un mínimo nivel la falsa imagen vinculada a la existencia del delito y la reacción penal. Esto resulta claro particularmente en la práctica penal de los señores feudales, práctica que les sirve de fuente de recursos y que incluye penas que no acarrean costo alguno. Por razones obvias, esto resulta imposible en la sociedad moderna. El enfoque fiscal no ha hecho desaparecer, sin embargo, el crecimiento de la burocracia estatal, y los "costos del delito" han ejercido una influencia negativa sobre el mismo. Tendremos oportunidad de observar que razones de tipo fiscal han dado forma a la pena típica de la sociedad moderna: las medidas de tipo pecuniario. Con la disminución de la fuerza de trabajo carcelaria como elemento esencial de la producción y con la desaparición de las formas más crudas de fiscalismo en el siglo XIX, se abre a la conciencia social una amplia gama de posibilidades para el desarrollo de los sistemas punitivos; su extensión y las causas que determinan sus límites constituyen un problema ulterior de la presente investigación.

II

CONDICIONES SOCIALES Y EJECUCIÓN PENAL EN LA BAJA EDAD MEDIA

En la historia de la ejecución penal pueden distinguirse diversas épocas durante las cuales prevalecieron sistemas punitivos completamente diferentes. Penas pecuniarias y *Penances** fueron los métodos de sanción preferidos durante la alta Edad Media. Más tarde, durante la baja Edad Media, fueron gradualmente reemplazados por un severo sistema de penas corporales y de muerte que, a su vez, alrededor del siglo XVIII fueron reemplazadas por las penas privativas de libertad.

1. "PENANCES" Y PENAS PECUNIARIAS

Los diferentes sistemas punitivos, así como las variaciones que cada uno de estos incluye, están estrechamente vinculados con las distintas fases del desarrollo económico. Las condiciones de existencia de un sistema penal estatal se hallaban virtualmente ausentes durante la alta Edad Media. Tanto la contienda** como la *Penance,* constituían esencialmente un derecho que regulaba relaciones entre iguales en *status* y riqueza[1]. El mismo presuponía la existencia de tierras suficientes como para cumplir con los requerimientos de un aumento constante de la población sin afectar su nivel de vida. A pesar del acelerado incremento de la población de la Europa oeste y central luego del año 1200, la condición social de las clases bajas permaneció relativamente favorable, particularmente en las zonas rurales. La colonización de la Europa oriental por los germanos, que provocó una demanda constante de fuerza de trabajo, permitió a la población rural de otras regiones escapar

* Pena pecuniaria debida al injuriado impuesta por una autoridad distinta de la judicial. (N. del T.).

** *Law of feud* en el original. Venganza particular admitida por las leyes medievales. (N. del T.).

[1] Ver las interesantes observaciones de GUSTAV RADBRUCH en *Stand und Strafrecht, Schweizer Zeitschrift für Strafrecht,* III, 1934-35, págs. 17-30, especialmente en pág. 19.

de las presiones a que eran sometidas por los señores feudales. Esta posibilidad de emigrar hacia las nuevas ciudades otorgó a los siervos de la gleba la oportunidad para obtener su libertad. Dicha situación indujo a los señores feudales a un tratamiento más considerado de sus siervos[2], en un sistema en que predominaban relaciones de carácter tradicional y un sistema legal de contornos precisamente delimitados. Ambas condiciones cumplían la función de prevenir tensiones sociales y promover la cohesión, dos rasgos característicos del mencionado período. De este modo se explica el papel secundario del derecho penal, destinado a la preservación de la jerarquía social. La tradición, un buen balanceado sistema de dependencias sociales y el reconocimiento religioso del orden de cosas establecido, constituían una protección efectiva y suficiente. El énfasis principal del derecho penal residía entonces en el mantenimiento del orden público entre iguales en *status* y riqueza. Pero si alguno, alterado por las circunstancias o en estado de intoxicación, cometía un delito en contra de la decencia, la moralidad aceptada, la religión, injuriaba gravemente o mataba a su vecino —la violación del derecho de propiedad no tenía mucha importancia en una sociedad agraria de este tipo—, una asamblea de hombres libres se reunía para efectuar un juicio en el que se obligaba al culpable al pago de *Wergeld** o *Penance,* de modo que la venganza de la parte injuriada no derivara en una contienda de sangre y en anarquía. Como lo afirma un proverbio inglés: *"Buy off the spear or bear it"***[3]. El principal elemento disuasivo del delito resultaba del miedo a la venganza privada de la parte injuriada, ya que el delito era considerado como un acto de guerra. Ante la ausencia de un poder fuerte y centralizado, la paz pública podía ser puesta en peligro por una pequeña querella entre vecinos en tanto la misma involucraba automáticamente a sus parientes y siervos. La preservación de la paz constituía la preocupación central del derecho penal, que, como resultado de los métodos de arbitraje privado, era ejecutado casi exclusivamente mediante la imposición de penas pecuniarias.

Las distinciones de clase se manifestaban en diferencias en el grado de la *Penance,* la cual era cuidadosamente graduada según el *status*

* *Wergeld*: Pena pecuniaria prevista en el antiguo derecho germano impuesta al autor de una muerte o lesiones corporales y que debía ser pagada a la víctima o a sus allegados. (N. del T.).

** "Compra la lanza o afróntala". (N. del T.).

[2] Ver J. KULISCHER, *Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit,* München, 1928, I, págs. 128-135; G. SCHMOLLER, *Grundriss der allgemeinen Volkswirtschaftslehre,* Leipzig, 1904, II, pág. 513; MAX WEBER, *General Economic History,* trad. de F. H. Knight, New York, 1927, págs. 132-33.

[3] W. S. HOLDSWORTH, *A History of English Law,* 3ª ed., London, 1922-24, II, pág. 36.

social del delincuente y el de la parte ofendida[4]. No obstante que las diferencias de clase afectaban en un comienzo solamente la graduación de la *Penance*, ellas constituyeron al mismo tiempo uno de los principales factores en la evolución del sistema de las penas corporales. La imposibilidad de los delincuentes provenientes de las clases bajas de pagar las penas pecuniarias, condujo en estos casos a su sustitución por las penas de tipo corporal. De este modo el sistema penal se restringe progresivamente a una minoría de la población[5], verificándose esta situación en cada uno de los países europeos. El Estatuto de la ciudad de Sion de 1338, por ejemplo, preveía una multa de 20 libras en casos de agresiones; pero si el causante del hecho no podía pagar, recibía una pena privativa de libertad siendo enviado a prisión y alimentado con pan y agua hasta que los habitantes de la ciudad intercedieran por él o el obispo lo perdonara[6]. Dicho Estatuto no solo demuestra el carácter de las trasformaciones de la *Penance* en penas de tipo corporal, sino que permite observar además que la pena de prisión era considerada en esa época como una forma de pena corporal.

Tres son los factores más importantes que convergen para eliminar el carácter privado del derecho penal en la alta Edad Media y trasformarlo en un instrumento de dominación social. El primero, el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales en relación con aquellos que se encontraban en estado de sujeción económica[7]. Debe tenerse en cuenta que el único límite frente al poder disciplinario de los señores era el reclamo jurisdiccional del caso por otro de sus pares. El segundo factor fue la lucha de las autoridades centrales por incrementar su influencia extendiendo sus derechos jurisdiccionales, siendo intrascendente para explicar la decadencia del derecho penal privado, si las tendencias centralizadoras son producto del poder real, como en Francia e Inglaterra, o de los príncipes, como en el caso de Alemania. El tercero y más significativo factor lo constituían los intereses de tipo fiscal, rasgo, por otra parte, común a todas las autoridades mencionadas. La administración de la justicia criminal, según veremos, lejos de representar una carga como en nuestros días, significaba una fuente considerable de ingresos. El pago a quienes administraban la ley, u otorgaban a otros los poderes para hacerlo, provenía de las

[4] P. VINOGRADOFF, *Wergeld und Stand,* en *Collected Papers,* Oxford, 1928, II, págs. 84-152.

[5] RADBRUCH, *op. cit.*; C. R. KÖSTLIN, *Geschichte des deutschen Strafrechts im Umriss,* Tübingen, 1859, pág. 113.

[6] Art. 4 del *coutumier de Sion* del año 1338, citado en J. GRAVEN, *Essai sur l'évolution du droit pénal valaisan,* Lausanne, 1927, págs. 266-67.

[7] J. GOEBEL, Jr., *Felony and Misdemeanor,* I, Nueva York, 1937, pág. 237.

costas impuestas a quienes se encontraban bajo proceso, que se satisfacían en forma de confiscaciones o penas pecuniarias impuestas de manera conjunta o sustitutiva a la *Penance* debida a la parte injuriada.

Las observaciones de HOLDSWORTH acerca de que los derechos reales sobre los bienes mostrencos, las confiscaciones y los bienes del condenado parecían interesar a los jueces por lo menos tanto como el mantenimiento de la ley y el orden[8], revelan la preocupación principal de los administradores de justicia en esa época. En la Toscana, en el sur de Alemania, en Inglaterra y en Francia[9], el intento de obtener ingresos de los fondos de la administración de la justicia criminal, constituyó uno de los principales factores para trasformar el derecho penal, de un mero sistema de arbitraje entre intereses privados, en una parte fundamental del derecho público.

2. EL DESARROLLO SOCIAL EN LA EDAD MEDIA

Las condiciones de vida de las clases inferiores comenzaron a tornarse menos favorables durante el siglo XV, primeramente en Italia y después en Alemania, Flandes y Francia. Superada la disminución de la población causada por la peste en Europa, con la única posible excepción de Francia, la población urbana a la que se le sumaba el éxodo rural se incrementó con gran rapidez. Ello condujo a un aumento de los individuos oprimidos, sin trabajo y privados de propiedad[10],

[8] HOLDSWORTH, *op. cit.*, III, pág. 242. El mismo cuadro se revela en una queja mencionada en *Recess of Courten,* que data del 14 de diciembre de 1543, donde se reclama porque los gobernadores imponían excesivas penas pecuniarias y costas legales a estos tópicos. Lo cual es fácilmente comprensible si se tiene en cuenta la práctica de dividir, entre jueces y funcionarios, los ingresos de estos dos rubros; ver GRAVEN, *op. cit.*, págs. 208-13.

[9] A. DOREN, *Italienische Wirtschaftsgeschichte,* I, Jena, 1934, pág. 577, escribe con respecto a esto: "El sistema de penas pecuniarias está ya en un avanzado estado de evolución hacia su posición actual en la administración del derecho penal. Esencialmente, se está ya muy lejos del sistema conformado por las leyes alemanas. Las consideraciones fiscales son claramente perceptibles en los estatutos de las ciudades y de las corporaciones". Para el mismo desarrollo en Inglaterra, ver. J. C. FOX, *The History of Contempt of Court, the Form of Trial and the Mode of Punishment,* Oxford, 1927, pág. 138; para Francia, R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français,* 2ª ed., Paris, 1898, I, pág. 111. Más recientemente, GOEBEL, *op. cit.*, págs. 133, 222. 227, 228 y 236, enfatizaba el carácter exclusivamente fiscal de la justicia señorial.

[10] R. H. TAWNEY, *Religion and the Rise of Capitalism,* London, 1926, pág. 86. En Florencia, en 1380, 17.000 habitantes, de una población total aproximada a los 90.000, dependían de la caridad; ver G. DAHM, *Das Strafrecht Italiens im ausgehenden Mittelalter,* Berlin, 1931, pág. 23.

cuya existencia es posible explicar por varias causas concomitantes. Una de ellas parece ser el agotamiento de la productividad de la tierra. En épocas anteriores, con una pequeña población, era frecuentemente posible la obtención de tierras vírgenes por medio del drenado de pantanos o la quema de bosques, de modo que las tierras ya cultivadas podían dejarse descansar por un largo período hasta que recobraran su fertilidad. Sin embargo, con el incremento de la población las nuevas tierras comenzaron a ser trabajadas en forma ininterrumpida, por lo cual debió ser introducido el sistema de los tres-campos (producción rotativa), consistente en que solo un tercio de la tierra era dejado sin cultivar. La introducción de este sistema provocó una reducción en la productividad del suelo, muy a pesar de los progresos realizados en los nuevos métodos de cultivo.

Para esta época, parte de la Alemania occidental fue trasformada en praderas, al tiempo que vastas extensiones de su parte oriental fueron dedicadas al cultivo de grano que era exportado hacia el occidente por el camino de Danzig. Esto resultó posible cuando la agricultura en la parte occidental no pudo satisfacer ya las crecientes necesidades de la población urbana, aumentando la demanda de importación de granos baratos.

A causa de la imposibilidad de la venta local de los productos, la tierra poseía originariamente en la parte oriental un escaso valor. Los dueños de la tierra podían considerarse satisfechos si lograban arrendarla a pequeños agricultores que pagaban una renta nominal por su uso. Con los mercados asegurados, sin embargo, el cultivo de la tierra comenzó a convertirse en una actividad de tipo rentable, valorizándose al tiempo que se cerraba su acceso a los nuevos pobladores.

La población de las llanuras se incrementó velozmente, lo cual produjo consecuencias alarmantes[11]; los pocos espacios que permanecían libres fueron ocupados rápidamente con el gradual aumento de la mano de obra de reserva, lo que permitió a los poseedores de tierras disminuir las condiciones de vida de los campesinos dependientes. Las condiciones de existencia de la población rural fueron radicalmente alteradas.

Para comienzos del siglo XVI , la opresión de los campesinos por los terratenientes alcanzó situaciones extremas en el oeste y particularmente en el sudoeste[12]. La situación de las clases bajas se desarrolló también desfavorablemente en Inglaterra como consecuencia de la polí-

[11] G. VON BELOW, *Probleme der Wirtschaftsgeschichte,* Tübingen, 1920, pág. 443.

[12] F. G. KNAPP, *Die Bauernbefreiung und der Ursprung der Landarbeiter in den älteren Theilen Preussens,* Leipzig, 1887, I, págs. 43-44.

tica de cercamiento de los campos que comenzó en el siglo XV. TOMÁS MORO, refiriéndose a las ovejas, comenta: "que tan mansas eran y que solían alimentarse con tan poco, han comenzado a mostrarse ahora, según se cuenta, de tal modo voraces, e indómitas, que se comen a los propios hombres y devastan y arrasan las casas, los campos y las aldeas"[13].

La trasformación de las tierras agrícolas en tierras de praderas y el surgimiento de sistemas capitalistas de pastoreo, produjeron la pauperización de grandes extensiones de territorio, lo cual resultó coincidente con un incremento general de la población en Inglaterra. Las condiciones ventajosas de los artesanos fueron amenazadas por la emigración de campesinos empobrecidos hacia las ciudades. Resultaba ya evidente que los incrementos en la producción no lograban satisfacer el crecimiento demográfico. Aun en el caso de las grandes ciudades, su reducida dimensión y el número de habitantes no permitían una inmigración masiva de artesanos y comerciantes. Por ello, las municipalidades dificultaban a los extranjeros la obtención de la ciudadanía o la participación en las corporaciones, que permanecían cerradas a los recién llegados[14]. Forzados a permanecer fuera de los límites de la ciudad, los extranjeros se convierten en delincuentes, vagabundos y mendigos constituyendo de este modo las bandas de asaltantes, una verdadera plaga.

Ninguna política social coherente fue puesta en práctica para enfrentar tal situación, abandonando a la gente a la sola posibilidad de incorporarse a las bandas de tropas mercenarias que comenzaban a fórmarse. Príncipes ambiciosos y otras autoridades encontraron en esta nueva y económica provisión de soldados, los medios para consolidar y extender su poder. A mediados del siglo XV, puede verificarse una lenta pero perceptible expansión de las tropas mercenarias en el sur de Alemania, que alcanza su pico más alto alrededor de 1480[15]. Esta oferta barata de mercenarios tornó superfluos a los caballeros y les significó la pérdida de buena parte de sus ingresos. Algunos sufrieron doblemente esta situación, sobre todo aquellos de rango inferior, a causa de que el agotamiento del suelo y la miseria creciente imposibilitaban a los campesinos pagarles sus rentas. Además, el incremento en el tamaño de las familias durante el trascurso de las generaciones

[13] MORE, *Utopia with the "Dialogue of Comfort"*, London, 1928, pág. 23; trad. cast. *Utopías del Renacimiento*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pág. 53.

[14] W. ANDREAS, *Deutschland vor der Reformation*, Stuttgart, 1932, págs. 370-71.

[15] G. STEINHAUSEN, *Geschichte der deutschen Kultur*, 3ª ed., cor., Leipzig, 1929, pág. 312.

significó la existencia de numerosos jóvenes, hijos de castas militares, sin expectativas de recibir herencia, lo que hacía la situación aún más difícil.

Muchos de estos caballeros sin tierra se dedicaron al pillaje, del mismo modo que lo hacían sus súbditos en menor escala. La principal diferencia consistía en que mientras los campesinos pobres debían robar abiertamente, los caballeros podían ocultar sus objetivos bajo el pretexto legitimador de un estado de guerra o como acto de venganza a las masas, pauperizadas por los ricos comerciantes de la ciudad que habían "arruinado moral y económicamente el cuerpo social y frente a los cuales los propios caballeros se sentían atacados"[16].

Los intentos de reducir la tasa de nacimientos por medio de la prohibición de matrimonios y medidas similares, tuvieron como resultado solamente el incremento en el número de hijos ilegítimos[17].

Fue la explotación de las masas empobrecidas de esa época lo que dio origen a enormes fortunas familiares como las obtenidas por los Fuggers o los Welsers. Para los empresarios de las diversas industrias características de las ciudades de la baja Edad Media, una abundante mano de obra se encontraba siempre disponible. Por lo cual, a fines del siglo XV, la tasa de acumulación de capital se incrementa en forma notable[18]. TAWNEY describe la alta Edad Media como una época en la cual el capital era aliado y secundario respecto a la fuerza de trabajo de los artesanos. Pero ya en el siglo XV , en Alemania y muchos más temprano en Italia, el capital pierde su carácter secundario para convertirse en dirigente. Adoptando una vitalidad independiente, como afirma TAWNEY, el capital reclama el derecho de asumir el papel predominante en el trazado de la organización económica, conforme a sus propios requerimientos. Estas nuevas fuerzas, si bien no alteran el aspecto formal de las instituciones existentes, cambian su espíritu y condiciones de funcionamiento. Las corporaciones en las grandes ciudades, anteriormente una barrera para la introducción del capital, se convierten en el instrumento para consolidar su poder. Las reglas de las fraternidades enmascaran la división de sus miembros en una plutocracia de comerciantes protegidos por barreras que ninguno, excepto los artesanos más acaudalados, lograban superar, y un proletariado dependiente del crédito y del capital de sus patrones para su supervivencia. Un proletariado como recuerda TAWNEY, que se debate constantemente entre

[16] ANDREAS, *op. cit.*, pág. 289.

[17] E. FROHNEBERG, *Bevölkerungslehre und Bevölkerungspolitik des Merkantilismus,* Frankfurt, 1930, pág. 17.

[18] J. STRIEDER, *Zur Genesis des modernen Kapitalismus,* 2ª ed., München, 1935, pág. VIII.

las revueltas y la miseria creciente[19]. La totalidad de este proceso puede ser comprendida fácilmente con la lectura de la historia de los salarios.

La caída del nivel de los salarios ilustra los cambios sociales de la época, es decir, el desarrollo de la forma de producción y del sistema social capitalista, y la opresión de los asalariados urbanos y rurales[20]. Las investigaciones de BEISSEL, WIEBE y otros indican que los salarios reales disminuyeron de un índice 100 en el período comprendido entre los años 1450 y 1499, a un índice 48 en el período de 1550 a 1559[21]. Se verifican ya en esta época conflictos considerados como característicos del siglo XIX: huelgas en demandas de aumento de salarios, boicots obreros y *lock-outs* patronales[22].

El descontento entre las clases desposeídas del campo y la ciudad continúa extendiéndose durante el trascurso del siglo XV, y la existencia de una amplia libertad de expresión hace a los individuos conscientes de los defectos del sistema social. Resulta acaso sorprendente —se pregunta HUIZINGA— que la gente percibiera su destino individual y colectivo como una sucesión sin fin de calamidades, si tomamos en cuenta el predominio de malos gobiernos, exacciones, avaricia y violencia por parte de los poderosos, además de guerras, bandolerismo, escasez, miseria y pestes[23].

[19] TAWNEY, *op. cit.*, pág. 86. DOREN, *op. cit.*, I, pág. 660, tiene una visión muy similar de las condiciones prevalecientes en las ciudades italianas en este período. Es digno de señalar que también describe a las corporaciones como una fachada e instrumento de la política de los empleadores. Anota que el proletariado estaba ahogado por la imposibilidad de obtener materias primas e instrumentos de trabajo tanto por la ley como por los propios reglamentos de las corporaciones que, admitían a los trabajadores sin concederles ninguna clase de derechos en su carácter de miembros; el proletariado quedó cautivo del Estado, decididamente un Estado clasista que actuaba como protector de los intereses vinculados a las grandes corporaciones capitalistas; quedó sujeto a las restricciones legales en sus derechos de asociación y, por ende, impedido de mejorar su condición a través de medios legales. F. RÖRIG, *Die europäische Stadt, Propyläen Weltgeschichte,* IV, Berlin, 1932, págs. 324-26, escribe algo similar sobre las ciudades flamencas.

[20] T. SOMERLAD, *Zur Geschichte der Preise, Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, VI, 4ª ed., Jena, 1925, págs. 1037-55.

[21] SCHMOLLER, *op. cit.*, II, pág. 295. Según los cálculos de LAMPRECHT, el salario promedio de un carpintero en los años 1277-84 era de 3.43 g. de plata; aumenta en 1344-45 a 6.84 g.; después comienza a decaer y para 1465 baja hasta 3.20 g. y en 1497 se detiene en 2.50 g.; ver SOMERLAD, *op. cit.*, pág. 1042.

[22] E. BIELSCHOWSKY, *Die sozialen und ökonomischen Grundlagen des modernen gewerblichen Schlichtungswesens und seine Bedeutung für die Lösung der sozialen Frage,* Berlin, 1921, pág. 30.

[23] J. HUIZINGA, *The Waning of the Middle Ages,* trad. de F. Hopman, London, 1927, pág. 21, trad. cast. *El otoño de la Edad Media,* Madrid, Edit. Revista de Occidente, 1945, pág. 41.

3. El derecho penal y el surgimiento del capitalismo

Los intensos conflictos sociales en Flandes, el norte de Italia, la Toscana y el norte de Alemania, que marcaron la transición al capitalismo entre los siglos XIV y XV, condujeron a la creación de un derecho penal orientado directamente contra las clases bajas. El constante incremento de los delitos entre los grupos proletarios más golpeados por la pobreza, obligó a las clases dominantes a buscar nuevos métodos que hicieran más efectiva la administración de la justicia criminal. El sistema penal con su régimen dual de penas corporales y pecuniarias, permanece inalterado a no ser por el hecho de que la elección de uno u otro de los regímenes se realizaba teniendo en cuenta la clase social del condenado. Variación en el tratamiento de las distintas categorías de delitos y delincuentes que tendió a acentuarse de tal modo, que, por ejemplo, el arreglo privado de las disputas provenientes de un hecho como el hurto, ya no fue permitido. Inclusive el derecho de asilo fue alcanzado por esta forma de tratamiento diferencial. Esto no significó, sin embargo, que toda forma de delito contra la propiedad fuera considerada como criminal. La cualidad criminal del acto no era determinada desde el punto de vista de la propiedad hurtada o dañada, sino más bien por la condición del responsable del hecho: este era tratado con mucho más rigor si carecía de propiedades o pertenecía a las clases sociales inferiores. Como observa RADBRUCH , las consideraciones morales y sociales se entremezclaban[24]. Dado que la mayoría de los delincuentes eran miembros de las clases sociales inferiores, la palabra *villano* originalmente adoptada para designar a los miembros de una determinada clase social, se convirtió en un criterio de inferioridad moral. Esta distinción aparece claramente en GANDINUS cuando afirma que la *poena extraordinaria* debe ser determinada por el juez, conforme a la naturaleza del delito y el delincuente (*secundum qualitatem delicti et personae*)[25].

Tratándose de daños a la propiedad cometidos por miembros de la clase alta, la aplicación del derecho no era tan severa; una colección de leyes y prácticas judiciales tan antiguas como la *Clagspiegel,* admite la posibilidad de negociaciones y acuerdos de parte para casos penales en los que inclusive la pena de muerte estuviere prevista[26]. La parti-

[24] RADBRUCH, *op. cit.,* pág. 21.

[25] GANDINUS, *Tractatus de maleficiis,* ed. por HERMANN KANTOROWICZ en *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik,* Berlin y Leipzig, 1926, II, págs. 347-348; cfr. DAHM, *op. cit.,* págs. 23-28; H. GWINNER, *Der Einfluss des Standes im gemeinen Strafrecht,* Breslau-Neukirch, 1934, págs. 18-21.

[26] *Clagspiegel,* ed. por SEBASTIAN BRANT, Strasburg, 1538, folio 131. R. VON HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* Berlin, 1925, I, págs. 128-129, confirma este proceso bien conocido por todos los historiadores del derecho penal. Señala que la parte

cular concepción de la contienda ofrecía cobertura legal tanto para los quebrantamientos de la paz como para todo tipo de robos cometidos por los miembros de las clases superiores; y pese a los desacuerdos que pudieran existir hoy sobre el campo de aplicación de los arts. 128 y 129 del Código Penal de Carlos V referentes a la contienda legal y a la rebelión, es cierto que el derecho proporcionaba una amplia zona de inmunidad para actos que hubieran sido severamente castigados en el caso de ser perpetrados por las clases inferiores[27].

La creación de un derecho eficaz para combatir los delitos contra la propiedad constituía una de las preocupaciones centrales de la ascendente burguesía urbana, y dondequiera que ella poseía el monopolio de legislar y juzgar, perseguía este fin con la mayor energía. Es VON BAR quien relata la actitud despiadada de la burguesía del sur de Alemania ávida de dinero, para quien la propiedad lo significaba todo[28], intentando restringir el derecho de acuerdo privado para los delitos resultantes de las contiendas. Intento que fracasó, ya que las clases superiores continuaron recibiendo un tratamiento preferencial en gran medida, inclusive para aquellos delitos cometidos contra la propiedad. También en Francia fue la burguesía quien siempre trató de obtener de la Corona una intensificación del derecho represivo; ya en 1353 es posible constatar protestas burguesas contra el uso excesivo de la prerrogativa real de la clemencia. En los Estados Generales de Blois en 1576, el tercer estado demandó no solo mayores garantías en los procedimientos realizados en contra de sus miembros sino, además, una persecución más enérgica de los asesinos y ladrones. El capítulo 105 de la ordenanza real de Blois satisfizo esas demandas previendo la dimisión de los jueces y sus dependientes, así como un sistema de multas para el caso de incumplimiento culpable o negligente de sus deberes. Por su parte, el capítulo 108, abolía el derecho Real de anula-

---

perjudicada puede llegar a un acuerdo con el ofensor, aun en el caso de un delito punible por la ley, requiriendo una compensación, sin llevar el asunto ante un tribunal. Hasta una persona que haya sido sentenciada por la autoridad pública puede compensar a la perjudicada y así evitar la pena.

[27] Con respecto a las diferentes interpretaciones, ver R. E. JOHN, *Landzwang und widerrechtliche Drohung*, Göttingen, 1852; GWINNER, *op. cit.*, págs. 160-63. El valor atribuido al derecho de dirimir una disputa queda demostrado por el hecho de que las personas que no poseen tal derecho pueden dirigir sus reclamos a un noble, encargándole su ejecución; ver GWINNER, *op. cit.*, pág. 161, nota. El derecho de manejar una disputa es más un privilegio de clase que de estado y fue accesible a todos aquellos que eran capaces de ejercerlo, es decir, a todos los adinerados.

[28] C. L. VON BAR, *A History of Continental Criminal Law*, trad. de T. S. Bell, Boston, 1916, págs. 110-11.

ción de las sentencias, restringiendo la prerrogativa Real de perdonar a los nobles y disponiendo que las cortes de justicia serían competentes para tratar de las peticiones de clemencia de todo tipo de delincuentes[29]. Este derecho de clemencia, que no tomaba en consideración las circunstancias particulares del caso, es decir, el grado de culpabilidad, era ampliamente utilizado por los príncipes y constituía un antídoto contra la rigurosidad del sistema penal prevaleciente. No resulta difícil observar que una práctica de este tipo, no basada en un examen racional de los hechos que conforman el caso y frecuentemente influida por intereses particulares, era considerada con disgusto por las crecientes clases medias inmersas en la lucha por una mayor estabilidad y racionalidad del gobierno. Al respecto son conocidos algunos casos como el del duque de Borgoña, quien en 1418 perdonó a un comerciante con el expreso fundamento de que lo había provisto durante largo tiempo de mercancías y a quien el duque adeudaba fuertes sumas de dinero[30]. Las demandas burguesas de incrementar la eficiencia en la administración de justicia fueron ampliamente estimuladas por el crecimiento de una administración centralizada, conducida por una burocracia educada en el derecho romano[31].

La pena pecuniaria se trasforma, de una compensación debida a la parte afectada, en un método de enriquecimiento de jueces y funcionarios de la administración de justicia; en la práctica ella estaba reservada a los ricos, del mismo modo que las penas corporales se convierten en la forma punitiva aplicada por excelencia a los pobres.

Con el incremento del delito entre las masas, las diferencias de clase en la ejecución de las penas se hacen más profundas[32]. La

[29] *Commentaires sur les Ordinnances de Blois établies aux États généraux convoquéz en la ville de Blois par Henry de Valois III, MDLXXIX*, 3ª ed., Lyon, 1584, págs. 313-18.

[30] S. PREGNANT, *La condition juridique du bourgeois de Lille en droit criminel au XIVième siècle*, Lille, 1929, pág. 182. Ver también C. BEYERLE, *Von der Gnade im deutschen Recht*, Göttingen, 1910.

[31] Una amplia racionalización, así como restricciones en el ejercicio de las prerrogativas Reales de gracia fueron recomendadas por JUNIOS BRUTUS, por ejemplo, en su *Defence of Liberty against Tyrants*, ed. por HAROLD J. LASKI, London, 1924, págs. 153-54.

[32] C. VON SCHWERIN, *Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte*, München, 1934, pág. 195, señala correctamente con respecto a esto: "El derecho penal medieval cobra un carácter especial no por una alteración fundamental del sistema punitivo, sino por el cambio operado en su aplicación. El sistema de la época de los francos fue en gran medida sustituido por las penas corporales. La creciente importancia atribuida a los factores disuasivos de la pena y el incremento general de la crueldad, condujeron a un grado de salvajismo y brutalidad, hacia finales de la Edad Media, desconocido hasta ese momento en el derecho penal". Sobre el aumento de la severidad de las penas, ver K. METZGER, *Die Verbrechen und ihre Straffolgen im basler Recht des späten Mittelalters*, Basel, 1931, parte I, pág. 53.

más importante de las codificaciones del siglo XVI, la *Peinliche Halsgerichtsordnung* de Schwarzenberg, sancionó este proceso; aunque si bien aparentemente disponía un sistema general para la pena corporal y capital, los arts. 158 a 175 que tratan del hurto y que en la práctica poseían una importancia fundamental, abrían las puertas a la consideración jurídica de la condición social del imputado. El término *ehrbar* (honesto) usado en esa parte del código, fue interpretado ampliamente y en formas totalmente diversas[33]. Si bien el problema pueda ser difícilmente resuelto con meras referencias al texto del código o a las fuentes históricas, no caben dudas de que la práctica judicial se basa en concepciones clasistas antes que en juicios de carácter moral. La libertad de elección, prevista jurídicamente, entre penas corporales y pecuniarias pudo haber contribuido a esa evolución, y las rigurosas leyes sobre vagancia que se encuentran por doquier en el siglo XVI, revelan claramente la interpretación imperante del término *honestidad*. Más allá de la diferenciación de clase que hacía depender la imposición de multas o penas corporales de la capacidad de pago del condenado, existían además en varios países, estatutos que consagraban los privilegios. Ciertas penas dejaron de utilizarse para determinados sectores sociales y fueron reemplazadas o aplicadas con modificaciones especiales a los miembros de las clases superiores. Volveremos más adelante sobre este punto[34].

Más importante que esos privilegios estatuidos resultan, sin embargo, los privilegios garantizados por la posesión de riquezas, la posibilidad, en innumerables casos, de remplazar la pena capital o corporal con multas o, en casos más graves, con el destierro[35].

De este modo, quienes poseían dinero suficiente para pagar, podían comprar la exención de las penas; aunque los condenados indigentes (que constituían la gran mayoría en esos tiempos difíciles) estaban incapacitados para salvarse del tratamiento riguroso al que eran sometidos. El mayor número de los delitos registrados eran contra la propiedad, cometidos justamente por aquellos que no la poseían y a los que, por lo tanto, difícilmente se les podía aplicar una pena de tipo pecuniario. El erario

[33] Sobre las diferentes interpretaciones, ver G. RADBRUCH, *Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V. von, 1532,* Leipzig, s. f.; GWINNER, *op. cit.,* págs. 40-43.

[34] Ver págs. 77 y 121.

[35] GWINNER, *op. cit.,* pág. 35, nota, también admite que la diferenciación de clase fue una práctica general cuando aún no existía en ninguna parte la diferenciación por estados. No hay duda de que esta última resultó un privilegio adicional para las clases altas, si bien en raros casos funcionó en favor de las clases bajas. Más adelante se hará una referencia ampliada sobre este punto, en las págs. 77 y 121-122.

no recibía nada de estos individuos, como observa SCHMIDT[36] sugiriendo otra razón para explicar este importante cambio en la política criminal: "la supresión de las bandas de vagabundos, mendigos y ladrones se convirtió en un problema de fundamental importancia. En uno y otro lugar se abrían las esclusas dejando correr torrentes pestilentes hacia el mar cenagoso del delito"[37].

Cuanto más se empobrecían las masas, más severas se tornaban las penas que intentaban desviarlas del delito. Las penas corporales comenzaron a incrementarse considerablemente en todo el país, hasta que finalmente se convirtieron, de medio suplementario, en la forma punitiva normal. La ejecución, mutilación y azotes no fueron introducidos bruscamente a causa de un acontecimiento revolucionario, sino que se convirtieron gradualmente en la regla dentro de un proceso cambiante. Con el paso del tiempo los castigos se hicieron más severos y no más benignos[38]: existía una teoría que afirmaba que la pena debía atenuarse en caso de duda acerca de la responsabilidad del imputado, pero tales tendencias humanitarias no encontraron aceptación en la práctica. Por el contrario, se verificó una guerra abierta entre la ley y la ciencia, en materia de penas[39].

La ley se dirigía francamente contra las clases inferiores. Aun cuando el procedimiento criminal resultaba igual para todos los estratos y clases, surgieron rápidamente procedimientos especiales que afectaban directamente a las clases bajas. Así, afirma SCHMIDT, existía un aspecto en el cual la vieja justicia arbitraria no pudo ser abolida: en la persecución de los delincuentes habituales pertenecientes a las clases inferiores. La simplificación del procedimiento en los casos en que el individuo había sido detenido en *flagranti delicto,* permitía el aislamiento de un tipo de criminales a los que no se les aplicaba en forma exhaustiva disposiciones como aquella que obligaba a tomar en consideración la gravedad del delito. Ejecución, destierro, mutilación, quema y azotes terminaron casi por extinguir una amplia gama de delincuentes profesionales en la cual se incluía desde asesinos hasta asaltantes y

[36] R. SCHMIDT, *Die Aufgaben der Strafrechtspflege*, Leipzig, 1895, págs. 182-83.

[37] *Ibid.*, pág. 227.

[38] *Ibid.*, págs. 183-84. Este desarrollo puede ser fácilmente percibido en las variantes de las penas para el hurto y el robo, entre los siglos XIII y XVI. Mientras que en Sion (Suiza) el hurto acompañado de violencia era penado, en 1239, con una multa de 60 *livres* y la reparación del daño, un hurto sin agravantes era sancionado, en 1269, con una pequeña pena pecuniaria y la reparación del daño; los arts. 158 y 159 del *Peinliche Gerichtsordnung* de Carlos V, en el siglo XVI, determinaban la pena capital para el robo, prescindiendo del monto de la propiedad robada, y para el hurto sin agravantes: "*carcan*", azotes y destierro; ver GRAVEN, *op. cit.*, pág. 528.

[39] DAHM, *op. cit.*, pág. 301.

desde vagabundos hasta gitanos. Con el incremento de los delincuentes profesionales de las clases inferiores en la baja Edad Media, la administración arbitraria de justicia se hace, según SCHMIDT, cada vez más común, lo cual conduce a profundos cambios en el conjunto de la administración de la justicia criminal[40].

Hasta el siglo XV, la pena de muerte y las mutilaciones graves fueron utilizadas solamente en casos extremos para complementar el complejo y detallado sistema diferenciado de penas pecuniarias, pero luego se convirtieron en la más común de las medidas. Los jueces apelaron a ellas cada vez que estaban convencidos de que el imputado representaba un peligro para la sociedad. Es bien conocido el extraordinario incremento de las penas de muerte durante el trascurso del siglo XVI. Las cifras para Inglaterra, que deben ser aproximadamente correctas, nos dan una idea de la situación prevaleciente en Europa; se dice que 72.000 ladrones de mayor y menor cuantía fueron ahorcados durante el reinado de Enrique VIII y que durante el período de la reina Elizabeth, los vagabundos eran linchados en hileras de 300 a 400 a la vez; todo esto teniendo en cuenta que la población inglesa era de alrededor de tres millones de habitantes[41]. FRANZ SCHMIDT, el verdugo de Nuremberg, ejecutó 361 personas durante sus 44 años en el cargo (1543-1617) e infligió castigos corporales a solo 345. La relación entre el total de la población y las cifras absolutas de ejecuciones y castigos corporales, ofrece un indicio significativo de la rigurosidad prevaleciente en las penas[42].

El significado de la pena de muerte permaneció aparentemente inmutable, pero en la práctica adquirió un sentido por completo diferente: de ser una pena extrema para el caso de delitos graves, se convirtió en un medio para desembarazarse de individuos que constituían un peligro social. Ello fue posible porque en esta clase de procedimiento poca atención se le prestaba a la culpabilidad o inocencia del sospechoso, como puede observarse de la declaración hecha por la *Reichskammergericht* al Parlamento de Lindauer en 1496, según la cual, individuos inocentes eran condenados a muerte sin justa causa[43].

Inclusive los métodos de ejecución se volvieron más brutales, las invenciones para hacer más dolorosa la pena de muerte constituyeron

[40] R. SCHMIDT, *Die Strafrechtsreform in ihrer staatsrechtlichen und politischen Bedeutung,* Leipzig, 1912, págs. 185-86.

[41] En el siglo XVII, los autores de la época coinciden en hacer referencia a esta cruel y común práctica con todos los signos del horror; ver CHRISTIAN HENELIUS, *Tractatus politicus de Aerario,* Berlin, 1670, pág. 325.

[42] T. HAMPE, *Crime and Punishment in Germany as illustrated by the Nuremberg Malefactors Books,* trad. de M. Letts, London, 1929, pág. 139.

[43] J. NAGLER, *Die Strafe,* Leipzig, 1918, págs. 135-37.

una preocupación constante de las autoridades[44]. También la sustitución de la pena de muerte por las diversas formas de mutilación difícilmente puede ser considerada como un atenuante, en la medida en que la mutilación era utilizada para la identificación de los delincuentes en el mismo sentido que los modernos archivos criminales. Así es posible constatar amputación de manos, dedos y falanges, cortes y extracciones de la lengua, ojos, oídos y castraciones[45]. Además de los sufrimientos, le era particularmente difícil a quien había recibido un castigo, encontrar nuevamente un trabajo de tipo honesto; el condenado resultaba, por lo tanto, forzado a reincidir en el delito, y eventualmente a caer víctima de las más duras medidas de la ley[46]. En ocasiones la mutilación convertía al individuo en una piltrafa humana y más a menudo aún le costaba la vida; en este último caso, sin embargo, la muerte era registrada como debida a "causas naturales".

El exilio, una de las penas más comunes en ese período, significaba frecuentemente para las clases inferiores un destino mucho peor del que es posible imaginar. Al exiliado que escapaba de la muerte en su propia ciudad, lo esperaba normalmente la horca en aquella en que buscaba refugio. Para los ricos, sin embargo, no constituía en realidad una pena rigurosa: por el contrario, significaba viajes de estudio, el establecimiento de una sucursal de sus negocios en el exterior y aun tareas de diplomacia para su ciudad o país de origen, con la perspectiva de un pronto y glorioso regreso[47].

Todo el sistema punitivo de la baja Edad Media demuestra claramente que no existía escasez de mano de obra, por lo menos en las grandes ciudades, y con la disminución del precio de la fuerza de trabajo se redujo también progresivamente el valor de la vida humana. La dura lucha por la existencia moldeó al sistema penal de tal modo, que lo convirtió en uno de los medios para prevenir el excesivo incremento de la población. En este sentido VON HENTIG aplica correctamente la idea de selección con respecto al sistema penal y demuestra que este actúa a manera de una hambruna o terremoto artificial, destruyendo a quienes las clases dominantes consideran inútiles para la sociedad[48].

[44] HIPPEL, *op. cit.*, I, pág. 157, donde cita a RAU.

[45] *Ibid.*, I, pág. 135.

[46] H. VON HENTIG, *Punishment: Its Origin, Purpose and Psychology,* London, 1937, cap. II, *The Evolution of Punishment,* págs. 17-116.

[47] H. KNAPP, *Das alte nürnberger Kriminalrecht,* Berlin, 1896, pág. 82. Cuando METZGER, *op. cit.*, pág. 101, encuentra que el exilio es más doloroso para los ciudadanos que para los vagabundos y prostitutas extranjeras, pasa por alto el hecho de que hay ciudadanos pobres y ciudadanos ricos.

[48] HENTIG, *op. cit.*, pág. 131.

La población de la baja Edad Media, imposibilitada de esperar un destino favorable que le permitiera escapar de sus condiciones miserables, vivía en una atmósfera de opresión, envidia, irritación, odio y desesperación. La superstición se difundía y la caza de brujas alcanzaba proporciones epidémicas. Las clases bajas desahogaban su furia y dolor con los representantes terrenales de los poderes sobrenaturales sospechosos de mantener relaciones con la "magia negra". El delito de brujería podía consistir en la mera atribución de ciertos poderes que la apariencia personal, los hábitos excéntricos o la jactancia bastaban para confirmar. Este delito era perseguido no solo por el pueblo, que lo señalaba como responsable de sus desgracias, sino además por las autoridades, que, sin duda sinceras en su odio y en su miedo a lo sobrenatural, veían en aquel, probablemente de modo semiconsciente, un instrumento para eludir sus propias responsabilidades[49].

También los judíos fueron objeto de esta persecución ciega por parte de las masas empobrecidas; la riqueza creciente de los primeros y el empobrecimiento en aumento de las masas hacían aparecer como obvia en alguna medida su responsabilidad, especialmente por sus actividades relativas al préstamo de dinero. Se afirmaba, además, que el hecho de que los judíos recibieran propiedades robadas, impulsaba y en parte daba origen a la epidemia de hurtos y robos que caracterizaban ese período.

Las víctimas de la decadencia económica no podían ciertamente percibir las verdaderas causas del delito, razón por la cual los judíos se convirtieron en un apropiado chivo expiatorio. Representantes de la Iglesia y de la clase dirigente contribuyeron también a dar crédito a las leyendas imperantes de sacrilegios y muertes rituales, proporcionando así una legitimación adecuada a las explosiones de odio que se trasformaban de tanto en tanto en persecuciones organizadas[50].

Más aún que brujas y judíos, los criminales perseguidos por la ley constituían la presa legítima para satisfacer el deseo de crueldad que los intereses de la sociedad mantenían reprimidos: represión frente a la cual, sin embargo, la variedad de las penas proporcionaba el máximo de compensaciones. Las masas que concurrían a las ejecuciones demandaban constantemente nuevas sensaciones. HUIZINGA, relatando los aspectos primitivos y brutales de la diversión a través de semejantes espectáculos, cuenta que los ciudadanos de Mons compraron, pagando

[49] STEINHAUSEN, *op. cit.*, pág. 416; J. HANSEN, *Zauberwahn, Inquisition und Hexenprozes im Mittelalter und die Entstehung der grossen Hexenverfolgung*, München, 1900, pág. 506.

[50] Ver los ejemplos en J. MARCUS, *Etude médico-légale du meurtre rituel*, Paris, 1900, págs. 15-18.

un alto precio, un bandido solo por el placer de verlo descuartizar[51]. La convicción oficial del carácter disuasivo de las ejecuciones públicas se traducía en el hecho de que los ladrones eran colgados sin ser luego enterrados o quemados, para que cada cual pudiera ver y temer un destino similar[52]. Pero la totalidad del sistema constituía en primer lugar una expresión de sadismo en el que los efectos disuasivos del carácter público de las penas ocupaban un segundo plano. Por ello es que la más morbosa de las imaginaciones actuales difícilmente podría concebir el cuadro de la variedad de las torturas aplicadas. Al respecto podemos leer sobre ejecuciones practicadas con cuchillo, hacha y espada, cabezas golpeadas con maderas o cortadas con arados, gente enterrada viva o dejada morir de hambre, clavos martillados en la cabeza, ojos, hombros y rodillas, estrangulaciones y asfixiamientos, desangramientos y desvisceraciones, estiramientos del cuerpo hasta la descuartización, torturas sobre la rueda y con tenazas al rojo vivo, cortes del cuerpo en distintas piezas o aserramientos de él con instrumentos de hierro y madera, quemas en la pira y muchas otras formas más de crueldad elaborada. No llegaba a sorprender que prácticamente todo delito fuera penado con la muerte y que la cuestión más importante resultara la manera en que aquella debía llevarse a cabo[53].

Muchas de tales escenas son posibles de observar en el arte de esa época: los cuadros de El Bosco, Breughel, Grünewald y otros, representando las terribles torturas de los mártires, no hacen más que reproducir sucesos cotidianos conforme a ciertos requisitos estéticos y religiosos. Inclusive los líderes religiosos participaban del espíritu de la administración penal. LUTERO , por ejemplo, sostenía que la mera ejecución no resultaba una pena suficiente y que los gobernantes debían perseguir, golpear, estrangular, colgar, quemar y torturar a la chusma en todas las formas imaginables. El uso de la espada es un sagrado deber del que gobierna: "La mano que empuña la espada y que estrangula no es más una mano humana sino la mano de Dios. No es el hombre sino Dios el que cuelga, tortura, decapita, estrangula y hace la guerra..."[54].

[51] HUIZINGA, *op. cit.*, pág. 15; trad. cast. cit., pág. 33.

[52] NAGLER, *op. cit.*, pág. 131, nota.

[53] Ver la enumeración de las penas utilizadas en Francia en el siglo XVIII, en D. JOUSSÉ, *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771, I, pág. 39; K. F. ROSSHIRT, *Geschichte und System des deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1838, II, pág. 13.

[54] Citado por F. VON HOLTZENDORFF, *Das Verbrechen des Mordes und die Todesstrafe*, Berlin, 1875, pág. 211.

Fue TOMÁS MORO quien se preguntó una vez: "¿Qué otra cosa es, sino crear ladrones para luego castigarlos?"[55]. Este lacónico comentario, por otra parte absolutamente excepcional, demuestra su comprensión de que el sistema punitivo constituía parte de un círculo vicioso. HUIZINGA afirma que la Edad Media desconoció totalmente aquellas ideas que han convertido a nuestro sentido de la justicia en tímido e irresoluto: dudas acerca de la responsabilidad del criminal, la convicción, hasta cierto punto, de la complicidad de la sociedad con el individuo, el deseo de reformar antes que el de infligir dolor, así como —agregamos nosotros— el miedo al error judicial. En este sentido y aunque sobrevalorando los criterios del liberalismo del siglo XIX, la afirmación de HUIZINGA resulta ampliamente justificada[56].

Los historiadores han discrepado ampliamente en la evaluación del derecho penal de esa época. Algunos de ellos aceptaron la posición de las clases dirigentes y justificaron su severidad con el fundamento de que las medidas rigurosas, hacia fines de la Edad Media, se hacían imprescindibles para combatir el delito. Así argumentaban que las autoridades estaban obligadas a detener el crecimiento de las bandas criminales y a mantener la ley a cualquier precio, justificando de este modo las formas más crueles de ejecución[57]. Otros criminólogos condenaron los métodos medievales como estúpidos y equivocados, convencidos de que la historia de las penas es en gran medida la historia de la crueldad e irracionalidad humana[58]. En respuesta al primer grupo se ha señalado la escasa efectividad de una política criminal de ese tipo que condujo a los fuera de la ley, mutilados y marcados a permanecer alejados de sus hogares y de la sociedad de los hombres honestos; cumpliendo de este modo la ley la función de engrosar las filas de los criminales potenciales, para entregarlos posteriormente a la comisión de los múltiples delitos que resultaban comunes en esa época[59]. El segundo punto de vista es inadecuado, porque la brutalidad de las penas no puede ser atribuida simplemente a la crueldad de una época pasada. La crueldad es un fenómeno social que puede ser entendido solamente comprendiendo las relaciones sociales prevalecientes en un período histórico determinado[60].

[55] MORE, *op. cit.*, pág. 26; trad. cast. cit., pág. 55.

[56] HUIZINGA, *op. cit.*, pág. 16; trad. cast. cit., págs. 32-33.

[57] HIS, *op. cit.*, I, págs. 12 y 70; NAGLER, *op. cit.*, págs. 130-31.

[58] M. LIEPMANN, *Der Strafvollzug als Erziehungsaufgabe, Reform des Strafvollzuges*, ed. por L. Frede y M. Grünhut, Berlin y Leipzig, 1927, pág. 5.

[59] HIPPEL, *op. cit.*, pág. 158.

[60] Ver MAX HORKHEIMER, *Egoismus und Freiheitsbewegung, Zur Anthropologie des bürgerlichen Zeitalters*, en *Zeitschrift für Sozialforschung*, V (1936), págs. 161-234.

III

MERCANTILISMO Y SURGIMIENTO DE LA PENA DE PRISIÓN

1. El mercado de trabajo y el Estado

Hacia fines del siglo XVI, los métodos punitivos comenzaron a sufrir lentos pero profundos cambios con el creciente interés que recibía la posibilidad de explotación de mano de obra de los sometidos a penas de prisión. La esclavitud en galeras, la deportación y las servidumbres penales de trabajo forzado fueron puestas en práctica; las dos primeras, temporáneamente, y la tercera, como forma precursora e indecisa de una institución que ha sobrevivido hasta nuestros días. Algunas veces, ellas aparecían complementando el sistema tradicional de penas pecuniarias y corporales; otras veces, tendían al desplazamiento de estas últimas. Estos cambios constituyeron el resultado no de consideraciones humanitarias, sino de un cierto desarrollo económico que revelaba el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato administrativo[1].

El surgimiento de grandes y ricas poblaciones urbanas creó una necesidad intensa por determinados bienes de consumo; además, la estabilidad de la demanda y el crecimiento del sistema financiero condujeron a una extensión constante de los mercados y a la seguridad para el empresario de poder colocar sus mercancías. Las compañías mercantiles que habían establecido relaciones con los países de Asia y del Levante, podían importar metales preciosos con altos niveles de ganancias, lo que aceleraba la extensión de la demanda de bienes de consumo en los mercados locales[2].

[1] El mejor análisis acerca de los problemas laborales durante el mercantilismo es el de E. F. Heckscher, *Mercantilism*, trad. de M. Shapiro, London, 1935, II, págs. 145-72.

[2] Adam Smith, *An Enquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, London, 1793, II, pág. 460, observa que el descubrimiento y colonización de América ayudó a incrementar la industria en países como España, Portugal, Francia e Inglaterra, que establecieron relaciones comerciales directas con América, y secundariamente con Austria, Flandes y algunas provincias germanas, que no comerciaban

El crecimiento demográfico en la segunda mitad del siglo XVI resultó incapaz de cubrir el incremento en las posibilidades de empleo. Tanto en Inglaterra como en Francia el crecimiento de la población se mantuvo detenido a causa de las guerras religiosas y de los disturbios internos[3]. El caso más extremo resulta, sin embargo, el de Alemania. Como consecuencia de la Guerra de los Treinta Años, a mediados del siglo XVII la población declinó a niveles solamente comparables con las caídas más abruptas de la época de la peste. Una disminución estimada, de 18.000.000 a 7.000.000, que suministran algunos autores[4] puede ser exagerada, pero inclusive los estimados más conservadores son suficientemente impresionantes, como los ofrecidos por INAMA-STERNEGG: 17,64 millones en 1475; 20,95 millones entre 1600 y 1620, y 13,29 millones a mediados del siglo XVII[5]. Un débil incremento no se verificó sino hasta la segunda mitad del siglo XVII, y en muchos casos fue necesario un siglo completo para recuperarse de las pérdidas. Mientras que en el período anterior a la Guerra de los Treinta Años los salarios caen al tiempo que la población aumenta, en el período 1620-1670 puede comprobarse un incremento de los salarios reales. Como recientemente lo ha formulado ELSAS, la relación de los salarios reales durante los siglos XVI y XVII adopta un curso contrario al movimiento de los precios y de la población; en otras palabras, los salarios reales estaban en relación con la oferta de fuerza de trabajo[6].

DE LA COURT, amigo de SPINOZA, proporciona un vivo retrato de Holanda, donde la escasez de fuerza de trabajo importada alcanza tal intensidad, que obliga a los propietarios a pagar salarios tan altos

---

directamente pero enviaban sus mercancías a América por intermedio de otros países; trad. cast. *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones,* 1ª reimpresión, México, Fondo de Cultura Económica, 1979, pág. 526.

[3] E. LEVASSEUR, *La population francaise,* Paris, 1889-92, I, págs. 188-93, estima que la población de Francia en la época de Enrique III no llegaba a más de 14 millones, mientras que antes del estallido de la Guerra de los Cien Años entre los 20 y 22 millones. Para Inglaterra, ver KULISCHER, *op. cit.,* I, págs. 130-31.

[4] S. KAWERAU y otros, *Synoptische Tabellen für den geschichtlichen Arbeitsunterricht vom Ausgange des Mittelalters bis zur Gegenwart,* Berlin, 1921-22, pág. 8.

[5] Citado de M. J. ELSAS, *Umriss einer Geschichte der Preise und Löhne in Deutschland vom ausgehenden Mittelalter bis zum Beginn des 19, Jahrhunderts,* Leiden, 1936, I, pág. 78. Para Strassburg, ver I. JASTROW, *Die Volkszahl deutscher Städte zu Ende des Mittelalters und zu Beginn der Neuzeit,* Berlin, 1886, I, pág. 67. La misma información puede ser inferida de los registros de nacimientos de Leipzig, que muestran un descenso de aproximadamente el 15% en el período entre 1552-61 y 1613-18; *ibid.,* I, pág. 143, nota.

[6] ELSAS, *op. cit.,* I, pág. 82.

que incidían directamente sobre sus condiciones de vida, las cuales eran inferiores a las de los propios asalariados. Describe también condiciones similares en las ciudades, donde los aprendices y siervos eran menos dóciles y por ello mejor pagados que en ningún otro país[7]. Quejas semejantes pueden escucharse en Alemania a causa de la destrucción provocada por la Guerra de los Treinta Años; allí la intensidad de la carencia de fuerza de trabajo condujo a muchas empresas al cierre[8]. Tanto en Alemania como en Holanda resulta posible verificar una mejora considerable de las condiciones de vida de los trabajadores urbanos y rurales[9]. Varios factores contribuyeron a agudizar esta situación. El inmovilismo de la fuerza de trabajo en Francia e Inglaterra y aún más en Alemania, dividida en innumerables Estados soberanos, determinaba la posibilidad de coexistencia de regiones con escasez de fuerza de trabajo y altos salarios, con regiones de bajos niveles de vida. Este cuadro resulta altamente contrastante con la realidad de nuestra sociedad actual en la que, tal como lo afirma HAUSER, el mercado tiende a actuar como un vaso comunicante de la totalidad[10]. Bajo el *ancien régime* la falta de vías de comunicación, así como la legislación prohibitiva de la circulación de los granos, bloqueaba la tendencia a la uniformidad interregional de los precios. De este modo, una escasez aparentemente general de fuerza de trabajo podía perfectamente carecer de efectos en pequeños mercados locales, aislados por la falta de vías de

[7] La afirmación de DE LA COURT aparece en O. PRINGSHEIM, *Beiträge zur wirtschaftlichen Entwicklungsgeschichte der vereinigten Niederlande im 17. und 18. Jahrhundert,* Leipzig, 1890, pág. 48.

[8] Ver. K. HINZE, *Die Arbeiterfrage zu Beginn des modernen Kapitalismus in Branderburg-Preussen,* Berlin, 1927.

[9] B. ERDMANNSDÖRFER, *Deutsche Geschichte vom westfälischen Frieden bis zum Regierungsantritt Friedrichs des Grossen,* Berlin, 1892, I, pág. 106, cita a un agricultor de la Selva Negra, de 1653, quien se queja de que solo al populacho le ha quedado alguna alegría o coraje en las condiciones prevalecientes. Pide a que esta chusma favorablemente ubicada, se le exija un impuesto como trabajadores domésticos, aunque es consciente de los peligros que una medida de este tipo puede ocasionar, y relata cómo las autoridades de una ciudad se habían visto forzadas a imponer un muy pequeño tributo a los sirvientes, pues estos amenazaron con asociarse y buscar trabajo en otra parte, lo que lo obligó a abandonar la tentativa.

E. S. FURNISS, *The Position of the Laborer in a System of Nationalism,* Boston, 1920, pág. 209, afirma que todos los historiadores concuerdan en que la posición económica de los trabajadores ingleses en el siglo XVII no solo era aceptable, sino que mostraba una tendencia a mejorar. La situación en Francia era algo diferente, pues la intervención del Estado en favor de los patronos frenó los efectos de los factores económicos conducentes a una elevación del nivel de vida de las clases bajas; ver H. SÉE, *Französische Wirtschaftsgeschichte,* Jena, 1930, I, pág. 266.

[10] H. HAUSER, prefacio a su *Recherches et documents sur l'histoire des prix en France de 1500 à 1800,* Paris, 1936, pág. 67.

comunicación[11]. El hecho de que una situación general de pobreza en determinada región pudiera coincidir con la escasez de fuerza de trabajo, se explica en parte por la existencia de leyes relativas a los pobres, que los obligaban a permanecer en su lugar de origen aun cuando no tuvieran la más mínima posibilidad de obtener un puesto de trabajo[12]. Dichas leyes tornaban prácticamente imposible una distribución racional del trabajo; esto unido al hecho de que el deterioro de ciertas condiciones locales, carestía, guerras y peste contribuían regularmente a impedir el retorno de la fuerza laboral ya adiestrada a sus lugares de origen.

La falta constante de continuidad en la oferta de fuerza de trabajo, así como la baja productividad del mismo, significó un importantísimo cambio en la posición de las clases propietarias. Exactamente en el momento en que la extensión de los mercados y el incremento en el equipamiento de los requerimientos técnicos clamaban por una mayor inversión de capital, es cuando la fuerza de trabajo se trasforma en una mercancía relativamente escasa. Los capitalistas del período mercantilista podían obtener fuerza de trabajo en el mercado libre solo mediante el pago de altos salarios y la garantía de condiciones favorables. Si se consideran las condiciones diamentralmente opuestas del siglo anterior, puede comprenderse claramente el significado de esta situación para las clases propietarias. El comienzo de la desaparición de la fuerza de trabajo de reserva constituyó un severo golpe para aquellos que poseían los medios de producción, en la medida en que los trabajadores tenían el poder de demandar mejoras radicales en las

[11] Este punto es subrayado por W. SOMBART, *Der moderne Kapitalismus*, 2ª ed., München, 1917, I, 2, pág. 800. La siguiente descripción de J. P. SÜSSMILCH, *Die göttliche Ordnung in den Veränderungen des menschlichen Geschlechts, aus der Geburt, dem Tode, und der Fortpflanzung erwiesen...*, 3ª ed., Berlin, 1765, I, pág. 534, revela claramente el carácter local de las catástrofes económicas de esta época: "El hambre es un enemigo peor que la peste. Su prevención es, por consiguiente, aún más necesaria. Las grandes ciudades requieren, especialmente, una cuidadosa atención para el común de la gente que rara vez piensa en el futuro, y examina poco las necesidades, viviendo tan en el presente que no ahorra y se encuentra abruptamente con el peligro de perder su salud o su vida. Puede no darse una buena cosecha, duplicarse el precio del pan diario, y ya existe el peligro de que sus salarios pierdan la justa proporción con el precio de las necesidades básicas para vivir. Si nada se ahorra cuando las cosas están baratas, no hay salida para ellos. Una ciudad donde haya varias fábricas florecientes puede llenarse de un ejército de mendigos en tales circunstancias. Yo mismo he conocido ejemplos de esto y solo puedo pensar en sus resultados con horror... En casos, cuando los mercados de alimentos estaban cerrados, debido a la guerra o a otras causas, la multitud de mendigos gritando por pan en las calles de los bajos se hacía tan impresionante, que uno no sabía que hacer para escapar de ellos".

[12] E. LIPSON, *Economic History of England*, London, 1931, II, págs. 64-65, subraya correctamente este punto para Inglaterra. La misma situación es descrita para Francia por L. LALLEMAND, *Histoire de la charité*, vol. IV, *Temps modernes*, Paris, 1910, I, pág. 177.

condiciones de trabajo. La acumulación de capital necesaria para la expansión del comercio y la industria se veía severamente trabada por la situación imperante en la condición de los asalariados. Los capitalistas se vieron obligados a dirigirse al Estado para obtener la restricción de los salarios y la productividad del capital.

Ningún medio fue dejado de lado por las clases dominantes en su intento por superar la situación que reinaba en el mercado de trabajo. Se introdujeron medidas rigurosas que limitaban la libertad de los individuos, medidas mencionadas, y más o menos discutidas, en todos los escritos de la época. Sin embargo, ellas fueron frecuentemente consideradas como anomalías y curiosidades históricas, aberraciones absurdas y paradójicas del *Polizeigeist* de ese tiempo y destinadas a desaparecer con la evolución posterior de los acontecimientos[13]. Un punto de vista de este tipo fracasa en la percepción de la importancia histórica de medidas enderezadas a solucionar la escasez de mano de obra que amenazaba la propia existencia del orden social. La más importante fue el intento de incrementar la tasa de nacimientos, condenada por muchos autores como un signo de estupidez, miopía e inclusive degeneración moral. No obstante, para una visión contemporánea del problema nada resultaba más obvio que combatir la escasez de fuerza de trabajo incrementando la tasa de los nacimientos.

Las teorías dominantes durante todo el siglo XVIII afirmaban que la población inglesa disminuía, y figuras dirigentes como Lord Shelburne y Lord Chatham expresaron públicamente su preocupación de que ello era a causa de calamidades que respondían a un sinnúmero de motivos, como el excesivo aumento de las fuerzas armadas, la guerra, la emigración, los altos impuestos, el incremento en los precios de los bienes de consumo, el cercamiento de los campos, etc.[14]. Algunos economistas de la época dedicaron especial importancia a la lucha contra este mal. SÜSSMILCH, por ejemplo, afirmaba que la felicidad de un país, su seguridad y riqueza dependían del número de su población. Una de las funciones principales del gobernante es velar por que su país se encuentre bien poblado, función que de hecho incluye la mayor parte de sus obligaciones, convirtiendo al dirigente en padre, consejero, médico, pastor y, en resumen, en un dios en la tierra. Él debe arbitrar todos los medios y remover todos los obstáculos para lograr el incremento de la población, cuidando que sus gobernados posean todo lo requerido para su subsistencia, y hacer todo lo que esté en su poder

[13] Ver la discusión de este punto, en BIELSCHOWSKY, *op. cit.*, pág. 33.

[14] Ver PAUL MANTOUX, *The Industrial Revolution in England in the Eighteenth Century*, trad. de Marjorie Vernon, London, 1929, pág. 350, trad. cast. *La revolución industrial en el siglo XVIII*, Madrid, Edit. Aguilar, 1962, pág. 332.

para combatir la pobreza, produciéndose de este modo muchos matrimonios que darán origen a una prolífera descendencia[15].

El clero, por su parte, se hallaba dispuesto a invocar argumentos de carácter religioso para sostener el aumento de la tasa de natalidad; SÜSSMILCH se pregunta si algún teólogo estaría en capacidad de contradecir su tentativa de demostrar que solo puede gobernar sabiamente aquel dirigente que tiene muy en cuenta el mandamiento divino: creced y multiplicaos y poblad la tierra[16].

El gobierno y la legislación siguieron esta línea; por ejemplo, en Inglaterra, como afirma PRIBRAM, los Estuardos favorecieron las festividades populares del *May Day* con toda su hilaridad y diversión bucólica, en razón del incremento de la población que tenían como consecuencia. Y aun si las solteras perdían su virtud el rey ganaba súbditos, especialmente soldados. En esas ocasiones, probablemente él mismo tomaba parte en la tarea de acrecentar la población, también para merecer con justicia el título de "padre del país". Inclusive por el mismo motivo, continúa PRIBRAM, es por lo que se leía el *Book of Sports,* un excelente ejemplo de la política poblacional que apelaba a los más bajos instintos de las masas como contribución al interés omnipotente del Estado[17]. En Francia, el ministro Colbert ofrecía reducciones impositivas para los matrimonios jóvenes y prolíficos. Una promoción sistemática de la tasa de nacimientos era aún más significativa en Alemania, donde las consecuencias de la Guerra de los Treinta Años y el espacio reducido de los territorios en comparación con las pretensiones de poder político, eran tan importantes y afectaban de tal modo su trazado, que el mercantilismo alemán ha sido realmente denominado como poblacionismo[18]. En 1746 se le prohibió al clero prusiano la facultad de exigir penas pecuniarias a las madres solteras; dicha medida tenía como objeto dismi-

[15] SÜSSMILCH, *op. cit.,* I, pág. 407. La misma opinión es expresada por I. H. G. VON JUSTI, *Die Grundfesten zu der Macht Glückseligkeit der Staaten*, Königsberg, 1760, I, pág. 175, y *Gesammelte politische und Finanzschriften über wichtige Gegenstände der Staatskunst, der Kriegswirtschaften und des Kameral und Finanzwesens,* Kopenhagen, 1761, I, pág. 199. SONNENFELS sugería que cada madre fuera recompensada con diez *Reichstaler* por parto luego de abandonar el hospital. THEODOR LAU se queja de que la oposición del clero temeroso de Dios impidió la legalización de la poligamia, el medio ideal por excelencia para hacer más poblado a un país; ver L. ELSTER, *Bevölkerungslehre und Bevölkerungspolitik, Handwörterbuch der Staatswissenschaften,* II, 4ª ed., Berlin, 1924, pág. 748.

[16] SÜSSMILCH, *op. cit.,* I, XI y ss.; cfr. I, pág. 396.

[17] K. PRIBRAM, *Die Entstehung der individualistischen Sozialphilosophie,* Leipzig, 1912, pág. 41.

[18] F. WILLENBÜCHER, *Die strafrechtsphilosophischen Anschauungen Friedrichs des Grossen,* Breslau, 1904, pág. 46. Ver también E. SCHMIDT, *Staat und Recht in Theorie und Praxis Friedrichs des Grossen,* Leipzig, 1936, pág. 34, nota.

nuir el número de los infanticidios. En 1747 se publicó un decreto contra el tradicional año de luto de las viudas. Los edictos de Federico II de Prusia del 17 de agosto de 1756 y del 8 de febrero de 1765 vedaron considerar como deshonorables a las madres solteras, y también fueron abolidas las disposiciones relativas a la moralidad pública. En carta a VOLTAIRE pueden leerse las opiniones de Federico II a este respecto: "Yo considero al pueblo como un rebaño de venados en un parque señorial cuya única función es la de poblar y mantener sus reservas"[19].

La misma tendencia se encuentra en los grandes códigos jurídicos de la época. El *Allgemeine Preussische Landrecht* de 1794, por ejemplo, convierte en tan favorable la posición legal de los hijos ilegítimos, que las disposiciones correspondientes del Código Civil de 1900 resultan bárbaras en relación con las mismas. El primero otorgaba a la madre no casada el derecho a recibir una compensación del padre de su hijo, además de la posibilidad de reclamar los costos del parto[20].

La estrategia militar, así como los métodos de reclutamiento y mantenimiento de la disciplina, estaba también determinada por la escasez de fuerza de trabajo. MEINECKE, evaluando la política de Federico II, afirma que los elementos más brutales de su sistema militar, y en especial el reclutamiento de esa escoria humana, se encontraban totalmente interrrelacionados con el complejo sistema demográfico, económico y financiero, tan exactamente planificado, que la caída de una de esas piezas hubiera provocado el derrumbe del sistema en su conjunto[21]. Al comienzo de la Guerra de los Treinta Años la necesidad de un ejército era cubierta rápidamente por la existencia de mercenarios, pero con el avance de la industria y el mejoramiento de la condición de vida de los trabajadores, superior a la de los soldados, el gobierno tuvo que entrar en competencia con los empleadores privados para lograr la formación de los ejércitos.

Las levas forzosas comienzan a aparecer durante el período de la Guerra de los Treinta Años[22] con la instrucción a los oficiales de detener a los transeúntes y forzarlos a la firma de contratos para ingresar en el servicio militar. También las autoridades locales fueron obligadas

[19] VOLTAIRE, *Oeuvres,* ed. por A.J.Q. Beuchot, LIV, Paris, 1831, pág. 401.

[20] *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten,* Berlin, 1832, parte II, título 1, arts. 1015-1119. Cerca de cien artículos (887-984) tratan del infanticidio, disponiendo especialmente medidas de tipo preventivas.

[21] F. MEINECKE, *Die Idee der Staatsräson,* München y Berlin, 1924, pág. 357.

[22] R. FÜRST VON MONTECUCCOLI, *Ausgewählte Schriften,* ed. por *Direktion d.k.u.k. Kriegsarchivs,* vol. II, *Militärische Schriften,* parte II, Wien, 1899, pág. 469, sugería que los "huérfanos, bastardos, mendigos e indigentes que eran atendidos en casas de salud, fueran llevados a escuelas militares como lo hacían los Jenízaros".

a proveer a los regimientos con cierto número de reclutas[23]. Los campesinos temían trasladar sus productos a las ciudades, y gran cantidad de gente joven huyó por las fronteras. La situación se agravó más aún durante el reinado de Federico Guillermo I, y las autoridades locales en cada provincia se quejaban de que los habitantes eran obligados a abandonar el país, lo que amenazaba al conjunto de la economía. De este modo los reclutamientos se convirtieron en tan poco frecuentes y costosos, que el rey de Prusia promulgó el famoso *Kantonreglement* de 1733 con el fin de detener las disputas entre los jefes militares en torno a la apropiación de soldados[24]. El costo de los soldados lo demuestran también los altos precios pagados por Inglaterra y los príncipes alemanes durante el desarrollo de las guerras coloniales[25]. Inglaterra lleva a cabo sus guerras coloniales casi completamente con soldados extranjeros, con el argumento de que su propia población podía ser más rentablemente ocupada en las artes y oficios de la paz. La escasez de hombres fue en algunas oportunidades tan grave, que los ejércitos tuvieron que ser reforzados con criminales. En las grandes guerras efectuadas por Inglaterra contra Francia y España durante la última mitad del siglo XVIII, resultó difícil, aun apelando a todos los medios de alistamiento e importación, encontrar suficientes soldados y marinos. Jueces y encargados de prisiones fueron consultados sobre la capacidad física y no moral de los convictos para desarrollar tareas de tipo militar[26]. De este modo el ejército comenzó a ser considerado como una especie de organización penal, apropiada para vagos, mendigos y expresidiarios[27]. Algunos países, inclusive fueron más lejos al aceptar criminales de otros gobiernos que no sabían qué hacer con ellos[28].

[23] H. DELBRÜCK, *Geschichte der Kriegskunst im Rahmen der politischen Geschichte,* IV, Neuzeit, Berlin, 1920, págs. 282-83.

[24] *Ibid.*, pág. 285.

[25] F. KAPP, *Der Soldatenhandel deutscher Fürsten nach Amerika,* 2ª ed., Berlin, 1874, pág. 31.

[26] L. O. PIKE, *History of Crime in England,* London, 1876, II, págs. 372-73.

[27] KAPP, *op. cit.*, pág. 96. Federico Guillermo I ordenó que los ciudadanos y campesinos rebeldes fueran incorporados al ejército. Federico II, en particular, deseaba que los autores de literatura sediciosa o dañina cumplieran su pena en el ejército; ver DELBRÜCK, *op. cit.*, págs. 283 y 289.

[28] Ver las observaciones de H. B. WAGNITZ, *Historische Nachrichten und Bemerkungen über die merkwürdigsten Zuchthäuser in Deutschland,* Halle, 1791, I, págs. 213 y ss. Fue considerado un acto loable de parte del duque de Goethe, Karl August, cuando, en 1796, entrega solo delincuentes culpables de faltas leves, a una comisión militar prusiana, respetando el llamado carácter "voluntario" de este "cambio de residencia"; ver F. W. LUCHT, *Die Strafrechtspflege in Sachsen-Weimar-Eisenach unter Karl August,* Berlin y Leipzig, 1929, pág. 58.

AVÉ-LALLEMANT comenta que el prontuario de casi todos los delincuentes del siglo XVIII incluía levas y posteriores deserciones. Esto porque dicha práctica constituía un medio para eludir persecuciones hasta que el tiempo y las circunstancias se hicieran más favorables[29]. Los delincuentes no solo podían evitar, por medio del alistamiento, ser enviados al patíbulo sino que inclusive recibían tratamiento especial si cometían un delito durante el tiempo de servicio en el ejército. Los delitos especiales de carácter militar estaban previstos con severas penas en los códigos respectivos; sin embargo, en la realidad ellos eran considerados de manera benigna en razón de lo injusto e impráctico de ejecutar a un soldado o marino entrenado[30]. En Breslavia, por ejemplo, en 1626 cuatro soldados fueron condenados a muerte por quebrantar la disciplina militar y posteriormente perdonados al asumir la obligación de ocupar posiciones especialmente arriesgadas en caso de guerra. Consideraciones de este tipo tuvieron por supuesto una influencia notable sobre la moralidad del ejército y, en general, sobre la seguridad de la vida y la propiedad[31].

La política del período mercantilista demuestra un notable favorecimiento de la actividad de los empleadores acorde con el esfuerzo del absolutismo de desarrollar la industria, ensayándose en este sentido todas las formas de incentivos posibles, como premios, privilegios, derechos monopólicos, tarifas y restricciones a las corporaciones. En Francia, por ejemplo, la gran industria era casi exclusivamente artificial y sobrevivía solo con la ayuda y el patrocinio de la Corona[32]. Hasta en Inglaterra, a pesar de su larga historia de desarrollo capitalista floreciente y a pesar de la oposición puritana a los monopolios reales y otras instituciones del mismo modo "artificiales", algunas industrias obtuvieron un activo apoyo gubernamental, durante el reinado de los Tudor y al comienzo de los Estuardos[33]. El continuo crecimiento de

[29] F. C. B. AVÉ-LALLEMANT, *Das deutsche Gaunerthum in seiner socialpolitischen, literarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande,* Leipzig, 1858, I, pág. 85.

[30] GWINNER, *op. cit.*, págs. 177-78.

[31] PIKE, *op. cit.*, II, pág. 373. Generalmente un soldado sentenciado con la pena capital no podía ser ejecutado sin orden del rey A. F. LUEDER, *Kritische Geschichte der Statistik,* Göttingen, 1817, pág. 425, hace referencia a las bandas de rufianes a los cuales la influencia combinada del vicio, el crimen y el derecho al perdón los había conducido a ser enrolados; hombres a los que solo la horca podía hacerlos llorar, murieron en el campo del honor o en sus camas.

[32] SÉE, *op. cit.*, I, pág. 243.

[33] MANTOUX, *op. cit.*, págs. 29-32, trad. cast. cit., págs. 8-11. En Brandenburgo-Prusia fue fundamentalmente la industria textil la que recibió ayuda estatal. El gobierno proveyó, al capital industrial, desde los locales hasta la fuerza de trabajo; ver las

la industria requería la creación de una amplia oferta de mano de obra, pero los trabajadores se ofrecían raramente en forma voluntaria, en parte a causa de su bajo número y, en parte, a su oposición a las condiciones de trabajo y existencia cotidianas. El gobierno, que concedía a menudo créditos considerables (los funcionarios que otorgaban los créditos eran frecuentemente recompensados con participación en las empresas), estaba por supuesto interesado en la existencia de una fuerza de trabajo a bajo costo y en promulgar la legislación que reglamentara el trabajo en las fábricas. La clase dirigente utilizó todo el peso de su influencia para favorecer la actividad de los empleadores; LEVASSEUR tiene razón al afirmar que desde el punto de vista del Estado no existía equidad entre empleadores y empleados y que la ley intentaba explícitamente mantener a estos últimos en una posición subordinada[34].

La emigración de la fuerza de trabajo fue estrictamente prohibida por el Estado. Un decreto francés de 1669 establecía el arresto y la confiscación de la propiedad de los trabajadores que abandonaran el país, y un decreto posterior de 1682 fue más lejos al introducir la pena de muerte para los que emigraran y la prisión para quienes incitaran a la emigración[35]. La situación de aquellos que emigraban se hacía

---

ordenanzas reales recopiladas en el *Acta Borussica,* ed. por Schmoller y Hintze, I, Berlin, 1892, especialmente una orden del 21 de agosto de 1754 (N° 359), en la cual la Corona anuncia el pago del saldo de una deuda perteneciente a un tal Schnitzer, manufacturero de la seda, confiando que pueda responder, administrando su negocio, con un mayor celo. En Austria, Becher obtiene una concesión y subsidio general para su *Manufakturhaus* en Tabor (Viena); ver. H. HATSCHEK, *Das Manufakturhaus auf dem Tabor in Wien,* Leipzig, 1889.

[34] E. LEVASSEUR, *Histoire des classes ouvrières et de l'industrie en France avant 1789*, 2ª ed., Paris, 1901, II, pág. 789; ver también SOMBART, *op. cit.*, I, págs. 2, 810. La agricultura, subraya, también sufrió por la escasez de hombres, sobre todo en los latifundios. Los salarios en Prusia, por ejemplo, eran tan altos que los propietarios de tierras se resistieron a contratar trabajadores libres e intensificaron la explotación de sus arrendatarios. Estos últimos soñaban con irse a las ciudades y la clase terrateniente replicó reimponiendo su condición de siervos; ver KNAPP, *Bauernbefreiung,* I, págs. 67 y 70; H. SIEVEKING, *Grundzüge der neuren Wirtschaftsgeschichte vom 17. Jahrhundert bis zur Gegenwart*, 4ª ed., Leipzig, 1925, pág. 35. Al principio, el *señor* solo tenía la primera opción cuando los hijos de los campesinos estaban en edad de entrar en servicio, pero este a veces era compulsivo y su período era determinado unilateralmente por el *señor*; ver SIEVEKING, *Wirtschaftsgeschichte,* Berlin, 1935, págs. 105-6. El *Allgemeines Landrecht* prusiano, parte II, título 7, art. 185, autoriza al *señor* a tomar a los hijos de los campesinos y hacerlos sirvientes en su corte. Condiciones similares en Inglaterra, han sido descritas por LIPSON, *op. cit.*, II, pág. 391.

[35] SÉE, *op. cit.*, I, pág. 243. Cfr. el *Allgemeines Landrecht,* parte II, título 20, art. 148, que establece una pena de cuatro a ocho años de prisión o *Festungshaft* a quien incite o ayude a los encargados de las fábricas, empleados u obreros, a emigrar.

más favorable, porque cada país cuidaba celosamente su fuerza de trabajo calificada al tiempo que hacía esfuerzos por atraer la de los demás. Para 1786 no menos de un tercio de los habitantes de Prusia eran o bien inmigrantes o descendientes de inmigrantes[36]. BECHER censuraba aquellos gobernantes que intentaban expulsar a los mendigos del país, ya que toda la fuerza de trabajo podía ser utilizada por el Estado, y hasta llegó a abogar por la inmigración de esta clase de individuos[37]. JUSTI fue aún más lejos afirmando que un Estado deseoso de incrementar su población debía ser un asilo para todos los oprimidos y perseguidos en otros países y que no se debería entregar jamás un individuo prófugo en busca de refugio. Una política de este tipo, afirmaba, no es contraria a la justicia porque es bien sabido que el odio, la venganza y el espíritu de persecución conducen frecuentemente a falsas acusaciones. Aun en el caso de que los delitos precedentemente cometidos resulten tan atroces como para no ser perdonados, se deben exigir pruebas claras de ellos para que las nuevas autoridades administren justicia al refugiado[38].

El Estado estableció un máximo en las escalas salariales para evitar el incremento resultante de la libre competencia en el mercado de trabajo. La política de salarios era gobernada por el principio de que un país no puede ser rico si no dispone de una abundante cantidad de habitantes lo suficientemente necesitados como para verse obligados a trabajar para huir de la miseria; este punto de vista encontró su expresión en las teorías económicas de la época. Todas las propuestas de reforma fueron basadas en la idea de que a la población se le puede obligar a trabajar solo con la existencia de bajos salarios; MANDEVILLE afirma: "Frente al hecho de que la humanidad muestre una excepcional inclinación al ocio y al placer, ¿qué razón nos puede hacer pensar que ella trabajaría si no fuera sometida a una acuciante necesidad"?[39].

Un ulterior incentivo al trabajo debía esperarse del descenso de los salarios reales causado por el aumento de los precios.

[36] M. SERING, *Geschichte der preussisch-deutschen Eisenzölle von 1818 bis zur Gegenwart,* Leipzig, 1882, pág. 2.

[37] Citado en M. ADLER, *Fabrik und Zuchthaus,* Leipzig, 1924, pág. 62. SÜSSMILCH, *op. cit.,* I, 406, argumenta en el mismo sentido, señalando que se pagaba por los hombres un precio más alto que en Europa, en los países en que había existido la esclavitud en el pasado o donde aún existía.

[38] JUSTI, *Grundfesten,* I, pág. 240.

[39] MANDEVILLE, *The Fable of the Bees,* ed. por F. B. Kaye, Oxford, 1906, I, pág. 192. Declaraciones similares pueden encontrarse en SÜSSMILCH, *op. cit.,* I, pág. 132. Es la tesis desarrollada extensamente por WITT, PETTY, TEMPLE y otros, en la que sostienen que cierto aumento en los precios de los productos básicos no es contraproducente, sino un estímulo al trabajo.

El cumplimiento de las regulaciones fabriles se convirtió en un problema de suma importancia como resultado de la escasez de fuerza de trabajo, especialmente de aquella calificada. Severas reglas fueron introducidas para el control de la actividad de los trabajadores, desde las plegarias matutinas hasta el final de la jornada. Inclusive se realizaron intentos de regular la vida privada de los trabajadores, con el objeto de protegerlos de las influencias que pudieran afectar su capacidad de producción y disciplina[40]. La productividad del trabajo era baja, también a causa del gran número de días festivos a lo largo del año. Frecuentemente se promulgaban leyes para regular la jornada laboral, que se reducía debido al creciente poder de los asalariados. Las doce horas diarias de trabajo en Holanda en el siglo XVIII[41], resultan breves si se las compara con un día normal de doce a dieciseis horas en los siglos XVII y XVIII en Francia[42].

La piedra angular de las regulaciones gubernamentales del mercado fue la prohibición de las organizaciones obreras. Los trabajadores eran severamente castigados si abandonaban sus tareas por la reclamación de salarios o por cualquiera otra causa[43]. La libertad de asociación iba contra el espíritu de la ley, la cual sostenía que las cuestiones laborales debían ser resueltas exclusivamente por las autoridades gubernamentales[44].

El trabajo de los menores era alentado por todos los medios. Tan pronto como era posible, los niños eran puestos a trabajar en las fábricas y el Estado proporcionaba a los fabricantes de manufacturas, jóvenes provenientes de los orfanatos en cuyo caso la única obligación de los empleadores resultaba la entrega del alimento[45]. En algunas oportuni-

[40] Para contrarrestar los efectos de los *Blue Monday* (días de ausentismo), que se habían trasformado en una tradición en toda Europa, los reglamentos de la fábrica Royal Manufactories de St. Maur Des Fossées establecían que los trabajadores debían estar en la ciudad entre las 9 y las 10 de la noche los domingos y feriados, de modo que pudieran llegar a tiempo a sus lugares de trabajo por la mañana siguiente: ver LEVASSEUR, *Classes ouvrières,* II, pág. 425.

[41] PRINGSHEIM, *op. cit.,* pág. 49; E. BAASCH, *Holländische Wirtschaftsgeschichte,* Jena, 1927, pág. 155.

[42] SÉE, *op. cit.,* I, pág. 264.

[43] Cuando se llevaron denuncias de este tipo ante el *Grand Jury* de Inglaterra, en 1639, el juez sostuvo que las asociaciones de la clase trabajadora eran ilegales pues servían para engañar a la gente fijando precios excesivos por su trabajo o exigiendo condiciones favorables; ver LIPSON, *op. cit.,* III, pág. 388. Para Francia, ver LEVASSEUR, *Classes ouvrières,* II, págs. 508-11; SÉE, *op. cit.,* I, págs. 269 y 363.

[44] Ver las observaciones de SOMBART, *op. cit.,* I, págs. 2, 831.

[45] Ver el contrato entre la Corona de Middelburg y los protestantes de origen francés para el empleo de huérfanos, citado en PRINGSHEIM, *op. cit.,* pág. 55. Para el siglo XVII en Holanda, ver BAASCH, *op. cit.,* pág. 155. Ver también la orden de Federico II al general Meyerinck de oct. 27 de 1748; *Acta Borussica,* vol. I, núm. 147, en la cual instruye al general que ponga a disposición de un tal Moses Ries, manufacturero de damascos y sedas, aprendices huérfanos que aún continúen recibiendo atención en el orfanato.

dades era el propio Estado el que fundaba establecimientos de trabajo para el empleo de los huérfanos. Naturalmente, todo esto incrementó el valor de los niños, que se trasformaron en un bien de cambio ya que sus padres podían alquilarlos o aun entregarlos a un patrón a trueque de cierta suma, renunciando así a todo derecho sobre aquellos.

La situación del mercado de trabajo producía efectos sobre el sistema educativo[46], cuyo principio fundamental consistía en preparar a los niños para las necesidades de la industria. Existían toda clase de escuelas industriales, como las de tejido y las de costura, donde los niños no solamente eran entrenados de manera gratuita sino que, además, recibían una pequeña paga por su trabajo[47]. Los teóricos defendían en forma vigorosa el trabajo infantil, argumentando que representaba el mejor medio de mantenerlos alejados del mal al tiempo que les enseñaba a ayudar financieramente a sus padres. Solo individuos aislados alzaron su voz para protestar contra los peligros físicos del trabajo a tan temprana edad o para señalar que esos menores se encontrarían posteriormente incapacitados para trabajar, en el caso de que lograran sobrevivir a dicha experiencia. Sin embargo, las mencionadas medidas no eran siempre suficientes para contrarrestar los peligrosos efectos de la escasez de mano de obra industrial[48]. En Inglaterra puede constatarse la existencia de trabajo forzado ya desde la época del *Statute of Artificers* bajo el reinado de Elizabeth. Ya hemos aludido al suministro de huérfanos efectuado por el Estado; pero además de ello la autoridad se dio a la tarea de entregar trabajadores a la industria en forma coactiva[49]. Hasta los soldados y sus familias fueron obligados a trabajar en telares; según un decreto austriaco de 1768, los regimientos podían ser asignados a los establecimientos donde se trabajaba el lino, el algodón y la lana, estando además a disposición para cualquiera otro tipo de tareas en fábricas y talleres. Un decreto anterior (1763) establecía que el objetivo de construir fábricas a lo largo del país era proporcionar a los individuos ociosos la oportunidad de ganarse la vida, y si era necesario obligarlos se les debería recluir en las casas de trabajo (*workhouses*)[50].

[46] A. GANZ, *Das ökonomische Motiv in der preussischen Pädagogik des achtzehnten Jahrhunderts,* Halle, 1930.

[47] El congreso de la paz de Rastatt (1714) decide que el más noble y valioso monumento que se puede erigir es una escuela de hilandería para los niños pobres del distrito; ver KULISCHER, *op. cit.*, II, pág. 187.

[48] *Ibid.*, II, pág. 449. Ver también C. BRINKMANN, *Versuch einer Gesellschaftswissenschaft,* München, 1919, pág. 79; SOMBART, *op. cit.*, I, págs. 2, 804.

[49] En el *Robotpatent* de 1738, para Bohemia y Moravia, por ejemplo, se halla explícitamente establecido que los súbditos están obligados a hilar para sus soberanos o, en su defecto, pagar un impuesto; ver ALDER, *op. cit.*, pág. 76.

[50] *Loc. cit.* Para Prusia, ver HINZE, *op. cit.*, págs. 173 y ss.

2. Diferentes etapas en el tratamiento de los pobres

La fuerza de trabajo que el Estado podía controlar mejor estaba compuesta de personas que ejercían profesiones ilegales, como mendigos y prostitutas, así como de otras tradicional o jurídicamente sujetas a la protección y a la asistencia de la autoridad pública: viudas, dementes y huérfanos. La historia de la política llevada a cabo respecto de los mendigos y los pobres solo puede ser entendida en relación con la realidad de la asistencia-caridad y el derecho penal. Por ello la exposición del tratamiento de los pobres tiene por objeto mostrar que el mismo correspondió a cambios en la estructura social. Un fresco de la Iglesia de San Francisco en Asís, atribuido por algunos a Giotto, representa la alegoría de la pobreza. San Francisco coloca un anillo nupcial a "la pobreza", una mujer rodeada de espinas que viste andrajos y expresa resignación. Cristo se encuentra entre los dos en actitud de entregar "la pobreza" a su esposo, y los ángeles observan con reverencia desde ambos lados de la tela. Esta pintura ilustra la posición que socialmente podía serle asignada a la pobreza durante la Edad Media[51].

Max Weber observa correctamente que la ética medieval no solo había tolerado la mendicidad, sino que había llegado a glorificarla en las órdenes mendicantes; y los mendigos seglares habían llegado a constituir una "clase" y ser valorados en esa calidad, por cuanto que daban al rico ocasión de reàlizar buenas obras al dar limosnas[52]. La Iglesia, ciertamente, propiciaba la pobreza voluntaria, pero como resultaba difícil distinguirla de la involuntaria, las obligaciones y las ventajas de las buenas obras en forma de caridad hacia los mendigos seglares eran constantemente reiteradas. En dicha sociedad existía un puesto para todos, tanto para el pobre que vivía de la limosna como para el poderoso que vivía de las rentas de su propiedad y que podía cumplir sus obligaciones cristianas justificándose ante los ojos de Dios por medio de obras de caridad. Como afirma Groethuysen, el ejercicio de la caridad constituye una función esencial de los poderosos de este mundo[53]. La relación entre estos dos grupos contrastantes, ninguno de los cuales vive del producto de su trabajo, era expresada por las enseñanzas sociales de la Iglesia, que utilizaba el deseo de los ricos para obtener los favores

[51] Varios pintores posteriores a Giotto expresaron conceptos similares sobre la pobreza.

[52] Weber, *The Protestant Ethic and the Spirit of Capitalism,* trad. de Talcott Parsons, London, 1930, pág. 177; trad. cast. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo,* 2ª ed., Barcelona, Península, 1973, págs. 253-254.

[53] B. Groethuysen, *Die Entstehung der bürgerlichen Welt-und Lebensanschauung in Frankreich,* Halle, 1930, II, pág. 40.

divinos con el fin de asegurar una asistencia material a los pobres[54]. Esta actitud era comprensible en una sociedad en la que resultaba siempre posible asegurarse una existencia no demasiado inferior a la del nivel medio de los trabajadores y en la cual quien escogía voluntariamente el destino de la pobreza, cumplía un acto de heroica abnegación reconocido por la sociedad. La entrega de ropa y comida a los necesitados constituía una actitud respetada por los hombres y agradable a Dios.

El cuidado de los pobres era considerado una tarea de la Iglesia, y las riquezas acumuladas por esta última se justificaban como propiedad de los pobres, enfermos y ancianos. Por otra parte, las incursiones del Estado en este campo se realizaban con el objeto de mantener bajos los salarios y asegurar una adecuada oferta de mano de obra. En la época en que las plagas y las guerras habían destruido del treinta al sesenta por ciento de la población de Europa, la política salarial consistía fundamentalmente en mantener un bajo precio para la fuerza de trabajo de reserva: los pobres. Cuando los vagabundos eran empleados coactivamente y con bajos salarios en la ejecución de obras públicas, el propósito que en realidad se perseguía era el de forzarlos a trabajar en la industria privada aceptando el nivel de salarios prevalecientes. En otras palabras, el objetivo principal de tales medidas era el de superar la escasez de fuerza de trabajo, impidiendo un aumento de los salarios como lo demuestran las ordenanzas francesas de 1382 y 1535[55] o el estatuto inglés de 1388[56]. Se trataba, sin embargo, de medidas transitorias desprovistas de efectos perdurables.

El problema de la relación entre trabajo y pobreza sufrió un cambio profundo durante el trascurso del siglo XVI cuando, como hemos visto, las condiciones de vida de las clases inferiores se deterioraron en

[54] Ver el brillante análisis de GROETHUYSEN, *op. cit.*

[55] CH. PAULTRE, *De la repression de la mendicité et du vagabondage en France sous l'ancien régime,* Paris, 1906, pág. 26, describe claramente las condiciones en Francia: "El mendigo no fue considerado como un delincuente durante el siglo XIV y los dos tercios del siglo XV. El hecho que inquietó a las autoridades municipales centrales fue el gran número de desocupados que se atrevían a ofrecer su trabajo con ciertas condiciones y tarifas de remuneraciones. Esto produjo un temido aumento en los salarios y las autoridades se decidieron a forzar a los mendigos a trabajar, utilizando así este sector ocioso de la población en los trabajos públicos. Estos mendigos trabajando bajo coerción eran retribuidos con salarios muy bajos y de este modo se esperaba estimular a los indigentes a aceptar empleos privados con una remuneración ligeramente superior y prevenir así un aumento general de los niveles salariales".

Las ordenanzas mencionadas son citadas por PAULTRE, pág. 63.

[56] Para Inglaterra, ver la crítica al Estatuto de los Trabajadores en F. M. EDEN, *The State of the Poor: or, an History of the Labouring Classes in England, from the Conquest to the Present Period,* London, 1795, I, pág. 43. EDEN consideraba este estatuto como algo inútil.

forma notable, LEVASSEUR describe la mendicidad como uno de los peores males del siglo, y atribuye su surgimiento a la disolución del orden feudal[57]. Comparando el siglo XVI con el siglo XV, PAULTRE señala que las autoridades carecían ya de motivos para temer una imprevista disminución de la fuerza de trabajo y que las filas de los mendigos y vagabundos aumentaban con aquellos en busca de trabajo pero incapaces de obtenerlo[58]. Frente a esta situación, HOLDSWORTH concluye que la aparición de una amplia categoría de vagabundos aptos para el trabajo, convierte a la caridad indiscriminada en peligrosa e inefectiva para tratar el problema del desempleo[59]. Al mismo tiempo, el cambio en la posición de la Iglesia y la confiscación de sus propiedades, condujo a una completa desorganización de la asistencia a la pobreza[60].

La actitud de la burguesía hacia el trabajo y la pobreza, difiere profundamente de la que sustentaban las clases dirigentes en el sistema feudal. La doctrina tomista de la necesidad del trabajo entendido como condición natural e indispensable de la vida, significaba el deber del individuo de trabajar, tanto como lo requería su preservación y la del conjunto de la sociedad[61]. El trabajo no representa ahora el contenido esencial de la vida y ni siquiera algo altamente deseado, sino un mero factor necesario. Se trata de una posición concordante con el inmovilismo del sistema social medieval, en el cual los poderosos señores feudales, que vivían del producto de los otros o de la guerra, consideraban la necesidad de trabajar para vivir, como una calamidad solo comparable a las penurias de un proletario obligado a trabajar aun en el caso de ser consciente de que su esfuerzo no lo llevaría jamás a ocupar una posición social más elevada.

La burguesía, sin embargo, tuvo éxito prosperando por medio de su industria, aunque resulta dudoso si su camino a la riqueza y al poder pueda ser comparado con el trabajo requerido a un miembro de las clases inferiores; según las ideas imperantes sobre el mérito individual, su actividad era estimada y glorificada como trabajo. De este modo fue como la riqueza perdió su marca pecadora y como la idea de la generosidad voluntaria hacia los pobres como absolución de las faltas, perdió su sentido. La burguesía justificó su vida no por las obras de caridad, sino por su conducta cotidiana, constituyendo su

[57] LEVASSEUR, *Population française*, I, pág. 189.

[58] PAULTRE, *op. cit.*, pág. 26.

[59] HOLDSWORTH, *op. cit.*, IV, pág. 390.

[60] Para Inglaterra, ver M. LEONHARD, *The Early History of Poor Relief*, Cambridge, 1900, pág. 62. Para Francia, ver C. BLOCH, *L'assitance et l'État en France a la veille de la Révolution*, Paris, 1908, págs. 40-46.

[61] WEBER, *Protestant Ethic*, pág. 80; trad. cast. cit., págs. 90 y 91.

existencia, comportamiento y éxito en este mundo su propia legitimación. La caridad asume valor moral como demostración del éxito material[62]. No todos poseen por supuesto la misma capacidad, pero cualquiera que se dedique a su trabajo está potencialmente capacitado para ganar su pan cotidiano. El típico argumento de los ricos, de que los pobres son demasiado indolentes para trabajar y que las oportunidades en este campo se ofrecen por doquier, encuentra un fuerte defensor en la figura de LUTERO. Él afirma que solamente es necesario evitar que los pobres mueran de hambre o de frío y que ninguno debería vivir del trabajo de los demás, y agrega que nadie que desee ser pobre debiera enriquecerse, pero que quien aspire a la riqueza solo habrá de trabajar arduamente[63].

La actitud burguesa halló su más clara expresión en el calvinismo. La burguesía inglesa y holandesa no tuvieron a su disposición los monopolios y privilegios reales y coloniales de las viejas compañías mercantiles y por ello encontraron en el calvinismo el fundamento teórico de su actividad ascética, altamente necesaria en un momento de carencia extrema de capitales. Con pequeñas reservas de capital, el lujo y los altos costos habrían significado la ruina; la única posibilidad de obtener, o inclusive solo de mantener, el mero nivel de supervivencia económica residía en el trabajo y en el ahorro.

El calvinismo constituyó, sin embargo, solamente uno de los factores en el surgimiento del capitalismo. El hecho de que fueran Inglaterra y Holanda las que anunciaran la nueva era, y no las viejas aristocracias comerciales de Venecia y Florencia, fue el resultado de condiciones materiales externas, en particular el surgimiento de nuevas rutas comerciales. Ya tendremos oportunidad de observar más adelante, que las autoridades de la Iglesia católica adoptaron en el campo de la asistencia a la pobreza las mismas medidas que estamos tentados a considerar como típicamente calvinistas, lo que indica sin duda que dicha doctrina proveyó una fundamentación intelectual ampliamente aceptada por la actitud burguesa hacia los problemas sociales. Las virtudes funcionales que colaboraban con la producción y restringían el consumo, especialmente el de tipo suntuario, constituyeron —como lo afirma KRAUS— las sólidas bases del terreno puritano en el que la adopción de métodos racionales y uniformes de producción marcó los límites de su inspiración religiosa. En el sobrio rechazo a los placeres de los sentidos y a las cosas vanas de este mundo, percibían su propio destino. KRAUS vincula

[62] Ver GROETHUYSEN, *op. cit.*, cap. IV, *Christliche und bürgerliche Lebensauffassung.*

[63] LUTHER, *An Open Letter to the Christian Nobility,* en *Works,* trad. ed. por C. M. Jacobs, Filadelfia, 1915-32, II, pág. 135.

en forma correcta este ideal ético a la máxima central del período mercantilista, conforme a la cual todo debía ser sacrificado a la producción y a la exportación, y las importaciones y el consumo reducidos, para lograr la mayor acumulación posible de metales preciosos en el país y preservar y favorecer la balanza comercial[64].

La actitud religiosa de la burguesía adoptó el mismo tono ascético que el de las condiciones de existencia a que conducía la situación económica. De este modo creció una ética característica de los negocios de neto corte calvinista, que empujaba a la realización de grandes empresas comerciales al mismo tiempo que a la renuncia personal. Pero si el ascetismo protestante actúa poderosamente en contra del disfrute inmediato del producto de la propiedad, cumple simultáneamente la función de liberar a la adquisición de aquella, de las inhibiciones de la ética tradicional. Ella no solo legaliza los "impulsos de adquisición" sino que sostiene que dichos impulsos constituyen un deseo expreso de Dios[65]. Esta actitud religiosa contribuyó a allanar el camino para una de las condiciones necesarias del surgimiento del capitalismo moderno: la acumulación de capital. Se superaron así largamente las viejas doctrinas de la Iglesia proporcionando al empresario una justificación adecuada a su actitud hacia las clases inferiores. MAX WEBER afirma que el empresario burgués consciente de estar en posesión de la gracia de Dios y de ser bendecido por Él, podía perseguir su interés a su antojo y sentirse al mismo tiempo cumpliendo con un deber, siempre que permaneciera dentro de los límites de la corrección formal y mientras la utilización de su riqueza no fuera objetable. Por ello es por lo que su conciencia le aseguraba que la distribución desigual de los bienes en este mundo constituía un designio de la Providencia, la cual perseguía fines secretos e inescrutables para el hombre[66]. Esta justificación de su posición social le permitía al empresario erigirse en juez moral de los demás e imponer sus propios hábitos de trabajo, así como sus reglas generales de conducta, a quienes estaban a su servicio. Se pretendía de este modo que el esfuerzo y las privaciones a que se sometían las clases dominantes, fueran aceptadas aún más intensamente por las clases inferiores. Cuando la fuerza laboral se tornaba escasa, medidas especiales para inducir a los individuos al trabajo eran necesarias, si el nivel de ganancias de los capitalistas quería ser mantenido. CALVINO era citado frecuentemente e interpretadas en este sentido

[64] J. B. KRAUS, *Scholastik, Puritanismus und Kapitalismus,* München, 1930, págs. 260-61.

[65] WEBER, *Protestant Ethic,* págs. 170-71; trad. cast. cit., pág. 242.

[66] *Ibid.,* pág. 177; trad. cast. cit., págs. 251 y 252.

sus afirmaciones acerca de que el pueblo, es decir, la masa de trabajadores y artesanos, debía permanecer obediente a los dictados de Dios mientras se encontrara en una situación de pobreza. Por lo tanto, resulta altamente correcta la aserción de MAX WEBER respecto a que los intereses de Dios y de los empresarios eran curiosamente armonizados en una concepción según la cual los criterios de fe del trabajador se expresaban en la conciencia del deber cumplido antes que en manifestaciones religiosas externas[67]. Una filosofía de este tipo no contemplaba, obviamente, un espacio para la mendicidad y se oponía a las prácticas católicas de la caridad indiscriminada. El principio religioso que obligaba a asistir a los mendigos aptos para el trabajo, lo que de paso incrementaba su indolencia, debió de haber sido considerado por la sobriedad calvinista por lo menos tan estúpido como el principio laico que propiciaba la eliminación de los mendigos de la faz de la tierra. El calvinismo conocía un método mejor para utilizar esta fuente potencial de riqueza, un método que encontraba su justificación en la condena de la mendicidad, estimada como el pecado de la indolencia y como violación de los deberes de amor fraterno[68].

Durante el siglo XVI se acentuó particularmente el énfasis en la distinción entre mendigos aptos e ineptos para el trabajo, considerándose a los segundos como sujetos adecuados para un sistema racional de asistencia social, y a los primeros, como destinatarios de la política criminal[69]. Esto se halla confirmado plenamente por las regulaciones administrativas de la asistencia en ciudades alemanas. Las regulaciones municipales de Wittenberg y Leisnitz (ambas influidas por LUTERO) contenían medidas inadecuadas; pero las grandes ciudades imperiales (Nuremberg, Augsburgo, Estrasburgo) dispusieron de sistemas racionales que cubrían todos los aspectos de la asistencia. El estatuto de Nuremberg, por ejemplo, preveía en teoría cada detalle: prohibición de la mendicidad, obtención de trabajo y herramientas, adelantos de dinero a los artesanos necesitados, autorizaciones de mendicidad a los incapacitados para el trabajo, etc.[70], pero en la práctica estas resoluciones rara

[67] *Ibid.*, pág. 281, nota; trad. cast. cit., pág. 252, nota.

[68] *Ibid.*, pág. 163; trad. cast. cit., pág. 226.

[69] Ver la interpretación en E. TROELTSCH, *The Social Teaching of The Christian Churches,* trad. de O. Wyon, New York, 1931, II, págs. 554-60. Ver también a WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft,* 2ª ed., Tübingen, 1925, I, pág. 337; y KRAUS, *op. cit.*, pág. 284.

[70] La totalidad del problema está bien tratada en L. FEUCHTWANGER, *Geschichte der sozialen Politik und des Armenwesens im Zeitalter der Reformation, Schmollers Jahrbuch,* XXXII, 3-4 (1908), 167-204; XXXIII, 1-2 (1909), págs. 190-228. Sobre la transición de la administración de la Iglesia a las municipalidades en lo que respecta a la asistencia a los pobres, ver. W. V. MARX, *The Development of Charity in Medieval Louvain,* Yonkers, N. Y., 1937, págs. 83-99.

vez tuvieron éxito y difícilmente pueden ser comparadas con las anteriores medidas de la Iglesia, como lo demuestran las siguientes quejas de un sacerdote escritas en 1534: "Los acuso de haber destruido casi por completo la estructura de asistencia a los pobres construida por nuestros padres con grandes sacrificios. Existían en otros tiempos, cristianos que amaban de tal modo a los pobres como para llamarlos sus padres o sus hijos, lavándoles los pies y preparándoles comidas, del mismo modo que lo hizo nuestro Señor. Ahora son perseguidos y tienen prohibida la entrada a las ciudades, cerrándoles las puertas como si se tratara de delincuentes y enemigos públicos"[71].

A pesar de que las doctrinas de la Reforma, y particularmente el rechazo radical a las obras de caridad, pudieron haber acentuado la tendencia a un nuevo método en el tratamiento de la mendicidad, estas no constituyeron la causa principal de dichas trasformaciones. Bajo la iniciativa de VIVES , por ejemplo, la ciudad católica de Ypres introdujo leyes referentes a los pobres del mismo tenor que las existentes en las ciudades protestantes[72]. Fue la situación económica, el deterioro general de las condiciones de vida, como se refleja en el incremento de la mendicidad, lo que a comienzos del siglo XVI obligó a las ciudades a promulgar nuevas leyes. La consideración de los mendigos como criminales, constituye un indicio de la impotencia de las autoridades en el tratamiento de esa masa de material humano superfluo y ello explica, además, las severas medidas adoptadas. Un estatuto inglés de 1547 establecía que todos los vagabundos que se negaran a trabajar o que escaparan de sus tareas, podían ser entregados como esclavos por el término de dos años; en el caso de la comisión de un segundo delito podían ser reducidos a la esclavitud de por vida, y en el de la comisión de un tercero, condenados a muerte[73]. La Francia de la

[71] G. WIZEL, *Von der Busse, Beicht und Bann* (1534), citado en I. DÖLINGER, *Die Reformation, ihre Entwicklung und ihre Wirkungen im Umfange des Lutherischen Bekenntnisses,* Regensburg, 1848, I, págs. 46-47 y 76-77.

[72] Sobre el tema de los reglamentos de pobres de Nürnberg e Ypres, ver CARDINAL EHRLE, *Die Armenordnungen von Nürnberg und Ypern, Historisches Jahrbuch,* IX (1888), págs. 450-79. Sus conclusiones parecen ser correctas: "La vehemente acometida de LUTERO contra las buenas obras y las instituciones y fundaciones caritativas a menudo comprometidas con ellas, y contra la mendicidad, dan un nuevo ímpetu a la aprobación de las regulaciones respectivas, en el único sentido de fomentar la severidad de las que ya existían y funcionaban, con lo cual se incrementaba su efectividad". Ver también las conclusiones de LALLEMAND, *op. cit.,* IV, 1, pág. 619, aunque está en cierto sentido predispuesto e inclinado a sobrestimar las influencias negativas de la Reforma. Acerca de la relación entre el humanista católico, VIVES y los autores protestantes de los Estatutos de Estrasburgo, ver FEUCHTWANGER, *op. cit.,* XXXII, págs. 198-200.

[73] HOLDSWORTH, *op. cit.,* IV, pág. 394.

primera mitad del siglo XVI, asistió a la introducción de trabajos públicos como la construcción de fortalezas y caminos para el empleo de los vagabundos[74]. Sin embargo, el problema de la mendicidad permaneció sin resolver, a causa de que ninguna de las políticas aplicadas logró crear empleos suficientes, y las autoridades se vieron obligadas a legalizar la mendicidad y entregar cierto número de permisos para ejercerla[75].

A fines del siglo XVI, el incremento en la escasez de fuerza de trabajo impuso un cambio en el tratamiento de los pobres, cambio que se refleja en las actitudes hacia la mendicidad de los escritos de la época. En un folleto de 1641, con el significativo título *Stanley's Remedy*, puede leerse: "*El remedio de Stanley* o métodos para reformar mendigos, ladrones, salteadores de caminos y rateros; o compendio donde se muestra que el ocio, el pecado de Sodoma, es la pobreza y miseria de este Reino: escrito por gente de buena voluntad en honor de Dios y del bien público de ricos y pobres". En este folleto, un ladrón que había sido perdonado por la reina Elizabeth después de haber recibido una sentencia de muerte, calcula el monto de las pérdidas sufridas por el Estado como resultado del ocio de 80.000 vagabundos que hubieran podido utilizarse para trabajos productivos[76]. Las quejas características de la baja Edad Media referentes a los delitos contra la propiedad, así como a otros crímenes graves cometidos por seres desesperados que carecían de medios de subsistencia, dieron paso a protestas en oposición al ocio de los vagabundos por las pérdidas que esto significaba para la nación. La gente que vagabundeaba y mendigaba a lo largo del país y que arribó a las ciudades durante el período mercantilista en busca de mejores condiciones de vida, no resultó siempre incapaz de defenderse de la opresión social, excepto en situaciones de crisis agudas. Cuando las condiciones ofrecidas por los empleadores les eran demasiado desfavorables, estos individuos preferían vivir de la caridad privada antes que de un empleo regular. En esa época, los ingresos de los mendigos, como los subsidios gubernamentales de desempleo hoy, constituían el límite por debajo del cual los salarios más bajos no podían descender. Los trabajadores se trasformaron a menudo en mendigos cuando deseaban un descanso por un período más o menos largo, o cuando buscaban un respiro que les permitiera encontrar una ocupación más agradable o con mejores ingresos.

[74] BLOCH, *op. cit.*, pág. 43.

[75] LALLEMAND, *op. cit.*, IV, págs. 1, 184-85.

[76] El folleto está reproducido en EDEN, *op. cit.*, I, págs. 165-70, junto a otros del mismo tipo.

Amargas quejas por la escasez de fuerza de trabajo causada por la mendicidad proliferaban por doquier[77], y las leyes represivas sobre los pobres tomaron en consideración el problema. En contraste con la política practicada a comienzos del siglo XVI, cuyo objeto central era la eliminación de la mendicidad, el nuevo programa perseguía objetivos más directamente económicos. Por lo tanto, se intentó prevenir que los pobres se alejaran de su función de fuerza de trabajo, lo cual acontecía cuando se dedicaban a la mendicidad como alternativa a trabajar por bajos salarios[78]. Un decreto de Bruselas de 1599 establecía penas contra los mendigos aptos para el trabajo, contra los siervos domésticos que abandonaran a sus patrones y contra los trabajadores que dejaran su empleo para dedicarse a mendigar. Un decreto francés de 1724 justificó las penas impuestas a los mendigos aptos para el trabajo, con el fundamento de que ellos privaban a los pobres de su pan al negarse a formar parte de la fuerza laboral[79]. Las definiciones de bribón, vagabundo y mendigo apto para el trabajo (*rogue, vagabond* y *sturdy beggar*) de un estatuto inglés de 1597, constituyen una evidencia más de los cambios de actitud, ya que dichas definiciones incluían a todos los trabajadores que rechazaran trabajos con el nivel de salarios prevaleciente[80].

Por lo tanto, debemos concluir que la adopción, a fines del siglo XVII, de un método más humano de represión de la vagancia, la institución de las *casas correcionales,* constituyó también el resultado de un cambio en las condiciones generales económicas. La nueva política legislativa hacia la mendicidad fue una expresión directa de la nueva política económica. Con la ayuda de la maquinaria legislativa y administrativa, el Estado utilizó los contingentes de fuerza de trabajo que encontró a su disposición para la prosecución de sus nuevos objetivos.

3. El surgimiento de las casas de corrección

La primera institución creada con el propósito específico de liberar a las ciudades de vagabundos y mendigos, fue probablemente la de

[77] Ver las anotaciones de SOMBART, *op. cit.*, I, págs. 1, 817. A. V. JUDGES, *The Elizabethan Underworld,* London, 1930, pág. XXX, enfatiza correctamente el hecho de que las primeras leyes sobre el trabajo consideran el desempleo como "una suerte de vicio, solo practicado por aquellos que desafían el orden reinante en la sociedad". Acerca de la prohibición de la limosna, ver PIKE, *op. cit.*, II, pág. 67; KRAUS, *op. cit.*, pág. 127.

[78] El decreto está citado en LALLEMAND, *op. cit.*, IV, págs. 1, 152.

[79] El decreto está citado en E. HERTZ, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege,* Stuttgart, 1887, pág. 31.

[80] HOLDSWORTH, *op. cit.*, IV, pág. 397.

Bridewell en Londres (1555)[81]; y el acta de 1576 antes mencionada, señalaba la creación de instituciones similares en cada condado[82]. Fue de este modo Inglaterra la que abrió el camino, aunque por múltiples razones[83] el desarrollo posterior de dicha institución obtuvo su máximo nivel en Holanda. Este país, que poseía a finales del siglo XVI el sistema capitalista más avanzado de Europa, carecía de la fuerza de trabajo de reserva de que dispuso Inglaterra luego de la política del cercamiento de los campos. Ya hemos hecho referencia a los altos salarios y a las condiciones favorables de trabajo con jornadas reducidas que prevalecían en Holanda. Por ello cualquier innovación destinada a reducir los costos de la producción era por supuesto bienvenida. Se realizaron todos los esfuerzos para aprovechar la mano de obra disponible, no solo absorbiéndola dentro de la actividad económica sino, además, "resocializándola" de modo tal que en el futuro estuviera dispuesta a integrarse voluntariamente en el mercado de trabajo. Esta actitud fue apoyada por el calvinismo ya que resultaba inconcebible que una sociedad que erigía en credo oficial una racionalización ascética, tolerase que las clases sociales inferiores no respetaran las máximas sociales del trabajo. La gente, satisfecha con su paga de cuatro días semanales y que prefería utilizar el resto de su tiempo libre a discreción, fue convencida de que las obligaciones del trabajo constituían en sí mismas el verdadero fin de la vida. Obviamente, muchos trabajadores no pudieron ser persuadidos a aceptar voluntariamente las nuevas teorías, y tampoco la severa disciplina que se intentaba imponer en el catecismo resultaba siempre suficiente para resolver los problemas sociales. Fueron necesarias medidas más extremas como las casas de corrección, instituciones donde los remisos se vieron obligados a conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de la industria.

El ejemplo de Amsterdam fue estudiado y seguido en todas partes en Europa, especialmente en los países de habla alemana[84]. La esencia

[81] A. J. COPELAND, *Bridewell Royal Hospital, Past and Present,* London, 1888; F. DOLEISCH VON DOLSPERG, *Die Entstehung der Freiheitsstrafe unter besonderer Berücksichtigung des Auftretens der modernen Freiheitsstrafe in England,* Breslau, 1928; A. VAN DER SLICE, *Elizabethan Houses of Correction,* en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology,* XXVII (1936-37), págs. 44-67.

[82] LIPSON, *op. cit.,* III, págs. 424-25.

[83] Una información seria sobre el desarrollo de las casas de corrección de Amsterdam puede encontrarse en R. VON HIPPEL, *Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XVIII (1898), págs. 419-94, 608-66. A. HALLEMA ha aportado recientemente nuevos materiales: una lista de sus numerosos artículos sobre el tema, puede verse en su *In en om de Gevangenis, Van vroeger Dagen in Nederland Nederlandsch-Indie's Gravenhage,* 1936, págs. 174-76.

[84] Esto se halla indicado en las siguientes fechas de fundación: Bremen 1609, Lübeck 1613, Hamburg 1622, Danzig 1636, Lüneburg 1675, Bern 1614, Basel 1616,

de las casas de corrección resultaba de la combinación de los principios que regían las casas para pobres (*Poorhouse)*, las casas de trabajo (*Workhouse*) y las instituciones penales. Su objetivo principal consistía en trasformar en socialmente útil la mano de obra díscola. Siendo obligados a trabajar dentro de la institución, los prisioneros adquirían hábitos laborales al mismo tiempo que recibían un adiestramiento profesional, a fin de que una vez en libertad se incorporaran voluntariamente al mercado de trabajo. Mendigos aptos para el trabajo, vagabundos, prostitutas y ladrones constituían la población habitual de esta institución, en la que al comienzo solo aquellos condenados por pequeños delitos fueron aceptados; más tarde, sin embargo, arribaron flagelados y marcados, así como sentenciados a largos períodos[85]. Consolidada y extendida la reputación de las casas de corrección, los ciudadanos comenzaron a internar en ellas a hijos descarriados y parientes pródigos. En general, la composición de estas casas parece haberse desarrollado de manera similar en todas partes[86]. Muchas ciudades fueron aún más lejos aceptando en ellos a pobres y necesitados, cuando no estaban en condiciones de ganar un salario para vivir[87]. Esta última categoría de individuos ocupó un lugar de particular importancia en los *Hôpitaux généraux* franceses, los cuales inclusive, proporcionaban alimento y trabajo a las viudas y huérfanos. El primer *Hôpital général* fue fundado en París en 1656, y le siguieron rápidamente otros por toda Francia como resultado de la enérgica actividad de los jesuitas Chauraud, Dunod y Guevarre[88].

Freiburg i.A. 1617. Los documentos relativos a la fundación de la *Zuchthaus* de Spandau hacen referencia explícita al ejemplo de los holandeses; ver EBERHARD SCHMIDT, *Entwicklung und Vollzug der Freiheitsstrafe in Brandenburg-Preussen bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts,* Berlin, 1915, pág. 65, quien cita el decreto del 30 de junio de 1693, que dispone la fundación de la *Zuchthaus.*

Varias ciudades del norte de Alemania trataron de obtener copias de los reglamentos de las instituciones de Amsterdam; ver HIPPEL, *Beiträge,* págs. 648-49. Impresos ingleses del siglo XVII también recomendaban el ejemplo de los holandeses; ver EDEN, *op. cit.,* I, pág. 169. El arquitecto de la *Spinnhaus,* de Hamburgo fue enviado a Amsterdam para estudiar los planos del edificio; ver A. EBELING, *Beiträge zur Geschichte der Freiheitsstrafe,* Breslau, 1935, págs. 64-65. Con relación al informe de la visita de un director de la escuela de Hungría a la Institución alemana, ver más adelante pág. 55.

[85] HIPPEL, *Beiträge,* págs. 446-47.

[86] Ver HALLEMA, *op. cit.,* pág. 83, y LIPSON, *op. cit.,* III, pág. 425.

[87] HIPPEL, *Beiträge,* pág. 632.

[88] PAULTRE, *op. cit.,* págs. 231-54; LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 1, 266; C. JORET, *Le Père Guevarre et les bureaux de charité au XVIIe siècle,* Toulouse, 1889.

La fuerza de trabajo de los reclusos era utilizada en una de dos formas: o eran las propias autoridades las que administraban la institución, o los reclusos eran entregados en alquiler a un empresario privado. Ocasionalmente también el establecimiento completo era alquilado a un contratista. Los varones reclusos eran ocupados principalmente en el raspado de las durísimas maderas utilizadas para la producción de tinturas, práctica que fue introducida por primera vez en Amsterdam. Se trataba de un trabajo particularmente arduo que requería fuerza y resistencia considerables. Los reclusos trabajaban en parejas con una sierra de doce hojas, y la producción normal de una semana para dos hombres era de trescientas libras de madera, por lo cual cien libras debían ser entregadas día por medio[89]. En el siglo XVIII, los holandeses consideraron más rentable la producción de lana, la cual fue introducida en varias casas de corrección[90]. Las reclusas, mayormente prostitutas y mendigas, fueron ocupadas en los telares[91]. En Francia, como en Amsterdam, la mayor parte de los trabajos era realizada bajo la dirección del propio establecimiento. En la Bridewell de Londres, por el contrario, la concesión de la fuerza de trabajo a los particulares era más frecuente y se acompañaba de disposiciones especiales acerca del adiestramiento de los aprendices[92]. Bremen, Lübeck y Hamburgo parecen haber seguido el modelo de Amsterdam, en lo que respecta tanto a la administración como a la naturaleza del trabajo efectuado. En Brandenburgo, donde el sistema de arriendo era más frecuente y donde establecimientos completos eran alquilados a particulares[93], los aspectos económicos de esta institución pueden verse más claramente. Así, el contrato de Küstrin de 1750 ilumina con intensidad este punto, incluyendo una cláusula que recomendaba clemencia en el tratamiento de los reclusos que habían cometido faltas y ello con el simple objeto de no obstaculizar de ningún modo la tarea en los telares[94]. El decreto de 1687 por el que se fundó la casa de corrección de Spandau, establecía abiertamente que el fin de la institución era promover la producción textil y remediar la carencia de tejedores en el país[95]. Dondequiera

[89] HIPPEL, *Beiträge,* pág. 460.

[90] J. HOWARD, *The State of the Prisons in England and Wales,* 4ª ed., London, 1792, pág. 45.

[91] BLOCH, *op. cit.,* pág. 91.

[92] DOLEISCH VON DOLSPERG, *op. cit.,* pág. 61.

[93] E. SCHMIDT, *Entwicklung,* págs. 31-32. Ver también E. ROSENFELD, *Zur Geschichte der ältesten Zuchthäuser,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XXVI (1906), págs. 1-12.

[94] SCHMIDT, *Entwicklung,* pág. 20.

[95] *Ibid.,* pág. 9.

que el sistema de arriendo a particulares era practicado, como en Holanda, por ejemplo, el interés económico en juego significaba el descenso de las condiciones de vida de los prisioneros a los niveles más bajos posibles[96]. Con el objeto de asegurar el éxito financiero de la institución los reclusos eran frecuentemente retenidos en el trabajo, inclusive luego de haber terminado su adiestramiento pagando de este modo los costos de mantenimiento e instrucción[97].

A menudo eran admitidos delincuentes del extranjero, especialmente aquellos provenientes de pequeños países vecinos ya que su reducido número hacía disfuncional su utilización como fuerza de trabajo[98]. Sin embargo, extranjeros ineptos para el trabajo no eran aceptados, a menos que la persona responsable de ellos pagara una considerable suma de dinero; su admisión no era jurídicamente obligatoria y habrían constituido solamente una carga en el presupuesto. El pago de una suma de dinero era siempre exigido en el caso de los padres que decidían internar a sus hijos, o en el de las personas que introducían a los pródigos y otros parientes indeseables[99].

El entrenamiento para lograr trabajadores eficientes constituía la preocupación central de las autoridades, lo cual encontraba una cerrada oposición por parte de las corporaciones. Desde el comienzo las corporaciones consideraron el trabajo sujeto a estas condiciones, como una infracción a su monopolio, resultando por lo tanto difícil persuadirlas a que proveyeran de maestros a tales instituciones[100]. Esto motivó que

[96] Ver HALLEMA, *op. cit.*, pág. 39, para Rotterdam y más particularmente sus datos sobre Delft. Las mismas quejas se levantaron contra los *Hôpitaux généraux* franceses; ver PAULTRE, *op. cit.*, pág. 463.

[97] Se tienen noticias de que en Winchester se había retenido por cinco años a trabajadores no calificados: tres años para el aprendizaje y dos para reembolsar el hospedaje y la enseñanza; LIPSON, *op. cit.*, III, pág. 425. Los niños pobres de Bordeaux que aprendían a bordar (punto francés) debieron disponer de cuatro años para su entrenamiento y dos años de trabajo para retribuir el gasto. Los intentos de huida fueron muy frecuentes; ver E. H. GUITTARD, *Un grand atelier de charité sous Louis XIV, Mémoires et documents pour servir à l'histoire du commerce et de l'industrie en France*, ed. por J. Hayem, IV, Paris, 1916, págs. 138-39. El establecimiento de Berlín, de 1718, disponía que los menores de 12 años debían permanecer por lo menos tres años, ya que se requería un mínimo de dieciocho meses para su adiestramiento; ver ROSENFELD, *op. cit.*, pág. 9.

[98] A. C. RIEDEL, *Beschreibung des im Fürstentum Bayreuth zu Sanct Georgen am See errichteten Zucht-und Arbeits-Hauses*, Bayreuth, 1750, págs. 64-67.

[99] SCHMIDT, *Entwicklung*, pág. 37. Ver también las ordenanzas de Federico Guillermo I, enero 26 y mayo 18 de 1738, reproducidas en *Mylius, Corporis constitutionum marchicorum continuatio prima* (1744).

[100] Las dificultades no fueron superadas con medidas como el art. 55 del edicto francés de 1656, citado por PAULTRE, *op. cit.*, pág. 181, que imponía a las corporaciones proveer de instructores carpinteros a las casas de corrección.

el Estado debiera dirigirse frecuentemente a los llamados *Freimeister,* es decir, artesanos no pertenecientes a las corporaciones, a los cuales se les otorgaba los privilegios que correspondían a los maestros. Se sabe de causas judiciales intentadas por las corporaciones en Bremen y Troyes con el fin de impedir por completo estas prácticas[101]. Sin embargo, las autoridades mantuvieron su posición, especialmente en Brandenburgo, donde decretos de 1710 y 1716 imponían a las corporaciones la aceptación de trabajadores instruidos en las casas de corrección[102].

Los *Hôpitaux généraux* franceses se ocuparon muy particularmente del perfeccionamiento y aplicación de los nuevos métodos de producción. Los directores de varios *Hôpitaux* intercambiaban notas sobre sus experiencias y se alentaban recíprocamente en la adopción de nuevas técnicas para el uso con esos fines, de todo el material humano disponible. Hasta llegó a proponerse el casamiento entre reclusos adiestrados en ocupaciones complementarias, con el objeto de que se trasmitieran sus habilidades técnicas especiales[103].

En respuesta a las acusaciones de competencia desleal con la empresa privada, las casas de corrección ofrecían en algunas oportunidades, realizar trabajos para firmas particulares, utilizando las instalaciones de la institución y sus bajos niveles salariales[104]. La empresa privada, por su parte, no dudó en utilizar el trabajo de los reclusos para destruir a la competencia. La Honorable Corporación de Moledores de Granos de Nuremberg, por ejemplo, adoptó la táctica de vender a menores costos que sus competidores, explotando la fuerza de los detenidos en la *Lochgefängnis*[105].

El padre jesuita Dunod, en el memorial introductorio en que recomendaba la creación de los *Hôpitaux généraux*, afirmaba: "ellos constituyen al mismo tiempo, una institución religiosa, un seminario y una fábrica"[106]. A pesar de las diferencias de credo entre Amsterdam y Alemania, por una parte, y la Francia de Luis XIII y Luis XIV por la otra, el uso de la religión como un medio de inculcar disciplina y trabajo esforzado, constituía un rasgo esencial común a este tipo

[101] Para Bremen, ver HIPPEL, *Beiträge,* pág. 613; para Troyes ver LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 1, 543.

[102] E. ROSENFELD, *Zur Entstehung der Entlassenenfürsorge,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XXV (1905), págs. 153-90.

[103] Ver la *Mémoire tendant a perfectionner les fabriques de France et à faciliter les nouveaux établissements* (1782), *Revue d'histoire économique et sociale,* VII (1914), pág. 81

[104] DOLEISCH VON DOLSPERG, *op. cit.,* pág. 51.

[105] KNAPP, *Nürnberger Kriminalrecht,* pág. 75.

[106] Citado en PAULTRE, *op. cit.,* pág. 231.

de instituciones. La primera cláusula que trataba sobre la disciplina en las regulaciones de la Casa de Amsterdam, compiladas entre 1599 y 1603, contiene las siguientes palabras: "en primer lugar, cada recluso debe rendir gracias... a Dios nuestro Señor, a la mañana, a la tarde y a la noche, de acuerdo con la antigua tradición: la primera falta será castigada con la pérdida de una comida; la segunda, a discreción de las autoridades"[107]. Las normas generales imponían la participación en los servicios religiosos, los domingos y otros días festivos[108]. El programa de trabajo de los *Hôpitaux généraux*, era similar y la vida cotidiana de los reclusos era regulada con la mayor precisión[109]. Con el objeto de incrementar la productividad del trabajo se les entregaba a los reclusos una participación en las ganancias. El art. 19 de un edicto francés de 1656 establece: "Con el fin de que los reclusos se apliquen con mayor celo y afección en los talleres, se les concederá un tercio de los réditos de su trabajo"[110]. Resulta todavía más claro que la productividad constituía una preocupación fundamental, si se considera que las obligaciones de tipo religioso eran omitidas toda vez que ellas amenazaran o redujeran la eficiencia del trabajo. Si una misa, por ejemplo, coincidía con el comienzo de la actividad laboral, aquella era celebrada más temprano, y el catecismo, omitido[111].

[107] Citado en HIPPEL, *Beiträge,* pág. 476.

[108] *Ibid.*,pág. 474. A los ocupantes de las *Zuchthäuser* ducales de Würtemberg y Ludwigsburg, se les asignaba, compulsivamente una buena porción de "alimento" espiritual; ver O. WEISSENRIEDER, *Alte Hausordnungen, Blätter für Gefängniskunde,* LXVII (1936), 50-73, donde se reproducen los reglamentos de Ludwigsburg del 28 de agosto de 1736. Para más detalles ver G. SAAM, *Quellenstudien zur Geschichte des deutschen Zuchthauswesens bis zur Mitte des 19 Jahrhunderts,* Berlín y Leipzig, 1936, págs. 36-38. El *curriculum* de las casas inglesas muestra las mismas características. Ver la discusión del reglamento de St. Edmonds a Bury, promulgado por los jueces de paz en 1589, en VAN DER SLICE, *op. cit.*, págs. 33-34.

[109] PAULTRE, *op. cit.*, pág. 232.

[110] *Ibid.*,pág. 181. Acerca del pago de salarios como método para incrementar la productividad, ver el reglamento de la *Zuchthaus* de Hamburgo, en EBELING, *op. cit.*, pág. 85.

[111] GUITTARD, *op. cit.*, pág. 142. Esta actitud hacia las prácticas religiosas parecería haber permanecido inalterable a través de los siglos, en la política de las prisiones francesas. En 1882, cuando el director de las misiones de la diócesis de Troyes propuso al prefecto de Aube realizar una misión de 40 días con los prisioneros, el encargado del establecimiento exigió una compensación promedio de 15 centavos diarios por recluso. El ministro del interior estimó el costo de esta misión para la totalidad de Francia, en 10.356 francos por día y propuso reducir la duración a 20 días. No obstante, las autoridades eclesiásticas decidieron llevar adelante el proyecto "sin gran esperanza de una sincera conversión en un período tan corto de tiempo como son 20 días". BARTHÈS, *L'organisation des maisons centrales avant 1830, Revue pénitentiaire,* XXX (1906), pág. 897.

La construcción de nuevos edificios y, lo que era más frecuente, la adaptación de los viejos, era financiada por las autoridades. Se produjeron también ocasionalmente donaciones de particulares, como es el caso de la *Spinnhaus* para personas deshonestas, edificada en Hamburgo en 1669. El estatuto de la *Spinnhaus* revela la filosofía burguesa del período posterior a la Reforma y la característica de su actitud hacia la asistencia por medio del trabajo. En un extracto del mismo puede leerse: "El Sr. Peter Rentzel, de venerable memoria, Doctor en Derecho Civil y Eclesiástico y Consejero de esta ciudad, quien experimentó en muchas oportunidades durante el ejercicio de su cargo, que las penas impuestas a los delincuentes rindieron escasos frutos, reforzando en realidad a los criminales en su perverso comportamiento, concibió la idea verdaderamente cristiana de edificar la *Spinnhaus* con su propio patrimonio, donando la suma de 10.000 marcos para gracia y gloria del Señor y para la salvación de las almas de muchos hombres perversos, de modo que estos pudieran ser recluidos en la misma, educados en el temor de Dios, puestos a trabajar y salvados de la condena temporal y eterna"[112].

Las autoridades imponían frecuentemente un impuesto especial destinado a las casas de corrección, como sucedió en Pforzheim, por ejemplo, con el ánimo de que la institución permitiera prescindir de los fondos locales dedicados a la asistencia[113]. No resulta claro si los ricos obtuvieron ganancias de estos institutos por los que tenían que pagar costos e impuestos. El intendente de Caen, De Morangis, escribió a Colbert en 1683: "Estos establecimientos suprimen el ocio y la mendicidad, y resulta sorprendente que los ricos admitan que cuando sus limosnas son empleadas con orden y justicia, les significan una cifra menor que la entregada a los pobres o mendigos de profesión"[114]. Sin embargo, esta satisfacción tuvo a veces un carácter más efímero, como en Inglaterra, donde la creación de estos establecimientos no condujo a la reducción esperada en el monto de los impuestos dedicados a la pobreza[115].

Una forma con la que se intentaba superar las dificultades financieras, consistía en incluir en el consejo de administración de la institución a hombres acaudalados de quienes se esperaba un anticipo de los fondos necesarios[116].

[112] El documento está citado en HIPPEL, *Beiträge,* pág. 640, nota. Acerca de la dotación conjunta de la institución de Delft, ver HALLEMA, *op. cit.,* págs. 56-59.

[113] E. GOTHEIN, *Wirtschaftsgeschichte des Schwarzwalds und der angrenzenden Landschaften,* Strassburg, 1892, pág. 700.

[114] La carta está citada en LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 1, 268.

[115] LIPSON, *op. cit.,* III, pág. 489.

[116] HIPPEL, *Beiträge,* págs. 612, 625, nota, y 635, nota.

Era un principio reconocido en Francia, por lo menos en las primeras épocas, que ninguno buscara ganancias personales debía ser admitido en el consejo de administración. El art. 65 de la ordenanza de Blois exigía el nombramiento en las tareas de dirección, de propietarios, comerciantes y artesanos, basado en el argumento de que estaban familiarizados con los métodos de negocios y que velarían por los intereses económicos[117]. Hacia fines del *ancien régime,* sin embargo, constituía ya una práctica común el nombramiento en posiciones administrativas de los *Hôpitaux généraux* como un camino seguro hacia el enriquecimiento[118].

En Brandenburgo, las autoridades intentaron librarse de los costos administrativos, arrendando los establecimientos y requiriendo dichos pagos por anticipado. El sueldo de los empleados subalternos era pagado por el Estado o las municipalidades, y sus pequeños salarios provenían en parte del monopolio del aguardiente[119]. Resulta claro con este ejemplo que el Estado colocaba su propio interés financiero por encima de la reeducación de los reclusos. En algunos casos se hicieron intentos de proveer a los establecimientos con fuentes permanentes de ingresos, otorgándoles ciertos monopolios y el producto de determinados impuestos. La *Zuchthaus* de Amsterdam (exclusivamente para hombres) tenía el derecho a recibir el importe de las multas pagadas por los miembros del concejo municipal que llegaran tarde a las reuniones. Las multas por adulterio se destinaban a la *Spinnhaus* (exclusiva para mujeres)[120]. Todo empleado público de Delft debía, en caso de nombramiento o ascenso, entregar una contribución a las casas de corrección[121]. En Bremen se permitió en dos ocasiones, a los administradores que se quejaban de haber hecho grandes anticipos de dinero, la organización de loterías para resarcirse[122], y en París un decreto del 26 de febrero de 1752 destinaba a tales instituciones el producto de los derechos de aduana sobre el vino[123].

[117] Ver la edición de esta ordenanza citada anteriormente, págs. 213, nota, y 229; ver también las observaciones de BLOCH, *op. cit.,* pág. 42, y EBELING, *op. cit.,* págs. 56-57.

[118] LA BRUYÈRE responde a alguien que desea volverse rico rápidamente recomendándole tres métodos: el del avaro, el del jefe de un grupo político y el del administrador de un *Hôpital*; citado en M. MARION, *Dictionnaire des institutions de la France en XVIIe et XVIIIe siècle,* Paris, 1923, pág. 277.

[119] E. SCHMIDT, *op. cit.,* pág. 31.

[120] HIPPEL, *Beiträge,* pág. 469.

[121] HALLEMA, *op. cit.,* pág. 58.

[122] HIPPEL, *Beiträge,* pág. 612. Hamburgo se sirve de las loterías para la construcción y funcionamiento de una casa de corrección; ver EBELING, *op. cit.,* págs. 23-30, 57.

[123] LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 1, 375.

La más importante de estas fuentes de recursos era probablemente el monopolio de la madera de las Casas de Amsterdam; otorgado por primera vez en 1602, les concedía el derecho al raspado de las maderas duras para su utilización con fines comerciales, mientras que al resto de los establecimientos privados que se dedicaban a esta actividad se les permitía la elaboración de la madera destinada solamente al uso de las autoridades locales. El hecho de que esta última práctica, a diferencia de la primera, no resultaba rentable, determinó que estos derechos de monopolio fueran a menudo violados por otras instituciones, especialmente en Leyden y Rotterdam, e inclusive por empresarios privados. Un pleito judicial entre Leyden y Amsterdam como consecuencia de una violación de este tipo, fue llevado ante los tribunales en 1676-1677 y decidido en favor de la demanda de Amsterdam. Sin embargo, este monopolio no pudo ser mantenido por razones de orden práctico, ya que la Casa de Amsterdam no contaba con suficientes reclusos como para satisfacer las necesidades de esta índole de toda Holanda[124].

Resulta imposible llegar a una conclusión general sobre el éxito de las casas de corrección desde el punto de vista estrictamente económico. Para ello deben considerarse las circunstancias de la época, el lugar, el tipo de los reclusos y la mentalidad y eficiencia de la administración. Los *Hôpitaux généraux* franceses, con su población heterogénea y su administración corrupta, comenzaron a endeudarse en la segunda mitad del siglo XVII. En 1657, los ingresos de los *Hôpitaux* de París eran de 589.536 *livres* y sus egresos de 586.966, pero en 1667 los egresos habían aumentado a 895.222 *livres,* y los ingresos, a solo 776.869. En la provincia la situación no difería mayormente[125]. El ejemplo de los *Hôpitaux,* sin embargo, no puede ser considerado como típico ya que la situación general de la economía francesa se estaba deteriorando en ese período. Un viajero húngaro, Martin Csombor, visitó el establecimiento de Amsterdam en 1619 y tuvo la impresión de que la ciudad obtenía ganancias excesivas de aquel[126]. Otros escritores de la época, como BORNITIUS y DÖPLER, se maravillaron de las enormes ganancias[127]. Alguna de estas afirmaciones puede ser exagerada, pero es indudable que la posibilidad de obtener beneficios constituía un motivo decisivo de las casas de corrección. HENELIUS, uno de los más activos defenso-

[124] HALLEMA, *op. cit.,* págs. 45-51.

[125] LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 1, 372.

[126] R. VÁMBÉRY, *Das amsterdamer Tuchthuis in ungarischer Beleuchtung,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XXXVII (1916), 108.

[127] Las citas de BORNITIUS y DÖPLER se encuentran en HIPPEL, *Beiträge,* págs. 469-70.

res de la institución, fundamentaba sus argumentos para el reemplazo de la pena de muerte por el confinamiento de los reclusos, aduciendo que si bien la ejecución podía resultar más económica a corto plazo, resultaba improductiva, y por lo tanto, onerosa, considerada a largo plazo. Los nuevos métodos punitivos, en cambio, obligaban a quienes habían infringido la ley, a trabajar en beneficio del Estado[128]. La importancia de la motivación del lucro aparece bien ilustrada por la curiosa *Zucht -und Arbeithaus, sowie Kriminalinstitut** del conde imperial Schenk von Castell zu Oberdischingen en el distrito de Schwaben[129]. Pese a que las leyes constitucionales alemanas no le otorgaban el derecho de construir prisiones, el conde dispuso la creación de una para darse luego a la tarea de recluir a los delincuentes de toda la región de Württemberg, excediendo los límites legales de su propia jurisdicción. Iniciando después de la detención procedimientos judiciales, con la esperanza de encontrar un fundamento válido para poder retenerlos por más tiempo y emplearlos en tareas de su provecho[130].

WAGNITZ, en posesión de informaciones de primera mano sobre las casas de correción del siglo XVIII, sostiene que en virtud de que un hombre apto para el trabajo se halla en estado de cubrir su propia manutención, el príncipe no debería sufragar otra cosa fuera del gasto inicial, habiendo incluso un excedente para los ancianos pobres. Los ancianos y enfermos también podían, sin demasiado esfuerzo, hilar lo suficiente como para mantenerse y no incidir negativamente sobre las ganancias que el Estado obtuviera del establecimiento. WAGNITZ señala, además, que los reclusos producen realmente una renta considerable de la que la institución obtiene sus ganancias[131]. FÜSSLIN , escribiendo en la primera mitad del siglo XIX, alabó a los laboriosos holandeses por haber introducido las casas de corrección en una época tan temprana como el siglo XVI, a pesar de que sus fines fuesen menos éticos que materiales. Resulta triste, afirmó, pero común durante el trascurso de la historia, que los progresos en la vida de una nación o inclusive de toda la humanidad, no se produzcan sin el estímulo de un beneficio inmediato. La barbarie del sistema penal fue considera-

* Correccional y casa de trabajo, así como Instituto Criminal. (N. del T.).

[128] HENELIUS, *op. cit.*, pág. 324, señala en págs. 335-336, que es más beneficioso establecer casas de corrección en centros populosos y activos que en ciudades pequeñas, comentario que es también interesante con respecto a esto.

[129] M. BITTER, *Das Zucht- und Arbeitshaus sowie das Kriminalinstitut des Reichsgrafen L. Schenck von Castell zu Oberdischingen im Kreis Schwaben von 1789 bis 1808*, Murnau, 1930.

[130] Ver las conclusiones de L. FREDE, *Gefängnisgeschichte, Handwörterbuch der Kriminologie*, I, Berlin, 1933, pág. 540.

[131] WAGNITZ, *op. cit.*, I, pág. 44; II, pág. 93.

da cada vez más odiosa por la civilización, pero lo que los filántropos y la difusión del Iluminismo no pudieron llevar a cabo, fue logrado rápidamente por el valor financiero de las casas de corrección; hecho este último que FÜSSLIN estima como una consecuencia especialmente desventajosa de la reforma penal[132]. El valioso estudio perteneciente a HIPPEL sobre la evolución de la prisión moderna, es particularmente representativo de este último punto de vista. En dicho estudio se acusa a los fundadores de las casas de corrección, de haber permitido el lucro en su funcionamiento y de colocar en segundo plano la consideración más importante: el mérito educacional del trabajo carcelario[133]. Esta actitud pasa por alto el hecho de que la reforma de toda institución humana depende de los valores atribuidos al individuo por la sociedad.

Un informe suizo de 1803 ilustra la diferencia entre el concepto de la casa de corrección como centro de producción en los siglos XVII y XVIII, y los puntos de vista más actuales. El informe asevera que los reclusos han sido conducidos generalmente al delito como resultado del ocio y que el trabajo es considerado por ellos como el peor de los males. La detención sin la obligación de trabajar, no constituye entonces una pena, motivo por el cual la imposición del trabajo a los internos, con observancia de la más estricta disciplina, debe ser la primera exigencia del establecimiento. En el caso de encontrarse la administración financieramente imposibilitada de llevar adelante una rama particular de la producción, los reclusos deberían ser puestos de todos modos a trabajar con materiales menos costosos y la comida debería ser solamente entregada como contraprestación del trabajo realizado[134]. Dicho informe fue escrito en circunstancias en que comenzó a considerarse como obligación de la sociedad el cuidado de sus miembros que se encontraban en una situación desgraciada. El tratamiento de los reclusos se trasforma en el problema central, y su trabajo no es ya tomado en cuenta en relación con las necesidades generales de la producción. La productividad del trabajo de los reclusos adopta una posición secundaria a causa de que se da por descontado que es la administración quien debe sostener los costos que aquellos ocasionen.

Los siglos XVII y XVIII desconocieron prácticamente esta última actitud, siendo la política hacia los pobres casual y esporádica, y la

[132] J. FÜSSLIN, *Die neuesten Verunglimpfungen der Einzelhaft durch Entstellung der Erfolge des bruchsaler Zellengefängnisses,* Heidelberg, 1861, pág. 5.

[133] HIPPEL, *Beiträge,* pág. 470. La misma tendencia se encuentra en varias publicaciones de E. SCHMIDT y L. FREDE.

[134] N. HALDER, *Die Strafvollzugspraxis in der helvetischen Zentralauchtanstalt Baden, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,* LI (1937), 94, citando un informe del 31 de enero de 1803.

política criminal, puramente represiva y de corto plazo. La institución de las casas de corrección no constituyó ni el resultado del amor fraterno ni un sentimiento público de solidaridad para con los desposeídos y desgraciados; por el contrario, formaba parte del desarrollo capitalista. HALLEMA, el historiador del sistema holandés de prisiones, tiene por lo tanto razón cuando afirma que las casas de corrección constituían, en primer lugar, establecimientos manufactureros que producían mercancías a un costo particularmente bajo como consecuencia de la fuerza de trabajo barata que empleaban[135]. Es probable, por consiguiente, que fueran empresas comerciales, lo cual, por otra parte, constituía una intención clara de sus fundadores[136]. Resulta también cierto que las casas de corrección eran sumamente importantes para el conjunto de la economía nacional. Sus bajos salarios y el adiestramiento de trabajadores no calificados constituyeron una significativa contribución al resurgimiento del modo de producción capitalista, punto en el que están de acuerdo y coinciden algunos escritores e historiadores económicos de la época. DÖPLER, por ejemplo, afirma, que el florecimiento de la economía nacional tuvo gran importancia en las tareas que acompañaban el trabajo de rehabilitación. Las ventajas morales y materiales de la pena de detención "moderna" —continúa DÖPLER— provienen de que los reclusos son conducidos de la perversidad a la piedad, del vicio a la virtud, del camino de la destrucción al sendero de la salvación y del ocio que estupidiza y adormece a los hombres, al trabajo útil para ellos mismos y para la sociedad. Luego de haber sido reformados y reeducados sabrán cómo ganarse el pan, con la ventaja para el Estado de que los ociosos y vagabundos que no trabajen y no mejoren su situación por sí mismos, no resultarán más una carga para los obreros laboriosos sino que serán obligados a trabajar bajo azotes o medios similares. Finalmente —señala DÖPLER—, su trabajo en la producción de mercancías útiles permitirá recuperar la inversión inicial[137].

[135] HALLEMA, *op. cit.*, pág. 62. Ver, más adelante, los argumentos utilizados con respecto a la fundación de una casa de corrección en Maastricht; HALLEMA, págs. 109-12.

[136] Que las casas de trabajo obligatorio en Inglaterra en los siglos XVII y XVIII fracasaron económicamente, por razones de técnica organizativa y porque la industria inglesa estaba más avanzada que la del Continente, como se halla claramente probado por S. y B. WEBB, *English Local Government: English Poor Law History,* I, London, 1927, págs. 233-240, no significa que no hayan sido fundadas teniendo como perspectiva la obtención de ganancias.

[137] J. DÖPLER, *Theatrum poenarum, suppliciorum et executionum criminalium: oder Schau-Platz derer Leibes- und Lebens-Straffen, welche... auch noch Heut zu Tage in allen vier Welt-Theilen üblich sind,* Sondershausen, 1693, I, pág. 704.

Estudiosos modernos de la historia de la economía han puesto en evidencia la función económica de las casas de corrección. KULISCHER escribe que estas, al igual que los orfanatos, fueron escuelas del comercio y semilleros de la industria, propagando prosperidad a lo largo del país, y concluye por ello, que las industrias originadas en las casas de trabajo forzado fueron consideradas como una contribución al desarrollo de la nación[138].

Resulta interesante observar que el éxito del establecimiento de Amsterdam condujo a la publicación de un folleto que describe los asombrosos milagros realizados cotidianamente en la casa de corrección de esa mundialmente afamada ciudad[139]. El autor, un activo protestante, otorga a su relato un carácter polémico con el catolicismo, ridiculizando los milagros de la Iglesia en comparación con los milagros efectivamente realizados en las casas de corrección. La sierra de doce hojas para el raspado de la madera es denominada *San Raspado,* así como otras actividades esforzadas *Santa Pena* y *Santo Trabajo.* Estos tres santos juntos llevan a cabo milagros sobre sus pacientes, quienes les pagan con gran devoción. Los ejemplos citados en el folleto revelan claramente la confianza depositada en los métodos empleados en casos de holgazanería, libertinaje y simulación de enfermedades, para los cuales *Santa Pena* posee siempre el remedio adecuado.

En cuanto a lo que se relaciona con el problema de la influencia católica o protestante sobre la institución, es verdad que la justificación teórica de la nueva ética del trabajo fue esencialmente calvinista, pero mientras el catolicismo francés hizo concesiones teóricas a la filosofía de la naciente burguesía, tuvo también una importantísima función en la creación de los *Hôpitaux généraux.* Fueron los jesuitas quienes introdujeron el *Hôpitaux* en las provincias, y es JORET quien afirma que la campaña de Luis XIV en contra de la pobreza hubiera sido parcialmente un fracaso, sin el enérgico apoyo de varios miembros de dicha congregación[140]. Más correcto sería afirmar, sin embargo, que la situación de los pobres bajo Luis XIV hubiera sido aún peor de no ser por la actividad de algunos jesuitas.

[138] KULISCHER, *op. cit.,* II, pág. 150.

[139] *Histoire van de wonderlijcke Mirakelen, die in menichte ghebeurt zijn ende noch dagelijcx gebeuren binnen de vermaerde Coop-stadt Aemstelredam: in een plaets ghenaempt het Tucht-huys, ghelegen op de Heylighewegh. Hier achter is noch by ghevoeght een wonderlijck Mirakel van S. Justitia,* Amsterdam, 1612. Sobre el origen de este folleto, ver HALLEMA, *op. cit.,* págs. 18-32.

[140] JORET, *op. cit.,* pág. 18.

El hecho de que las viejas y nuevas doctrinas religiosas colaboraran en el desarrollo de la nueva institución, prueba que las concepciones meramente ideológicas constituyeron un problema secundario con respecto a los motivos económicos, fuerzas impulsoras del conjunto de las trasformaciones[141].

[141] Ver P. C. GORDON WALKER, *Capitalism and the Reformation,* en *Economic History Review*, VIII (1937), pág. 18, quien enfatiza acertadamente el hecho de que la sociedad protestante no poseía el monopolio de los avances del capitalismo.

IV

CAMBIOS EN LAS FORMAS DE LA PENA

Hemos visto en los capítulos anteriores, que ciertas trasformaciones económicas contribuyeron a incrementar el valor de la vida humana, determinando que el Estado hiciera uso práctico de la fuerza de trabajo a su disposición. Sin embargo, la idea de utilizar el potencial de trabajo de los criminales no era nueva. Pensadores de diferentes épocas arribaron a la misma conclusión que los habitantes de la *Utopía* de TOMÁS MORO; es decir, que resulta poco sabio ejecutar a quienes han violado la ley, en razón de que su trabajo es más beneficioso que su muerte[1]. Pero esta idea no pudo ser realizada hasta que las tendencias dominantes en aquella época fueron favorables. Hasta entonces, quienes creían en tales métodos eran considerados locos, y la opinión apoyaba a quienes abogaban por tratamientos de crueldad. Solo después del cambio de las condiciones es cuando los antiguos pensadores fueron rehabilitados y alabados como "visionarios" incomprendidos.

1. LAS GALERAS

El trabajo forzado en las galeras sobrevivió inclusive el fin del sistema económico basado en la esclavitud, debido a que las características de dicho trabajo hacían difícil encontrar hombres que se ofrecieran voluntariamente. La necesidad de remeros fue particularmente aguda hacia fines del siglo XV, a causa de la existencia de guerras navales entre las potencias cristianas y mahometanas del Mediterráneo. Esas guerras provocaron un ímpetu de las viejas prácticas de reclutar remeros entre los prisioneros. El número de individuos necesarios para un solo barco era realmente extenso: 350 para las grandes galeras llamadas *galéasse* y 180 para las pequeñas[2]. Decretos de Carlos V y Felipe II

[1] MORE, *op. cit.*, pág. 81; trad. cast. cit., pág. 112.

[2] Sobre los remeros (cuyo número aproximado era de 5.600 en los barcos bajo el mando de don Juan de Austria), ver L. STROOBANT, *Notes sur le système pénal des villes flamandes du 15e au 17e siècles*, Malines, 1897, págs. 52-53; y los comen-

de España, introdujeron esta forma de pena tanto para los delitos mayores como para la mendicidad y la vagabundez. Por un edicto de Margarita de Parma se organizaron cazas de vagabundos en Holanda a requerimiento de Felipe II, incapaz de obtener las grandes tripulaciones necesarias para sus galeras[3]. Esta fue una práctica extendida en Francia a partir del siglo XVI; cuando JOUSSÉ escribió su *Traité de la justice criminelle en France,* en 1771, la servidumbre en las galeras constituía la pena para, entre otros, los falsificadores, los ladrones sentenciados por segunda vez y los mendigos con tres condenas[4].

Hacia la misma época, el trabajo forzado en las galeras fue introducido en la parte austríaca del Sacro Imperio Romano. En 1556, Andrea Doria recibió del emperador Ferdinando una autorización que le otorgaba el derecho de reclutar hombres de las prisiones de Bohemia para emplearlos en la guerra contra los turcos. En dicha autorización, el emperador manifestaba explícitamente su preferencia por este tipo de pena para ladrones y asesinos; la pena de muerte, afirmaba, no hubiera sido un castigo suficiente para sus pecados, además del hecho de que las galeras permitían un empleo útil de los criminales[5]. De modo similar en España, la solicitud de Spinola al duque Albrecht de Baviera y a las autoridades de otras ciudades del sur de Alemania, para el empleo de criminales en las galeras con el objeto de reducir los costos de trasporte. Dicha solicitud dio origen a un acuerdo entre Panzer, representante de Spinola, y el concejo de la ciudad de Nuremberg, que estipulaba la responsabilidad de Spinola por los riesgos y costos del trasporte, mientras que el concejo se comprometía a no pronunciar sentencias inferiores a tres años. Para fines de 1573, la ciudad de Nuremberg entregó alrededor de cuarenta hombres reclutados entre ladrones, vagabundos y asesinos[6].

---

tarios de P. FRAUENSTÄDT, *Zur Geschichte der Galeerenstrafe in Deutschland, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XVI (1896), págs. 519-46.

[3] Una información detallada sobre estos decretos puede encontrarse en J. DAMHOUDER, *Praxis rerum criminalium (Editio ultima;* Antwerp, 1570), págs. 476 y ss.; todo el capítulo CLI, de este manual ampliamente utilizado durante el siglo XVI, es muy útil como fuente de información. La creciente importancia de la servidumbre en las galeras como forma de pena en este período, queda demostrada por el hecho de que mientras las primeras ediciones de DAMHOUDER nada contienen a este respecto, en ediciones posteriores, a instancias de sus amigos y discípulos decidió agregar un capítulo completo sobre el tema.

[4] JOUSSÉ, *op. cit.,* I, págs. 47 y ss.

[5] FRAUENSTÄDT, *op. cit.,* págs. 525-30.

[6] KNAPP, *Nürnberger Kriminalrecht,* págs. 79-81.

A pesar de las nuevas autorizaciones de Maximiliano II en 1570 y no obstante los denodados esfuerzos realizados por las autoridades municipales, las tentativas de librarse de los prisioneros enviándolos a las galeras se hicieron difíciles por los altos costos y demoras que implicaba su trasporte, lo cual trasformó este tráfico en no beneficioso para los empresarios privados[7]. Las ciudades del sur de Alemania trataron de remediar esta situación vendiendo sus prisioneros a las ciudades italianas, tal como lo habían hecho durante largo tiempo las autoridades suizas. En 1571, por ejemplo, se firmó un tratado entre Berna y Saboya para el envío de prisioneros[8], pero la Guerra de los Treinta Años interrumpió este tráfico, por lo menos en lo que respecta a las ciudades alemanas. Posteriormente, la organización del trasporte se vuelve más barata y eficiente ya que es realizada directamente por las autoridades sin el concurso de intermediarios[9].

Lo que resulta significativo en el desarrollo de las galeras como método punitivo, es el hecho de que él mismo se basa exclusivamente en consideraciones económicas y no penales, lo cual es válido tanto para la sentencia como para su ejecución. La introducción y regulación de este tipo de trabajo forzado estaba determinado únicamente por el deseo de obtener la fuerza laboral necesaria al más bajo precio posible. En la Francia de Colbert, por ejemplo, el Ejecutivo realizó fuertes presiones sobre las cortes de justicia para que proveyeran suficientes prisioneros a fin de mantener completas las tripulaciones. En una carta del 21 de febrero de 1676 dirigida a la fiscalía del *Parlement* de París, se llama la atención sobre la presencia en la *Conciergerie,* de numerosos prisioneros aptos para servir en las galeras, afirmando claramente: "Puesto que Su Majestad tiene urgente necesidad de hombres para reforzar su tripulación de remeros... que deben ser enviados al fin del próximo mes, me ordena comunicarle que desearía que usted diera en el nombre de Su Majestad los pasos necesarios para que los criminales sean juzgados rápidamente"[10].

[7] FRAUENSTÄDT, *op. cit.*, pág. 527. En Francia, donde la deportación estaba directamente en manos de las autoridades y donde los prisioneros debían ir a pie, encadenados, desde el lugar de reunión hasta Marsella, donde eran embarcados, el número de muertes fue realmente muy alto. En 1662, 44 de un grupo de 96 murieron en el camino; ver el informe dirigido a Colbert desde Lyon, el 16 de junio de 1662, en *Corrrespondance administrative sous le règne de Louis XIV*, ed. por G. B. Depping, Paris, 1850-55, II, pág. 893.

[8] G. HAFNER y E. ZÜRCHER, *Schweizerische Gefängniskunde*, Bern, 1925, pág. 5; ver también, E. OSENBRÜGGEN, *Das alamannische Strafrecht im deutschen Mittelalter,* Schaffhausen, 1860, pág. 97.

[9] FRAUENSTÄDT, *op. cit.*, pág. 536.

[10] *Correspondance administrative,* II, pág. 940.

Las cortes se apresuraron a cumplir este pedido, como lo revela un informe del fiscal de Burdeos: "Me habéis concedido frecuentemente el honor de escribirme en relación con el envío de prisioneros destinados a las galeras y de trasmitirme las órdenes expresas de Su Majestad referentes al empleo de aquellos en la ejecución de sus gloriosos proyectos. Podéis estar satisfecho de saber que esta corte dispone de veinte prisioneros que serán encadenados y enviados esta mañana"[11].

Algunas veces la administración llegó al extremo de organizar cacerías de hombres destinadas a la obtención de remeros; así, el intendente de Orange relata su intención de capturar con ese objeto a ciertos hugonotes que se habían comportado insolentemente durante el trascurso de una procesión religiosa[12].

También en las galeras, el objetivo predominante era la obtención de los mayores beneficios posibles de la fuerza de trabajo. Un decreto francés de 1664 establecía en 10 años la duración mínima de una condena, con el argumento de que resultaba idiota liberar a los prisioneros luego que se encontraban adiestrados y comenzaban a ser verdaderamente útiles para el Estado[13]. Un decreto veneciano de 1588 enfoca este simple problema económico desde otra perspectiva, disponiendo que el trabajo de por vida en las galeras debía ser reducido a doce años, en razón de que los convictos eran incapaces de llevar a cabo el trabajo requerido por un largo espacio de tiempo, y que en ese caso había que vestirlos y alimentarlos sin que entregaran una adecuada compensación en forma de trabajo[14]. La opinión en esa época estaba de acuerdo en que la liberación de un individuo sometido a las galeras —si el condenado lograba sobrevivir, hecho más que improbable— era determinada en la práctica por una sola circunstancia: que el prisionero fuese o no apto para el trabajo. Pese a la existencia de reglas explícitas que prohibían la retención de prisioneros más allá de la finalización del tiempo de su condena y que obligaban a entregar una copia de la sentencia como prueba de aquella, dichas disposiciones eran, sin embargo, frecuentemente violadas[15].

[11] *Ibid.*, pág. 891.

[12] *Ibid..*, pág. 890. La práctica de enviar a galeras a los opositores religiosos fue también utilizada en otros países; ver DAMHOUDER, *op. cit.*, pág. 478; HAFNER y ZÜRCHER, *op. cit.*, pág. 5.

[13] El decreto francés está citado en G. BOHNE, *Die Freiheitsstrafe in den italienischen Stadtrechten des 12-16, Jahrhunderts,* II; *Der Vollzug der Freiheitsstrafe,* Leipzig, 1925, pág. 306; decretos similares de Carlos V y Felipe II, en los que se establece una duración mínima de seis años, están citados en DAMHOUDER, *op. cit.*, pág. 464.

[14] BOHNE, *op. cit.*, II, pág. 324.

[15] HECKSCHER, *op. cit.*, II, págs. 298-300.

El trabajo forzado en las galeras disminuyó, por varias razones, en el siglo XVIII. En Francia, los adelantos técnicos en el arte de la navegación condujeron a la sustitución de ese tipo de trabajo forzado por el *bagno** (Tolón y Marsella)[16]. Un decreto austríaco de 1724 mediante el cual se trataba de extender la práctica del trabajo forzado en las galeras, tuvo por resultado un exceso en la oferta de mano de obra, tal como sucedió en 1728 cuando 1.800 condenados no pudieron ser absorbidos por las galeras. El gobierno austríaco intentó entonces otra solución para el problema, como el trabajo en las minas, pero el concejo municipal de Breslavia se opuso argumentando que ello hubiera significado una disminución importante del nivel de vida de los trabajadores libres. Por último, un decreto austríaco de 1762 abolió definitivamente la servidumbre en las galeras[17].

En el siglo XVII se opinaba generalmente que las galeras resultaban más humanas que las prácticas penales precedentes, ya que contemplaban simultáneamente los intereses de los convictos y los del Estado. El autor del artículo "Galerien" en la *Encyclopedia* de DIDEROT, escribió: "La introducción de la esclavitud en las galeras constituyó una medida sabia porque conservó al servicio del Estado y sin daño para la sociedad, a hombres que por sus delitos habrían sido conducidos a la muerte o al exilio; además de que resulta una medida concordante con los dictados de la humanidad"[18]. Un autor moderno adopta un punto de vista similar cuando afirma que la utilización de los hombres en las galeras constituyó un método que combinaba la privación de la libertad con el trabajo forzado; el principio retributivo; la prevención de eventuales reincidencias y la reeducación; en otras palabras: dicho sistema reunía los rasgos principales del sistema carcelario[19]. Opiniones de esta clase han sido fuertemente impugnadas y en forma correcta, con el argumento de que el sistema de galeras poseía muchos más elementos en común con los castigos corporales que con las penas de detención[20].

* *Bagno (penale)*: trabajos forzados realizados fuera de los establecimientos de detención. La mayor parte de las veces, consistía en la construcción y/o manutención de puertos. (En italiano en el original). (N. del T.).

[16] Las declaraciones del 8 de enero de 1701; del 12 de marzo de 1719 y del 10 de marzo de 1720, citadas en PAULTRE, *op. cit.*, pág. 319, autorizan a los tribunales el envío de vagabundos a las colonias en lugar de embarcarlos en las galeras.

[17] FRAUENSTÄDT, *op. cit.*, págs. 538-39.

[18] DÜVIVAL JEUNE, "Galerien" en *Encyclopédie ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers,* VII, Neufchatel, 1757, pág. 445.

[19] BOHNE, *op. cit.*, II, pág. 318.

[20] HIPPEL, *Beiträge*, págs. 434-35. Ver también la discusión entre BOHNE y EBERHARDT SCHMIDT, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* XLV (1925), págs. 36-45, 152-77.

Los textos de los decretos y las ordenanzas muestran claramente que la sustitución de la pena de muerte por el trabajo en las galeras fue el resultado de la necesidad de más remeros y no de consideraciones de tipo humanitario. Tanto es así, que la conmutación de la pena capital estaba prevista solo en atención a la fuerza física del condenado y no con respecto a otra suerte de circunstancias personales que justificaran la clemencia. Por disposición de Luis XIV, una orden particularmente drástica fue enviada al fiscal de París el 11 de septiembre de 1677: "Su Majestad me ha instruido informarle que, en el caso de los prisioneros mayores de 55 años o los que hayan perdido un brazo o una pierna o que estén enfermos o aquejados de un mal incurable, Su Majestad no desea que sus jueces invoquen esta ordenanza con el fin de eximir a los prisioneros de sentencias que realmente se merecen"[21].

La frecuencia de las automutilaciones entre los convictos con el objeto de evitar ser enviados a las galeras, explica el temor de la ordenanza. La práctica de las automutilaciones llegó a ser tan común, que un decreto francés de 1677 estableció la pena de muerte para esos casos[22].

La opinión pública en los siglos XVI y XVII era totalmente consciente del terrible destino de los esclavos en las galeras, pese a lo cual nada se hizo para mejorar su situación. Gracias a su posición de antiguo tutor de la familia Gondi, que había comprado a Luis XIII el manejo y gobierno de las galeras en todo el Levante, San Vicente de Paúl pudo dedicarse a la salvación espiritual de los remeros, llegando a ser en 1619 el encargado general de los trabajos de caridad en las galeras y prisiones, sin que por ello hubiese podido realizar ninguna mejora

[21] *Correspondance administrative,* II, pág. 941. DAMHOUDER expresa bastante francamente esta política cuando escribe (*op. cit.,* pág. 465) "nullo modo autem infirmos, débiles, mutilos, mancos, decrépitos, insanos, frenéticos, aut similes, cuique ob etatem, aut corporis infirmitatem atque vicium aliquod nauticis laboribus usui esse ac sufficere non possint est ad condemnandum aut vincula nautica. Quo circa tales inutiles condemnandi sunt, non ad relegationem nauticam sed alia poena secundun delictorum; rationem et secundum id quod jus postulat et requirit et juxta leges scriptas aut juxta locorum consuetudinis aut Pricipum edicta, sive capitaliter, ut more sequatur, sive citra mortem". Cfr. el decreto de Margarita de Parma, citado más arriba, pág. 62.

[22] El decreto está citado en JOUSSÉ, *op. cit.,* I, pág. 50. El historiador francés del derecho penal ALBERT DU BOYS, en su *Histoire du droit criminel de la France depuis le XVIme jusqu'au XIXme siècle*, Paris, 1874, II, pág. 41, señala que el gobierno de Luis XIV tuvo tanta necesidad de remeros, que no retrocedió ante ningún método para obtener el número requerido. Acerca de la pena de muerte por intento de huída y acerca de los esclavos fugitivos de las galeras y aquellos que los ayudaban, ver DAMHOUDER, *op. cit.,* pág. 466.

efectiva de sus condiciones materiales de existencia[23]. El hospital para esclavos de galera, viejos e incapacitados, fundado por él en Marsella en 1643 con el apoyo de Richelieu, no pudo alterar el hecho de que las galeras resultaban el equivalente a una muerte lenta y dolorosa[24]. En realidad, esta sentencia constituía el camino más racional para obtener fuerza de trabajo que voluntariamente no hubiera podido hallarse, aun bajo la peor situación económica.

En definitiva, la reeducación, no tuvo absolutamente ninguna función, ni en la creación ni en el desarrollo posterior del sistema de galeras como método punitivo.

2. Orígenes históricos de la deportación de criminales[25]

Otra forma de utilización de la fuerza de trabajo de los convictos, consistió en embarcarlos hacia las colonias y lejanas instalaciones militares. Estos métodos adoptados por España y Portugal en una época tan temprana como el siglo XV, fueron luego abandonados por la urgente necesidad de emplear la fuerza de trabajo en las galeras.

Inglaterra fue el primer país que introdujo de modo sistemático la deportación de criminales, un método punitivo requerido por su expansión colonial. El propósito de la breve discusión que aquí exponemos, consiste en mostrar cómo esta innovación en la forma de la pena, resulta análoga a la del sistema de galeras, debido a que la necesidad de fuerza de trabajo constituyó el motivo determinante de ambos[26].

Las colonias de ultramar poseían enormes extensiones de tierra aptas para el cultivo, al mismo tiempo que se generaba en Europa una gran demanda de productos coloniales. Cada colono, afirma Adam Smith: "...se esfuerza en buscar trabajadores por todas partes y les ofrece una paga liberal. Pero estos salarios tan liberales, junto con la abundancia y baratura de la tierra, hacen que quienes hasta hace poco tiempo eran criados y trabajadores, abandonen a sus amos para serlo ellos mismos, ofreciendo pagar, con la misma liberalidad con que se les pagó en otro tiempo, salarios generosos a otros obreros,

[23] Marion, *op. cit.*, pág. 252.

[24] Sobre detalles de las condiciones de vida a bordo de las galeras, miserables más allá de lo imaginable, ver Damhouder, *op. cit.*, págs. 478-79.

[25] Sobre los comienzos de la historia de la deportación, ver H. E. Barnes, *Transportation of Criminals, Encyclopaedia of the Social Sciences,* XV, New York, 1935, págs. 90-93.

[26] La historia subsecuente y la abolición de la deportación como forma punitiva se discute más ampliamente en las págs. 135 y ss.

que pronto les abandonarán por las mismas razones que les impulsaron a dejar sus antiguos patronos"[27].

Existía, por lo tanto, una constante escasez de mano de obra en las colonias y la búsqueda de trabajadores se convirtió en un problema apremiante. Los colonos intentaron esclavizar a los indígenas pero estos escapaban frecuentemente hacia los grandes espacios abiertos del territorio colonial. La población indígena fue rápidamente diezmada por la guerra, las enfermedades y los trabajos pesados, a los cuales no estaban acostumbrados. La única alternativa era la de importar trabajadores, lo que bajo esas condiciones significaba mano de obra forzada. La demanda era tan grande, que creó un nuevo tipo de delito: el rapto. A mediados del siglo XVII existieron muchos ejemplos de bandas organizadas de secuestradores, sobre todo en las ciudades portuarias, que se dedicaban a la captura de niños, generalmente de las clases más pobres, para luego venderlos como esclavos en las colonias[28]. En Inglaterra se sostenían tesis contrarias a la deportación, con el argumento de que esa práctica no estaba de acuerdo con los intereses nacionales en razón de la necesidad apremiante de trabajadores. FURNISS relata que la colonización era condenada porque reducía el número de la fuerza de trabajo local. Se exportaba la materia prima que contribuía a la riqueza del país, sin recibir a cambio una compensación adecuada[29]. Como lo afirma un testigo de la época: "Nos han depojado de enormes cantidades de nuestra gente que podía haber sido útil al país y realizado mejoras en la labranza y en la industria; este Reino está hoy mal poblado; y puesto que la población constituye la riqueza de una nación, somos hoy más pobres que cuando iniciamos la colonización de esas tierras"[30]. La forma más simple de satisfacer las necesidades de las colonias sin perjudicar los intereses de la madre patria, consistía en enviar convictos que, de otro modo, habrían sido ejecutados. Refiriéndose al ejemplo de España, Dole, el gobernador de Virginia, le escribe al rey en 1611 para solicitarle el envío, por tres años, de prisioneros ya sentenciados a muerte, sosteniendo que este constituiría un buen medio para poblar al nuevo país[31]. Se llegó inclusive a ofrecer premios especiales para alentar la importación de condenados.

[27] ADAM SMITH, *op. cit.*, pág. 359; trad. cast. cit., pág. 503.

[28] J. D. BUTLER, *British Convicts Shipped to American Colonies, American Historical Review,* II (1896), pág. 18; G. IVES, *A History of Penal Methodes*, London, 1914, págs. 113-19.

[29] FURNISS, *op. cit.*, págs. 54 y 56.

[30] J. CARY, *An Essay towards Regulating the Trade and Employing the Poor of This Kingdom,* 2ª ed., London, 1719, págs. 47-48.

[31] La carta está citada en BUTLER, *op. cit.*, pág. 16.

La *Vagrancy Act* de 1597 (leyes contra la vagancia) legaliza por primera vez las deportaciones, disponiendo que "aquellos bribones que no se crea conveniente dejar en libertad, sean desterrados del Reino y sus dominios, debiendo ser enviados a las regiones de ultramar asignadas de ahora en adelante para esos propósitos por el *Private Counsell*"[32]. Desde su fundación en 1606, grupos de individuos considerados como vagos o delincuentes fueron enviados esporádicamente a Virginia. Una ordenanza del Concejo de 1617 garantizaba la suspensión de la ejecución o la conmutación de la sentencia de muerte a los condenados por robos o crímenes graves que fueran lo suficientemente fuertes y aptos para ser empleados en los territorios coloniales[33]. Este último decreto se asemeja a la ordenanza de Luis XIV y al decreto de Margarita de Parma, relativos a la conmutación de la sentencia de muerte por la esclavitud en galeras, ya que ambos toman en cuenta la constitución física del individuo para decidir la conmutación. Aunque también se mencionaba la reeducación de los prisioneros como otro de los motivos, esto no tenía en realidad ninguna consecuencia, por el hecho de que solo aquellos delincuentes robustos o con habilidades especiales eran susceptibles de ser reeducados. ¿O es que debemos suponer que el autor del decreto se adhería a una teoría radical de la selección según la cual la única prueba de estar capacitado para ser reeducado consistía en las posibilidades de "proporcionar servicios beneficiosos al Commonwealth en el exterior"?[34]. La conmutación de la sentencia de muerte por la deportación resultaba altamente ventajosa para jueces y funcionarios, y por lo menos 4.431 prisioneros fueron "beneficiados" con dicha medida entre 1655 y 1699[35].

Un posterior incremento de la conmutación se produce con los estatutos de 1718 y 1720, mediante los cuales la deportación se convierte en la sentencia más común para el caso de hurtos y robos, y no en una mera medida discrecional de los jueces. El motivo alegado para explicar este cambio fue de que había gran necesidad de esclavos requeridos para el desarrollo de las plantaciones coloniales[36]. La deportación

[32] El acta está citada en E. O'BRIEN, *The Foundation of Australia,* London, 1937, pág. 122.

[33] *Ibid.,* pág. 123.

[34] *Loc. cit.* La misma yuxtaposición de motivos reformistas y de "utilitarismo" puede hallarse en los escritos de Wm. PETTY, en los cuales todo el enfoque del problema de los prisioneros está determinado por consideraciones acerca de su utilidad; ver su *Economics Writtings,* ed. por C.H. Hull, Cambridge, 1889, I, pág. 68.

[35] A. E. SMITH, *Transportation of Convicts to America, American Historical Review,* XXXIX (1933-34), págs. 238-41.

[36] O'BRIEN, *op. cit.,* págs. 124-25.

implicaba solo pequeños costos para el gobierno; hasta 1772, los propietarios de tierras recibían una franquicia de cinco libras por prisionero, la cual fue suprimida más tarde en razón de que al trasformarse los primeros en propietarios de los condenados, podían obtener suficientes ganancias de su utilización como fuerza de trabajo. En el siglo XVII, en Virginia y Maryland un trabajador de sexo masculino costaba diez libras; una mujer, entre ocho y nueve; y un artesano, entre quince y veinticinco. Los prisioneros más ricos podían liberarse pagando su precio, convirtiendo de este modo la sentencia en un simple destierro[37]. El número de los deportados hacia América del Norte fue verdaderamente considerable: solo el *Old Bailey* trasportó por lo menos 10.000 entre 1717 y 1755[38].

La única diferencia entre los deportados y los esclavos consistía en que los primeros se encontraban bajo detención por un lapso limitado de tiempo y después eran liberados. En otras palabras, ellos no eran vendidos sino arrendados por el tiempo que duraba la condena. La opinión general en las colonias era que la deportación no constituía realmente una pena, ya que hasta los más capaces jamás hubieran alcanzado tan fácilmente un nivel de vida tan bueno en Inglaterra. Un número considerable, incluidos aquellos que habían sido rotulados como "malhechores incorregibles", se reformaban totalmente en el nuevo ambiente. Muchos *indentured servants* (siervos por contrato a tiempo determinado) se trasformaron finalmente en agricultores independientes, llegando inclusive, en algunos casos, a adquirir fortunas cuantiosas. No resulta claro en qué medida esto último fue posible, también para el caso de los deportados. Es cierto, sin embargo, que existía espacio suficiente para el abuso y la opresión por parte de los patrones[39]. Con la introducción de los negros como esclavos en las últimas décadas del siglo XVII, las condiciones de los siervos coloniales blancos comenzaron a deteriorarse. A partir de 1635 los importadores de negros eran recompensados económicamente y la difusión del sistema de plantaciones incrementó considerablemente la demanda de mano de obra esclava. En 1671 existían en Virginia solo 2.000 esclavos, mientras que los siervos blancos sumaban alrededor de 6.000; sin embargo, en 1708 el número de esclavos aumentó a 12.000, y cincuenta años más tarde, a 120.156[40]. Para la época inmediatamente anterior a la Revolución norteamericana, había 192 barcos dedicados al comercio de esclavos que trasportaban

[37] *Ibid.*, pág. 125.

[38] BUTLER, *op. cit.*, pág. 25.

[39] C. GOODRICH, *Indenture, Encyclopaedia of the Social Sciences,* VII (New York, 1932), págs. 645-46.

[40] IVES, *op. cit.*, pág. 119.

anualmente un promedio de 47.000 hombres. Semejante oferta alivió considerablemente el "hambre de trabajo" en las colonias, y el trasporte de los convictos dejó de ser un negocio redituable ya que por los esclavos negros se pagaba en el mercado un precio superior al de los criminales, a causa de que estos últimos estaban disponibles solo por un lapso limitado de tiempo[41].

Solo cuando el trasporte de criminales dejó de ser un negocio beneficioso, los colonos se dieron cuenta de que constituía una práctica vergonzosa. En consecuencia, se tomaron las medidas necesarias contra "la obligación humillante de recibir cada año una parte de los residuos de la población británica"[42]. Además, la mayoría de los colonos era gente que había cruzado el océano insatisfecha con la situación en sus lugares de origen; individuos cuya libertad e independencia se basaba en el trabajo personal y que, por ello, se oponían severamente a los propietarios de las grandes plantaciones fundadas sobre la explotación del trabajo forzado. Pero este descontento de los colonos se enfrentaba, a su vez, a fuertes intereses financieros que rodeaban a la Corona inglesa. Asimismo numerosos ciudadanos ingleses interesados en las nuevas colonias, consideraban el aumento de la fuerza de trabajo (inclusive por medio de la deportación de criminales) como una forma eficaz de mantener bajos los salarios. Los colonos combatieron estas prácticas mediante estatutos que gravaban la importación de pobres e incapacitados, así como de criminales sentenciados por delitos graves[43]. La declaración de independencia y las guerras revolucionarias pusieron fin al problema, impidiendo definitivamente el envío de más criminales hacia América. Fue FRANCIS BACON quien una vez pronunció esta profecía pesimista: "Es vergonzoso e indigno de Dios utilizar la escoria humana, así como criminales condenados, para poblar las plantaciones, y no solo eso; de este modo se corrompe la colonia porque este tipo de gente vivirá siempre como malhechores y no se dedicará al trabajo, serán holgazanes y cometerán perjuicios, derrochando las provisiones además de que esparcirán sobre el país el descrédito de la plantación"[44].

Luego de citar este pasaje, HOLTZENDORFF, una autoridad alemana del siglo XIX en materia de política criminal, comenta que la experien-

[41] *Ibid.*, págs. 113 y 120.

[42] C. PHILLIPSON, *Three Criminal Law Reformers: Beccaria, Bentham, Romilly,* London, 1923, pág. 175, citando a BENTHAM.

[43] Ver, por ejemplo, el acta de Nueva Jersey de julio 8 de 1730, citada en H. E. BARNES, *A History of the Penal, Reformatory and Correctional Institutions of the State of New Jersey,* Trenton, N. J., 1918, pág. 36.

[44] FRANCIS BACON, *The Essayes or Counsels Civill and Morall,* London, 1914, pág. 104.

cia ha demostrado exactamente lo contrario[45]. Se podría agregar que la reforma de los convictos, llevada a cabo bajo condiciones sociales favorables en las colonias de América del Norte, prueba de modo terminante que las categorías de bueno y malo, honesto y criminal, son absolutamente relativas.

3. La evolución del sistema carcelario

Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet (las cárceles existen solo para custodia de los hombres y no para su castigo)[46]. Este constituyó el principio dominante durante toda la Edad Media y comienzos de la Edad Moderna. Hasta el siglo XVIII las cárceles fueron fundamentalmente lugares de detención en espera de que se realizara el juicio, el cual a menudo duraba meses o años. Las condiciones de vida en la cárcel desafían cualquier posibilidad de descripción. Las autoridades no tomaban la más mínima previsión para el mantenimiento de los reclusos, y así la oficina de vigilancia y seguridad resultó un negocio lucrativo hasta fines del siglo XVIII[47]. Los prisioneros más ricos podían comprar condiciones de existencia más o menos tolerables, pagando altos precios. La mayor parte de los prisioneros pobres se mantenían mediante la mendicidad y las donaciones entregadas por las confraternidades de la Iglesia fundadas con esos propósitos[48]. Solo excepcionalmente los prisioneros recibían una sentencia[49], y la mayoría de aquellos que no se encontraban en espera

[45] F. VON HOLTZENDORFF, *Die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrecherkolonien der Engländer und Franzosen,* Leipzig, 1859, pág. 662.

[46] JUSTINIAN, *Digest,* 48, 19.8.

[47] Para Francia, ver R. ANCHEL, *Crimes et Châtiments au XVIIIe siècle,* 2ª ed., Paris, 1933, págs. 90-93; para Holanda, STROOBANT, *op. cit.,* págs. 76-102. A. CREW, *London Prisons of Today and Yesterday,* London, 1933, pág. 50, relata que el deseo de los carceleros de explotar el mayor número posible de reclusos era tan grande que los inducía a pagar una suma anual a los jueces a cambio de la promesa de estos últimos de enviar todos los prisioneros a su establecimiento. Sir Francis Mitchell, por ejemplo, un magistrado de Middlesex, recibió, con ese fin, la cantidad de 40 libras de manos de un carcelero de Newgate, en 1638.

[48] Ver las observaciones en STROOBANT, *op. cit.,* pág. 89. Acerca del desarrollo de las congregaciones, ver LALLEMAND, *op. cit.,* IV, págs. 31-52.

[49] El intento de BOHNE de probar, con relación a las ciudades italianas, que la prisión fue ampliamente utilizada como pena desde una comparativamente temprana época, es desafortunado. De ningún modo el moderno sistema carcelario surge de esa fuente; por esa época, el encarcelamiento se asemeja más al castigo corporal, es decir, que constituye un medio para torturar el cuerpo del criminal; ver DOLEISCH VON DOLSPERG, *op. cit.,* pág. 47.

de juicio, eran miembros de las clases más bajas, encarcelados por su imposibilidad de pagar las penas pecuniarias. Esto condujo a un círculo vicioso; los individuos eran encarcelados por no disponer de los recursos suficientes para pagar una pena pecuniaria, y luego no podían abandonar la prisión por carecer del dinero para pagar su permanencia y mantenimiento. La primera tarea de los prisioneros que obtenían su libertad, consistía frecuentemente en el pago de la suma adeudada a los carceleros. Esto último explica por qué el concepto de *sturdy beggar* (referido a quien mendiga siendo apto para el trabajo) en la *Vagrancy Act* inglesa de 1597, incluía a los exconvictos que mendigaban para pagar sus *fees* (deudas) con los carceleros[50]. No era tanto un sentimiento intencional de crueldad el causante de este aterrador estado de cosas, como la práctica administrativa, universalmente aceptada, de conducir la institución carcelaria según pautas de tipo empresarial[51].

La idea de explotar la fuerza de trabajo de los prisioneros, como contraria a la práctica de enriquecimiento personal de los guardianes, existía ya en el *opus publicum* antiguo, un método punitivo para las clases bajas que se mantuvo durante toda la época medieval[52]. Los pueblos y ciudades pequeñas vieron en esa institución un sistema para utilizar los prisioneros, comparable a las galeras; trasfiriendo a los convictos, al menor costo posible, a otros cuerpos de la administración, que los empleaban en trabajos forzados o en tareas de tipo militar. Pero el sistema moderno de prisión como método de explotación del trabajo e, igualmente importante en el período mercantilista, como forma de adiestramiento de la fuerza de trabajo de reserva, fue sin duda la consecuencia lógica de las casas de corrección.

Se puede señalar una distinción de tipo teórico entre las casas de corrección (*Zuchthaus*), una prisión para ladrones con sentencia firme y otros delitos graves, y las casas de trabajo (*Arbeitshaus*), una institución para la detención de mendigos y gente envuelta en problemas policiales, donde se los retenía hasta el momento en que se reformaban. En la práctica, sin embargo, el proceso de distinción entre ambas instituciones tomó un curso lento y desigual. En las actas del concejo de la ciudad de Amsterdam del 15 de julio de 1589, puede leerse: "Puesto que numerosos malhechores, la gran mayoría de ellos gente joven, son arrestados diariamente en las calles de la ciudad, y considerando que la actitud de los ciudadanos en este caso hace dudar a los jueces entre

[50] HOLDSWORTH, *op. cit.*, IV, pág. 397.

[51] S. y B. WEBB, *English Prisons under Local Government*, London, 1922, pág. 18.

[52] T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, pág. 949; VON BAR, *op. cit.*, pág. 238. La *Karrenstrafe* fue la forma favorita del *opus publicum* en Alemania; ver EBELING, *op. cit.*, págs. 3-13.

sancionar a estos individuos con penas corporales o prisión de por vida, los miembros del concejo han planteado si no resultaría aconsejable la construcción de una Casa y decretar que los vagabundos, malhechores, así como cualquiera otro individuo de esta calaña, sean encerrados en ella y obligados a trabajar para su reeducación"[53].

Ninguna diferenciación es propuesta para las varias categorías de transgresores. Una ordenanza administrativa enviada a la dirección de la *Tuchthuis* el 27 de marzo de 1598, establecía que las personas no sujetas a sentencia judicial podían ser internadas solo con la autorización de los miembros del concejo; instrucción meramente formal, ya que la misma ordenanza dispone que la dirección de la Casa proceda al arrestro de todos los individuos aptos para el trabajo, que fueran sorprendidos mendigando sin el permiso de las autoridades[54]. Una verdadera distinción habría resultado difícil de esperar, porque era bastante improbable que un respetable comerciante de Amsterdam hubiera establecido alguna diferencia entre un vagabundo arrestado por la dirección de la casa de corrección y un ladrón debidamente juzgado y sentenciado; ambos eran culpables de violar los principios de la ética calvinista. Cuando, el 12 de noviembre de 1600, el concejo decidió la ampliación del establecimiento y la subdivisión de acuerdo con nuevos principios, ninguna distinción fue hecha entre delincuentes con condenas e individuos arrestados por causas administrativas. El nuevo establecimiento, construido en 1603, alojó inclusive a niños cuyos padres, respetables ciudadanos, los internaban con fines correccionales[55]. En todas partes resultaba posible verificar esta ausencia de diferenciación entre los condenados y otros reclusos. Las normas de la casa de corrección de Bremen del 26 de enero de 1609, contemplan distinciones entre varias categorías, sin que exista, no obstante, ninguna prueba de que en la práctica los reclusos recibieran un tratamiento diferenciado[56].

Las normas de la Casa de Lübeck no establecían distinciones, pero resulta interesante observar el rechazo constante de la administración a aceptar prisioneros que habían sido condenados por las cortes[57].

[53] La cita se encuentra en HIPPEL, *Beiträge*, pág. 440.

[54] *Ibid.*, pág. 444.

[55] *Ibid.*, pág. 442.

[56] *Ibid.*, pág. 614. En Berna, vagos, mendigos, despilfarradores, holgazanes y malhechores fueron recluidos juntos indiscriminadamente; ver HAFNER y ZÜRCHER, *op. cit.*, pág. 8. Para Lüneburg, ver A. LUDOLPH, *Das Werk und Zuchthaus und die Kettenstrafanstalt zu Lüneburg*, Göttingen, 1930, pág. 10.

[57] HIPPEL, *Beiträge*, págs. 629-30. Sobre la negativa dispuesta en las regulaciones de la *Zuchthaus* de Hamburgo, a aceptar criminales, ver EBELING, *op. cit.*, pág. 53. Los reglamentos del 8 de marzo de 1622, citados allí, págs. 77-103, no significan una respuesta final al problema; ver especialmente pág. 85, donde es discutible si el

¿Se debía esto a consideraciones pedagógicas y a objeciones prácticas, o simplemente a conflictos burocráticos entre la administración de las casas y el concejo, como lo permiten suponer las actas de este último? Lo que sucedía es que en oposición a la política del concejo de enviar un número cada vez mayor de delincuentes a las casas de corrección, la administración de estas últimas deseaba mantener su carácter honorable. Lo mismo acontecía en Hamburgo, donde la necesidad de una aplicación más amplia de las sentencias de prisión, condujo en 1669 a la creación de una casa de hilados (*spinnig house*) para personas deshonorables[58]. En Danzig, desde el momento mismo del establecimiento de la casa de corrección, en 1636, los mendigos, los holgazanes y las personas internadas por sus parientes, fueron separados de los convictos. En 1690, las cortes proponen la construcción de una casa especial para la reclusión y el empleo de autores de delitos graves, para quienes la sentencia de muerte no habría constituido un verdadero castigo y a quienes resultaba imposible reformar por medio de otras penas[59]. Estos ejemplos muestran que, en algunas ocasiones, los delincuentes enviados a las casas de corrección se hallaban separados del resto de los internos; sin embargo, puesto que la explotación de la fuerza de trabajo constituía la consideración decisiva, eran las condiciones del lugar de detención, y en particular el número de los reclusos, las que determinaban si la separación indicada por razones pedagógicas, podía ser llevada a la práctica.

Todavía a fines del siglo XVIII era común encontrar la combinación de los más variados propósitos en una sola institución. La Casa de Pforzheim, mantenida con gran cuidado y devoción por los príncipes de Baden, era simultáneamente orfanato, instituto para ciegos, sordos y mudos, manicomio, centro de asistencia a la infancia y colonia penal[60]. En la fachada de la Casa de Leipzig podía leerse la siguiente inscripción: *Et improbis coercendis et quos deseruit sanae mentis usura custodiendis* (con el fin de corregir a los deshonestos y custodiar a los dementes)[61].

---

reglamento se refiere a los posibles peligros de permitir a los holgazanes vivir en libertad, o a los fallos condenatorios por mala conducta. Para una diferenciación tentativa entre casas de pobres, casas de corrección y cárceles, ver JOHN MACFARLAN, *Inquiries concerning the Poor,* Edinburgh, 1782, libro III, cap. 6.

[58] HIPPEL, *Beiträge*, pág. 640.

[59] *Ibid.*, pág. 647.

[60] GOTHEIN, *op. cit.*, pág. 699.

[61] HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* I, pág. 248, nota.

En 1780, solo 148 de los 283 reclusos del Instituto de Ludwigsburg eran delincuentes condenados; el resto eran huérfanos, pobres o dementes[62]. La misma variedad puede ser encontrada en la población de los *Hôpitaux généraux*. A pesar de que al comienzo solo delincuentes menores fueron internados, a causa de la severidad de las sentencias bajo el *ancien régime* los *Hôpitaux* se trasformaron gradualmente en verdaderas prisiones, sin que por ello dejaran de admitir a ancianos, dementes y niños.

La forma precursora de la prisión moderna está estrechamente ligada a las casas de corrección y su modo de producción. No siendo la reeducación, sino la explotación racional de la fuerza de trabajo, el objetivo principal, ni el modo de reclutamiento de los internados ni las consideraciones que habían de tomarse en cuenta para su liberación constituían un problema importante para la administración.

Ya hemos tenido oportunidad de observar que la duración de la detención, en los casos de jóvenes o reclusos adiestrados recientemente, estaba determinada exclusivamente por las necesidades de la institución o de sus contratistas. Los trabajadores más valiosos, cuyo mantenimiento y preparación involucraba gastos considerables, debían ser retenidos el mayor tiempo posible. Por lo tanto, la duración de la detención era fijada arbitrariamente por la administración en todos los casos, excepto en los de quienes habían sido internados en forma voluntaria por sus parientes. Se sabe de Casas en Brandenburgo donde algunos reclusos con condenas indeterminadas fueron liberados luego de dos semanas, mientras que otros transgresores de menor cuantía fueron retenidos por años[63].

El incremento gradual de la pena de prisión respondió a la necesidad de un tratamiento especial para las mujeres y de diferenciación para las distintas clases sociales. La mayor parte de las mujeres recluidas en los *Hôpitaux généraux*, por ejemplo, eran culpables de delitos castigados con la esclavitud en las galeras, para el caso de transgresores masculinos[64]. La reclusión en un *Hôpital* o en una casa de corrección

[62] WEISSENRIEDER, *op. cit.*, pág. 47. Todavía en 1805, la población de la casa de corrección de Weimar estaba compuesta de la siguiente forma: 37 criminales sentenciados, 9 por conducta amoral, 2 bebedores, 5 dementes y 5 personas en espera de juicio; ver LUCHT, *op. cit.*, pág. 51.

[63] E. SCHMIDT, *Entwicklung*, pág. 18. Lo mismo ocurría en los *Hôpitaux généraux* de Francia, donde el período de detención estaba definido por la ley de modo tal, que otorgaba gran libertad a las autoridades, especialmente con respecto a los vagos; en caso de delito primario, los vagos y mendigos podían ser liberados tan pronto como consiguieran un empleo; un mínimo de 3 meses (pero no un máximo) era concedido a los que incurrían en un segundo delito; ver. F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757, pág. 690.

[64] JOUSSÉ, *op. cit.*, I, pág. 48.

era a menudo utilizada para ahorrar a los miembros de las clases privilegiadas, la humillación de las penas corporales o la esclavitud en las galeras[65]. El hijo de un rico ciudadano de Bremen fue procesado en 1693 por robo a la propiedad y sentenciado a reclusión de por vida en una casa de corrección, a pedido de su padre; poco tiempo después, el 20 de agosto de 1694, fue liberado bajo la condición de marcharse a la India y no regresar[66]. La *poena extraordinaria* que permitía a los jueces incrementar o reducir las penas en forma arbitraria, preparó en todas partes el camino para una ampliación de las penas de encarcelamiento en las casas de corrección[67].

En las decisiones de la Facultad de Derecho de Tübingen y en decretos de Württemberg de los siglos XVII y XVIII, puede verificarse la existencia de un privilegio particularmente interesante: la sustitución regular de las penas capital, corporales y de destierro por trabajos públicos forzados o reclusión en las casas de corrección, en el caso de que los condenados fuesen artesanos. Esta práctica, confirmada por varios decretos ducales, tenía dos fundamentos. En primer lugar, consideraciones de política social, como lo muestra un edicto de 1620; una sentencia deshonorable habría condenado al artesano y a su familia a la ruina, privando al primero del derecho a ejercer su industria. En segundo lugar, estaba la intención de utilizar al servicio del Estado a artesanos adiestrados, como explícitamente lo fundamenta una sentencia a trabajos públicos haciendo referencia a la escasez de fuerza de trabajo[68]. El mismo motivo determinó el remplazo de la pena de destierro por la de reclusión en las casas de corrección. El legislador que destierra a un delincuente no es un buen administrador porque —como se argumentaba—, constituyendo cada individuo un bien precioso, no de-

[65] Acerca de la práctica francesa de enviar a los hombres a un *Hôpital* o a una *Maison de force,* ver *ibid.*, I, 82, donde JOUSSÉ señala los motivos especiales por los que la esclavitud en las galeras podría ser remplazada por esta forma de pena. Ver, también, la correspondencia relacionada con la conmutación de una sentencia de galera para un noble francés, en *Correspondance administrative,* II, pág. 941. Es interesante señalar que el único fundamento para el perdón fue la nobleza de linaje. Acerca de la práctica italiana de ahorrarle a la nobleza la servidumbre en las galeras y las penas corporales, ver P. FARINACIUS, *De poenis temperandis. Praxis et theoria criminalis,* parte III, 2, Frankfurt, 1611, núms. 98, 99 y 102.

[66] El caso está citado en HIPPEL, *Beiträge,* pág. 610, nota.

[67] Ver B. S. CARPZOV, *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium,* Frankfurt y Wittenberg, 1658, *Quaestio,* XXV/1, donde se indica que en esa época todos los juicios eran extraordinarios.

[68] Ver A. HEGLER, *Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultät des 17 und 18 Jahrhunderts,* Friburg, i.B., 1899, pág. 88. El autor alega la escasez de fuerza de trabajo resultante de las contingencias de la guerra, para explicar esta práctica. Ver también GWINNER, *op. cit.*, págs. 265-66.

muestra estar en su sano juicio quien desprecia un tesoro semejante[69]. Además, comenzaba a resultar claro que el destierro constituía la menos efectiva de las medidas para combatir el delito, ya que, en realidad, conducía a un mero cambio en la zona de actividad de los criminales. En resumen, se trataba de una medida no mucho más útil que la expulsión de los extranjeros practicada en nuestros días[70]. Se tendía cada vez más a sustituir inclusive las penas corporales, con el trabajo forzado, manteniendo solo aquellos métodos que "le produjeron al viejo Adán la mayor cantidad de sufrimiento posible sin el menor daño a parte alguna de su cuerpo"[71]. La necesidad de sostener el abastecimiento de fuerza de trabajo para el Estado, se complicaba por el deseo de no sustraerla del campo de actividad de los empresarios privados. De modo que, ocasionalmente, consideraciones de tipo económico llevaron al prevalecimiento de la tendencia opuesta, es decir, a conservar las penas corporales, especialmente en las regiones agrícolas. Las condiciones de los trabajadores del campo eran de por sí tan deplorables, que se argumentaba en estos casos que la pena de prisión no habría constituido un disuasivo eficaz del delito. KNAPP relata que en la Alta Silesia, todavía a fines del siglo XVIII, muchas de las penas infligidas a los trabajadores del campo fracasaban en su intento de reprimir los robos. Cuando sus patronos los amenazaban con enviarlos a trabajos forzados, los campesinos respondían que eran preferibles diez años de trabajos forzados a un año bajo sus actuales condiciones[72]. Los propietarios de tierras llegaron a la conclusión de que se debía encontrar una forma punitiva para los siervos, que no causara perjuicio a los *señores*[73]. Debe subrayarse que esto constituía un caso excepcional debido a la situación sociopolítica de los trabajadores rurales de las zonas del Este, que aumentó temporariamente la importancia de las penas corporales. El incremento de las condenas a las casas de corrección, no respondió

[69] Ver la explicación de la teoría de HOMMEL, en E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft,* III, 1, München y Berlin, 1898, pág. 391.

[70] El destierro ya había sido abolido en Brandenburgo, bajo Federico Guillermo I. Las fechas de los decretos se hallan en N. H. KRIEGSMANN, *Einführung in die Gefängniskunde*, Heidelberg, 1912, pág. 10.

[71] RIEDEL, *op. cit.*, pág. 82.

[72] KNAPP, *Bauernbefreiung*, I, pág. 68.

[73] Ver las observaciones de J. CH. EDLER VON QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts,* 5ª ed., Rostock y Leipzig, 1794, I, pág. 104. Aún en 1861, una comisión oficial húngara (la llamada Conferencia Judexcurial) rechaza la abolición de los azotes por delitos contra las normas de la policía rural, pues la cárcel para estos delitos habría restringido considerablemente la fuerza de trabajo útil; ver P. SZENDE, *Nationales Recht und Klassenrecht,* en *Festschrift für Carl Grünberg*, Leipzig, 1932, págs. 472-73.

a la existencia de leyes generales que establecían tal medida, sino a la práctica judicial y a las prerrogativas soberanas de clemencia[74]. Ello a pesar de que se sostenía comúnmente, aunque en forma equivocada, que el hecho de reducir y atenuar las penas previstas por la ley no habría constituido un disuasivo contra la criminalidad potencial. Todas las leyes evitaban cuidadosamente establecer en forma precisa las características de la pena, a fin de no debilitar su eficacia[75]. Así ocurrió, según palabras de DILTHEY, que un código tan reciente como el *Allgemeine Preussische Landrecht* jugaba al escondite con el pueblo[76].

Pese a todo se logró una cierta uniformidad en la administración del derecho penal, que se tradujo en un aumento de las sentencias a prisión[77]. SCHMIDT describe este proceso como la tendencia opuesta a la crueldad que había caracterizado a la administración penal durante el medioevo. En el siglo XVI existía la tendencia a sancionar a los pequeños trasgresores con las penas normales (inclusive la muerte) previstas para los delitos graves, es decir, que los peces pequeños compartían el destino de los grandes, a causa de las "inclinaciones peligrosas de su mente". Esta situación se invierte cuando la tentativa de sancionar a los vagabundos con métodos más humanos, como el destierro, trabajos forzados y la esclavitud en las galeras, se orienta hacia las prisiones, casas de trabajo y casas de corrección. Los culpables de delitos leves fueron conducidos a esas adecuadas y confortables casas, destinadas a albergar a los peores elementos de la sociedad; a ellos les siguieron gradualmente los culpables de delitos más graves[78]. Los teóricos del siglo XVII favorecieron este desarrollo en consideración al carácter ineficaz de los sistemas punitivos prevalecientes y en atención al funcionamiento exitoso que prometían los nuevos establecimientos. HENELIUS, por ejemplo, abogó por la restricción de la pena de muerte inclusive para los criminales culpables de los delitos más atroces[79]. El buen re-

[74] Es más cierto para Alemania que para Francia, donde hasta 1788 las prerrogativas reales de gracia fueron severamente restringidas por el poder que tenían los tribunales de ejecutar inmediatamente las sentencias.

[75] Nótense las limitaciones con las cuales Cocceji, ministro de Federico II, sostuvo la necesidad de aplicar las nuevas leyes que establecían la abolición de la tortura; ver *Acta Borussica*, VI, 2 (1901), núm. 7.

[76] W. DILTHEY, *Das allgemeine Landrecht, Gesammelte Schriften*, XII, Leipzig y Berlin, 1936, pág. 187; ver también E. SCHMIDT, *Staat und Recht*, pág. 33, nota; WILLENBÜCHER, *op. cit.*, pág. 56. Para Austria, ver. W. E. WAHLBERG, *Gesammelte kleine Bruchstücke über Strafrecht, Strafprozess, Gefängniskunde und Literatur und Dogmengeschichte der Rechtlehre in Österreich*, III, Wien, 1882, 3.

[77] HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, I, pág. 273. Para Inglaterra, ver PHILLIPSON, *op. cit.*, pág. 169.

[78] R. SCHMIDT, *Strafrechtsreform*, pág. 186.

[79] HENELIUS, *op. cit.*, págs. 323-24.

sultado de la casa de corrección de Amsterdam fue ampliamente difundido como un ejemplo concreto de la eficiencia del nuevo sistema y de la ineficacia del antiguo. El principio de HENELIUS "*Mittantur igitur fures ad Sanctum Raspinum, non ad Carnificem*"[80] fue aceptado por todos. La abolición total de la pena capital era por supuesto inconcebible en esa época; sin embargo, el número de las ejecuciones disminuyó considerablemente. En los siglos XVII y XVIII, la mera existencia de ciertas formas punitivas, como la esclavitud en galeras, la deportación y la detención en casas de corrección, limitaron el uso de la pena capital. Como afirma correctamente STEPHEN: "En los días de Coke hubiera sido prácticamente imposible la creación de establecimientos para condenados como los de Dartmoor o Portland, y los gastos de instalación de sistemas de policía o carcelarios adecuados a las necesidades del país habrían sido considerados como excesivamente onerosos, además del hecho de resultar desconocida la técnica de administración de las prisiones. Por lo tanto, a menos que a un criminal se lo colgara, no había otra forma de disponer de él; esta es la razón por la cual muchos criminales fueron ahorcados aun cuando sus delitos no indicaban una gran depravación moral"[81].

De todas las fuerzas responsables del nuevo vigor adoptado por la cárcel como forma punitiva, la más importante fue el beneficio de tipo económico, tanto en el sentido más limitado de hacer productiva la propia institución, como en el más amplio de trasformar la totalidad del sistema penal en una parte del programa mercantilista del Estado[82].

[80] *Ibid.*, pág. 326.

[81] J. F. STEPHEN, *A History of the Criminal Law of England,* London, 1883, II, pág. 92.

[82] Cuando HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* I, pág. 249, habla de un regreso a las instituciones penales del tipo de la primera época de Amsterdam, de los establecimientos alemanes posteriores a la Guerra de los Treinta Años, y se lamenta de que los objetivos reformistas de las casas se hayan quedado en letra muerta, la razón de este punto de vista debe buscarse, probablemente, en la suposición de que la reforma era el eje central de los establecimientos de Amsterdam. La contradicción entre los motivos reformistas y los de lucro parece muy cuestionable. La alta productividad en el trabajo estaba indisolublemente ligada, para los contemporáneos, a un progreso en la conducta. Hemos visto que el objetivo productivo fue considerado con prioridad al problema de reeducar a los individuos; y los dos entraban en conflicto directo, lo cual siempre sucedía cuando la Casa estaba administrada por un concesionario. De ahí que la salud física y moral de los internados sufriera en pos del interés en la productividad. La opinión del criminólogo austriaco WAHLBERG, *op. cit.*, II, pág. 203, parece mucho más equilibrada: "La pena de muerte y las mutilaciones constituyó una solución para la sociedad hasta que la fuerza de las consecuencias terribles de estas obligaron al Estado, aunque sin abandonar sus elementos disuasivos, a pasar de este sistema bárbaro, salvaje e inservible, tan dañino para el país, a un efectivo y útil sistema de prisión y trabajos forzados, a una justicia penal civilizada, a utilizar la fuerza de trabajo de los prisioneros en un sentido útil a la sociedad, a buscar formas punitivas más humanas, a restituirle al delincuente sus derechos y hacer que su existencia fuera económicamente factible".

El escaso interés que tuvo para el Estado la administración de la justicia criminal, se debió fundamentalmente al hecho de que no se esperaba ningún beneficio del sistema penal intentándose tratar a los detenidos en la forma más económica posible. Se consideraba que el Estado no debía realizar ninguna erogación importante a excepción de los salarios, los que frecuentemente, como en Francia, se descontaban de los intereses sobre el precio de la compra del puesto de trabajo. El presupuesto del *Parlement* de París bajo el reinado de Enrique III, por ejemplo, ascendía a la suma de 100.000 *livres,* mientras que los pagos (según una ordenanza de marzo de 1498) que cubrían gastos generales, como trasporte, mantenimiento de los prisioneros y sueldos de numerosos funcionarios de rango inferior, arribaban a un total de 1.000 *livres*[83]. La evolución de esa "empresa" judicial no rentable en un sistema parcialmente autosuficiente desde el punto de vista financiero, y parte exitosa de la industria de la nación desde el punto de vista de la política mercantilista, preparó el camino para la introducción de la cárcel como forma punitiva normal. Resulta muy significante que las cárceles, utilizadas en un principio para la detención de prisioneros en espera de juicio y por lo tanto no susceptibles de explotación comercial, permanecieran en pésimas condiciones hasta bien entrado el siglo XIX

La ideología que acompaña el desarrollo de este nuevo sistema punitivo no encontró mucho apoyo en las teorías penales de los siglos XVII y XVIII. Aunque es cierto que la idea de reeducación, junto con los efectos disuasivos y las ventajas materiales, es subrayada como justificación plausible de los nuevos métodos, estos no fueron en realidad jamás puestos en práctica por las autoridades de esa época[84]. El padre benedictino MABILLON fue el primero en llamar la atención sobre muchos de los problemas teóricos relacionados con la cárcel, en su ensayo *Réflexions sur les prisons des ordres religieux* publicado en forma póstuma en 1724[85]. No es precisamente una coincidencia que un miembro

[83] Estos datos los suministra L. BOUCHARD, *Système financier de l'ancienne monarchie,* Paris, 1891, págs. 287-89.

[84] S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens,* ed. por H. Berbeyrac, II, Amsterdam, 1706, libro VIII, cap. III, por ejemplo, insiste en la idea de que la pena debe tener una utilidad general y en la necesidad de que sea tanto apropiada como disuasiva. En el trabajo de PUFENDORF se nota la carencia de una discusión coherente de los métodos punitivos, así como en GROTIUS, a quien el primero sigue estrechamente con respecto a este punto.

[85] *Ouvrages posthumes de D. Jean Mabillon et de Thierri Ruinard, Bénédictines de la congrégation de St. Maur,* ed. por D. Vincent Thuillier, Paris, 1724, II, 321-35, *Réflexions sur les prisons des ordres religieux.* Ver Th. SELLIN, *Dom. Jean Mabillon-a Prison Reformer of the Seventeenth Century,* en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology,* XVII (1926-27), págs. 581-602.

eminente de la Iglesia Católica haya sido el primero en encarar de manera sistemática el problema del propósito y carácter de la institución carcelaria, ya que la Iglesia se había enfrentado a esta situación desde hacía mucho tiempo. La Iglesia, que disponía de jurisdicción penal sobre los clérigos pero que no podía permitirse condenarlos a muerte, debió apelar a las prácticas de detención y a las penas corporales. Además, como simultáneamente con la tonsura eran concebidos los *privilegium fori* (fueros privilegiados), un gran número ingresó en las órdenes menores de la Iglesia con la única intención de aprovecharse de los *privilegium*, lo cual intensificó el problema de la criminalidad entre los clérigos. En suma, la Iglesia debió afrontar desde una temprana época problemas que ocuparon a las autoridades temporales mucho más tarde.

La reclusión en los monasterios no tuvo éxito, en parte porque los clérigos podían escapar demasiado fácilmente, y en parte porque muchos monasterios se rehusaban a aceptar prisioneros. Fue así como el Papa Alejandro III se vio obligado a insertar la cláusula *si fieri potest* en su ordenanza que obligaba a recluir en un monasterio a los clérigos que habían participado en el asesinato de Thomas Becket; y como Bonifacio VIII permitió el encarcelamiento temporario o de por vida de los clérigos, en establecimientos especiales[86]. La reclusión perpetua estaba limitada a los casos en que las autoridades temporales hubieran aplicado la sentencia de muerte. Frecuentemente este tipo de detención significaba también la muerte, porque existía la posibilidad de que al condenado se le negara la alimentación[87]. Con el objeto de agravar los sufrimientos que implicaban las sentencias a prisión, las penas fueron incrementadas de varios modos. El confinamiento solitario era frecuente ya que suponía que colaboraba con el propósito básico de la pena: la reforma del prisionero. El problema material de la explotación de la fuerza de trabajo poseía importancia; MABILLON, por ejemplo, insiste en la necesidad del trabajo de los detenidos, pero solo a causa del valor moral del trabajo[88]. La tarea de la Iglesia frente a estos problemas, residía en encontrar un término medio entre la consideración desinteresada del bienestar espiritual de los delincuentes y los requerimientos de disciplina en el interior de la propia institución.

[86] F. KOBER, *Die Gefängnishaft gegen Kleriker und Mönche*, en *Theologische Quartalsschrift*, LIX, 1877, pág. 554; ver también la interesante observación de GOEBEL, *op. cit.*, pág. 225, nota, acerca de las redenciones monetarias en las prácticas eclesiásticas.

[87] La misma identificación entre la pena de prisión perpetua y la muerte, se presenta en PETTY, *op. cit.*, I, pág. 68.

[88] MABILLON, *op. cit.*, pág. 330.

Las ideas de MABILLON anticiparon de manera sorprendente las discusiones modernas en torno al problema carcelario. Partiendo de la comparación entre la severidad de la justicia secular con la caridad —que debía tener un papel decisivo en la justicia eclesiástica—, concluye que la pena debía ser proporcional a la gravedad del delito y a la naturaleza física y espiritual del delincuente[89]. La duración de la condena debía determinarse con relación a las características individuales del criminal. El sistema de recompensas estaba estrechamente vinculado a la penitencia, por ejemplo, con la ubicación en los servicios religiosos según el grado de regeneración alcanzado por el prisionero[90]. Los refinados conceptos disciplinarios de una comunidad cerrada demandaban un tipo de rehabilitación que no significaba solamente conformidad externa con las reglas de la sociedad, sino además la conversión espiritual. Una vez que esta dificultad, inherente al carácter peculiar de la Iglesia, fue superada, MABILLON pudo resolver fácilmente su problema. La penitencia y el perdón representaban la readmisión en la comunidad, que constituía al mismo tiempo hogar espiritual y puesto de trabajo. La cuestión encontró así su solución, exactamente en el punto donde, fuera de la iglesia, comenzaba el grave problema de la reinserción social.

[89] *Ibid.*, pág. 326.

[90] *Ibid.*, págs. 333-35.

V

LA ÉPOCA DEL ILUMINISMO: DESARROLLO DE LA TEORÍA Y EL DERECHO PENAL

Las raíces del sistema carcelario se encuentran en el mercantilismo, su promoción y elaboración teórica fueron tarea del Iluminismo. Ya hemos visto que, muy entrado el siglo XVIII, las casas de corrección aceptaban convictos, vagabundos, huérfanos, ancianos y dementes, sin realizar ningún tipo de diferenciación. Muy poca discriminación se hizo al recluir a la gente, y dondequiera que el sistema carcelario fue introducido, los detentadores del poder lo utilizaron como un medio para la eliminación de los "indeseables". A menudo, no existían procedimientos definidos y las prisiones y galeras estaban repletas de infortunados que, solo después del encarcelamiento, descubrían de qué crímenes se los acusaba, y a veces solo después de conocer el tipo de pena que se les había aplicado[1]. KROHNE tiene razón, por consiguiente, al afirmar que la confusión acerca de los propósitos y naturaleza de la cárcel, hacía posible el envío a ella de todos los que eran considerados como indeseables por sus vecinos o superiores. Resultaba difícil distinguir entre justicia y capricho individual, continúa KROHNE, lo cual llevó a que la administración penal perdiera prestigio frente a los ojos del pueblo[2]. Se carecía de criterios definidos para fijar la duración de la pena, porque faltaba una concepción adecuada de la relación necesaria entre delito y pena. Algunas veces, las sentencias eran absurdamente breves, aunque, más a menudo, absurdamente prolongadas, y esto en el caso de que la duración fuese indicada de alguna manera.

De modo paralelo a la agitación contra la ineficacia y crueldad de las penas que condujo a la adopción de la cárcel como la forma punitiva normal para toda clase de delitos, surgió otro movimiento directamente dirigido contra la indeterminación de las penas y la ar-

[1] PHILLIPSON, *op. cit.*, pág. 31, citando a NECKER.

[2] K. KROHNE, *Lehrbuch der Gefängniskunde unter Berücksichtigung der Kriminalstatistik und Kriminalpolitik*, Stuttgart, 1889, pág. 20.

bitrariedad de las cortes penales. Ya desde las *Cartas persas* de MONTESQUIEU, los reformadores demandaron la abolición de esas condiciones anticuadas, y la formulación de dichas concepciones encontró su más clásica expresión en la obra de BECCARIA *De los delitos y de las penas*[3]. De esta manera, la prosecución fragmentaria de la reforma del sistema punitivo adquirió repentinamente el rango de tema fundamental entre los problemas políticos. Mientras que la cuestión de la naturaleza de la pena concernía primordialmente a las clases inferiores, el problema de una definición más precisa del derecho material y del perfeccionamiento de los métodos del procedimiento penal fueron puestos en el centro del debate por la burguesía, la cual no había triunfado aún en la lucha por el poder político y buscaba garantías legales para su propia seguridad. Se trata de dos cuestiones completamente distintas e independientes, unidas en los escritos de los reformadores contemporáneos por una circunstancia histórica: el sistema productivo durante el período de surgimiento de la burguesía como clase, que debió hacer frente a una escasez de fuerza de trabajo. Hasta comienzos del siglo XX, el vínculo entre las bases materiales de la sociedad burguesa y la igualdad y humanidad aparentes en la administración de justicia criminal para todas las clases de sociedad, nunca fue abiertamente encarado. Aunque en todas partes la oposición política al absolutismo censuró a la justicia penal por su carencia de normas determinadas, ninguna objeción surgió contra sus contenidos, tales como el uso de la pena de prisión. Solo se atacaba el hecho de que muchas penas eran aplicadas según leyes que daban al juez un poder discrecional de decisión y también a las propias formulaciones del derecho, extremadamente vagas. Este tipo de administración de justicia significaba frecuentemente ventajas materiales para las clases más pobres, como en el caso de la *Star Chamber**, que con el nuevo curso de los acontecimientos fue agriamente criticado. Los pioneros de la reforma penal estaban, en consecuencia, fundamentalmente preocupados por limitar el poder sancionador del Estado (tanto en los medios empleados como en la extensión de su uso) creando normas determinadas e imponiendo un rígido control sobre las autoridades.

La separación entre derecho y ética, y la estricta formulación legal del concepto de culpabilidad penal por medio de la conexión rigurosa con un hecho jurídicamente definido, había sido ya elaborada por HOBBES: "*Un crimen* es un pecado consistente en la comisión (por acto o palabra) de aquello prohibido por la ley, o la omisión de lo mandado por ella. Con lo cual todo crimen es un pecado, pero no todo pecado

[3] Todas las referencias son de C. B. BECCARIA, *An Essay on Crimes and Punishments with a Commentary by M. de Voltaire,* trad. del francés, nueva ed., Edimburgh, 1788; trad. cast. cit., *Tratado de los delitos y de las penas,* Buenos Aires, Heliasta, 1978.

* La Star Chamber era (en Inglaterra) un caso especial de poder judicial ejercido por el consejo del rey. (N. del T.).

es un crimen"[4]. Del pasaje anterior puede observarse que HOBBES, aun admitiendo el juicio moral sobre las acciones humanas, diferenciaba claramente su esfera de aplicación frente a los hechos punibles por la ley. Esta separación era facilitada por el principio que afirmaba: "Ninguna ley hecha después de realizarse una acción puede hacer de esta un crimen. Porque si la acción era contraria a la ley natural, la ley era anterior al hecho, y una ley positiva no puede ser conocida antes de haberse creado y, por lo tanto, no puede ser obligatoria"[5]. Aquí aplicaba HOBBES el principio de no retroactividad del derecho penal, principio fuertemente sostenido por BECCARIA[6], e incorporado en el art. XIV de la Constitución del año III y en el *Preussische Allgemeines Landrecht*[7].

La formalización tanto del derecho procesal como del derecho material, constituyó una de las preocupaciones centrales de MONTESQUIEU y de BECCARIA. Los contemporáneos de MONTESQUIEU utilizaron los argumentos del libro XI, capítulo VI, de su *Esprit des lois, De la constituion de l'Angleterre,* y el libro VI, capítulo V, *Dans quel gouvernement le souverain peut être juge,* contra la *Kabinettjustiz* y contra toda otra forma de arbitrariedad en la administración de la justicia penal[8]. BECCARIA atacó vigorosamente toda decisión judicial que estuviera basada en "el espíritu de la ley"[9]. La pasión de la época por las matemáticas combinada con el deseo burgués de seguridad, condujo a la identificación de la justicia con la calculabilidad. "Si los cálculos matemáticos pudieran ser aplicados a las oscuras e infinitas combinaciones de la acción humana —escribió BECCARIA—, debería existir una escala correspondiente de penas"[10]. Finalmente, la deman-

[4] HOBBES, *Leviathan,* reimpresión de la edición de 1651, Oxford, 1909, pág. 224; trad. cast. cit., *Leviatán,* Madrid, Edit. Nacional, 1979, págs. 369-370.

[5] *Ibid.,* pág. 226; trad. cast. cit., pág. 372.

[6] BECCARIA, *op. cit.,* pág. 212; trad. cast. cit., pág. 62.

[7] Ver la sección 8 de la orden de promulgación del 5 de febrero de 1794 y la sección 14 de la Introducción del *Allgemeines Landrecht.*

[8] Ver el valioso estudio de E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la constitution francaise au XVIIIe siècle,* Paris, 1927, que analiza las diferentes influencias que encuentran cabida en este trabajo, así como las frecuentemente contradictorias interpretaciones de los escritores y políticos de finales del siglo XVIII. CARCASSONNE pone de relieve, correctamente, los elementos más conservadores en la conformación de la obra de MONTESQUIEU. Hoy día, varios estudiosos sostienen acertadamente que la doctrina de la separación de poderes de MONTESQUIEU constituía, en sus implicaciones políticas, una defensa del anacrónico poder de los parlamentos en la sociedad francesa del siglo XVIII.

[9] BECCARIA, *op. cit.,* pág. 25; trad. cast. cit., pág. 63.

[10] *Ibid.,* pág. 33.

da por una correlación estricta entre delito y pena fue satisfecha, y hasta en sus más mínimos detalles, por la obra de BENTHAM[11].

El grito triunfante de MONTESQUIEU, que proclamaba el cese de todos los procedimientos arbitrarios, una vez que la pena fuera determinada por la naturaleza particular del delito[12], fue adoptado por todos los criminólogos de la época. Sin embargo, esto se trasformó en una falacia parcial, por el hecho de que la retribución del delito debía ser acogida entre una multitud de alternativas posibles y más aún por el carácter no mecánico de la pena, que era graduada en relación con la condición social del imputado. BECCARIA, más cauto que la mayoría de sus contemporáneos, admitió este razonamiento pero continuó insistiendo en que la pena constituye la consecuencia automática del delito. Se encontró de este modo sosteniendo el dogma liberal de la naturaleza puramente formal de la igualdad, a pesar de reconocer que la igualdad de la pena podía ser solamente externa. Este reconocimiento del carácter externo de la igualdad lo llevó a enfrentarse con los privilegios legales de clase en el derecho penal[13]. Esto no impidió, sin embargo, a la legislación y a la práctica penal de fines del siglo XVIII y comienzos del XIX, hacer caso omiso de las tesis de BECCARIA, su autoridad más venerada en la materia; pretendiendo justificar los privilegios otorgados, como producto de una concesión, no a la aristocracia de la riqueza sino a la de la cultura. El art. 11 del *Strafgesetzbuch* (código penal) de Hessen de 1841 establece, por ejemplo: "Sobre la base de una cuidadosa investigación de las condiciones sociales y el nivel cultural (*Bildungsstufe*) del culpable, se permite a la corte la aplicación de la *Correktionshausstrafe* en una fortaleza o lugar similar"[14].

La idea de proporcionalidad se concretó en el reconocimiento legal de la graduación de la pena según la gravedad del delito, lo cual se convirtió en el más poderoso de los argumentos en la lucha contra el uso demasiado frecuente de la pena de muerte. Tanto BECCARIA como VOLTAIRE se hicieron eco de la distinción popular entre hurto y hurto con violencia, como prueba de la necesidad de establecer variaciones en la pena, conforme a las circunstancias de cada caso particular[15];

[11] BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation,* Oxford, 1907, pág. 70.

[12] MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois,* especialmente el libro XII, cap. IV.

[13] BECCARIA, *op. cit.*, pág. 86; trad. cast. cit., pág. 104.

[14] Citado en GWINNER, *op. cit.*, pág. 216. Una norma similar puede encontrarse, muy posteriormente, en los reglamentos de las cárceles prusianas del 21 de diciembre de 1898, art. 18; ver *Vorschriften über den Strafvollzug in den preussischen Justizgefängnissen,* ed. por A. Klein, Berlin, 1910, pág. 40.

[15] *Ibid.*, pág. 87. VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité, Oeuvres,* Paris, 1834, págs. 259-60.

lo cual se trasformó en la *raison d'être* de las definiciones formales, profusas en la doctrina continental. Partiendo de las rudimentarias definiciones ya existentes, la mayor parte del esfuerzo se concentró ahora en desarrollar un elaborado sistema legal que estuviera en capacidad de reconocer las sutiles distinciones entre los múltiples motivos y modalidades con que se puede cometer un mismo delito. En concordancia, se debieron repensar profundamente los métodos punitivos en vista de la severidad general de las penas, y muy en particular, del uso indiscriminado de la pena de muerte. El pasaje en el cual BECCARIA subraya la distinción entre hurto y hurto con violencia, establece lo siguiente: "Los hurtos que no tienen unida violencia, deberían ser castigados con pena pecuniaria. Quien procura enriquecerse de lo ajeno debiera ser empobrecido de lo propio. Pero como ordinariamente este delito proviene de la miseria y desesperación, cometido por aquella parte infeliz de hombres a quien el derecho de propiedad (terrible y acaso no necesario) ha dejado solo la desnuda existencia, y tal vez las penas pecuniarias aumentarían el número de los ricos conforme creciese el de los necesitados, quitando el pan a una familia inocente para darlo a una malvada, la pena más oportuna será aquella única suerte de esclavitud que se puede llamar justa, esto es, la esclavitud por cierto tiempo, que hace a la sociedad señora absoluta de la persona y trabajo del reo para resarcirla con la propia y perfecta dependencia del injusto despotismo usurpado contra el pacto social"[16].

La importancia de este pasaje radica, en primer término, en que aboga por la instauración de penas pecuniarias en interés de la propiedad; pero puesto que el pago de una pena pecuniaria no resulta posible para las clases bajas, se recomienda la detención como medida sustitutiva. La privación de la libertad es considerada como una consecuencia natural de la violación del derecho de propiedad, es decir, que a la propiedad y a la libertad personal se les asigna exactamente el mismo valor.

BECCARIA y VOLTAIRE eran también conscientes de la existencia de razones más prácticas para el uso de la pena de prisión. Ambos conocían los efectos de las ejecuciones públicas, especialmente en Francia, donde las frecuentes e injustas ejecuciones de siervos domésticos a causa de los más pequeños hurtos, provocaban peligrosos disturbios[17]. Las conclusiones de BECCARIA al respecto están resumidas en una conversación imaginaria: "¿Cuáles son estas leyes que debo respetar, que significan una gran distancia entre mi persona y el rico? ...¿Quién ha hecho estas leyes? Hombres ricos y poderosos que no se han dignado

[16] BECCARIA, *op. cit.*, pág. 87; trad. cast. cit., pág. 104.

[17] Ver la descripción dada por VOLTAIRE, *op. cit.*, pág. 257; cfr. las anotaciones de ANCHEL, *op. cit.*, pág. 230.

jamás visitar la miserable choza del pobre... Rompamos estos vínculos fatales para la mayoría y útiles a algunos pocos e indolentes tiranos"[18].

Se trata de un argumento en contra del uso tradicional de la pena de muerte basada en el temor, que sostiene que ella no sirve a los propósitos de defender las relaciones de propiedad existentes, sino que, por el contrario, incita a atacar a las clases propietarias. Por ello, la disminución de severidad de las penas se convierte en una medida práctica de defensa, en contra tanto de la revolución social como de actos individuales[19].

No todos los autores eran tan sinceros como BECCARIA en admitir el vínculo inmutable entre el hurto y el orden social prevaleciente basado en la propiedad privada. De los muchos autores contemporáneos que escribieron sobre el tema, mencionaremos aquí dos cuyas ideas no dejaron de ejercer influencia práctica. En una carta de Federico II de Prusia a D'ÁLEMBERT, aparece la responsabilidad de la sociedad como justificación teórica del hurto en determinadas circunstancias: "El bien social se basa sobre las obligaciones recíprocas, pero si una sociedad está compuesta de personas sin compasión, todos los compromisos serán rotos y habrá una vuelta al estado de naturaleza, donde el poder del más fuerte lo decide todo"[20]. Federico, que sin duda juzgaba a la miseria como consecuencia de la falta de compasión individual, no lograba, sin embargo, comprender las implicaciones sociales más profundas de la misma. Por ello se permite agregar que siempre habrá gente que se ocupe del cuidado de los pobres, y sigue en la línea de BECCARIA también al dictar un decreto que establece que los actos cometidos en forma no intencional o como producto de la pobreza, no deberían ser penados con la máxima severidad[21]. La misma concepción se en-

[18] BECCARIA, *op. cit.*, pág. 110; cfr. VOLTAIRE, *op. cit.*, pág. 258.

[19] Sobre la evidente posición de clase de BECCARIA, ver también RADBRUCH, *Stand und Strafrecht*, pág. 30. En el artículo de BOUCHER D'ARGIS sobre el hurto, en la *Enciclopedia* de DIDEROT (cit. XVIII, 450), la posibilidad de una utilización provechosa de la fuerza de trabajo de los prisioneros prevalece entre los argumentos contrarios a la vigencia de la pena de muerte por el delito de hurto. "Los ladrones que no matan no merecen la muerte, pues no hay una relación equiparable entre los objetos robados —quizás de muy pequeño valor— y la vida que se propone destruir. Utilizar a los convictos en un trabajo útil; privarlos de su libertad ya será una pena suficiente para su delito, una aceptable garantía para el orden público, y beneficiará al Estado. Se evitará de esta manera el reproche de injusticia e inhumanidad". Pero, prosigue el autor en una vena melancólica, "la humanidad está acostumbrada a mirar a los ladrones situándose más allá del perdón, sin duda por la simple razón de que el dinero es el dios de este mundo y que después de la vida misma, nada es más apreciado que el interés".

[20] La carta está citada en WILLENBÜCHER, *op. cit.*, pág. 39.

[21] *Loc. cit.*

cuentra en el *Plan de législation criminelle* elaborado por MARAT, que fue en algunos aspectos el modelo para la legislación penal de la Revolución Francesa. En esta última concepción, sin embargo, MARAT remplaza la idea de los benefactores privados de Federico, quienes tenían la tarea de restablecer la armonía social, con la introducción de talleres públicos para proveer a los vagabundos y mendigos de trabajo y educación. Estos talleres deberían, teóricamente, terminar con el desempleo y, por lo tanto, destruir las justificaciones morales de los hurtos, liberando en parte al legislador de la tarea de prever penas distintas para pobres y ricos, diferenciación que hubiera podido violar el apreciado principio de la proporcionalidad. Como dice MARAT, las sombras de diferencia que la fortuna introduce entre los hombres, son demasiado difíciles de determinar y demasiado tenues como para recibir tratamiento legislativo[22]. La Revolución Francesa —como la Reforma— comenzó por suprimir las organizaciones asistenciales existentes arrojándolas al caos financiero, lo que no impidió a los legisladores revolucionarios desarrollar un derecho penal sobre la base de la igualdad ficticia entre ricos y pobres.

Para comprender el entusiasmo de las clases altas por la reforma penal, es significativo observar que tanto BECCARIA como VOLTAIRE dedicaron un brevísimo tratamiento al hurto, para dirigirse luego con más intensidad al tema de la atenuación y eliminación de la pena en el caso de los delitos vinculados con la religión y la moral; tema en el cual, de todos modos, la burguesía francesa emancipada recibe el apoyo de la *noblesse de robe*. Otras demandas, como la supresión de la confiscación de propiedades y restricción de las leyes existentes sobre injuria o difamación, surgían a partir de la misma concepción general. La burguesía solo favorecía la severidad de las acciones punitivas por medio de la ley, cuando el propio orden social se encontraba amenazado. Pero donde esta amenaza no era percibida, la libertad, esencialmente la libertad de movimiento para las clases superiores, que representaba solo una ventaja indirecta para las clases inferiores, no debía ser restringida. Es la certeza de la pena antes que su severidad lo que se enfatiza una vez más en las conclusiones de BECCARIA[23]. La ascendente sociedad burguesa estaba más interesada en la plenitud, celeridad y seguridad de la justicia penal, que en su severidad. Estas cualidades podían ser obtenidas solamente por medio de un funcionamiento racional de la administración. Este último objetivo relegaba a un segundo plano el problema de la severidad en la administración de justicia, administra-

[22] J. P. MARAT, *Plan de législation criminelle*, Paris, 1790, págs. 24 y 35.

[23] BECCARIA, *op. cit.*, págs. 167-69; trad. cast. cit., pág. 165.

ción que hasta entonces había sido lenta y desvirtuada a causa de la incompetencia y la corrupción[24].

Las demandas por cambios en el derecho material fueron siempre acompañadas de quejas en contra de los procedimientos legales, un problema de primer orden, como lo muestran los *Cahiers des États généraux* de 1789[25]. Los procesos públicos, la libre elección del defensor, el juicio por jurados, la supresión de la tortura, normas definidas sobre la prueba, la protección contra las detenciones ilegales; todas demandas en nombre de la humanidad y el progreso que debían beneficiar al conjunto de las clases por igual. Sin embargo, la experiencia demostró que los efectos de los nuevos procedimientos diferían ampliamente entre las distintas clases sociales. A pesar de una cierta tendencia al incremento de las garantías generales, estas sirvieron para proteger, entre otros, a los miembros de la burguesía y la aristocracia que menos derecho tenían a una protección de este tipo, amparándolos de cualquier intromisión en su libertad de movimiento y facilitando así sus actividades poco respetables. De otra parte, las clases inferiores raramente podían utilizar la compleja maquinaria judicial creada por la ley, por falta tanto de los conocimientos necesarios como de los medios económicos.

La independencia del poder judicial ha asumido generalmente dos funciones: la positiva, de garantizar la libertad y la igualdad ante el derecho, y la negativa, de ocultar el poder de creación de la ley por parte de los jueces. Este problema tomó formas diversas, según que se tratara de la consolidación de un nuevo poder o de un poder ya establecido en busca de la conservación o extensión de su influencia. En la Inglaterra del siglo XVIII, por ejemplo, la cuestión del control de la administración de justicia había sido ya solucionada. La primera de las revoluciones europeas modernas, la *Great Rebellion* en Inglaterra, asistió a la victoria de la burguesía y puso en sus manos el código penal bajo el que habían padecido. De este modo los jueces adquieren inmovilidad, es decir, la permanencia en el cargo mientras dure su buen comportamiento, lo cual significaba liberarse de la influencia de

[24] El soborno de los jueces fue común en el siglo XVIII, a pesar de la total integridad de algunos. Podemos estar casi seguros de que, en general, todo tipo imaginable de componenda era posible, incluyendo acuerdos entre jueces y ladrones, dice ANCHEL, *op. cit.*, pág. 10, en su evaluación de la magistratura francesa del siglo XVIII. LUCHT, *op. cit.*, pág. 63, señala una situación similar en Alemania hablando de la ausencia del sentido de la obligación entre los funcionarios. El caso está expuesto más claramente por VON BAR, *op. cit.*, págs. 232-33.

[25] A. DESJARDINS, *Les Cahiers des États généraux en 1789 et la législation criminelle*, Paris, 1883, demuestra claramente que el mayor interés reside en las cuestiones de procedimiento.

la Corona. Esta innovación, sin embargo, tuvo muy poco que ver con una separación formal de los poderes, en vista de la completa corrupción de los jueces, que podían ser sobornados tanto por el rey como por las partes en litigio.

El sistema formal y racional que se estaba desarrollando para la regulación de las disputas en el interior de la burguesía, tenía muy poco en común con la verdadera administración de la justicia penal[26]. Esta última se hallaba aún dominada por una legislación *ad hoc*, repleta de lagunas y marañas en el derecho material y procesal[27]. Al mismo tiempo existía muy poca flexibilidad en la elección de las penas; la muerte o la deportación constituían la regla para la mayoría de los delitos. Esta severidad y crueldad extremas aumentaban la inseguridad general de la justicia penal, a causa de la frecuencia con que las cortes frente a la gravedad de las penas ordenadas por la ley se negaban a imponerlas.

Las cortes locales inglesas presididas por jueces de paz, fallaban respecto a los pequeños delitos del pueblo, con una ausencia de formalismo desconocida en el continente. Por otra parte, los costos de los procedimientos legales hacían extremadamente difícil apelar las decisiones de los jueces de paz, lo cual permite afirmar a MAX WEBER que existía una denegación de justicia para las clases inferiores[28]. BLACKSTONE consideraba que los jueces de paz, representantes de la baja nobleza terrateniente, "han tomado a su cargo una variedad tan amplia de tareas ...que el país está infinitamente agradecido a aquellos meritorios magistrados que sin ninguna intención deshonesta se hacen cargo de tan problemático servicio"[29]. Pero la evaluación del comportamiento de los jueces de paz no es un problema de integridad personal sino de los intereses de clase de los propietarios rurales, de los cuales los jueces constituían un instrumento. Los HAMMOND han mostrado cómo los magistrados rurales se convirtieron en el órgano más efectivo de un sistema represivo en contra del cual los proletarios eran demasiado débiles para defenderse. En la práctica judicial de la época, los derechos fundamentales de que cada ciudadano inglés era titular, eran negados a los pobres, principalmente por medio del uso arbitrario de las leyes contra la vagancia[30].

[26] WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, I, pág. 471.

[27] STEPHEN, *op. cit.*, I, págs. 286-92.

[28] WEBER, *loc. cit.*

[29] BLACKSTONE, *Commentaires on the Law of England*, 2ª ed., Oxford, 1766, I, pág. 354.

[30] J. L. y BARBARA HAMMOND, *The Town Labourer*, 1760-1832, London, 1917, págs. 60-63; cfr. O'BRIEN, *op. cit.*, págs. 79-82.

La situación política había colocado la administración de justicia en manos de las clases propietarias, y a pesar de que el poder de los poseedores de tierras era desproporcionadamente grande, estos vieron en la administración de justicia penal el interés común de todas las categorías superiores: la conservación de la propiedad como objetivo social de primer orden. Puesto que la libertad personal de las clases superiores era plenamente reconocida por las leyes existentes, cualquier tipo de reforma podía beneficiar solamente al pueblo, por lo que el movimiento por una mayor lenidad de la justicia encontró fuerte resistencia. La Cámara de los Lores rechazó tan tarde como en 1770, por considerarlo inmoral y subversivo, la abolición de la pena de muerte para gitanos y desertores del ejército[31]. Mucho tiempo debió trascurrir todavía, antes que los ataques de PALEY, ROMILLY y BENTHAM contra la ineficacia del sistema prevaleciente pudieran producir cambios y antes que pudieran ser comprobadas las ventajas económicas de las propuestas de BENTHAM.

En Francia, como en todas partes en el continente, la situación de clases era extremadamente complicada; el propio *Esprit des lois* de MONTESQUIEU que se había convertido en el programa del conjunto de la burguesía liberal, era el resultado de una situación ambigua. La monarquía francesa, que estaba perdiendo posiciones, intentaba encontrar un camino entre la aristocracia terrateniente y la burguesía. Su debilidad se hace evidente cuando se muestra incapaz de llevar adelante la reforma judicial de Maupeou, en contra de la alianza coyuntural entre la *noblesse de robe*, que defendía sus intereses, y la burguesía, que se preparaba para la toma del poder. Bajo esas condiciones, el poder judicial podía presentarse como el protector de la libertad en contra de la tiranía y la fuerza bruta, y la *noblesse de robe* pudo mantener por algunos años más su poder político, simulando al mismo tiempo ser abanderada del principio de soberanía y protectora de las libertades civiles. Además, el gobierno no hubiera podido permitirse la renuncia en bloque de todos los miembros del *Parlament*, porque el tesoro real no disponía de fondos para reintegrar a los magistrados el precio pagado por su cargo[32].

Enfrentadas con la soberanía popular, estas instituciones anticuadas murieron calladamente al irrumpir la revolución. Luego de las vicisitudes del período revolucionario, las cortes se trasformaron en lo que son hoy día, una rama relativamente independiente de la administración que ha representado a menudo los intereses permanentes del orden

[31] O'BRIEN, *op. cit.*, págs. 99-100.

[32] E. HOLTZMANN, *Französische Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1910, pág. 344.

social burgués más conscientemente que el poder ejecutivo, e inclusive algunas veces, en oposición a este. El *Code pénal* del 25 de septiembre de 1791 significó en la teoría, la realización completa del programa desarrollado por MARAT en 1778: "En la aplicación de las penas se debe tender tanto a la reparación de la ofensa como a la expiación. Aquí radica el triunfo de la justicia y de la libertad, porque de este modo la pena no surge de la voluntad del legislador, sino de la naturaleza del delito. El hombre no ejercerá más violencia en contra del hombre"[33].

LEPELETIER ST. FARGEAU, quien presentó este proyecto de ley en nombre de la comisión de la legislación constitucional y penal y posteriormente mártir oficial del republicanismo francés al ser asesinado por los realistas, era un entusiasta seguidor de BECCARIA[34]. La idea de prever una pena predeterminada para cada delito es llevada adelante hasta su más lógica consecuencia; este principio, comprensible como objetivo político, se encontró, sin embargo, en la práctica con graves dificultades. De entre la variedad de los métodos punitivos, la deportación fue aceptada teóricamente, pero las galeras y los *bagnos* fueron rechazados en razón del peligro de su aplicación arbitraria y a causa de su carácter no disuasivo. Los azotes y las marcas con hierrro candente fueron también rechazados por su incompatibilidad con la naturaleza necesariamente temporaria de la pena; la detención en un *Hôpital* o en una prisión fue mantenida. El fuerte deseo de una cuidadosa delimitación entre los actos punibles por la ley y los moralmente reprobables pero no punibles, puede observarse claramente en el hecho de que la prostitución no fue considerada como delito. El único debate importante se desarrolla en torno a la cuestión de la pena capital, pero los argumentos para su abolición, en particular aquellos sostenidos por la firme actitud de ROBESPIERRE, permanecieron desprovistos de toda influencia efectiva en la aplicación posterior de dicha pena. La concepción romántica del honor, fuertemente enfatizada en los debates públicos de ese período y parte integrante de la moda de imitar a la antigüedad clásica, condujo a la reintroducción de la exposición pública de las penas. Esta tendencia que no dejó huella profunda en las prácticas penales, es, sin embargo, significativa porque refleja una ruptura con la concepción mercantilista del trabajo en prisión. Este último comienza ahora a ser considerado como un favor otorgado al prisionero con el fin de mejorar sus condiciones de vida, las cuales eran deliberadamente mantenidas por debajo del nivel mínimo. Dicha tendencia ha perma-

[33] MARAT, *op. cit.*, pág. 33.

[34] El informe de LEPELETIER ST. FARGEAU se encuentra en el *Moniteur universel*, 1791, I, págs. 622-23.

necido como uno de los principios rectores de la práctica penal francesa hasta nuestros días[35].

En los territorios alemanes, el firme control ejercido por los príncipes sobre la administración de justicia, junto con la práctica judicial en manos de las Facultades de Derecho, permitió un desarrollo más uniforme, aunque más lento, del derecho penal. Hacia finales del Sacro Imperio Romano, encontramos dos grandes codificaciones territoriales, el *Codex Juris Bavarici* de 1751 y la *Constitutio Criminalis Theresiana* austríaca de 1768, las que, como afirma KÖSTLIN, trataban de combinar, aunque en forma rudimentaria, diferentes legislaciones territoriales[36]. El comentario oficial del Código Penal Bávaro de 1814, que difícilmente puede ser considerado como progresista, contiene las siguientes observaciones respecto a las codificaciones precedentes: "Ninguna investigación científica ha arrojado hasta ahora su benévola luz sobre la ley penal; se creía, habitualmente, que la severidad constituía el mejor medio para llevar a cabo una buena legislación penal. La larga y desastrosa guerra, recientemente finalizada, incrementó el número de delitos alentando de este modo la idea de que la corrupción general puede ser afrontada solo por medio de leyes penales rigurosas"[37].

Las necesidades de la época no fueron tomadas en cuenta, ni desde el punto de vista del procedimiento penal ni desde el de la selección de las penas. Fue el *Allgemeine Preussische Landrecht* el que realizó un paso decisivo hacia adelante. La práctica penal prusiana bajo Federico II, quien poseía el derecho a tomar la decisión final en los casos penales, había introducido ya el principio de la proporcionalidad y había limitado seriamente el uso de la pena capital. El motivo principal para esta política de clemencia fue, como ya lo hemos dicho, el deseo de reclutar soldados. Otra anticipación característica del siglo XIX aparece en la tendencia a limitar las penas pecuniarias para los delitos de usura, al 50% del capital, de modo que la pena máxima dejara de cumplir su efecto disuasivo[38]. El *Allgemeine Landrecht* coincide con el código francés de 1791 en mitigar el sistema de penas y, especialmente, en reducir la importancia de los delitos contra la religión. Lo que constituye la característica distintiva de estas leyes, comparadas

[35] *Ibid.*, pág. 644.

[36] KÖSTLIN, *op. cit.*, pág. 242; cfr. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, pág. 257; DILTHEY, *op. cit.*, pág. 186.

[37] *Anmerkungen für das Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern nach den Protokollen des königlichen geheimen Rats*, München, 1813, I, pág. 7.

[38] WILLENBÜCHER, *op. cit.*, pág. 46, citando las ordenanzas del 23 y 26 de mayo de 1771.

con la legislación de la Revolución Francesa, es el intento de formular jurídicamente la totalidad de la política económica y social del Estado. El código de una monarquía absoluta no estaba obligado a rendir culto a la doctrina de la igualdad frente al derecho. Los pobres estaban exceptuados del pago de penas pecuniarias, mientras que la detención de los delincuentes de rango social superior dependía fundamentalmente del hecho de no pagar esas penas[39]. Resulta evidente que la práctica legislativa del absolutismo podía permitirse preparar el camino para la futura racionalización capitalista del derecho penal, mucho más fácilmente que los teóricos de las doctrinas que proponían la igualdad jurídica de las clases sociales.

[39] El *Allgemeines Landrecht,* parte II, título 20, art. 85, lisa y llanamente declara que a la pobre gente de las clases bajas no se le debería imponer penas pecuniarias. Al mismo tiempo, sin embargo, según el art. 1128, título 20, de la parte II, quien actúe en forma fraudulenta para apoderarse de la masa de la herencia todavía indivisa, recibirá una pena privativa de libertad solo en el caso de estar imposibilitado de pagar la pena pecuniaria que le corresponde.

VI

LA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL: CONSECUENCIAS EN LA POLÍTICA SOCIAL Y PENAL

El movimiento por la reforma del derecho penal asume gran impulso durante la segunda mitad del siglo XVIII. La primera edición de la famosa obra de BECCARIA fue publicada en 1763 y el *Allgemeine Preussische Landrecht* en 1794, pero la base del nuevo sistema punitivo, la necesidad de fuerza de trabajo, estaba simultáneamente desapareciendo. Hemos ya señalado que la reforma del sistema punitivo encontró un terreno fértil, solo a causa de que sus principios humanitarios coincidieron con las necesidades económicas de la época. Sin embargo, en el momento en que se realizan los intentos para otorgar una expresión práctica a las nuevas ideas, buena parte de sus fundamentos ya habían dejado de existir. Esta situación se refleja en las condiciones de vida en la cárcel, como puede verse en las descripciones contenidas en la cuarta edición del libro de HOWARD, *State of the Prisons in England and Wales*. En una visita a la prisión de Osnabrück, la visión de la miseria en el rostro de los prisioneros y la experiencia de otros casos similares lo llevaron a hacer caso omiso de la información proporcionada por los carceleros[1]. En Gante, sus investigaciones lo condujeron a la misma conclusión[2]. Evidencias similares fueron recogidas en Thuringia, en la segunda mitad del siglo XVIII, donde no existían ni instructores suficientes ni mercados adecuados para colocar las mercancías producidas en la prisión; además del hecho de que la falta de espacio obligaba a mantener hacinados a los prisioneros. El informe de la *Zuchthaus* de Weimar, por ejemplo, afirma que las condiciones eran "totalmente miserables"[3].

Los historiadores coinciden en reconocer que el apogeo de las casas de corrección era cosa del pasado y que la limpieza, el orden y la buena administración que las caracterizaron habían desaparecido. Luego de su difusión por toda Europa, el sistema comenzó gradualmente

[1] HOWARD, *op. cit.*, pág. 67.

[2] *Ibid.*, págs. 145-46.

[3] El informe del 4 de mayo de 1779 es citado por LUCHT, *op. cit.*, pág. 53.

a decaer "hasta que finalmente se arribó a la deplorable situación, característica del siglo XVIII"[4]. Se intentaron múltiples razones para explicar esta trayectoria, pero los historiadores aferrados a la idea de que el progreso es un elemento necesario de la evolución, se limitaron generalmente a apreciaciones de índole moral. HIPPEL, por ejemplo, que no había tenido sino elogios para los métodos de Amsterdam, se encontraba insatisfecho con el desenvolvimiento posterior de los acontecimientos y afirmaba que el sistema carcelario podía haberse desarrollado y prosperado si las autoridades hubieran seguido el ejemplo holandés, construyendo las casas de corrección necesarias en cada ciudad, y si las hubieran usado como un verdadero lugar de ejecución de las penas. Pero el desarrollo en esta dirección fue solo parcial. Es verdad, continúa HIPPEL, que el número de las casas de corrección aumentó desde mediados del siglo XVII hasta fines del siglo XVIII, y más aún, que se produjo un incremento de las penas de detención como sustitutivas de las penas corporales y de muerte, hasta el punto que las primeras fueron predominantes hacia fines del siglo XVIII. Al mismo tiempo, sin embargo, es posible comprobar la deplorable tendencia a convertir las casas de corrección en instituciones de caridad y casas para pobres, despojándolas de su objetivo fundamental, para atribuirles funciones de asilo y orfanato donde se hacinaban los individuos más heterogéneos. En vano buscamos en estas instituciones el espíritu de las primeras casas de corrección con su organización de la vida carcelaria bajo premisas definitivamente educacionales. La negligencia, la intimidación y el tormento de los reclusos, se han convertido en las reglas actuales, mientras el trabajo asume funciones de castigo para quienes lo ejecutan y de lucro para quienes lo ordenan. HIPPEL observa con recelo, que el objetivo principal de las actuales casas de corrección es el de incrementar los ingresos del tesoro, objetivo que se basa en el argumento de que las casas no deberían ser tan costosas como lo fueron en Amsterdam[5].

[4] E. ROSENFELD, *Zweihundert Jahre Fürsorge der preussischen Staatsregierung für die entlassenen Gefangenen*, Berlin, 1905, pág. 11; ver también HIPPEL, *Beiträge*, pág. 658. SAAM, *op. cit.*, págs. 38-39, 58-59, trata de salvar la reputación de las casas de corrección de Alemania, cuyas condiciones nunca llegaron a ser tan deplorables como en Inglaterra y otros países. Las casas alemanas mantuvieron siempre una idea definida, una concepción positiva de los principios del Estado y de la religión. Hay solo una razón por la cual la defensa de SAAM no debe ser considerada como un fracaso, y es el hecho de que ella no posee ni siquiera la consistencia mínima que la haga digna de la crítica. Toma, erróneamente, extractos de muchos reglamentos de las casas de corrección, creyendo con ello realizar, un análisis de la estructura social de las mismas. Sin embargo, su estudio de uno de los problemas fundamentales, como lo es el de la organización del trabajo, por ejemplo, se limita a dos páginas.

[5] HIPPEL, *Beiträge*, págs. 656-57.

HIPPEL intenta explicar estos hechos, que lamenta, haciendo referencia a la situación política imperante, como la Guerra de los Treinta Años, que, a su juicio, detuvo los avances de la civilización que habían comenzado con grandes esperanzas en la cultura, así como en las demás esferas del acontecer social. Posteriormente a la Reforma religiosa, las primeras casas de corrección se convirtieron en instituciones florecientes y bien equipadas, dirigidas por una administración pública rigurosa pero humana. Luego de lo cual, la pobre y brutalizada raza de hombres que sobrevino a la Guerra de los Treinta Años, perdió los instrumentos y la sensibilidad necesarios para establecer instituciones de un valor semejante; de este modo la idea de reeducación de los reclusos se trasformó en una mera frase entendida parcialmente, en el mejor de los casos[6]. Esta interpretación solo podría ser aceptada para la situación de Alemania, pero inclusive allí, los efectos de la Guerra de los Treinta Años habían disminuido gradualmente durante el trascurso del siglo XVIII. También en Alemania los esfuerzos tendientes a la reforma del derecho penal y el sistema punitivo fueron interrumpidos en las últimas décadas del siglo XVIII. Por consiguiente, aun en este caso las causas deben buscarse en el desarrollo social general antes que en acontecimientos específicos.

La casa de corrección surgió en una situación social en que las condiciones del mercado de trabajo eran favorables para las clases inferiores. Pero esto cambió cuando la demanda de trabajadores fue satisfecha, e inclusive comenzó a desarrollarse un excedente. La población de Inglaterra, incrementada en un millón en la primera mitad del siglo XVIII, y en 3 millones en la segunda mitad, llegó a 5,1 millones en 1720, 6 millones en 1750 y 9,8 millones en 1801. Entre 1781 y 1800 la tasa de crecimiento fue del 9 al 11 por ciento, y entre 1801 y 1820, del 14 al 18 por ciento[7]. La población de Francia era de 19 millones en 1704, 24 en 1770 y 26 en 1789[8]. Lo que las clases dominantes habían intentado por más de un siglo era ahora un hecho: una relativa superpoblación. Los dueños de fábricas ya no necesitaban realizar cacerías de hombres; por el contrario, eran los trabajadores quienes estaban obligados a entregarse para la obtención de un empleo. El rápido crecimiento de la población no pudo soportarse en el campo, especialmente luego de que ciertos cambios emanados del cercamiento y del latifundio, habían ocurrido en la producción agrícola[9]. Desde comienzos del siglo

[6] *Ibid.*, págs. 658-59.

[7] KULISCHER, *op. cit.*, II, págs. 6 y 464.

[8] LEVASSEUR, *Population française*, I, págs. 202 y 211.

[9] MANTOUX, *op. cit.*, pág. 188; trad. cast. cit., págs. 155 y ss. La situación en Inglaterra se vio agravada por el flujo de la "terriblemente hambrienta reserva de irlandeses pobres"; ver J. H. CLAPHAM, *An Economic History of Modern Britain*, 2ª ed., Cambridge, 1930, I, pág. 557.

XVIII los trabajadores agrícolas comenzaron a afluir hacia las ciudades, movimiento que alcanzó su punto más alto en las primeras décadas del siglo XIX[10]. La introducción de la máquina en ese momento, estaba destinada a producir efectos catastróficos, empezando por la industria textil. El hilado doméstico (*Home spinning*), actividad que ocupaba distritos enteros, no era ya capaz de hacer frente a la demanda de hilados de los talleres. La introducción del telar mecánico incrementó la producción por trabajador en tal grado, que fue posible desarrollar la industria textil y satisfacer la necesidad de todos los mercados, prescindiendo del hilado manual. El resultado fue que el hilado dejó de ser la industria subsidiaria casera con que los pobres de Inglaterra podían cubrir su insuficiente renta agrícola. Todo el tejido se realizaba ahora en fábricas, donde los hombres se encontraban frecuentemente imposibilitados de competir con los niños y las mujeres. El mismo proceso de industrialización se expandió gradualmente hacia otras ramas de la producción, con lo cual más y más individuos fueron expulsados del trabajo, aumentando rápidamente la desocupación industrial.

1. El fin de la política social mercantilista

La organización de la industria fue revolucionada por las nuevas condiciones en el mercado de trabajo. Anteriormente, solo las empresas que recibían subsidios gubernamentales podían mantenerse; ahora, sin embargo, todo el que dispusiera de un pequeño capital podía establecer cualquier tipo de empresa. La burguesía en proceso de formación, comenzó a sentirse seriamente obstaculizada por los grupos privilegiados que hacían uso de monopolios y otras ventajas, para excluirla de la actividad económica. La respuesta de la burguesía se expresó en demandas por libertad de industria y de comercio y en la difusión de los ideales del optimismo liberal: la libre competencia debía constituir una garantía de armonía entre intereses conflictivos. Fuertemente influidos por Adam Smith, la agitación contra el viejo sistema de regulaciones estatales afectó también las relaciones entre empresarios y trabajadores. El punto de vista generalmente aceptado al comienzo era que el propio interés del trabajador requería la libertad de empleo, debiendo modificarse las regulaciones existentes que limitaban los términos del contrato

[10] Kulischer, *op. cit.*, II, pág. 421. Las condiciones del mercado de trabajo originaron cambios fundamentales en la política agraria de Alemania, particularmente en el este de Prusia (*ibid.*, II, pág. 436). Como el mercado de trabajo en las ciudades comenzaba a retraerse, el flujo de trabajadores provenientes del campo se detuvo; fue así como los terratenientes sintieron que podían abandonar su oposición a la emancipación de los siervos.

laboral[11]. "*Laisser faire, laisser passer, le monde va de lui-même*" era la consigna del más puro individualismo, en la que tanto trabajadores como empresarios veían el camino hacia un futuro feliz. El efecto de esta libertad sobre la condición de los trabajadores resultó, sin embargo, bastante diferente del que sus promotores esperaban. Si se hubiera mantenido la escasez de fuerza laboral, la nueva libertad habría beneficiado sin duda a los trabajadores, que de este modo hubieran tenido la posibilidad de aumentar el precio de su trabajo; pero a causa de que el mercado laboral estaba saturado, la situación resultó en un aumento de la opresión y en una disminución aún mayor de los salarios. Fue MARSHALL quien señaló que este período vio a la clase obrera caer en el mayor estado de miseria jamás sufrido, por lo menos desde la existencia de informes fidedignos de la historia social inglesa[12].

No es necesario examinar las diferentes etapas de la pauperización de las clases bajas y el nacimiento del proletariado moderno; los hechos son bien conocidos y pueden encontrarse en cualquier manual de historia. Este proceso no fue ni continuo ni paralelo en todos los países, pero su curso de desarrollo fue generalmente el mismo en Inglaterra y en la Europa continental, aunque un poco más tardío en esta última, donde también los cambios significaron la pauperización de las clases inferiores. Carecemos de una información igualmente confiable sobre las condiciones de los trabajadores alemanes, pero, como NEUMANN lo ha señalado, no puede haber dudas sobre la importante brecha entre ricos y pobres existente en Prusia; mientras el número de personas posibles de ubicar en los estratos medios disminuía rápidamente, aumentaba con la misma velocidad el número de los extremadamente ricos y de los extremadamente pobres[13].

Las clases dominantes no tenían ahora la necesidad de las medidas coercitivas del período mercantilista que fueron empleadas para susti-

[11] P. MOMBERT, *Bevölkerungslehre,* Jena, 1929, pág. 96.

[12] A. MARSHALL, *Principles of Economics,* 8ª ed., London, 1930, pág. 177; trad. cast. *Principios de economía,* Madrid, Aguilar, 1948, págs. 185 y ss. En la primera edición de su libro, CLAPHAM caracteriza como una leyenda el punto de vista de que todo iba cada vez peor para el trabajador, en una fecha no especificada entre el anteproyecto de la Carta del Pueblo (1838) y la gran Exposición de Londres (1851). En la segunda edición, *op. cit.*, I, pág. VII, sin embargo, atenúa considerablemente sus afirmaciones señalando que él no pensaba que todo iba mejor, pero que los historiadores contemporáneos habían, a menudo, exagerado la decadencia. Hasta admite (I, 557) que hay un elemento de verdad en la doctrina marxista del ejército de reserva, el cual era utilizado por los patronos para disminuir el salario de las "tropas regulares" de trabajo. Ver también J. L. HAMMOND, *The Industrial Revolution and Discontent,* en *Economic History Review,* II (1930), págs. 215-18.

[13] F. J. NEUMANN, *Zur Lehre von den Lohngesetzen,* en *Jahrbücher für Nationalökonomie un Statistik,* LIX (1892), págs. 366-97.

tuir la ausencia de presiones económicas sobre la clase obrera. El exhaustivo sistema de leyes y regulaciones diseñado para contener el aumento de los salarios se tornó obsoleto. Las leyes inglesas que restringían la movilidad laboral de los trabajadores y los comerciantes, comenzaron a caer en desuso en el siglo XVIII, hasta que finalmente desaparecieron por completo. Los jueces de paz se abstuvieron de seguir fijando el monto de los salarios, y todos los mecanismos destinados a su regulación empezaron a desaparecer también desde fines del siglo XVIII[14]; su objetivo, la fijación del salario mínimo, ya no fue necesario.

A pesar de que la idea de la pobreza como el mejor de los incentivos para el trabajo duro, comenzó a ser controvertida[15] todos los movimientos tendientes a fijar salarios mínimos en beneficio de los trabajadores fracasaron. BURNS señala que en la Inglaterra de los inicios del siglo XIX, las disposiciones del acta de 1536 por medio de la cual los salarios debían ser regulados según las condiciones prevalecientes, parecieron ofrecer alguna protección a los trabajadores afectados por las guerras napoleónicas y por los cambios ocurridos en la organización de la industria. En la práctica, sin embargo, los intentos de apelar a las disposiciones contenidas en dicha acta tuvieron como resultado solo su derogación en 1813[16]. Anteriormente constituía un delito sancionado con la pena de detención, el hecho de pagar o recibir salarios superiores a los fijados por los jueces de paz, y la jurisprudencia de las cortes demuestra que esta ley no era letra muerta[17]; bajo la nueva situación, por el contrario, el tema de la regulación de los salarios se convirtió en tabú[18]. La nueva doctrina aparece bien ilustrada en Francia, a través de una carta del 4 de octubre de 1790, enviada por la Comisión de Comercio de la Asamblea a las autoridades de Beauvais que habían intervenido en un litigio concerniente a salarios. La Asamblea anuló la decisión de las autoridades locales argumentando que los salarios debían ser regulados por las leyes naturales del mercado[19]. El fundamento de esta posición fue la teoría del fondo salarial, que afirmaba que todo aumento artificial de los salarios se realizaba a expensas de la inversión de capital y, por lo tanto, conducía a un resultado opuesto al esperado, destruyendo, o por lo menos reduciendo, el único medio de emplear a los trabajadores en forma rentable. La noción

[14] HOLDSWORTH, *op. cit.*, VI, pág. 348.

[15] Ver la actitud característica de A. F. LUEDER, *Kritik der Statistik und Politik*, Göttingen, 1812, pág. 74.

[16] E. M. BURNS, *Wages and the State*, London, 1926, pág. 4.

[17] PIKE, *op. cit.*, II, pág. 294.

[18] BURNS, *op. cit.*, pág. 6.

[19] Citado en SÉE, *op. cit.*, I, pág. 361, nota.

malthusiana en su forma más tardía, la denominada ley de hierro de los salarios, fue aún más lejos aduciendo la imposibilidad y falta de sentido de tales teorías. Los salarios debían permanecer en el nivel mínimo de subsistencia, porque, de lo contrario, se produciría un incremento demográfico que, expandiendo el mercado de trabajo, llevaría a un nuevo descenso de los salarios. Así, entre el período de la *Wealth of Nations* y la entrada en vigor de la primera ley sindical, el liberalismo parece haber degenerado en el pesimismo más despiadado.

Toda la política poblacional mercantilista pudo ahora ser dejada de lado. Bajo la influencia de MALTHUS, la opinión pública comenzó a creer en un crecimiento progresivo de la población, la cual se incrementaría a tal punto, que el excedente de millones de individuos sería conducido del hambre al crimen, así como a cualquier otro tipo de vicio[20]. Los "poblacionistas fanáticos" del período anterior fueron puestos en ridículo[21] y se condenaron los métodos artificiales que habían permitido al Estado hacer gala de la política de *faciamus homines.* La interferencia en "las relaciones más sagradas de la vida" fue considerada como un despotismo insoportable que reducía a los hombres al nivel de animales, y todas las medidas introducidas para alentar los matrimonios de los pobres, como una forma de llenar la tierra de mendigos e indigentes, cuyos hijos estaban igualmente destinados a una vida de vicio y vergüenza[22]. Los teóricos que apoyaban esta política, demandaron medidas para contener la ilegitimidad y que se exigiera un permiso de las autoridades para contraer matrimonio.

Es interesante observar que las nuevas condiciones del mercado de trabajo se reflejan en la historia del *Allgemeine Preussische Landrecht.* La tarea preparatoria de este código data de 1736, época en que el país se encontraba escasamente poblado. Sin embargo, en 1794, fecha en que el Código fue promulgado, la situación se había trasformado. Por ello, desde un comienzo los artículos que trataban en forma favorable la situación de los hijos ilegítimos, nunca fueron aplicados de manera estricta y a menudo hasta se omitieron completamente. Más tarde dichos artículos fueron abiertamente atacados en la teoría y en

[20] LUEDER, *Kritik*, pág. 255.

[21] FROHNEBERG, *op. cit.*, pág. 54.

[22] LUEDER, *Kritik,* pág. 253. Por supuesto que no faltaron los argumentos morales ante la nueva política. LUEDER, *ibid.*, págs. 235-36, escribe: "¿Dónde está el hombre, digno de ese nombre, que quisiera tener una esposa porque un hombre casado está en mejor situación que un soltero ante la ley? ¿Quién se casaría y traería una multitud de hijos al mundo solo por razones de precios y pensiones? y ¿qué clase de niños serían aquellos que no han sido traídos al mundo por la mutua atracción de sus padres? y ¿qué clase de raza, aquella que deba su existencia a los sobornos de la procreación?" cfr. *ibid.*, pág. 244.

la práctica, hasta que, por último, una ley del 24 de abril de 1854 reformó totalmente el *Landrecht*, privando a los hijos ilegítimos del sustento paterno en el caso de que la madre fuera persona de carácter deshonorable; carácter que podía ser determinado por el juez ante el mero hecho de que la madre hubiera recibido dinero o regalos en compensación por su consentimiento[23].

Durante la Revolución Francesa se realizaron esfuerzos para garantizar un tratamiento más equitativo de los hijos naturales. No solo se mantuvo el antiguo derecho de reclamar asistencia al padre sino que, además, las leyes del 4 de junio y el 2 de noviembre de 1793 fueron más lejos, otorgando a los hijos naturales los mismos derechos sucesorios que a los hijos legítimos. Inclusive a los hijos producto del adulterio se les garantizaba un tercio de la herencia que les hubiera correspondido, de haber nacido dentro del matrimonio. Pero estas reformas no se mantuvieron; el *Code Civil* destruyó virtualmente la posición hereditaria de los hijos naturales y suprimió por completo los derechos de sucesión de aquellos nacidos en adulterio[24]. Explicando estas disposiciones de la ley ante el tribunal, HUQUET criticó el programa humanitario y filantrópico de la legislación revolucionaria, con el argumento de que tendía al debilitamiento del orden social[25]. No era ya necesario erigir barreras artificiales contra la emigración, por lo que toda legislación que restringía la libertad de movimiento fue abolida[26]. La emigración constituye un buen indicador de la presión ejercida por las condiciones sociales: en Alemania alcanzó su punto más alto entre 1820 y 1880; los años de 1845 a 1855 constituyeron el peor período para la clase trabajadora en muchas partes del país[27]. Solo entre 1847 y 1855, Alemania perdió más de un millón de sus ciudadanos a causa de la emigración.

[23] A. MENGER, *Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen*, 5ª ed., Tübingen, 1927, págs. 76-79.

[24] M. PLANIOL y G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, IV, Paris, 1928, págs. 116-17.

[25] El discurso está citado en M. LOISEAU, *Traité des enfants naturels, adultérins, incestueux et abandonnés*, Paris, 1811, pág. 165; ver también la reciente publicación de C. C. BRINTON, *French Revolutionary Legislation on Illegitimacy 1789-1804*, Cambridge, Mass., y London, 1936.

[26] SCHMOLLER, *op. cit.*, II, pág. 53; L. C. A. KNOWLES, *The Industrial and Commercial Revolutions in Great Britain during the Nineteenth Century*, London, 1926, págs. 128-29.

[27] SCHMOLLER, *op. cit.*, II, pág. 295; ver también H. STEIN, *Pauperismus und Assoziation*, en *International Review for Social History*, I (1936), págs. 39-43.

La totalidad del sistema de asistencia social se derrumbó y un buen ejemplo de ello lo da la reforma de la ley de pobres promulgada en Hamburgo en 1788, que disponía que las propias *poorhouse* fundaran fábricas para el empleo de los pobres y escuelas industriales para los niños. Los resultados inmediatos fueron altamente satisfactorios, lo cual permitió afirmar al consejo de administración de las casas en su informe de 1791, que ya no existían mendigos en las calles de Hamburgo y que nadie en la ciudad podía morir de hambre[28]. Pero esta empresa fracasó con rapidez sorprendente. En 1801, las principales casas de pobres tenían un déficit superior a los 60.000 marcos, déficit que se incrementaba cada año. El mismo proceso ocurrió en todas partes a causa de que la introducción de la máquina que realizaba el trabajo de varios hombres redujo la demanda de hiladores, haciendo extremadamente difícil emplear en forma rentable a los reclusos aptos para el trabajo en las casas para pobres[29].

También los *Hôpitaux généraux* de la Francia de vísperas de la Revolución, donde la situación de las clases inferiores se deterioraba constantemente, fueron incapaces de cumplir sus funciones, resultando igualmente inútiles como casas de pobres o como prisiones. El juicio de MIRABEAU respecto al *Hôpital de la Bicêtre,* según el cual "esa institución, que es utilizada al mismo tiempo como hospital y como prisión, parece un hospital para contaminar a los enfermos y una prisión para propagar el crimen", era reflejo de la opinión prevaleciente[30]. La Comisión sobre la Mendicidad de la Asamblea Constituyente pronunció un dictamen aplastante acerca de los *Hôpitaux*, censurando las deficiencias técnicas y los principios equivocados por los que se regían. El informe subraya particularmente el hecho de que ninguna de las infinitas regulaciones administrativas establecía, ni siquiera remotamente, el tipo de trabajo que debía ser realizado en las instituciones y la forma de empleo de la fuerza laboral[31], lo que muestra que ya habían perdido su carácter de escuelas industriales y talleres modelo.

Durante el período mercantilista, la escasez de fuerza laboral había evitado siempre que el problema de los pobres aptos para el trabajo

[28] El informe está citado en B. LAUM, *Geschichte der öffentlichen Armenpflege*, en *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, I, 4ª ed., Jena, 1923, pág. 951.

[29] SCHMOLLER, *op. cit.*, II, pág. 386.

[30] La afirmación aparece en MIRABEAU, *Rapport au nom du Comité des Lettres de Cachet publié pour la premiée fois avec une introduction et des notes par le Vicomte Henri Bégouin,* Paris, 1888, pág. 13. O'BRIEN, *op. cit.*, pág. 105, demuestra que MIRABEAU solo se limitó a asumir el juicio de ROMILLY.

[31] *Procès verbaux et rapports du Comité de Mendicité de la Constituante, 1790-1791*, ed. por C. Bloch y A. Tuetey, Paris, 1911, pág. 344.

se agravara, por lo que la reforma de las leyes de pobres estuvo detenida durante el período de 1650 a 1800. La teoría mercantilista de la desocupación involuntaria fue sentada claramente por JUSTI, quien afirma que aunque no era imposible encontrar casos aislados en que hombres diligentes y de buena voluntad fracasaban en obtener un trabajo y por ello eran internados en una casa de pobres sin haber cometido falta alguna, le resultaba inverosímil la existencia de países en que el comercio no floreciera y en los que individuos deseosos de trabajar se vieran obligados a mendigar por falta de empleo. Por mi parte —concluye JUSTI—, no he visto jamás a ese tipo de gente mendigando en mi propio país[32].

La fórmula según la cual cada hombre dispuesto a trabajar podía encontrar un empleo, era todavía un lema popular a comienzos del siglo XIX, aunque el optimismo de JUSTI ya no era muy compartido por aquellos bien-informados. Existían además amargas quejas dirigidas contra los vagos que debían ser mantenidos en su ocio por medio de la asistencia, quejas que, sin embargo, permanecían desatendidas por enfrentarse al viejo argumento de PETTY que afirmaba: "El público debe sostener a los medigos aunque estos no lo merezcan, puesto que existe una cantidad limitada de trabajo y que el mismo es actualmente realizado por los no mendigos. De otro modo no se hará otra cosa que trasferir las necesidades de una mano a la otra"[33].

Fue MIRABEAU quien advirtió que a pesar de que el número de *Hôpitaux* se había casi duplicado, la cantidad de vagos y mendigos continuaba aumentando, por lo que concluía que la inseguridad de la clase trabajadora era solo una parte de la inseguridad general de la época: "Todos tenemos hoy una existencia precaria; basada en el futuro, yo agregaría. Aquellos que poseen riquezas las devoran en la tentativa de aumentar su fortuna, pero aquellos hombres obligados a vivir del trabajo de sus propias manos, quienes nada esperan del gobierno, los negocios o la herencia, confían en la caridad pública, y el refrán según el cual en el *Hôpital* no se admiten perros ha sustituido al de la laboriosidad de las hormigas"[34].

El énfasis no se pone ahora en las ilimitadas oportunidades de trabajo sino en la necesidad de considerar a la clase obrera como una parte del sistema social, sugiriendo que ella debe enfrentar los riesgos en forma independiente.

[32] JUSTI, *Grundfesten*, II, págs. 410 y 418.

[33] PETTY, *op. cit.*, II, págs. 353-54.

[34] MIRABEAU, *L'Ami des hommes ou traité de la population*, Paris, 1883, págs. 349-50.

También la cuestión del carácter criminal de la mendicidad sufrió trasformaciones significativas. Un razonamiento lógico debería arribar a la conclusión de que la mendicidad constituye un delito solo en el caso de ser voluntaria, es decir, cuando no existe un ejército industrial de reserva. Casi todas las respuestas a la circular de la Academia de Chalons, que solicitaba sugerencias acerca del medio más adecuado para eliminar la mendicidad en Francia sin perjudicar a los mendigos y haciéndolos útiles para el Estado, coincidieron en que la mendicidad no constituía un delito[35]. El arzobispo de Aix, empleando un argumento ahora ampliamente difundido, sostuvo que en ese caso no podía existir delito, por la falta de relaciones de proporcionalidad para infligir una pena[36]. El mismo tipo de oposición y con los mismos argumentos se verificó en Inglaterra.

Sin embargo, las razones de tipo humanitario, no pueden ocultar el hecho de que el nuevo sistema económico y las presiones del crecimiento demográfico fueron lo que revolucionó todo aquello relativo a la asistencia a los pobres. Tanto el absolutismo como su sucesor político la democracia nacional soberana, reaccionaron de la misma forma, declarando que la asistencia a los pobres es un deber de la administración pública y que, por consiguiente, el Estado está en su derecho de proceder contra la mendicidad con medidas punitivas. El *Allgemeine Preussische Landrecht* estableció la competencia del Estado para el mantenimiento y la asistencia de los ciudadanos imposibilitados de atender a su manutención y que no pudieran ser asistidos por las personas obligadas a hacerlo conforme a leyes especiales. Para los incapaces de mantenerse a causa de la falta de oportunidades laborales, se disponía su empleo en alguna tarea acorde con su fuerza y habilidades[37]. La Constitución francesa de 1793 reconoce el derecho al trabajo cuando estatuye que la sociedad estaba obligada a proveer a la subsistencia de sus ciudadanos desafortunados proporcionándoles trabajo o asistencia. La asignación de estas tareas al Estado, actuó como un contrapeso de la política de confiscación de los *Hôpitaux* que había conducido a una grave crisis de la estructura asistencial como consecuencia del fracaso estatal en el cumplimiento de esas obligaciones. Finalmente, el ensayo terminó con el abandono del sistema de asistencia centralizado[38].

El caso inglés merece una consideración especial. Según COLQUHOUN, la pobreza en Londres era tan impresionante, que más de 20.000 desgra-

[35] PAULTRE, *op. cit.*, pág. 556.

[36] *Ibid.*, pág. 559.

[37] *Allgemeines Landrecht,* parte II, Introducción, art. 1°.

[38] LALLEMAND, *op. cit.*, IV, págs. 2, 401; SÉE, *op. cit.*, II, pág. 93.

ciados se despertaban cada mañana ignorando cómo se procurarían un pedazo de pan y el alojamiento de la próxima noche; casos de muerte por inanición eran publicados por el *Coroner* diariamente[39]. Fue precisamente en este ambiente cuando aparece la doctrina de MALTHUS, según la cual el nivel de vida de los pobres podía ser mejorado solo a expensas del resto de los miembros de la clase trabajadora, y las benévolas intenciones de los reformadores de las leyes de pobres conducirían necesariamente a un incremento de la población y, por lo tanto, a la creación de más miseria[40]. Esto último constituye un ejemplo significativo de la repercusión del recién creado ejército industrial de reserva sobre las consideraciones de tipo teórico. Pero inclusive MALTHUS jamás arribó a la conclusión de que se debería dejar morir de hambre a la gente en estado de miseria, política que, por otra parte, resultaba inconcebible a los gobernantes ingleses, simplemente por el interés de conservar la paz social. CLAPHAM fue más lejos afirmando que las leyes sobre la pobreza eran el único medio de prevenir el descontento y la desesperanza que daban origen a la revolución[41]. Gracias a la existencia del ejército industrial de reserva ya no eran necesarias las "penas salvajes para disciplinar al conjunto de la clase no propietaria en la continuación del cumplimiento regular de las tareas agrícolas y fabriles", de modo que el aumento de la pobreza de las masas acompañó a un tratamiento más benigno de los pobres[42].

El resultado fue un considerable incremento en el número de pobres. Para 1775 el costo de la asistencia pública era de más de un millón y medio de libras, aumentando rápidamente hasta alcanzar cerca de los ocho millones en 1817, cifra que permanece prácticamente constante hasta 1834[43]. Las clases propietarias comenzaron a rebelarse contra estos gastos, y una comisión real designada en 1832 formuló el principio según el cual todas las tareas de asistencia a los físicamente aptos realizadas fuera de la institución, deberían ser abolidas en favor de la asistencia dentro de las casas de trabajo (*workhouse*). Medida que tenía por objeto que la situación de los beneficiarios de la asistencia

[39] P. COLQUHOUN, *A Treatise on the Police of the Metropolis,* 6ª ed., London, 1800, pág. 313.

[40] MALTHUS, *Parallel Chapters from the First and Second Edition of and Essay on the Principle of Population,* New York y London, 1895, págs. 34-38.

[41] CLAPHAM, *op. cit.,* I, pág. 580.

[42] WEBB, *Poor Law,* I, pág. 420.

[43] PIKE, *op. cit.,* II, págs. 360-61. A. REDFORD, *The Economic History of England 1760-1860,* London, 1931, pág. 105.

fuera "menos favorecida que la situación de los trabajadores libres de las clases más bajas"[44]. Este principio incorporado a las leyes de pobres de 1834, constituye el *leitmotiv* de toda administración carcelaria hasta nuestros días.

El cambio en las condiciones trasformaron en derecho aquello que una vez había sido señalado a las masas como su obligación, y desde ese momento la cuestión nunca ha desaparecido de los programas políticos de la clase trabajadora. Ningún problema fue tratado tan frecuentemente en las publicaciones socialistas de la época como el del derecho al trabajo. Luego de la revolución de febrero, el proletariado de París forzó al gobierno provisional a emitir la proclama del 25 de febrero de 1848 por medio de la que se garantizaba el derecho al trabajo para cada ciudadano. Como forma de calmar al pueblo, el gobierno aceptó las propuestas de CONSIDÉRANT y FOURIER sin la menor intención de respetarlas. Un decreto aprobado el 26 de febrero de 1848 dispuso la creación de talleres nacionales[45]. El 24 de marzo fue abolido el trabajo carcelario al tiempo que la fuerza de trabajo inmigrante era expulsada de París. El gobierno utilizó todos los recursos a su disposición para obstaculizar el experimento, y luego de la derrota del proletariado, los talleres fueron cerrados y el trabajo carcelario reintroducido[46].

Una victoria temporaria de la clase obrera en su lucha por el derecho al trabajo se expresó en la abolición del trabajo carcelario, indicio significativo de la nueva situación en la que en vez de una clase alta ávida de obtener mano de obra de cualquier procedencia, encontramos una clase obrera levantando barricadas para asegurar el reconocimiento oficial de su derecho al trabajo.

La fábrica remplazó a la casa de corrección, porque esta última requería gastos demasiado elevados para el mantenimiento de la administracción y la disciplina. La fuerza de trabajo libre podía producir mucho más al tiempo que evitaba la pérdida de capital que significaba la casa de corrección. En otras palabras, la casa de corrección cayó en decadencia porque otras y mejores fuentes de ganancias fueron encontradas y porque con su eficacia como medio de explotación rentable, desaparecen también los efectos reeducativos del trabajo que en las casas habitualmente se realizaba.

[44] Citado en REDFORD, *op. cit.*, pág. 106.

[45] SÉE, *op. cit.*, II, pág. 272.

[46] G. P. O. D'HAUSSONVILLE, *Les établissements pénitentiaires en France et aux Colonies*, Paris, 1875, pág. 243.

2. El incremento de la criminalidad y sus efectos sobre la teoría y práctica de la pena

El agravamiento de la lucha por la existencia llevó las condiciones de vida de los trabajadores a niveles increíblemente bajos. En Inglaterra, el mayor grado de pauperización fue alcanzado entre 1780 y 1830. A lo largo de la primera mitad del siglo XIX, detrás de un panorama de hambre creciente, inmoralidad y alcoholismo, se encuentra la amenaza de la revolución: un proletariado recién formado, permanentemente al borde de la rebelión y la violencia. La consigna "pan o sangre" se esparcía, en 1810, por todos los distritos fabriles ingleses, y en 1831, los hiladores de seda de Lyon escribieron sobre su bandera: "*Vivre en travaillant ou mourir en combattant*"[47].

En forma creciente las masas empobrecidas fueron empujadas a la criminalidad. Los delitos contra la propiedad comenzaron a aumentar considerablemente hacia fines del siglo XVIII[48] y empeoraron aún durante las primeras décadas del siglo XIX. Las estadísticas de Londres correspondientes al período 1821-1827, proporcionan un vivo retrato de la importancia que tuvo el delito en el incremento general de las condenas (cuadro 1).

Cuadro 1. Hurtos en Londres, 1821-1827

Año	*Total de condenas*	*Condenas por hurto*
1821	8.788	6.629
1822	9.209	6.424
1823	8.204	6.452
1824	9.452	7.550
1825	9.964	8.011
1826	11.095	8.962
1827	12.564	9.803

Fuente: C. Lucas, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États-Unis*, Paris, 1825, I, pág. 53.

El promedio anual de las condenas en los tribunales ingleses (*Assizes* y *Quarter Sessions*) aumentó, como lo muestran las estadísticas del cuadro 2.

[47] Schmoller, *op. cit.*, II, pág. 534; Sée, *op. cit.*, II, pág. 258.

[48] Ver las observaciones de Phillipson, *op. cit.*, pág. 163.

Cuadro 2. Condenas (*Assizes* y *Quarter Sessions*)

Años	*Condenas*
1805— 6	2.649
1807— 9	2.843
1810—12	3.411
1813—15	4.443
1816—18	7.937
1819—21	9.205
1822—24	8.613
1825—27	11.212
1828—30	12.596
1831—33	14.408

Fuente: E. DUCPETIAUX, *Statistique comparée de la criminalité...*, Bruxelles, 1835, pág. 41.

Durante este período en que el número de condenas se incrementó en un 540%, ENGELS comentó: "La miseria deja al obrero, como únicas alternativas, la muerte lenta por hambre, eliminarse, o tomar lo que necesita, lo que encuentra; en una palabra, robar. No debemos maravillarnos si la mayor parte prefiere el robo a la muerte por hambre o al suicidio"[49].

Esta situación no se limitó de ningún modo a Inglaterra, según lo muestran las estadísticas criminales francesas del cuadro 3[50].

Cuadro 3. Hurtos en Francia, 1825-1842

Año	*Total de condenas*	*Condenas por hurto*
1825	35.214	7.132
1828	41.120	9.400
1832	45.431	13.463
1836	51.976	14.601
1842	72.490	20.022

Fuente: Compilado del anuario *Compte général de l'administration de la justice criminelle*.

[49] ENGELS, *The Condition of the Working-class in England in 1844*, trad. de F. K. Wischnewetzky, London, 1892, pág. 115; trad. cast. *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Barcelona, Jucar, 1979, pág. 120.

[50] Todos los datos para Francia fueron tomados del *Compte général de l'administration de la justice criminelle*; el primer volumen publicado cubre el año 1825. Las cifras del texto incluyen solamente los fallos del *Tribunal correctionnel* y no incluyen los fallos por *délits forestiers*. Un inequívoco incremento de la criminalidad puede ser observado, también en Alemania; ver LUCHT, *op. cit.*, pág. 90, nota.

Se pueden apreciar ahora las tremendas proporciones que alcanzó la criminalidad durante la gran crisis industrial, proporciones desconocidas inclusive durante el período mercantilista a pesar de todas las alteraciones motivadas por la guerra o por causas naturales. Describiendo la estrecha vinculación existente entre la tasa de criminalidad y las condiciones económicas, PIKE afirma que las estadísticas criminales inglesas desde 1810 en adelante indican que en tiempos difíciles, de aumento de la competencia o de disminución de la demanda de fuerza de trabajo, se produce un incremento en las condenas por hurto y otros delitos graves, mientras que en épocas de bonanza se puede verificar una reducción. En 1815, cuando las tropas retornan al país y comienzan a competir en el mercado de trabajo, puede observarse un notable aumento en las condenas, y del mismo modo en 1825, a causa de la gran depresión comercial. Por el contrario, en 1835 una considerable caída del precio de los granos, que confirmó la tendencia decreciente de los precios de los tres años anteriores, fue acompañada de un importante descenso en el número de los condenados a penas privativas de libertad[51].

La clase dirigente se sintió tentada a retornar a los métodos premercantilistas para el tratamiento de la criminalidad. Se extendieron las demandas por métodos más severos y se criticó ásperamente el uso liberal de la cárcel en sustitución de las formas punitivas tradicionales. Se afirmaba que el sistema penal se había convertido en una farsa y que las penas debían volver a ser algo que los delincuentes sintieran en la médula de los huesos, algo que los torturara y los destruyera como había sucedido en una época con las leyes penales de Carlos V: el hacha, los azotes y el hambre deberían reintroducirse para erradicar por completo a los criminales[52]. WAGNITZ manifestó que, a pesar de no abogar por la reintroducción de las galeras y la rueda, como sí lo hacían otros autores, insistía en que debiera utilizarse la reclusión perpetua para aquellos miserables que hubieran demostrado con delitos reiterados su debilidad a resistir la tentación del crimen, siendo por lo tanto enfermos incurables de espíritu[53]. El Ministerio del Interior suizo envió, en 1802, un cuestionario concerniente a los resultados del código penal, elaborado sobre las bases de su homónimo francés de 1795. En respuesta, un juez de Zürich, Meyer, atacó fuertemente la delicadeza humanitaria de la época e hizo irónicas observaciones acerca de los sueños de una posible superación de la humanidad, recomendando el restablecimiento de la pena de muerte calificada, así como de las penas corporales[54]. La represen-

[51] PIKE, *op. cit.*, II, págs. 678-79.

[52] KROHNE, *op. cit.*, pág. 148.

[53] WAGNITZ, *op. cit.*, II, págs. 146-148.

[54] Citado por HAFNER y ZÜRCHER, *op. cit.*, pág. 15.

tatividad de esta opinión puede verse en el hecho de que algunos cantones retornaron al *Peinliche Halsgerichtsordnung* de Carlos V, tan pronto como recuperaron la soberanía sobre su poder legislativo[55].

Protestas similares se produjeron en Francia; Debry, antiguo miembro de la Convención y posteriormente funcionario del gobierno de Napoleón, afirmó que no podían existir dudas respecto a que la alta frecuencia de hurtos y robos especialmente en las zonas rurales, se debía a la lenidad de la legislación en que la práctica judicial se basaba. Las penas no eran lo suficientemente rigurosas y por ello se establecieron policías especiales y cortes marciales. Las campañas de "pacificación" condujeron a un virtual exterminio de los pobres que se encontraban fuera de la ley, sobre todo en los departamentos del sur[56]. Las mismas tendencias comenzaron a surgir en la legislación; leyes especiales con las que ya se había intensificado la represión en la época del Consulado, por ejemplo la ley que reintrodujo el tatuaje con hierro encendido para reincidentes y falsificadores, alcanzó su máxima extensión en el código de 1810. Esta codificación significó un alejamiento aún mayor del sistema punitivo liberal de la legislación revolucionaria. En la presentación de dicha ley ante el *Tribunat,* TREILHARD expresa la nueva actitud oficial frente a la criminalidad juzgando a la legislación revolucionaria con las siguientes palabras: "Esta célebre Asamblea, que se distinguió por un sinnúmero de útiles ideas, que terminó con tantos abusos y que mostró sin duda alguna la mejor de las intenciones, no supo precaverse del entusiasmo humanitarista"[57].

GARRAUD caracteriza correctamente al nuevo sistema cuando observa que su rasgo más notable es el exceso de severidad, siendo su único interés la estigmatización de los culpables sin dar la menor cabida a las ideas de rehabilitación[58]. La pena de muerte permanece incuestionada y la reclusión perpetua es aplicada con frecuencia. En resumen, castigos excesivos, bárbaras mutilaciones y penas injustas como la confiscación de la propiedad y pérdida de los derechos civiles, constituyeron sus características centrales.

[55] *Ibid.*, pág. 16.

[56] Ver M. MARION, *Le brigandage pendant la Révolution,* Paris, 1934, especialmente el cap. V, en el cual, comoquiera que sea, examina la represión a través de los ojos de la clase dominante, como el título mismo lo deja entrever.

[57] *"Exposé des motifs du livre Ier. du Code des Délits et des Peines par Treilhard, conseiller d'État",* en *Recueil général des lois et des arrêts,* X, Paris, Sirey, 1810, pág. 568.

[58] GARRAUD, *op. cit.,* I, pág. 136. Las penas del Código de 1810 fueron consideradas como bárbaras aun a principios del siglo XIX, pero este aspecto pareció menos importante al lado de los grandes progresos en las técnicas legales, ver A. CHAUVEAU y F. HÉLIE, *Théorie du code pénal,* Paris, 1837, I, pág. 21.

También en Alemania se invirtió la situación, y los penalistas conservadores afirmaron con satisfacción que el principio de la justicia retributiva estaba comenzando a producir un efecto saludable sobre el sistema penal[59]. Se retornó al punto de vista según el cual la única forma de lidiar con los delincuentes era a través de su piel. Los azotes, un método económico y que ayudaba a evitar la superpoblación de las prisiones, se trasformó nuevamente en la pena preferida[60]. El paso más importante en esta dirección lo representa el código penal de Baviera de 1813, elaborado por ANSELM FEUERBACH. Desde la perspectiva técnico-legal este código significó un progreso decisivo comparado con las codificaciones del siglo XVIII; pero en lo referente al sistema de las penas se hizo eco de las tendencias más duras de la época, siendo sus premisas: la pena de muerte, la reclusión perpetua con cadenas y la casa de corrección[61]. La práctica penal prusiana basada en el *Allgemeines Landrecht* había sido comparativamente indulgente, pero, como relata MITTELSTÄDT, las autoridades de Prusia arribaron pronto a la conclusión de que se había llegado demasiado lejos en la peligrosa aritmética de la duración de la detención, por lo menos con respecto a los delincuentes del proletariado; y que ya era tiempo de retornar a esos criminales a la senda correcta. El azote, la vara, la picota, las marcas con hierro candente y los confinamientos especiales fueron reintroducidos a fin de detener el aumento de ladrones y salteadores de caminos[62]. Un decreto prusiano de 1799, promulgado para reforzar las leyes contra el hurto, estableció penas corporales para quienes cometían el primer delito, aunque con excepciones particulares para los condenados de alta posición social[63]. La reforma del derecho penal prusiano originó conflictos que duraron varios años. Un anteproyecto concluido en 1830, eliminaba las formas más crudas de intimidación, pero, por esta misma razón, no contó con el apoyo de Von Kamptz, ministro de justicia, quien preparó un nuevo proyecto en el cual las penas inti-

[59] NAGLER, *op. cit.*, págs. 423-33 R. SCHMIDT, *Aufgaben,* pág. 265.

[60] E. SPANGENBERG, *Uber die sittliche und bürgerliche Besserung der Vervrecher vermittelst des Pönitentiarsystems...* Landshut, 1821, pág. 72, K. G. GIEB, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts,* Leipzig, 1861-62, pág. 427.

[61] El célebre criminólogo alemán MITTERMAIER señala en su edición de la obra de P. J. A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden peinlichen Rechts,* 13ª ed., Giessen, 1840, pág. 16, que la teoría de FEUERBACH conduce a evitar el peligro de una justicia arbitraria, pero que su insistencia en que las penas sean fijadas con toda exactitud lleva a tal rigidez en la aplicación del código, que a menudo el perdón se hace necesario. Ver también VON BAR, *op. cit.*, pág. 330.

[62] O. MITTELSTÄDT, *Gegen die Freiheitsstrafe,* Leipzig, 1879, pág. 19.

[63] H. KRAUSSE, *Die Prügelstrafe. Eine kriminalistische Studie,* Berlin, 1899, pág. 105; VON BAR, *op. cit.*, pág. 348.

midatorias constituían el principio dominante (formas agravadas de pena de muerte, azotes públicos, etc.)[64]. Solo en 1848, año en que a todos los ciudadanos se les concedió los mismos derechos, los azotes fueron abolidos y sustituidos por penas a prisión de duración determinada[65]. En Austria, las prácticas penales humanas e indulgentes llegaron a su fin con el código penal del 3 de septiembre de 1803; una vigorosa manifestación de la reacción burocrática contra el "josefinismo", introdujo la pena de muerte calificada y extendió el uso de la pena de muerte común[66].

La intensificación del sistema punitivo que siguió al deterioro de las condiciones económicas y el consecuente incremento de la criminalidad, dejaron, sin embargo, intactos los logros, esenciales del Iluminismo. Los propios códigos penales de 1810 y el bávaro de 1813, que contienen los más severos sistemas punitivos, fueron trascendentales en el desarrollo de la teoría liberal y base del derecho penal moderno hasta el advenimiento del fascismo. Estos códigos reintrodujeron una separación más efectiva entre concepciones morales y jurídicas que la contenida en la legislación penal del siglo XVIII, surgida en un momento en que la sociedad burguesa estaba aún luchando contra las concepciones mercantilistas y contra la extensión de una normativa administrativista en todas las esferas de carácter privado.

La seguridad del Estado y del individuo requería, según FEUERBACH, una separación absoluta entre moral y derecho[67]; doctrina que encontró su expresión más importante en el intento de llevar a cabo una formulación normativa precisa de los hechos: eliminación del principio de analogía, desarrollo de un concepto jurídico-formal de la culpabilidad basado en el hecho y no en la personalidad del delincuente, y determinación exacta de la pena en forma proporcional al daño infligido; conquistas todas estas aplicables teóricamente a cada ciudadano[68]. Las fuerzas que sostienen este desarrollo jurídico se hacen evidentes cuando observamos que FEUERBACH incluye la usura y la bancarrota en la misma categoría que los delitos contra la moral pública; todos

[64] Todo el desarrollo prusiano está bien descrito en HIPPEL, *Deutsches Strafrecht,* I, pág. 316.

[65] KRAUSSE, *op. cit.,* pág. 59.

[66] WAHLBERG, *op. cit.,* III, pág. 16.

[67] FEUERBACH, *Kritik des natürlichen Rechts,* Altona, 1796, págs. 115-16.

[68] El desarrollo de los principios liberales en el derecho penal está cabalmente tratado por H. DROST, *Das Ermessen des Strafrichters,* Berlin, 1930. Sin embargo, las implicaciones sociales y políticas están más claramente enfocadas por R. SCHMIDT, *Strafrechtsreform,* págs. 205-12.

ellos considerados como meras infracciones de índole administrativa[69]. Los requerimientos de la burguesía no solo modelaron ampliamente las funciones de defensa social del derecho penal, sino que, además, las antiguas diferenciaciones de clase de la legislación penal, en el momento de aplicación de las penas, fueron conservadas por la nueva legislación criminal. La idea de igualdad ante la ley no podía impedir que un mismo hecho adquiriera significados diferentes según la clase a que perteneciera su autor. A pesar de que el lenguaje oficial difícilmente hubiese admitido dicho punto de vista, este era puesto constantemente en práctica tal como lo expresa ingenuamente la opinión de un juez de Auxerre en 1811, en los considerandos de un caso de violación: "Yo voto por el mínimo de la pena porque debemos tomar en cuenta que la víctima es una sierva doméstica. Si se tratara de una joven de alto nivel social, si se tratara de vuestra hija o de la mía, optaría por el máximo. Me parece importante marcar una distinción entre lo mejor de la sociedad y la gente común"[70].

Las teorías de KANT y HEGEL proporcionaron un fundamento filosófico más adecuado que la teoría penal utilitarista para vincular la concepción del *Rechtsstaat* (Estado de derecho) a un severo sistema punitivo[71]. La filosofía idealista del derecho penal suministra una base científica para el retribucionismo practicado hasta el momento —por lo menos en los países de habla alemana o en aquellos bajo la influencia intelectual alemana— sin grandes esfuerzos de racionalización[72]. El punto de partida de KANT y HEGEL consistía en la refutación de la teoría que afirmaba que la pena podía ser justificada por su mera utilidad. La bien conocida observación de KANT sobre la necesidad de ejecutar el último homicida aun en una comunidad en proceso de disolución[73],

[69] FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch für die Kurpfälzisch bayrischen Staaten,* parte III, Giessen, 1804, págs. 10, 18, 33 y 34. Ver también LANDSBERG, *op. cit.,* III, págs. 2, 129, donde FEUERBACH es elogiado por haber abolido las sanciones penales consideradas meramente como inmorales.

[70] O. DESPATYS, *Magistrats et criminels,* 1795-1844, Paris, 1913, pág. 295.

[71] Ver F. EXNER, *Gerechtigkeit und Richteramt,* Leipzig, 1922, pág. 23.

[72] El surgimiento de esta ideología es correctamente descrito por NAGLER, *op. cit.,* pág. 343, quien afirma: "Considerándolo desde un punto de vista dogmático, no fue sino la resurrección del principio retributivo, que había desaparecido en el siglo XVIII, a causa de la corriente de pensamiento característica del estado policial (como, por ejemplo, en Francia), y que ahora reaparece por la puerta de atrás del utilitarismo... pero mientras que en la época medieval estos principios retributivos fueron inconcientemente aplicados como si fueran axiomáticos, sin ningún reconocimiento de su valor, ahora son percibidos en toda su luz, importantes y llenos de beneficios por su eficacia y aclamados por sus grandes logros políticos".

[73] KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre,* Königsberg, 1797, pág. 199.

manifestaba la negación de todos los elementos teleológicos de la pena. HEGEL expresa un punto de vista similar: "El criminal es honrado como un ser racional, desde el momento en que la pena es entendida como algo que contiene su propio derecho. Este honor no le correspondería si el concepto y la medida de la pena no fueran considerados a partir del hecho cometido; si fuera considerado como un animal dañino, al que debe trasformarse en inofensivo, o como alguien que debe ser intimidado y reformado"[74].

Eliminando todos los elementos subjetivos de la relación legal entre el hecho particular del delito y la norma general del derecho penal aplicable en ese caso particular, el idealismo preparó en la práctica el camino para la concepción liberal del derecho penal[75]. La demanda más importante de la burguesía en relación con el derecho penal, la formulación precisa de conductas típicas, es cumplida por el programa del idealismo que se basa, por una parte, en la observancia a cualquier precio del principio de legalidad, y por la otra, en el más estricto retribucionismo[76]. La correlación automática entre culpabilidad y pena y la exclusión rigurosa de todos los elementos teleológicos de la sanción, condujeron al derecho penal a la definición exacta de todas las relaciones legales[77]. La doctrina de FEUERBACH, el principal teórico del derecho penal de comienzos del siglo XIX, es una combinación entre el

[74] HEGEL, *Philosophy of Right*, trad. de S. W. Dyde, London, 1896, art. 100, nota, págs. 97-98. Para una más amplia discusión de estos puntos, ver J. MICHAEL y M. J. ADLER, *Crime, Law and Social Science,* New York y London, 1933, págs. 346-52.

[75] Esta fue la consecuencia práctica de la filosofía idealista en la esfera del derecho penal; aunque serían posibles, por supuesto, otras interpretaciones teóricas. Ver R. SCHMIDT, *Strafrechtsreform,* págs. 189 y ss.; G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie,* 3ª ed., Leipzig, 1932, págs. 160-61.

[76] Ver, por ejemplo, los siguientes pasajes característicos de FEUERBACH, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts,* Erfurt y Chemnitz, 1799-1800, I, pág. 27: "Puede llegar a ser ventajoso para el Estado perdonar a ciertos delincuentes. Algunos quizás han llegado al delito por circunstancias del azar, y si se les censura y aconseja, pueden convertirse de nuevo en buenos ciudadanos, mientras que si caen dentro del engranaje de la ley, puede ocurrir que un miembro útil a la sociedad se pierda para siempre. Pero es más importante para el Estado que la justicia se muestre inflexible, que no pueda ser influida por consideraciones oportunistas y que, por ende, se socave la autoridad de la ley y sus amenazas se conviertan en un juego de niños. De este modo, los jueces podrían evitar que el Estado perdiera muchos ciudadanos útiles, pero, al mismo tiempo, estarían impulsando nuevos desacatos a la ley y, adoptando una actitud benigna hacia los presos, estarían desdeñando su deuda con el Estado y violando los derechos de sus ciudadanos".

[77] Ver H, DANNENBERG, *Liberalismus und Strafrecht im 19. Jahrhundert,* Berlin y Leipzig, 1925, pág. 6, cuya conclusión de que el liberalismo político no puede ir más allá de una noción formal de la culpabilidad, parece bastante correcta.

utilitarismo y las ideas kantianas[78]. Las penas son previstas en la ley con un fin disuasivo, pero una vez que el delito ha sido cometido, la pena pierde su valor utilitario y es concebida como una consecuencia automática de la trasgresión. FEUERBACH expresa: "¿Debemos intentar fijar la culpabilidad de su acto, con el fundamento de que no se ha arrepentido? ¿Porque realmente representa una amenaza de nuevos peligros para el Estado? ¿Porque es necesario y útil defenderse de él? No encuentro nada de esto en mi conciencia, así como advierto muy poco de ello en la de los demás. La trasgresión de la ley es de por sí suficiente para hacerlo acreedor a la pena"[79].

El rechazo de toda consideración teleológica tiende a otorgar a las concepciones idealistas del derecho penal algunas de las virtudes de la magnificencia inherente a la idea abstracta de justicia independiente de los caprichos humanos. Por lo tanto, el idealismo alemán resultó más apropiado que las teorías penales de otros países europeos para ocupar un lugar relevante en el proceso de desarrollo de una concepción metafísica del derecho penal. La criminología europea occidental, por el contrario, caracterizada desde sus comienzos por un estrecho vínculo con la realidad, hacía más explícita la función de clase del derecho penal, llegando en algunas oportunidades a admitirla abiertamente[80].

3. NUEVOS FINES Y MÉTODOS EN LA ADMINISTRACIÓN CARCELARIA

La cárcel se convierte en la pena más importante en todo el mundo occidental, en el mismo momento en que los fundamentos económicos de las casas de corrección eran destruidos por los cambios ocurridos en el proceso de industrialización. La situación inglesa es particularmente interesante al respecto porque permite observar que la cárcel constituía la pena más frecuente, aun cuando la práctica de la deportación se encontraba en su apogeo[81].

[78] Ver LANDSBERG, *op. cit.*, III, págs. 2, 121 y R. SCHMIDT, *Aufgaben,* pág. 28; ambos insisten en la posición intermedia de FEUERBACH entre la concepción racionalista y la idealista. Ver, también, DANNENBERG, *op. cit.*, pág. 13; J. HALL, *Nulla poena sine lege,* en *Yale Law Journal,* XLVII (1938), pág. 170.

[79] FEUERBACH, *Revision,* I, pág. 9.

[80] M. P. ROSSI, *Traité de droit pénal,* Bruxelles, 1835, pág. 40, por ejemplo, admite claramente la función de clase del derecho penal.

[81] Debe señalarse, de todos modos, que el número total de personas realmente deportadas fue mucho mayor que el de condenadas a esa pena, pues la mayoría de las sentencias de muerte fueron conmutadas por la de deportación; ver W. D. FORSYTH, *Governor Arthur's Convict System, Van Diemen's Land 1824-36,* London y New York, 1935, pág. 101.

Cuadro 4. Distribución de las penas en Inglaterra, 1806-1833

PENAS	1806-12	1813-19	1820-26	1827-35
pena capital	2.800	6.584	7.659	9.457
deportación por vida	76	564	1.000	2.979
21 - 35 años	—	—	—	13
14 años	291	1.012	1.196	4.287
10, 9, 4 años	—	3	3	3
7 años	3.660	7.823	10.828	16.221
CÁRCEL				
(con o sin penas adicionales)				
3 a 5 años	—	99	79	46
1 a 2 años	13.413	1.698	2.343	1.673
6 meses a 1 año	—	5.644	8.088	9.050
menos de 6 meses	—	21.737	31.988	47.620
azotes y penas pecuniarias	1.027	1.487	1.832	2.225
TOTAL	21.277	46.651	65.015	93.579

Fuente: DUCPETIAUX, *op. cit.*, pág. 51.

La relación entre las penas de deportación y de cárcel fue de 23,5 a 100 en el período 1837-1839 y solo de 15 a 100 entre 1844 y 1846[82]. Las penas de prisión tomaron diversas formas y gradaciones de acuerdo con la gravedad del delito y con la posición social del condenado[83]. Se ha indicado ya que las diferencias de clase en el sistema punitivo no fueron abolidas en la primera mitad del siglo XIX. Las clases superiores no estaban aún convencidas de las ventajas de sacrificar, en aras de la ideología de la justicia y la igualdad, a aquellos de sus miembros cuya posición no podía ser defendida por mucho más tiempo, como en el caso de Hatry o, más recientemente, el de Whitney. El comentario oficial del código penal bávaro de 1813 intentaba justificar la introducción de la *Festungshaft* para las clases superiores, con el argumento de que ello no constituía una violación de las ideas liberales. Se sostuvo que no se abandonaba el principio de igualdad por el hecho de que las penas menores se adaptaran a las condiciones personales del condenado, siempre y cuando que las modificaciones de esta naturaleza efectuadas sobre las penas graves no se trasformaran en un privilegio

[82] *Loc. cit.*

[83] El Código Penal de Baviera de 1813, por ejemplo, introduce un variado sistema de privaciones de libertad, que van desde la *Festungsstrafe* y la *Kettenstrafe* hasta el encierro en una casa de corrección o en una casa de trabajo.

de inmunidad[84]. El argumento según el cual las clases superiores son más sensibles a la imposición de una pena y hay mayor posibilidad de sufrimiento por parte de sus familias, argumento que ya había sido rechazado por BECCARIA[85], fue nuevamente empleado para proteger los privilegios tradicionales de la aristocracia. Los privilegios de detención separada para los miembros de las clases superiores, fueron mantenidos en todos los países alemanes, especialmente en Prusia. Solo en la segunda mitad del siglo, la presión de abogados y parlamentarios renanos representantes de un sector altamente desarrollado de la sociedad capitalista, logró trasformar la *Festungshaft*, de un privilegio de las categorías superiores, en la pena específica para determinados delitos[86].

Las cárceles existentes no satisfacían las nuevas exigencias. En su mayoría, los edificios anteriormente utilizados para los detenidos en espera de juicio se empleaban ahora para el cumplimiento de las sentencias a prisión. El incremento en el número de las condenas, especialmente en los años veinte, condujo a una superpoblación de reclusos en las principales prisiones europeas. KROHNE afirma que no existían ni el tiempo ni el dinero necesarios para la construcción de nuevas prisiones y que las viejas no eran lo suficientemente grandes, aun cuando se las llenaba hasta el punto de abarrotamiento y la única alternativa consistía en equipar otros edificios para utilizarlos como cárceles de emergencia[87]. Además, al mismo tiempo que la población de las prisiones aumentaba, el gobierno reducía el total de las cantidades destinadas al mantenimiento de los reclusos, medida por la cual el informe del presupuesto francés de 1827 felicitaba a la administración[88]. Las condiciones eran deplorables y los gobiernos se demoraron en asumir la responsabilidad. En Bélgica, bajo el gobierno de Napoleón por ejemplo, la alimentación de los prisioneros no constituía una verdadera obligación del Estado, por lo que fue aprobada una ordenanza que disponía que el pan debía ser suministrado solo en los casos de extrema necesidad[89]. El presidente del consejo administrativo de la prisión de Namur relata que en 1817 todos los reclusos eran hacinados en un lugar

[84] *Anmerkungen für das Strafgesetzbuch*, pág. 192.

[85] BECCARIA, *op. cit.*, págs. 85-86; trad. cast. cit. págs. 103-104.

[86] GWINNER, *op. cit.*, pág. 224.

[87] KROHNE, *Die Gefängnisbaukunts,* en *Handbuch des Gefängniswesens*, ed. por F. von Holtzendorff y E. von Jagemann, I, Hamburg, 1888, pág. 485.

[88] Para Thuringia, ver LUCHT, *op. cit.*, págs. 55 y 64. Las legislaturas se oponían a estos desembolsos también en otros países germanos, así como en Bélgica y Francia.

[89] La cita ha sido tomada de E. BERTRAND, *Leçons pénitentiares,* Louvain, 1934, pág. 59.

oscuro e inmundo, que el ocio convivía con una abierta depravación del lenguaje y de la conducta, y que no se encontraba nada que asemejara la condición humana[90]. Se podría concluir que ninguna nueva política para el tratamiento de los detenidos fue desarrollada luego de la decadencia de las casas de corrección. Por el informe de un prisionero político podemos enterarnos de que las cárceles de París en la primera década bajo Napoleón, eran empresas comerciales dirigidas por los custodios y oficiales de policía, quienes proporcionaban pésimas mercancías con altos precios a los prisioneros solventes y abandonaban al resto a su destino de enfermedades, inanición y muerte[91]. Aunque prevaleció en la administración alguna comprensión por la necesidad de edificios nuevos y razonablemente equipados, a menudo los legisladores se rehusaron a disponer de los fondos requeridos con más urgencia para los trabajos de construcción[92].

El incremento de las detenciones condujo a la misma situación en Inglaterra[93]. Cuando BUXTON visitó las cárceles en 1818, no encontró prácticamente ninguna que no estuviera superpoblada, que no fuera fría, húmeda, llena de alimañas y exhalara la más insoportable hediondez. Los prisioneros sufrían de reumatismo y no había forma de impedir el contagio cuando un enfermo era internado. La comida era inadecuada, a menudo consistía en no más de media libra diaria de pan, y los detenidos, que en su mayoría estaban encadenados, no tenían oportunidad de trabajar[94]. JORNS concluye que cualquiera que se encontrara en prisión a causa de un delito insignificante, corría el riesgo de pagar su error para el resto de su vida si contraía una enfermedad de

[90] *Ibid.*, pág. 68.

[91] La petición de C. P. Corneille dirigida al emperador Napoleón, en noviembre 19 de 1809, está impresa bajo el título *Les prisons sous le Premier Empire,* en *Revue pénitentiaire,* XXX (1906), 246-63.

[92] Los gastos en las cárceles francesas, que en 1821 llegaban a 3.640.000 francos, descendieron a 3.450.000 francos en el año 1827, a pesar de un alarmante aumento en la población carcelaria desde 1825 a 1827. C. LUCAS, *Du système pénitentiaire en Europe et aux États Unis,* Paris, 1828, I, págs. VII-VIII, citando estas cifras de DUPIN, critica duramente este desarrollo; lo considera inconcebible, al menos mientras la administración no revele los métodos por los cuales se han obtenido tales resultados.

[93] WEBB, *English Prisons,* pág. 111, nota, cita el informe del *Select Committee on Secondary Punishment*: "El número de personas acusadas de delitos, cumpliendo sentencia en las diferentes cárceles de Inglaterra y Gales, era, cifra promedio, para los siete años anteriores al 31 de diciembre de 1817: 56.308; *id.*, 1824, 92.848; *id.*, 1831, 121.518... Estas cifras no comprenden a los delincuentes de cualquier tipo que pasaban por las cárceles con solo un breve fallo condenatorio de los magistrados: vagos, presos por revisión de causa y deudores".

[94] T. M. OSBORNE, *Society and Prisons,* New Haven, 1916, págs. 86-87.

tipo incurable[95]. Todo esto permite comprender el llamamiento desesperado de PEEL haciendo notar que el alto número de los detenidos conspiraba directamente contra la eficacia de las penas[96].

Los reformadores contemporáneos atribuyeron las deficiencias en el sistema de prisiones de comienzos del siglo XIX, a la incompetencia e ineficacia de la administración, al manejo de las cárceles como empresas privadas, al alojamiento indiscriminado en las mismas secciones de procesados y condenados y a la promiscuidad entre hombres y mujeres. Todos estos abusos desaparecieron gradualmente en un país después del otro[97], pero el problema más importante persistió: ¿conforme a qué métodos deberían ser tratados los detenidos? En aquel tiempo, los autores enfatizaron el hecho de que la mayor parte de los detenidos provenían de los estratos más bajos de la sociedad[98]. La cuestión consistía entonces en idear una forma de tratamiento que tuviera efectos disuasivos sobre dichos estratos, lo que parece haber sido una tarea ardua si se toman en cuenta las protestas surgidas por doquier, acerca de la diferencia insignificante entre las condiciones en la prisión y la existencia normal, que constituía la razón principal del veloz incremento de la población carcelaria.

En una época tan temprana como 1802, el autor de una publicación anónima titulada *Warum werden so wenig Sträflinge in Zuchthaus gebessert*? (¿Por qué tan pocos reclusos son reformados en las casas de corrección?), comentaba que las condiciones en la casa de corrección de Leipzig eran muy favorables y que los propios reclusos mostraban estar conscientes de la situación expresando su deseo de permanecer en ella en vez de retornar a su vida habitual. Esto resulta altamente negativo, continúa aquel autor, porque no puede existir nada más contrario a los verdaderos propósitos de la detención, que un recluso considere que el bienestar de la vida en prisión compensa la pérdida de libertad. Pero ello no debería extrañarnos, concluye la publicación, si comparamos la ausencia de preocupaciones, el trabajo fácil y placentero, la posibilidad de ahorrar o gastar dinero a discreción, las comidas

[95] A. JORNS, *The Quakers as Pioneers in Social Work,* trad. de T. K. Crown, New York, 1931, pág. 187; cfr. F. VON LISZT, *Das ausserdeutsche Gefängniswesen in Europa seit 1830,* en HOLTZENDORFF-JAGEMANN, *op. cit.*, I, pág. 258.

[96] Citado en WEBB, *English Prisons,* pág. 111, nota, refiriéndose a PARKER.

[97] El acta de la cárcel de PEEL, de 1823, marca el punto crítico en Inglaterra; ver WEBB, *English Prisons,* págs. 73-75.

[98] C. LUCAS, *De la réforme des prisons ou de la théorie de l'emprisonnement,* Paris, 1838, II, pág. 48, observa que prácticamente todos los crímenes contra la propiedad fueron cometidos por las clases bajas, en razón de que estas eran las más alejadas de una vida de bienestar y protección contra la indigencia, y carecían de la educación que previene contra los abusos de la riqueza.

diarias y la buena ropa, con la vida normal a que tales individuos están acostumbrados: vestidos con andrajos, condenados al trabajo duro sintiendo el eterno tormento de tratar de comprar la comida suficiente con un salario inadecuado, imposibilitados de ahorrar un céntimo para una jornada de lluvia o de diversiones, y a menudo incapaces de defenderse del frío y las enfermedades[99].

El resultado era que numerosos reclusos no temían a las casas de corrección y que muchos llegaban a cometer delitos solo con el fin de ser enviados a ellas y rogando después que se les permitiera permanecer allí indefinidamente[100]. Los ciudadanos más pobres tenían toda la razón al afirmar: "Los reclusos están mejor que nosotros, consumiendo más pan que el que podemos ganar, con una vida libre de preocupaciones, comiendo opíparamente y bebiendo mientras nosotros vivimos en la miseria, imposibilitados de mejorar nuestra suerte"[101].

BÉRANGER, un influyente escritor y parlamentario francés, observó en 1836 que la administración debería precaverse de exagerar una actitud filantrópica, por otra parte ya en desuso, destinada a incrementar el bienestar de los reclusos; y llamó la atención acerca del hecho de que si las prisiones proporcionaran una existencia más confortable que la de los trabajadores libres de la ciudad y del campo, las cárceles dejarían de cumplir su función disuasiva, induciendo a los prisioneros liberados a cometer nuevos delitos con el fin de retornar a la prisión[102]. La misma opinión es expresada por LUCAS, en los términos de la ideología progresista de la época, al afirmar que los detenidos tienen derecho a una parte de las mejoras de la civilización, pero siempre en menor grado que el resto de la sociedad[103]. FÜSSLIN, director de la casa de corrección de Bruchsal, adopta una posición diferente enfatizando que son las pésimas condiciones fuera de la cárcel, antes que la relativamente confortable situación de los detenidos (en realidad la peor posible para evitar enfermedades, afirma), las que inducen a los pobres a envidiar la suerte de los reclusos[104]. Del mismo modo el informe de la prisión del cantón de Waad, uno de los documentos más valiosos de toda

[99] *¿Warum werden so wenig Sträflinge im Zuchthaus gebessert?*, Leipzig, 1802; reimpreso en Berlín, 1925, pág. 37.

[100] *Ibid.*, pág. 61.

[101] *Ibid.*, pág. 35.

[102] M. BÉRANGER, *Des moyens propres à généraliser en France le système pénitentiaire,* Paris, 1836, pág. 53.

[103] LUCAS, *Système,* II, pág. 407.

[104] J. FÜSSLIN, *Die Einzelhaft nach fremden und sechsjährigen eigenen Erfahrungen im neuen Männerzuchthaus in Bruchsal,* Heidelberg, 1855, pág. 350.

la literatura de aquella época sobre la condición de las prisiones, sostiene, en primer lugar que la mera privación de libertad no constituye una pena efectiva para las clases inferiores. La conclusión a que se arriba en dicho documento es la de que la condición necesaria para la reinserción social del detenido es la sumisión incondicional a la autoridad, punto que ha permanecido prácticamente inalterado en los programas de reformas hasta nuestros días. Si los detenidos se resignan a una existencia silenciosa, regular y laboriosa, la pena les resultará más tolerable —continúa el informe—, y una vez que la rutina se haya trasformado en hábito, se habrá cumplido el primer paso en la tarea de rehabilitación, debiendo garantizarse, en la medida de lo posible, que la rehabilitación continúe inclusive luego de que el detenido haya sido dejado en libertad. La obediencia es exigida no tanto por razones de un aceitado funcionamiento de la prisión, como por el bien de los propios detenidos que deben aprender a someterse voluntariamente al destino de las clases inferiores[105]. Esta última es justamente una de las tareas más difíciles, porque si el respeto a la ley constituye una simple evidencia para las clases superiores, resulta, por el contrario, un intento casi sin esperanzas querer elevar a ese nivel a reclusos hambrientos y haraposos[106]. Aunque las posibilidades de éxito en la rehabilitación no se consideraban altas, el informe indica algunos métodos prácticos para el tratamiento cotidiano de los reclusos; para inducir a los detenidos a economizar, se les acreditaba el valor del pan que se abstuvieran de consumir y se les destinaba el ahorro, que era de aproximadamente 50 quintales al año, sin ningún costo adicional para la administración[107]. De este modo los reclusos aprendían a ahorrar en épocas de necesidad y miseria, preparándose para tiempos peores aún.

Todos coincidían en que no se debía suministrar a los detenidos nada por encima del nivel mínimo de existencia. En el análisis acerca de los costos de la reproducción de la fuerza de trabajo como factor determinante de la fijación de los salarios, MARX observa que la economía política toma en cuenta al obrero solamente en su capacidad

[105] El informe está reproducido en LUCAS, *Système,* II, págs. 370-81.

[106] LUCAS, *Réforme des prisons,* II, pág. 48, se consuela de la injusticia inherente al desproporcionado esfuerzo que necesitan las clases bajas para cumplir con los requisitos de la ley, argumentando que esto constituye una especie de proceso selectivo. F. C. HEPP, *Uber die Gerechtigkeits und Nutzungs-Theorien des Auslandes und den Werth der Philosophie des Strafrechts für die Strafgesetzgebungswissenschaft überhaupt,* Heidelberg, 1834, pág. 45, cita a BAUER en el sentido de que, por desgracia, es imposible tratar a cada recluso individualmente con la atención y el discernimiento de un sicólogo y así poder trasformarlo en un ser moral.

[107] Ver pág. 376 del informe mencionado en la nota 105.

de producción: "Por eso la economía política no conoce al obrero ocioso, al trabajador situado al margen de esta relación de trabajo. El pícaro, el bribón, el mendigo, son *figuras* que no existen para *ella*, sino para los ojos de otros, los del médico, el juez, el enterrador, las autoridades de la beneficencia pública, etc.; fantasmas que rondan fuera de sus dominios"[108].

En la época en que las casas de corrección eran verdaderas unidades productivas, la necesidad de garantizar la reproducción de la fuerza de trabajo incluía también a los detenidos. Ahora, sin embargo, esta necesidad ha desaparecido o, como lo afirma MARX, "la economía política no la toma en cuenta"[109].

El límite superior de las condiciones de vida de los detenidos estaba determinado así por la necesidad de que fuera inferior al nivel de las clases más bajas de la población libre[110]. El límite más bajo, aceptado en todas partes y establecido explícitamente por una comisión real inglesa de 1850, era determinado por los requisitos mínimos de salud[111]. No obstante, las posibilidades efectivas de variación entre estos dos niveles eran puramente teóricas ya que los salarios en la primera mitad del siglo XIX eran frecuentemente más bajos que el mínimo necesario para reproducir la fuerza de trabajo de los obreros. Lo que significaba, en otras palabras, que el nivel mínimo prescrito por las regulaciones carcelarias no era, en la mayoría de los casos, alcanzado por la población libre; determinando que las condiciones miserables de la clase trabajadora redujeran los niveles de la vida en prisión muy por debajo del mínimo oficialmente reconocido.

Los antiguos y una vez satisfactorios acuerdos por medio de los cuales la alimentación y el cuidado de los prisioneros se confiaban a empresarios privados, interesados financieramente en su bienestar físico y capacidad para el trabajo, tenían ahora consecuencias desastrosas. Las raciones fueron disminuidas al mínimo; se tienen noticias sobre numerosas muertes por inanición en las cárceles de la época y sobre prisioneros que llegaban a comerse las velas e inclusive la basura[112].

[108] MARX, *Okonomisch-philosophische Manuskripte aus dem Jahre 1844, Marx-Engels, Gesamtausgabe,* ed. por V. Adoratskij, parte I, vol. III, Berlin, 1932, págs. 97-08; trad. cast. cit., *Manuscritos económicos filosóficos de 1844,* México, Grijalbo, 1968, pág. 92.

[109] *Loc. cit.*

[110] LUCAS, *Système,* II, pág. 408.

[111] *Report on the Discipline and Management of Convict Prisons of July 29, 1850,* por el teniente coronel JEBB, supervisor general de prisiones, London, 1851, pág. 21.

[112] IVES, *op. cit.,* pág. 209.

VOIT relata que se consideraba suficiente la compra de los alimentos más baratos, que eran cocinados en la forma más simple, por lo menos en la mayor parte de los países europeos; de modo que la dieta de los detenidos se limitaba virtualmente a papas y pan duro, lo cual constituía, sin duda, una de las principales causas de la pésima salud y elevada tasa de mortalidad en las cárceles[113]. Se carecía de atención médica aun cuando existían dependencias especiales dedicadas a los enfermos, ello porque a menudo el superintendente de la cárcel debía pagar, de su pequeño salario, los costos de médicos y medicinas[114]. Por esta razón no es sorprendente que entre el 60 y el 80% de las muertes ocurridas en prisión, fueran a causa de la tuberculosis[115], inclusive conforme a las estadísticas oficiales.

CHASSINAT puso de manifiesto que la expectativa media de vida de los reclusos se reducía a 32 o 33 años en los *bagni* y aproximadamente a 36 años en la prisión, de modo que un condenado a galeras de 30 años tenía la misma expectativa de vida que un hombre libre de 62 o 63 años. La mortalidad entre los detenidos era impresionante, si se considera que la mayor parte de ellos eran jóvenes. WAPPÄUS observó que si se determinaba en 40 años el promedio de edad de los detenidos, un estimado verdaderamente alto, podía percibirse que su tasa de mortalidad era tres, cuatro y hasta cinco veces mayor que la de la población libre. Según ENGEL, la tasa de mortalidad anual en las prisiones prusianas de 1858 a 1863 era de 31,6 por 100, cifra que representaba la tasa de mortalidad de los hombres de 58 a 60 años entre la población libre, mientras que el promedio de edad de los prisioneros no estaba por encima de los 35 a 38 años, por lo que su índice de mortalidad normal debería haber sido de alrededor del 10 por 1000[116]. Finalmente debe también debe recordarse que muchos reclusos eran dejados libres en un estado de salud tan deplorable, que morían poco tiempo después[117].

[113] C. VON VOIT, *Die Ernährung der Gefangenen,* en HOLTZENDORFF-JAGEMANN, *op. cit.,* II, págs. 165-66.

[114] KRIEGSMANN, *op. cit.,* pág. 22.

[115] FÜSSLIN, *Einzelhaft,* págs. 251-52. Las autoridades atribuían la frecuencia de enfermedades y su acelerado desarrollo, a la excesiva masturbación.

[116] Todo esto citado en A. BÄR, *Morbidität und Mortalität in den Gefängnissen,* en HOLTZENDORFF-JAGEMANN, *op. cit.,* II, pág. 456.

[117] *Ibid.*,pág. 457.

4. La nueva actitud hacia el trabajo carcelario

Las ya pésimas condiciones de la prisión, a causa de la política deliberada de someter a los detenidos a privaciones y como resultado del constante aumento de los condenados sin el correspondiente incremento en los presupuestos, se hicieron aún más intolerables por los cambios en el sistema del trabajo carcelario. No fue necesario que surgiera un cruel tirano que trasformara las casas de corrección en lugares de tormento, sino que bastó el simple hecho de que dejaran de ser instituciones económicamente rentables. Las posibilidades de obtener ganancias, que enriquecieron a los administradores de prisiones en la época en que los hombres escaseaban y los salarios eran altos, habían desaparecido. Esto condujo a los empresarios a la bancarrota, obligándolos a abandonar la empresa; más aún, los ingresos no resultaban ni siquiera suficientes para el mantenimiento de los detenidos y el personal de vigilancia. Los Webb apreciaron correctamente el hecho de que la revolución industrial tornaba cada vez más difícil la obtención de un lucro efectivo de una masa de detenidos desmoralizada y hacinada indiscriminadamente[118]. Sir G. O. Paul afirmó en su discurso frente a una comisión de la Cámara de los Comunes en 1819, que la introducción de la máquina había destruido el valor del trabajo manual y que resultaba imposible mantener un sistema remunerativo de trabajo en las cárceles que no estuviera basado en la máquina[119]. El mismo informe manifiesta que la experiencia había determinado desde hacía largo tiempo, que era altamente difícil la producción en la cárcel con alguna perspectiva razonable de lucro o, por lo menos, sin serios riesgos de pérdidas. A pesar de que en ciertas partes del país podían existir cárceles a las cuales los empresarios hubieran porporcionado con agrado materias primas de la zona, pagando por el trabajo al recibir los artículos manufacturados, esta clase de ocupación estaba destinada a ser precaria y limitada. No habría sido prudente, por parte de aquellos que administraban las casas de corrección —o las casas para pobres—, manufacturar mercancías en grandes cantidades para venderlas en todo el país, si se tiene en cuenta entre otras razones, la incertidumbre de encontrar los mercados adecuados[120].

Sobre la base de la experiencia francesa, Lucas arriba a la conclusión general de que el sistema europeo de prisiones funcionaba conforme a la hipótesis de que el Estado no podía hacer frente a los costos

[118] Webb, *English Prisons*, pág. 89.

[119] Citado en Webb, *loc. cit.*

[120] *Ibid.*, pág. 89, nota; Lipson, *op. cit.*, III, pág. 475.

por medio de la explotación del trabajo carcelario[121]. Las casas de corrección, por ejemplo, se encontraron de pronto totalmente dependientes de los subsidios, a los cuales por supuesto, se intentó mantener al nivel más bajo posible, empleando para ello dos métodos: uno consistía en seguir con el sistema de arriendo, pero ahora no concediéndolo al empresario privado que realizaba la oferta más alta, sino a quien exigía el subsidio menor para los gastos generales y manutención de los detenidos; el otro consistía en la administración directa por parte del gobierno. Esta última forma podía ser combinada con la ocupación de militares fuera de servicio.

Analizando las condiciones de las cárceles prusianas, KROHNE observa que de este modo, con los militares retirados, se obtenía una fuente de personal de vigilancia a bajo costo[122], hecho que constituyó, al mismo tiempo, a la introducción del orden y la disciplina militar en las cárceles[123].

Con la nueva situación económica, la competencia en el mercado entre los productos elaborados en la prisión y los de los trabajadores libres, se trasformó en un serio problema, aunque verdaderamente quejas en ese sentido habían existido siempre. Durante el período mercantilista, eran las corporaciones las que ponían obstáculos al trabajo en prisión, especialmente por medio del rechazo a aceptar aprendices provenientes de la cárcel[124]. Esta oposición, sin embargo, no tuvo éxito a causa de la escasez de fuerza de trabajo y porque a menudo las mercancías producidas por los detenidos eran de calidad superior. Pero

[121] LUCAS, *Réforme des prisons,* III, pág. 304.

[122] KROHNE, *Lehrbuch*, pág. 157.

[123] KROHNE, *ibid.*, pág. 158, elogia este sistema que combina la disciplina prusiana con importantes economías, cuando afirma: "Un gran alboroto se originó a raíz del militarismo en las cárceles prusianas, pero no se puede olvidar que fue esta forma de gobierno la que logró instaurar el orden y la disciplina en las desordenadas bandas que eran llevadas a la cárcel en elevado número, y la que hizo que la administración marchara como un reloj, sin grandes preparativos particulares; todo esto, increíblemente, con un mínimo de gastos. Como los oficiales del ejército habían realizado esta labor de manera tan eficiente, se trasformó en regla y luego en ley, que solamente los hombres que hubieran estado en dicha institución podían ser administradores de las cárceles" (*ibid.*, pág. 159).

[124] Las impresiones de WAGNITZ, *op. cit.*, II, pág. 84, no dejan de tener interés con respecto a esto: "Como los productos manufacturados en las casas de corrección se veían libres de los gravámenes que, de otro modo, hubiesen tenido que soportar, habría sido deseable que se hubiera puesto atención a que la industria así favorecida no vendiese sus productos a más bajo precio en detrimento de industrias similares o fábricas privadas, formando de esta manera un monopolio, que es lo más injusto pues fácilmente origina el empobrecimiento de muchos ciudadanos, con lo cual se les incita al crimen en lugar de disuadirlos" de él.

ahora las condiciones habían cambiado y el trabajo carcelario era violentamente atacado tanto por los obreros como por los empresarios. BEAUMONT y TOCQUEVILLE pusieron de relieve las dificultades para determinar el momento exacto en que las fábricas o cualquiera otro sistema de trabajo productivo podían ser introducidos en las cárceles sin perjuicio para los ciudadanos libres[125]. Ellos afirmaban que el sistema prevaleciente en las cárceles norteamericanas, que era capaz de obtener la máxima productividad posible del trabajo de los detenidos, resultaba altamente apropiado en Estados Unidos en donde el precio de la fuerza de trabajo era elevado y donde no existía peligro alguno de perjudicar a los trabajadores libres con el trabajo carcelario. Es generalmente en interés de la nación, continúan, el que la masa de la producción se incremente de manera constante, debido a que los precios caen en proporción al aumento del volumen de la oferta, con lo cual se beneficia el consumidor. Por el contrario, en los países en que la expansión de la producción ha reducido el precio de las mercancías a su más bajo nivel, la producción no puede ser incrementada aún más, sin daño para la clase trabajadora. Se presume que el costo de la producción alcanza su nivel más bajo cuando el salario del obrero le permite obtener solamente lo indispensable para vivir. En el caso de la cárcel, el trabajo tiene como objetivo la compensación de las erogaciones realizadas y no el lucro, de modo que puede disminuirse el precio de la fuerza de trabajo sin poner en peligro la existencia de la institución. Si los precios caen, el contratista debe pagar menos por el trabajo de los reclusos y el gobierno debe pagar más para proveer a su manutención. El trabajador libre, por el contrario, puede vivir únicamente de su trabajo, y cuando el precio de las mercancías es demasiado bajo como para proporcionar ganancias, la empresa cierra. En definitiva, sostienen BEAUMONT y TOCQUEVILLE, el capital de una empresa privada es limitado, lo cual le impide soportar todas las pérdidas, mientras que el capital de una cárcel —el tesoro público— es infinito[126].

Ya hemos tenido oportunidad de observar que en las casas de correción se acostumbraba incentivar el trabajo de los reclusos, pagándoles a destajo o entregándoles una parte de las ganancias producidas, y por ello los detenidos eran sancionados solo en el caso de no cumplir con sus tareas, ya fuera por holgazanería o por falta de habilidad[127]. Ahora, sin embargo, en razón de que el empleo de los reclusos resultaba rentable, se los dejaba frecuentemente sin ninguna

[125] G. DE BEAUMONT y A. DE TOCQUEVILLE, *On the Penitentiary System in the United States and its Application in France,* trad. de Francis Lieber, Philadelphia, 1833, pág. 157.

[126] *Ibid.*, págs. 156-57.

[127] RIEDEL, *op. cit.*, págs. 78-79.

labor que realizar; lo que ponía en evidencia la totalidad del problema de los fines de la pena, cuyos aspectos disuasivos-represivos estaba asumiendo un primer plano. El camino estaba abierto para la realización del programa de los reformadores. PEARSON y MITTELSTÄDT, por ejemplo, intentaron convertir las cárceles en un medio racional y eficiente para disuadir a los potenciales delincuentes de las clases inferiores, con métodos que, sin proponerse la eliminación física de los detenidos, los marcarían para siempre con el miedo y el terror[128]. Inglaterra con su gran ejército industrial de reserva, abrió el camino, introduciendo el trabajo carcelario no como una forma de obtención de lucro, sino bajo un puro aspecto punitivo, donde los argumentos morales asumen el primer plano para su justificación. En 1821, un experimentado funcionario explicaba que el trabajo realizado con el fin de obtener ganancias, habría interferido con la disciplina y la enmienda moral, ya que, por razones de organización, el instructor hubiera tenido que reunir a los detenidos, práctica que de otro modo estaba prohibida[129].

El trabajo carcelario se trasformó en un método de tortura, y las autoridades se mostraron lo suficientemente expertas para inventar las más variadas formas: ocupaciones de carácter meramente punitivo, ejecutadas de la manera más fatigosa posible durante insoportables lapsos de tiempo[130]. Reclusos trasportando enormes piedras de un lu-

[128] Los pasajes más característicos del programa de PEARSON dicen así (citados en WEBB, *English Prisons,* págs. 160-61): "Propongo... una restricción del sueño a 7 horas. No hay nada que más ambicione un preso que ese estado de somnolencia, amodorramiento, pereza, ociosidad y fantasía, que discurre entre el sueño y la vigilia, cuando se vive, como es el caso, en un mundo de imaginación. No hay nada que pueda ser ideado mejor para afianzar en un individuo sus más perniciosas pasiones y sentimientos, que el hábito que se ha fomentado en nuestras cárceles permitiendo, si no forzando, a un hombre permanecer en un cálido lecho durante 10 horas, entre las sábanas de una caliente cama, o en un agradable cuarto de lectura. Para domesticar a los demás fieros animales nos valemos de la privación del sueño, y no existe criminal que no sienta la mayor repugnancia hacia esa monotonía de vida que lo reduce a la pequeña cuota de sueño y lo obliga a observar estrictamente las horas prescritas. Propongo... que en lugar de una blanda hamaca se le dé una dura cama. Propongo que se le alimente con la dieta cero de la cárcel, agua y un vulgar pan... Propongo que se vista con un burdo uniforme multicolor de preso; no siento simpatía por la gente que se apiada de los sentimientos de un criminal en el rechazo de un uniforme carcelario; es necesario por seguridad, es necesario para distinguirlo y, a mi juicio, es una de las exigencias de un sistema correcto de disciplina carcelaria, que el convicto sea vestido con ropa adecuada a su condición".

[129] WEBB, *ibid.,* pág. 85, quien cita a HOLFORD.

[130] C. KOCH, *Der soziale Gedanke im Strafvollzug,* en E. BUMMKE, *Deutsches Gefängniswesen,* Berlin, 1928, pág. 389.

gar a otro, para luego retornarlas a su emplazamiento original; trabajos de bombeo en los que el agua regresaba finalmente a la fuente de la que era succionada, o accionar molinos de rueda que no cumplían función alguna. Un sencillo modelo de molino de rueda, fácilmente aplicable en todas las prisiones, fue diseñado por William Cubbit alrededor de 1818 para ser empleado en la cárcel del condado de Suffolk en Bury, y cuya práctica se difundió ampliamente. El bajo costo y la simplicidad de la llamada *"stepping-mill"* o *"everlasting-staircase"* (escalera perpetua), el duro esfuerzo físico que requería y el odio que generaba en los prisioneros, recomendaron su uso en las *Quarter Sessions*. Modelos de este tipo fueron instalados en cada cárcel de reforma, donde se usaban para el molido de granos o para no moler cosa alguna, para el bombeo de agua, para producir energía, para el batido del cáñamo, para el cortado de corcho o para accionar otras máquinas[131]. Este invento no era considerado como un éxito solo por el hecho de su bajo precio y de la simplicidad con que obligaba a los detenidos a trabajar, sino por su potente efecto disuasivo sobre aquellos que hubieran pretendido utilizar la cárcel como último refugio[132].

Los prisioneros trataron desesperadamente de escapar a esta clase de penas[133]. A pesar de cierta oposición que se desarrollaba fuera de la prisión, con el argumento de que dicha máquina destruía la salud de los prisioneros representando una verdadera tortura, además del hecho de que penas de este tipo contrariaban todo intento de reforma de la personalidad del detenido[134], la opinión oficial inglesa continuó defendiendo el trabajo estrictamente punitivo, el cual siguió extendiéndose de prisión en prisión no obstante los ataques de quienes se inclinaban por un tratamiento más humanitario. Máquinas de esa clase fueron halladas inclusive en las penitenciarías coloniales de Hobart y Sidney[135].

Estos acontecimientos atrajeron la atención también fuera de Inglaterra. Un autor alemán insiste en la necesidad de aplicar penas humillantes; si las penas corporales son abolidas, argumentaba, debe encontrarse un sustituto tal como "la escalera perpetua", cuyo carácter humillante

[131] WEBB, *English Prisons,* pág. 97.

[132] *Ibid.*, págs. 98-99.

[133] WEBB, *ibid.*, pág. 149, describe los diferentes métodos utilizados por los reclusos para escapar a la "escalera perpetua". La administración castigaba con azotes a los que se autoinfligían daños; cfr. IVES, *op. cit.*, pág. 208.

[134] WEBB, *ibid.*, págs. 98-99 y 147.

[135] *Ibid.*, págs. 149-50. Sobre los métodos aplicados en las penitenciarías coloniales, ver FORSYTH, *op. cit.*, pág. 74, nota.

será comprendido rápidamente por los detenidos[136]. MITTELSTÄDT acoge con satisfacción estos cambios, ya que indican claramente que la realización del principio de justicia exigía que las penas detentivas constituyeran algo más que la mera privación de libertad y que, por lo tanto, deberían contener cierta cantidad de dolor y privaciones[137]. La práctica penal alemana adoptó esta concepción hasta mediados del siglo XIX. Jueces y legisladores se mostraban indeferentes ante las condiciones imperantes en la prisión y no se preocupaban por distinguir las diversas escalas en la graduación de la pena de detención o por fijar su duración conforme a principios definidos. Se daban por satisfechos suponiendo que el hambre, los azotes y el trabajo duro producirían sus efectos, de modo que ninguno, por más pobre y miserable que fuese su condición, dejaría de hacer todo lo que estuviera a su alcance para permanecer fuera de los muros de la cárcel. La posibilidad de que la pena de prisión pudiera perder sus efectos intimidatorios, se encontraba más allá del campo del pensamiento racional[138].

[136] ROSSHIRT, *op. cit.*, III, pág. 226.

[137] MITTELSTÄDT, *op. cit.*, págs. 36-37.

[138] *Ibid.*, págs. 9-10.

VII

ABOLICIÓN DE LA PENA DE DEPORTACIÓN

1. La deportación hacia Australia

Cuando la revolución de 1776 termina con la deportación de condenados hacia Norteamérica, el ya maltrecho sistema inglés de prisiones se muestra incapaz de afrontar la nueva situación[1]; en particular a causa de la imposibilidad de dar cabida a los miles de presidiarios que anteriormente eran embarcados hacia América cada año[2]. El gobierno inglés se lanzó entonces a la búsqueda de una nueva solución, y en 1776 fue aprobada una ley que remplazó temporariamente la deportación por trabajos forzados de utilidad pública. Los reclusos fueron ocupados en la extracción de arena, tierra y grava de las riberas del Támesis, por períodos que oscilaban entre los tres y los diez años (a las mujeres y a los hombres enfermos se les permitía cumplir con el trabajo forzado en el condado donde eran sentenciados). Pero la Cámara de los Comunes no estaba satisfecha con el trabajo de los *hulks* (nombre de las embarcaciones donde los detenidos eran alojados), por lo que en 1778 se formó una comisión con la tarea de investigar la efectividad de las nuevas leyes. Duncan Campbell, antiguo contratista encargado del trasporte de los condenados hacia América y ahora inspector de las tareas realizadas por los reclusos en el Támesis, informó que de 632 hombres recibidos entre agosto de 1776 y marzo de 1778, 176 habían muerto, 24 escapado y 60 habían sido perdonados[3]. En 1779, una segunda comisión encontró mejoras considerables pero no una solución totalmente satisfactoria y definitiva del problema. Howard visitó esos barcos en varias ocasiones y condenó como destructiva para la moral, la promiscuidad en que se mantenía a un número tan elevado de delincuentes[4]. Los nuevos proyectos de deportación surgidos, debieron enfrentarse a la oposición de aquellos que temían una peligrosa reducción de la población del país. Las Indias orientales y

[1] Ver más arriba, pág. 67.

[2] O'Brien, *op. cit.*, pág. 129.

[3] *Ibid.*, págs. 132-34.

[4] Howard, *op. cit.*, pág. 465.

occidentales, las islas Malvinas y los territorios americanos que aún pertenecían a la corona británica, fueron considerados como posilibidades; Australia fue mencionada por primera vez, solo en el debate de la Cámara de los Comunes del 5 de febrero del 1779[5], sugerencia que, sin embargo, fue desatendida en el momento. Un intento de embarcar un grupo de condenados hacia América en 1783 fracasó miserablemente, al tiempo que resultaba manifiesto que los *hulks*, concebidos originalmente como la primera etapa de la pena de deportación, se habían convertido en un reservorio de criminales que empeoraban aún más la situación. Además no existía ninguna posibilidad en lo inmediato, de construir las nuevas prisiones ideadas por los reformadores[6].

Todas estas dificultades, sumadas a la mala situación económica, condujeron a una grave crisis de la administración de la justicia penal hacia los años 80. Los *Thoughts on Executive Justice* de MADAN de 1785 y la *Moral and Political Philosophy* de PALEY, también de 1785, insistían en la necesidad de una aplicación estricta e imparcial de la ley[7], censurando el constante incremento de las amnistías y conmutaciones que debilitaban el conjunto de la estructura legal. En 1786, la ciudad de Londres envía una petición al rey solicitando "un rápido y adecuado cumplimiento de la pena capital y la deportación", lo cual fue concedido por el gobierno de Pitt. Para instrumentar dicha medida fue escogida la bahía de Botany en Australia, encomendándose a las autoridades competentes el trasporte de 750 reclusos, por lo que el gobernador Philipp zarpó con el primer contingente el 3 de mayo de 1787[8]. Como a los contratistas se les pagaba según el número de prisioneros embarcados y no conforme a los que arribaban a destino, la tasa de mortalidad durante el viaje era extremadamente alta, muy en particular en el segundo de los contingentes enviados[9].

En Australia, las condiciones de los deportados fueron pésimas el primer año, y, por consiguiente, la tasa de mortalidad resultó elevada. Todos los alimentos provenían de Inglaterra, y los contratistas preferían transportar mercaderías costosas, para su venta entre los oficiales y colonos libres, antes que los artículos económicos de consumo masivo proporcionados por el gobierno[10]. Los reclusos eran ocupados en trabajos

[5] O'BRIEN, *op. cit.*, págs. 161-62.

[6] *Ibid.*, pág. 165.

[7] M. MADAN, *Thoughts on Executive Justice,* London, 1785; W. PALEY, *The Principles of Moral and Political Philosophy,* London, 1785. Ver PHILLIPSON, *op. cit.*, pág. 245; J. A. FARRER, *Crimes and Punishments,* London, 1880.

[8] O'BRIEN, *op. cit.*, págs. 178-79.

[9] *Ibid.*, pág. 248.

[10] *Ibid.*, pág. 253.

de obras públicas, como deforestaciones, construcciones de barracas y caminos, o eran asignados a los colonos, quienes les debían proporcionar alimentación y ropas. Cuando finalizaba la jornada reglamentaria de labores, se permitía a los reclusos ofrecerse a los empresarios privados, y considerando la escasez de fuerza de trabajo, los progresos obtenidos en la agricultura pueden ser atribuidos ampliamente al trabajo obligatorio y voluntario de los deportados[11]. Un acta de 1790 otorgó al gobernador la facultad de suspender anticipadamente las sentencias en casos de buen comportamiento; otras formas de clemencia surgieron en los años posteriores, como la posibilidad de retornar al país y el perdón condicional. Por último, el gobernador Philipp comenzó a entregar gratuitamente tierras a los condenados dejados en libertad y a conceder préstamos por períodos determinados, bajo forma de herramientas, semillas y alimentos.

La partida de Philipp en 1792, provocó un período de agitación social en la pujante colonia. Si bien la escasez de alimentos fue aminorando con el aumento del área sembrada y se redujo la dependencia de los envíos provenientes de Inglaterra, una casta militar había ganado fuerza y utilizaba el poder para enriquecerse. Dicha casta logró obtener del gobierno la entrega del dinero para el mantenimiento de los prisioneros que se les asignaba, así como la venta a los almacenes del Estado de las mercancías elaboradas por los detenidos, además de monopolizar y controlar el comercio de bebidas alcohólicas. Otra característica de la nueva situación era el hecho de que al ser demasiado elevado el número de los reclusos entregados en arriendo a la iniciativa privada, cesó la ejecución de obras públicas. Este gobierno militar, que resultó desastroso para miles de deportados dependientes de la asistencia directa del gobierno, constituyó, sin embargo, un estímulo para la empresa privada[12]. Aunque muchos de los reclusos liberados fracasaron en su propósito de aprovechar las posibilidades existentes —el monopolio militar del alcohol y la escasez de mujeres resultaban ideales para intentar un rápido enriquecimiento[13]—, el testimonio de Hunter ante una comisión especial en 1812 realza correctamente el hecho de que "muchos de los deportados se habían convertido en colonos en esas tierras y eran respetados tanto como aquellos que se habían instalado voluntariamente"[14]. Más aún, el gobierno reaccionario de Pitt había

[11] *Ibid.*, pág. 261.

[12] *Ibid.*, págs. 294-300.

[13] De los 7.035 convictos que llegaron entre 1787 y 1800, solo 1.440 eran mujeres, ver *ibid.*, pág. 384, y FORSYTH, *op. cit.*, pág. 105.

[14] O'BRIEN, *op. cit.*, pág. 328. Cita otros testimonios del mismo tipo.

embarcado numerosos prisioneros políticos hacia Australia, los que a menudo ocupaban en la colonia puestos de responsabilidad como funcionarios públicos, médicos, maestros y hombres de empresa.

Alrededor de 1800, la colonia superó su peor período. La Nueva Gales del Sur tenía una población cercana a los cinco mil habitantes y el área cultivada había crecido considerablemente[15]. A pesar de que un buen número de los expresidiarios no eran de gran beneficio para la comunidad y de que muchos de los condenados habían abandonado la colonia luego de la expiración de su condena, la cifra de los rehabilitados satisfactoriamente, prueba que el experimento no constituyó un fracaso total. De esta manera muchos de los que se habían visto envueltos en conflictos con la ley en Inglaterra, tuvieron la ocasión de rehacer su vida al ser enviados a Australia. La política liberal de entrega gratuita de tierras seguida hasta 1830, permitió a los reclusos convertirse en colonos tan pronto como finalizaba el tiempo de su condena. Aun a aquel que no poseía un oficio se les presentaban buenas perspectivas, pudiendo ocupar, hasta sin título de propiedad, un pedazo de tierra y trasformarse en un humilde aunque respetado agricultor, esto siempre y cuando que no tuviera la desgracia de caer en las manos de un propietario despiadado cuyos maltratos, si no le costaban la vida, lo reducían a una situación similar a la esclavitud. Las perspectivas de un recluso que poseyera un oficio o profesión eran por supuesto muy superiores, ya que quien conocía un oficio era siempre bien pagado y su comienzo como dependiente constituía a menudo un camino para convertirse en socio del empleador. Las perspectivas reales de progreso y el despertar de los sentimientos independentistas, hicieron que los expresidiarios se trasformaran en una gran fuerza moral en el país. Cada exrecluso con voluntad de trabajar encontraba en la Nueva Gales del Sur una ocupación, aun si carecía de habilidades especiales, lo cual resultaba totalmente imposible en Inglaterra.

Hombres como HOWARD, quien había pronosticado el fracaso del nuevo sistema de deportaciones, fueron desmentidos en el curso de cincuenta años, mientras otros que se habían adherido con entusiasmo a la experiencia, preferían ignorar los aspectos más oscuros de los comienzos de la sociedad colonial en Australia. Lo que resulta de todos modos irrefutable es que las oportunidades de aquellos reclusos que habían logrado sobrevivir a los riesgos que implicaba su transporte y a los maltratos ocasionalmente infligidos por empresarios privados o inspectores de trabajos públicos, eran muy superiores a las existentes en su país de origen[16].

[15] *Ibid.*, pág. 336.

[16] Ver, HOLTZENDORFF, *Deportation,* pág. 276. Ver también IVES, op. cit., págs. 146-47, quien sostiene que la deportación fue, en cierta medida, el método más adecuado para manejar a los grandes criminales. Método que permitió a un ejército de cien mil prisioneros, una saludable oportunidad de reales posibilidades de rehabilitación. En lugar de ser empleados en la instalación de nuevas prisiones y casas de trabajo, estos individuos establecieron nuevos países y desarrollaron un continente.

Inglaterra estaba al comienzo muy ocupada en la guerra con las colonias americanas y en los conflictos europeos, como para prestar atención a lo que sucedía en Australia. Pero posteriormente la gente comenzó a interesarse en los territorios de la Nueva Gales del Sur en razón de que su riqueza creciente y prosperidad significaban oportunidades tanto para inversionistas de capital como para nuevos colonos. El resultado fue una gran trasformación en la estructura de la población colonial. De un total de 23.939 habitantes en 1820, 1.307 eran colonos libres y solo 1.495 habían nacido en la colonia[17]. En 1828 había 36.598 habitantes, de los cuales, 4.673 eran inmigrantes libres y 8.727 eran nativos[18]. La proporción continuó invirtiéndose aún más rápidamente: en 1835 arribaron 1.300 inmigrantes y 18.581 en 1841, superando así largamente el número de los deportados[19]. Una minoría de los colonos libres, funcionarios públicos, grandes propietarios de tierras, hombres de negocios y la casta militar desarrollaron rápidamente un sentimiento aristocrático, percibiéndose como la "buena sociedad" y considerando degradante ser confundidos con la gente "marcada por el crimen"[20]. En oposición a esta "aristocracia", la *Australian Patriotic Association* fundada por la vieja aristocracia, se opuso en primer término a la inmigración de nuevos colonos, los cuales amenazaban con destruir su situación de privilegio, mientras que veía con agrado el sistema de deportación, por el hecho de que significaba una fuente de mano de obra barata. La razón principal para introducir la subasta de tierras fijando un precio mínimo, patrocinada en 1831 por Wakefield y que venía a sustituir la concesión gratuita de tierras, fue el modo de evitar que los trabajadores dependientes pudieran convertirse de inmediato en propietarios rurales. Wakefield criticó duramente los métodos de colonización prevalecientes a causa de que en la Nueva Gales del Sur, a diferencia de Inglaterra, resultaba imposible encontrar trabajadores para las grandes haciendas. La razón, afirmó Wakefield, era que las clases inferiores que en Inglaterra debían buscar un empleo en relación de dependencia, podían trasformarse en propietarias en Australia, y

[17] Los datos han sido tomados de *Cambridge History of the British Empire*, VII, 1, Cambridge, 1933, pág. 115.

[18] *Ibid.*, pág. 198.

[19] *Ibid.*, pág. 169.

[20] IVES, *op. cit.*, págs. 140-42. El gobernador Macquarie hizo todo lo posible por suprimir esta tendencia, pues quería proteger a los convictos de todo estigma social y así ayudarlos a mejorar, considerando este sentimiento de degradación como una humillación inclusive mayor que los trabajos forzados realizados durante la sentencia. Pero encontró fuerte oposición por parte de otros oficiales y solo recibió moderada ayuda del comité de la Cámara de los Comunes que investigaba el sistema de deportación en 1812.

añadía que resultaba una desgracia que individuos que habían arribado a la colonia como artesanos pudieran convertirse en pequeños propietarios rurales y que los salarios tuvieran un precio tan alto mientras que el costo de la tierra era irrisorio. Su propuesta consistía en trasformar a Australia en un país aristocrático, para lo cual, masas de individuos no propietarios deberían ser enviadas desde Inglaterra con el fin de trabajar en beneficio de la colonia, destinándose parte del producto de la venta de tierras de la Corona a financiar el transporte de los inmigrantes más pobres[21].

Con los nuevos acontecimientos, la situación de los exdeportados sufrió profundos cambios. Si antes habían tenido la oportunidad de trasformarse en agricultores independientes y aprender los principios del comercio durante el tiempo de cumplimiento de sus condenas, ahora la tierra dejaba de ser libre desapareciendo así las posibilidades de su adquisición, por lo que además grandes extensiones permanecieron durante mucho tiempo sin cultivar. Uno de los fines de la nueva política era el de proveer a los terratenientes de la fuerza de trabajo necesaria. De este modo, muchos exdeportados que habían perdido las esperanzas de convertirse en colonos libres, comenzaron a emigrar del campo a la ciudad, donde resultaba más fácil encontrar una ocupación menos esforzada y mejor remunerada[22]. En otras palabras, retornaron a la categoría de clase obrera de la cual la mayoría de ellos provenía. Los nuevos inmigrantes libres se vieron obligados a desplazar a la fuerza de trabajo barata de los detenidos y exdeportados, como única forma de mantener altos sus salarios. Por eso se sumaron a las demandas que clamaban por la abolición de la deportación, demandas a las que se oponían tanto los exdeportados como los "exclusives" (antiguos colonos), que, por ser empresarios, lucraban con el trabajo a bajo costo de los detenidos. El flujo constante de inmigrantes libres, deseosos de mantener un alto nivel de vida, trazó nítidamente el perfil de los próximos acontecimientos. Luego de extensos debates parlamentarios, la deportación hacia la Nueva Gales del Sur fue suprimida en 1840[23].

[21] R. C. MILLS, *The Colonization of Australia (1829-42)*, London, 1915, cap. VII, *Cambridge History*, págs. 213-18. Obsérvese la crítica tajante a la política de Wakefield, en MARX, *Capital*, trad. rev. por E. Untermann, Chicago, 1906, I, cap. XXV.

[22] HOLTZENDORFF, *Deportation*, pág. 293.

[23] Los debates parlamentarios revelan todos aquellos puntos de la política de deportación que a los ojos de las clases dominantes, tanto inglesas como coloniales, requerían un cambio fundamental. Los argumentos expuestos se pueden encontrar en los discursos de Molesworth y lord John Russell, ante la Cámara de los Comunes del 5 de mayo de 1840. *Hansard*, LIII, 1235-79 y 1279-91, respectivamente.

El desarrollo de Van Diemen, el más importante de los distritos australianos dedicados a la deportación, después de la Nueva Gales del Sur, fue escenario de conflictos altamente representativos de la situación general[24]. El gobernador Arthur (1824-36) realizó denodados esfuerzos por mantener el carácter de colonia penal de dicho territorio e introdujo desde el comienzo de su mandato un estricto sistema jerárquico para que los reclusos permanecieran separados de los colonos libres. Su perfecta organización policial, la explotación ilimitada y sojuzgamiento de los detenidos, así como el intento de controlar al conjunto de la población libre por medio de presiones económicas, lo llevaron a considerar a los colonos libres como "cuasiprisioneros a los que debía inculcarse coercitivamente el sentido de la eficiencia"[25]. El sistema de Arthur fue severamente criticado por sus contemporáneos y aun los informes oficiales dan testimonio de la crueldad de sus métodos[26]. En este territorio, como en la Nueva Gales del Sur, la ventaja más importante de que gozaban los colonos, residía en la posibilidad de que se les asignara deportados, y por ello la desproporción entre la oferta y la demanda de fuerza de trabajo le otorgaba a Arthur un excelente medio de presión sobre los colonos[27]. En segundo lugar, mientras los costos fueron soportados por Inglaterra, lo que ocurrió hasta 1840, la colonia penal constituía un mercado comprador abastecido por los colonos. Fue a causa de esta connivencia de intereses que cuando en 1835 se presentó una petición solicitando a las autoridades inglesas "eliminar de la colonia de Van Diemen la degradación y otros males innombrables a la que la misma está sujeta en su carácter de colonia penal", el gobernador Arthur pudo, sin demasiadas complicaciones, contestar que la petición había sido tramada por una asamblea "enteramente compuesta por residentes de Hobart Town, que pertenecían a la clase menos dependiente del trabajo de los deportados"[28]. Arthur logró inclusive impedir parcialmente el traslado de individuos libres hacia las ciudades (contrariamente a lo que sucedía en la Nueva Gales del Sur), porque comprendió que esto constituía una amenaza contra la propia existencia de la colonia penal. Apelando, para bloquear la inmigración interna, a

[24] De los 160.663 convictos embarcados para Australia entre 1787 y 1868, 83.290 fueron enviados a la Nueva Gales del Sur, 67.655 a Van Diemen y 9.718 a Australia occidental; FORSYTH, *op. cit.*, pág. 99.

[25] *Ibid.*, pág. 110.

[26] Ver pág. 31 del *Informe* del coronel JEBB, mencionado anteriormente en el cap. VII, nota 67.

[27] En 1835, por ejemplo, había 3.130 solicitudes de trabajo para convictos, y fueron asignadas 2.740; FORSYTH, *op. cit.*, pág. 105.

[28] *Ibid.*, pág. 126.

la libre entrega de las tierras disponibles, hasta el punto de que se llegó a carecer de los terrenos suficientes con cuya venta se pensaba financiar posteriores inmigraciones[29].

En la época en que comenzó la práctica de la deportación hacia Australia, la clase obrera inglesa se encontraba en una situación comparativamente superior a la que prevalecía en la colonia. Con el paso del tiempo, sin embargo, las condiciones empeoraron hasta alcanzar un nivel de extrema miseria hacia el fin de las guerras napoleónicas. Durante los primeros tiempos de las deportaciones, el largo y tedioso viaje con destino desconocido y la perspectiva de un exilio perpetuo eran considerados en sí mismos como severas penas, particularmente por los reclusos de origen campesino, para quienes, según la experiencia lo demostró, el trasplante a un ambiente distinto constituía un horror adicional. Pero la expectativa del exilio perdió mucho de su terror original tan pronto como los viajes comenzaron a sucederse y las clases pobres o "criminales" como eran llamadas, a contar con amigos y parientes en las colonias.

"Let us haste away to Botany Bay,
Where there is plenty and nothing to pay"*[30].

Esta estrofa permite observar una nueva actitud muy fácil de comprender: un trabajador libre en Inglaterra se enfrentaba con dificultades casi insuperables, aun en los distritos más industrializados, cuando intentaba encontrar el más simple trabajo manual; esto no sucedía en Australia, donde las condiciones eran decididamente más favorables[31].

Las instrucciones dadas por el gobierno al comisionado Bigge en 1819, revelan ya el temor oficial de que los efectos disuasivos de

[29] *Ibid.*, pág. 127. En el primer trimestre de 1836, los gastos coloniales de inmigración en Nueva Gales del Sur fueron de 5.676 libras, y en Van Diemen, solo de 739 libras. En 1835, las cifras eran de 10.400 libras y 5.561 libras, respectivamente. Ver *ibid.*, pág. 121; MILLS, *op. cit.*, págs. 196-97.

* A la bahía de Botany déjennos zarpar,
donde hay abundancia y nada que pagar. (N. del T.).

[30] FORSYTH, *op. cit.*, pág. 138.

[31] Nótese el énfasis puesto por el arzobispo de Dublin frente al problema de la desigualdad de condiciones entre los trabajadores libres y la población deportada, en el debate de la Cámara de los Lores del 19 de mayo de 1840 (*Hansard,* LIV, 253-54). HOLTZENDORFF escribe en 1859 refiriéndose expresamente a estas diferencias entre las clases bajas de las colonias y las de la propia nación. Su conclusión, quizás exagerada, consiste en afirmar que los deportados gozaban de una existencia mejor que la de un trabajador libre en Inglaterra; que el deportado tenía mejor comida, mejor ropa, una jornada de trabajo más corta y seguridad económica. (*Deportation,* págs. 599-600).

la deportación estaban desapareciendo[32]. En comunicaciones enviadas por el secretario de colonias, Bathurst, al gobernador Arthur el 31 de marzo y el 23 de abril de 1826, pueden leerse las siguientes recomendaciones destinadas a aumentar la severidad de la disciplina (recomendaciones realmente innecesarias para un hombre de las características de Arthur): "Resulta verdaderamente esencial para los fines de la justicia, que sean empleados todos los medios a fin de mantener en la mente de los criminales, el miedo saludable a la deportación existente en los comienzos... Toda medida, dentro de los poderes legales con los que usted está investido, deberá ser llevada a cabo para la obtención de la más estricta disciplina"[33].

No obstante que el gobernador Arthur opinaba que las "clases criminales" debían ser informadas oficialmente del destino real que aguardaba a los deportados, resultaba bastante difícil convencer a las clases inferiores de que la Nueva Gales del Sur y Van Diemen no eran la tierra prometida que se imaginaban, dificultad que aumentaba por los "relatos entusiastas" de los exreclusos, como lo informa una comisión en 1838[34]. Aun el sistema de terror y disciplina extrema impuestos por Arthur, atenuado por las necesidades económicas de la colonia, tuvo poco éxito en eliminar el atractivo de la deportación, en vista de las condiciones miserables de las clases inferiores en Inglaterra.

Intereses específicos y concretos, y no abstractos sentimientos de justicia, hicieron evidente que existía una falsa proporción entre los delitos y la pena y que, por consiguiente, la deportación estaba desprovista de todo efecto disuasivo real sobre el crimen. Los mismos factores

[32] FORSYTH, *op. cit.*, págs. 134-35, cita algunos pasajes de estas instrucciones. Si estaba establecido que la deportación era una pena reservada para los crímenes más deplorables, debía hacerse de ella un castigo severo y un objeto de terror real para todas las clases de la comunidad, a fin de lograr el gran objetivo de la pena, la prevención del crimen por la disuasión. Que el destierro no había cumplido este efecto disuasivo, quedó demostrado por el hecho de las numerosas solicitudes por parte de individuos sentenciados a cárcel por transgresiones leves, que pedían ser deportados. Las instrucciones dadas insistían en que este estado de cosas debía cesar.

[33] *Ibid.*, pág. 135.

[34] *Ibid.*, pág. 150. En gran medida, el mismo Arthur acepta la opinión expresada en el informe de la comisión, como puede apreciarse en su correspondencia y en su testimonio ante el comité (*ibid.*, pág. 137). BEAUMONT y TOCQUEVILLE (*op. cit.*, págs. 242-43) compartían también la opinión de que la pena de deportación no intimidaba a ninguno, y aun cuando a veces su efecto fue el de hacer ciudadanos útiles y respetables a individuos rechazados en su país de origen, muy a menudo condujo a hombres que la amenaza de una pena severa hubiera constreñido a llevar una vida regular en Inglaterra, a violar la ley porque el destierro, más que atemorizarles, les atraía, y para muchos el ser deportados no significaba nada más que emigrar a Australia a expensas del gobierno.

responsables de las trasformaciones en la administración de las casas de corrección, pesaron también considerablemente en la actitud negativa que se desarrolló frente a la deportación. Ya en 1833, la comisión creada para atender las demandas de abolición de la deportación, propuso la supresión de dicha pena. El presidente de la comisión, Molesworth, se dirigió a los miembros de esta en los siguientes términos: el sistema de deportaciones es "ineficiente, cruel, desmoralizante, absurdo y perverso"[35]. RUSSEL agregó luego una referencia especial al argumento de que el grado de culpabilidad no era suficientemente considerado en el tratamiento de los reclusos, y que en su opinión esto constituía un resultado de la confusión entre la cuestión económica colonial y el problema de la justicia[36]. La sociedad colonial, por su parte, entregaba los elementos para una apreciación de este tipo, ya que trataba a los reclusos según su capacidad para el trabajo y características personales, y no conforme al delito cometido. En otras palabras, la posibilidad de usar su fuerza de trabajo determinaba el valor y la suerte de los reclusos, exactamente como en el caso de la política criminal del mercantilismo.

Las continuas objeciones que se producían en Inglaterra y en Australia, empujaron a la comisión encargada a decidir la abolición del sistema de deportación. Su informe final, sin embargo, hace mayor hincapié en los pobres resultados obtenidos en la reeducación de los reclusos, antes que en la ineficacia de sus efectos disuasivos. El fracaso en la "reeducación" de los reclusos se debía, según palabras del informe, a los defectos de un sistema que producía una clase campesina "desprovista de los sentimientos o afectos domésticos, sin mujeres, niños o casas, menos apegados a la tierra que inclusive los esclavos negros de una plantación"[37]. En verdad, esta constituía una clase campesina que vivía bajo una condición de virtual esclavitud.

Más allá de lo que hemos podido apreciar hasta aquí, si se toma en cuenta, además, que los objetivos de reeducación eran menos importantes que los intereses de los colonos libres y aun menos importantes que los intereses reales o supuestos de la política criminal de la clase dirigente inglesa, puede comprenderse que se recomendara el desarrollo de nuevos procedimientos. Procedimientos que debían simultáneamente reforzar los efectos disuasivos de la pena, sin perjudicar los intereses de los colonos. Esta nueva política que la comisión consideró como la más económica y adecuada, consistía en un sistema gradual que

[35] Ver los comentarios expuestos más arriba, nota 23; esta cita aparece en pág. 1285; ver, también, FORSYTH, *op. cit.*, pág. 161.

[36] Ver *Ibid.*, págs. 152-53.

[37] *Ibid.*, págs. 162 y 165.

incluía el aislamiento celular en una prisión inglesa, el trabajo forzado en puertos y otros lugares designados al efecto, y, por último, la deportación hacia Australia[38]. Este sistema poseía la ventaja de destruir el sueño de las clases inferiores, de trasporte gratis hacia una tierra en la que no existía la desocupación, al mismo tiempo que satisfacía parcialmente el deseo de los colonos de ver suprimida la deportación. De este modo, la vida de los reclusos resultó otra vez inferior a la de los trabajadores libres más pobres de Inglaterra.

A pesar del escaso incremento de la población libre —el porcentaje de los reclusos era del 46,8% en 1824, 41,6% en 1830 y 39,6% en 1838[39]—, Van Diemen habría conservado su carácter de colonia penal si el gobierno inglés no hubiera alterado radicalmente su política en 1840. El sistema de asignación de reclusos a los empresarios privados fue suprimido, no obstante lo cual el número de los deportados aumentó cuando en la Nueva Gales del Sur se decidió impedir totalmente su entrada. La misma reforma convirtió a la colonia penal de Van Diemen en autosuficiente, al decidirse que los reclusos deberían atender a su propia manutención[40]. Estos dos cambios: la disminución de la fuerza de trabajo barata y el deterioro del mercado, eliminaron el interés de los propietarios de tierras en mantener el carácter penal de la colonia. El resultado fue el mismo que el que ya se había producido en la Nueva Gales del Sur, retirándose el apoyo financiero estatal, lo que significó un fortalecimiento de la posición de los trabajadores libres. Las protestas contra la deportación crecieron de tal modo, que en 1852 el sistema fue definitivamente suprimido[41]. Una nueva y última alternativa para reclusos que se encontraban en la etapa de ser deportados, fue encontrada en la Australia occidental, área que literalmente rogaba por la importación de fuerza de trabajo de este tipo y hacia donde, entre 1850 y 1868, se enviaron 9.178 reclusos[42].

[38] Ver la descripción de este sistema, en JEBB, *op. cit.*, pág. 48, y L. W. FOX, *The Modern English Prison*, London, 1936, págs. 13-14.

[39] FORSYTH, *op. cit.*, pág. 103.

[40] *Ibid.*, pág. 129.

[41] *Ibid.*, pág. 167.

[42] Una petición presentada al secretario colonial Grey expresa: "Puesto que las solicitudes que usted recibe están actualmente sufriendo grandes inconvenientes y pérdidas a causa de la falta de trabajo, y como se vislumbran pocas posibilidades acerca de que un número suficiente de emigrantes libres sea enviado a esta parte de la colonia, le ruego respetuosamente que permita que los deportados que están en posesión de la opción de embarco puedan ser enviados a Moreton Bay". Citado en JEBB, *op. cit.*, págs. 38-39; documentos similares pueden encontrarse en *ibid.*, págs. 42-44. Las estadísticas están presentadas en FORSYTH, *op. cit.*, pág. 99.

La historia de la política de deportaciones inglesa ofrece la posibilidad de apreciar claramente los efectos de los cambios sociales y las condiciones económicas sobre la política criminal. El punto de partida fue la imposibilidad de alojar en las prisiones disponibles el número creciente de condenados, en una época en que el mercado de trabajo se encontraba saturado. En vista de que los delincuentes no debían ser ejecutados —una política que hubiera resultado opuesta tanto a las teorías poblacionistas prevalecientes como a los principios humanitarios que posteriormente se desarrollaron—, la única forma de desembarazarse de ellos consistía expulsarlos del país. Durante cierto tiempo esta solución coincidió con la necesidad de fuerza de trabajo en las colonias, pero la experiencia americana había demostrado ya cuáles eran los límites de absorción de la fuerza de trabajo de los condenados. Resulta claro que el desarrollo del sistema económico colonial se adelantó a las motivaciones de índole política que finalmente condujeron a la supresión de la deportación. Los casos de la Nueva Gales del Sur y Van Diemen permiten comprender que si bien el trabajo forzado, sumado a la asistencia financiera inglesa, sentaron las bases para el desarrollo posterior, la fuerza de trabajo de los condenados no pudo competir con la de los trabajadores libres en el momento en que esta última comenzó a adquirir porporciones considerables.

MICHAUD, un oficial del Departamento Colonial francés en la segunda mitad del siglo XIX, explica correctamente este fenómeno cuando afirma que la deportación cumplió el mismo papel que los pioneros en los países inexplorados. Sin embargo, habría sido contraproducente permitir la deportación hacia sociedades ya organizadas o aislar completamente a los reclusos; la deportación requería de una sociedad en desarrollo acuciada por el hambre de fuerza de trabajo. Solo una sociedad con estas características permite la rehabilitación, porque la necesidad opaca a los perjuicios; pero también es cierto que cuando la nueva sociedad se estabiliza y da origen a sus propias leyes, comenzará por rechazar la práctica de la deportación. MICHAUD concluye con un intento de formular una filosofía social de la justicia retributiva, tomando como base los hechos más brutales del desarrollo económico: la función de la deportación consiste en hacer pagar al delincuente los perjuicios de su crimen, convirtiéndolo en un pionero forzado de los países a conquistar[43].

[43] E. H. MICHAUD, *La question des peines*, 2ª ed., Paris, 1875, págs. 8-9. MICHAUD fue siguiendo las observaciones de lord Mahon en el debate de la Cámara de los Comunes del 5 de mayo de 1840. (*Hansard*, LIII, pág. 1295).

2. La práctica de la deportación en otros países

El particular desarrollo económico de las colonias francesas determinó que la deportación fuera empleada por un espacio de tiempo muy limitado. En los siglos XVII y XVIII, Francia realizó intentos esporádicos de trasplantar parte de su población criminal a lo largo de la frontera con las colonias inglesas. Decretos reales del 8 de enero de 1701, 12 de marzo de 1719 y 10 de marzo de 1720 autorizaron dicha práctica, y unos pocos deportados (ahora solo recordados a causa de *Manon Lescaut*) fueron embarcados hacia Nueva Orleáns[44]. Estos esfuerzos fueron pronto abandonados, por las mismas razones que ya hemos tenido oportunidad de observar en la experiencia inglesa, razones que además aparecen claramente expresadas en el decreto de 1722 que abolió la deportación: "Las colonias están actualmente habitadas por familias, mucho más apropiadas para el comercio con los nativos del país, que esa clase de individuos portadores de perjuicios, indolencia e inmoralidad"[45].

Luego de esta experiencia, la pena de deportación se limitó a ser un instrumento de la política criminal francesa, en la que la cuestión colonial tuvo un papel meramente secundario. La deportación fue reintroducida como consecuencia de las terribles condiciones prevalecientes en los *bagni* de Tolón y Marsella, donde los peores delincuentes habían sido recluidos después de la abolición de la pena de galeras. De entre ellos, solo quienes eran arrendados a fabricantes y artesanos, tenían un nivel de vida tolerable; el resto, obligados a trabajar en los arsenales y los puertos, llevaban una existencia miserable. La corrupción era la regla; el nivel moral extremadamente bajo y los costos, una pesada carga para el gobierno[46]. La situación condujo al restablecimiento de la pena de deportación en 1791, medida que resultó, sin embargo, inaplicable a causa de la destrucción de la flota. La deportación hacia la Guayana francesa comenzó solo en 1854.

Los comentarios de HOLTZENDORFF sobre las colonias de la Guayana, generalmente considerados como fidedignos y aceptados inclusive por las autoridades francesas, afirman que bajo las condiciones imperantes resultaba imposible hablar de un sistema o plan para la utilización de la fuerza de trabajo de los detenidos, porque los únicos que tenían un trabajo regular eran los médicos en los hospitales y no los reclusos

[44] PAULTRE, *op. cit.*, pág. 319.

[45] Decreto del 5 de julio de 1722, citado *ibid.*, pág. 324.

[46] DUVIVAL JEUNE, *Galérien,* pág. 445. Ver, también, G. VIDAL y J. MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire,* 8ª ed., Paris, 1935, pág. 569.

en la prisión[47]. La deportación hacia ese territorio, con condiciones climáticas intolerables para los europeos, cumplía el único propósito de hacer desaparecer de Francia a los individuos considerados como un peligro para la sociedad. Objetivo que se llevó a cabo hasta sus últimas consecuencias; una ley del 31 de marzo de 1854 establecía la obligación de los exreclusos, de permanecer en la colonia por un lapso de tiempo adicional, equivalente al de la duración de la condena (*doublage*). Esta medida tuvo éxito en lograr que la tasa del 90% de reincidencia existente entre los deportados (*forçats*) antes de 1854, se redujera al 11% (el sistema de *doublage* significaba que los reclusos permanecían prácticamente toda su vida en la colonia)[48]. Pero más allá de sus efectos eliminatorios, la deportación hacia la Guayana no trajo consigo otros beneficios. No existía ninguna ilusión sobre un posible aporte de los condenados en las tareas de colonización; la eficiencia laboral era prácticamente nula, y además se carecía totalmente de oportunidades de trabajo después del cumplimiento de la condena[49]. La deportación constituyó, por lo tanto, una pesada carga financiera para el Estado; a fines del siglo XIX, el costo de manutención de un deportado era el doble que en las cárceles de Francia[50]. La pena de deportación fue abolida provisionalmente en 1924, reintroducida en 1926 y suprimida definitivamente en 1937[51].

El intento comenzado en 1864, de deportar delincuentes hacia Nueva Caledonia, es mucho más interesante que la historia de las deportaciones hacia la Guayana francesa. Las condiciones climáticas eran superiores, la tierra ofrecía grandes posibilidades de desarrollo y existía la urgente necesidad de fuerza de trabajo. Las leyendas acerca de este país maravilloso comenzaron a propagarse a través de las prisiones francesas de tal modo, que muchos reclusos reincidían solo con el fin de ser enviados a esos territorios. Fue precisamente para combatir esa

[47] HOLTZENDORFF, *Deportation*, pág. 560. Acerca de la opinión francesa ver, por ejemplo, la discusión en la *Société Générale des Prisons,* en 1924, sintetizada en la *Revue pénitentiaire,* XLVIII, (1924), págs. 441-63.

[48] VIDAL y MAGNOL, *op. cit.*, págs. 580-81.

[49] A. MOSSÉ, *Chronique pénitentiaire,* en *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* II (1937), págs. 311-14. A pesar de la llegada de 700 u 800 nuevos convictos cada año, el número total permaneció bastante estacionario, entre 4.000 y 5.000, a causa de los altos índices de muertes y huídas. MOSSÉ añade que la repatriación fue notoriamente ínfima, ya que los convictos liberados jamás lograban ahorrar el dinero necesario para pagar sus pasajes de retorno.

[50] D'HAUSSONVILLE, *op. cit.*, pág. 490.

[51] Los desarrollos más recientes son analizados en H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée,* Paris, 1937, págs. 320-21.

situación, que el 25 de diciembre de 1880 se aprobó una ley disponiendo que en los casos de intento de fuga, los detenidos debían cumplir la sentencia adicional en la prisión en que se encontraban y no en las colonias[52]. El desarrollo de las colonias penales no tomó, sin embargo, el camino que se esperaba, a causa del antagonismo de intereses entre la administración, los grandes propietarios y los colonos libres. Los costos de funcionamiento y manutención de los detenidos eran provistos por el gobierno metropolitano, razón por la cual los funcionarios no mostraban particular interés ni en el desarrollo de la colonización libre, ni en las posibilidades futuras de los reclusos. Por el contrario, los funcionarios coloniales se adjudicaron la mayoría de las tierras dejando pequeñas porciones para el trabajo de los reclusos, quienes eran empleados en provecho de los propios funcionarios o arrendados a grandes compañías, lo que generaba la oposición creciente de los colonos libres[53]. Finalmente, las presiones ejercidas por estos últimos y la ineficacia disuasiva de esta pena determinaron, en 1898, el fin de las deportaciones hacia Nueva Caledonia.

Para un país sin colonias la cuestión de la deportación resultaba obviamente mucho más complicada. En los siglos XVI y XVII, las autoridades alemanas habían entregado sus propios delincuentes a otros países para que fueran empleados en las galeras o en tareas de tipo militar, y en el siglo XVIII los habían embarcado hacia América del Norte como esclavos. Hamburgo utilizó intensamente este método, en especial con los delincuentes extranjeros[54]. A comienzos del siglo XIX, la Rusia zarista firmó un acuerdo con Prusia, por medio del cual, reclusos provenientes de este último país eran enviados a Siberia; pero la fuerte resistencia que este acuerdo encontró en Rusia, sumada al alto número de condenados que lograban escapar y retornar a sus lugares de origen, determinó que dicha práctica fuera rápidamente suprimi-

[52] VIDAL y MAGNOL, *op. cit.*, pág. 581.

[53] Algunos de los contratos realizados con las compañías privadas se encuentran en M. PAIN, *Colonisation pénale*, Paris, 1898, págs. 113 y ss. Ver, también, L. MONCELON, *Le Bagne et la colonisation pénale en Nouvelle Calédonie*, Paris, 1886, especialmente págs. 182 y ss., en las cuales toda la administración es severamente criticada desde el punto de vista de los colonos libres, cuyos intereses estaban representados en París por MONCELON.

[54] WAGNITZ, *op. cit.*, II, págs. 150-51, describe las condiciones lamentables de las casas de corrección de Hamburgo, donde, a menudo, no había suficiente espacio para acomodar a todos los internos. En estos casos, las autoridades donaban, gozosamente, una parte de este lastre humano a potencias extranjeras para ayudarles a fundar nuevas colonias. WAGNITZ rechazaba la frecuencia con que era empleado este medio de vaciar las casas de corrección y las *Spinning Houses*.

da. Además, los esfuerzos realizados por Hamburgo en 1836 para concluir un acuerdo con Australia, resultaron infructuosos[55].

En resumen: desaparecidas en el siglo XIX las bases económicas para la colonización penal, la deportación perdió toda importancia, tanto para los países no coloniales (por las razones evidentes ya señaladas) como para los países coloniales, que o bien se enfrentaban con los intereses de los pobladores libres (Inglaterra), o bien comprendían perfectamente la imposibilidad de lograr la menor rehabilitación por medio de este sistema (Francia).

[55] Para Prusia, ver A. STÖLZEL, *Brandenburg-Preussens Rechtsverwaltung und Rechtsverfassung*, II, Berlin, 1888, págs. 352-57. Para Hamburgo, ver HOLTZENDORFF, *Deportation*, págs. 708-10, que hace referencia a una orden ministerial del 28 de febrero de 1801, por la cual la deportación se introduce provisionalmente en Prusia como forma de actuar con los "incorregibles maleantes" y como una medida policial contra los criminales que deben ser sacados del país, pues ya se han convertido en un peligro para la seguridad pública o han logrado escapar con violencia, o se han constituido en tan mal ejemplo para los otros presos, que los intentos por reformarlos han resultado inútiles. Sobre las infructuosas investigaciones de Sachsen-Weimar, en 1826, ver LUCHT, *op. cit.*, pág. 111.

VIII

EL FRACASO DEL AISLAMIENTO CELULAR

El siglo XIX presenció la difusión del aislamiento celular en Europa. Para entender su historia debemos comenzar por examinar su uso en los Estados Unidos, donde las condiciones específicas del mercado de trabajo constituyeron uno de los motivos del cambio relativamente rápido de la política carcelaria.

1. El aislamiento celular en los Estados Unidos

Las condiciones carcelarias en los Estados Unidos de comienzos del siglo XIX, eran bastante similares a las descritas por HOWARD en Inglaterra, en las últimas décadas del siglo XVIII. Puesto que predominaban consideraciones de tipo económico[1], no resulta sorprendente que un sistema que prometía eliminar la corrupción administrativa fuera recibido con apoyo entusiasta. El primer intento, introducido en Filadelfia en 1790 con ayuda de los cuáqueros, se asemeja en su esencia a las propuetas de MABILLON, siendo su característica más importante el aislamiento celular. Los detenidos eran mantenidos en celdas individuales, las que no podían abandonar hasta el cumplimiento total de la condena o hasta que sobreviniera la muerte o la locura[2].

Los cuáqueros creían firmemente en la religión como la única y suficiente base reeducativa y esperaban que el aislamiento celular cumpliera el efecto de lograr que los pecadores retornaran a Dios. El confinamiento de los prisioneros era tan extremo, que no se les permitía ni siquiera trabajar, por temor a que esto los pudiera apartar de la meditación[3].

[1] Una ley de New Jersey del 1° de diciembre de 1802 establecía que los inspectores de las prisiones estatales no debían permitir la puesta en libertad de ningún recluso, hasta el momento en que este hubiera pagado con su trabajo las costas procesales y los gastos de mantenimiento en prisión; ver BARNES, *The Repression of Crime,* New Jersey, pág. 63.

[2] BARNES, *The Repression of Crime,* New Jersey, 1926, pág. 29.

[3] E. M. FOLTIN, *Amerikanisches Gefängniswesen,* Reichenberg, 1930, pág. 15.

La única actividad permitida era la lectura de la Biblia. Toda institución con fines piadosos era considerada útil en el proceso de reeducación y se estimulaba a sus miembros a que visitaran a los prisioneros, a quienes debían trasmitir su influencia positiva. Otro de los argumentos para justificar el aislamiento celular, consistía en afirmar que con este sistema los reclusos no corrían el riesgo de ser corrompidos por los criminales incorregibles, ya que la promiscuidad no solo no destruía la predisposición original hacia el delito, sino que realmente la reforzaba. Por último, la justicia extrema de este sistema residía en que una efectiva privación de libertad podía obtenerse solamente por medio de un aislamiento celular[4]. Ninguno de los defensores de este régimen dudó por un momento, de que una pena de este tipo pudiera tener otro resultado que la instrospección y la reforma de la personalidad. Un motivo adicional para la defensa del nuevo sistema radicaba en la convicción de que el trabajo carcelario no volvería a constituir una actividad rentable[5]. Así, el informe del directorio de inspectores de prisiones de 1837, arribó a la conclusión de que el sistema establecido en Nueva Jersey en 1836, constituía el único método civilizado conocido[6].

A pesar del entusiamo de sus defensores, el sistema de aislamiento celular fue rápidamente abandonado y remplazado, en casi todos los casos, por el denominado sistema de Auburn[7]. Para entender este cambio deben considerarse, además de los aspectos sicológicos, muy en particular las condiciones del mercado de trabajo en el norte de los Estados Unidos. A comienzos del siglo XIX, la demanda de mano de obra en Estados Unidos era aun superior a la existente en las mejores épocas de la Europa mercantilista. La importación de mano de obra esclava se había hecho más difícil a causa de las nuevas disposiciones legales, al mismo tiempo que las tierras disponibles y el rápido crecimiento industrial habían producido un vacío en el mercado de trabajo que no alcanzaba a ser llenado por la inmigración. La desocupación era desconocida y los salarios permitían por lo menos cubrir las necesidades más importantes. Los cronistas europeos concluían, en forma invariable, que las condiciones sociales en América eran muy superiores

[4] FÜSSLIN, *Die Einzelhaft nach fremden und sechsjährigen eigenen Erfahrungen,* pág. 345.

[5] Ver las observaciones de WILLIAM ROSCOE sobre la jurisprudencia penal, (1823), citadas en O. F. LEWIS, *The Development of American Prisons and Prison Customs 1776-1845*, Albany, 1922, pág. 41.

[6] BARNES, *op. cit.*, New Jersey, pág. 453.

[7] F. H. WINES, *Punishment and Reformation,* nueva edición, New York, 1923, pág. 159.

si se las comparaba con las de sus países de origen[8]. BEAUMONT y TOCQUEVILLE afirmaron que en Francia, un país mucho más rico que los Estados Unidos, la pobreza y la mendicidad eran mayores a causa de una más acentuada distribución desigual de la riqueza. Mientras que las estadísticas señalaban la existencia de un pobre por cada 16 habitantes en Francia, en los Estados Unidos el número era de uno entre 107, incluidos los extranjeros, y de uno entre 126 excluyendo a estos últimos[9]. La escasez de fuerza de trabajo queda demostrada también por la atención dedicada a los niños abandonados. El pasaje de la obra de ADAM SMITH relativo a un país escasamente poblado y colonizado por una nación ya desarrollada, se podría adecuar perfectamente a la situación americana: "Los niños son bien criados y atendidos durante los tiernos años de la infancia, y por eso, cuando son mayores, el valor de su trabajo compensa con creces el gasto que su manutención representa"[10].

La escasez de fuerza de trabajo constituyó, sin duda, una de las causas de la "estricta observancia de la ley y el orden que imperaba entre los colonos"[11].

"Resulta imposible ignorar que una de las razones más importantes para explicar el bajo índice de criminalidad, sostuvo el procurador general de Maryland en 1832, es el pleno empleo que el país ofrece a aquellos dispuestos a trabajar, además del hecho de que un salario normal resulta suficiente para mantener a una familia. Estos son aspectos que no pueden de ningún modo dejarse de lado en la tarea de comparar las instituciones americanas con las europeas"[12].

El grado de reincidencia era relativamente bajo y los reclusos podían encontrar con facilidad un trabajo luego de su liberación. En estos casos, la buena conducta posterior estaba parcialmente garantizada por las condiciones del medio ambiente, en especial por los altos salarios. BEAUMONT y TOCQUEVILLE analizaron esta situación en términos comparativos con la de Francia, donde no era infrecuente que aun aquellos exreclusos decididos a llevar una vida honesta, se vieran forzados por la necesidad a recaer en el delito[13]. Esta diferencia fue

[8] A. F. LUEDER, *Über Nationalindustrie und Staastwirtschaft,* Berlin, 1800-1802, I, pág. 105, escribió que los salarios más altos pagados a los obreros en Inglaterra no llegaban a equipararse con los de los sectores más empobrecidos en los Estados Unidos.

[9] BEAUMONT y TOCQUEVILLE, op. cit., edición francesa, pág. 312.

[10] ADAM SMITH, op. cit., pág. 359; trad. cast. cit., pág. 503. LUEDER, *Nationalindustrie,* I, pág. 105, afirma que la demanda de fuerza de trabajo era tan grande, que una viuda joven resultaba doblemente favorecida en el caso de tener cuatro o cinco hijos, porque, a causa de ellos, encontraba con toda seguridad un segundo marido.

[11] B. W. BOND, *The Civilization of the Old Northwest,* New York, 1934, pág. 506.

[12] Citado por BEAUMONT y TOCQUEVILLE, op. cit., pág. 108.

[13] *Ibid.,* pág. 103.

percibida también por un agudo observador alemán que, en 1802, afirmó: "Si en Filadelfia, donde los reclusos son tratados conforme al método de HOWARD (un tratamiento que debería ser un ejemplo para el resto de los países), un expresidiario no recibiera un salario adecuado; si en ese país, en el que existe un alto nivel moral, robustecido por las nobles y patrióticas virtudes de los cuáqueros, no se proporcionaran posibilidades de trabajo y si los salarios no constituyeran una contraprestación justa de la tarea realizada; si, en definitiva, la fuerza laboral no fuera tan escasa, al contrario de lo que sucede aquí en Europa, donde el exceso demográfico ha reducido prácticamente a cero el valor del hombre, nos encontraríamos con la misma decadencia del sistema punitivo que impera en las cárceles europeas"[14].

Bajo estas condiciones puede comprenderse rápidamente por qué la mayoría de los responsables de la política criminal consideraron ab-

[14] *Warum werden so wening Sträflinge...*, pág. 7. En este sentido resulta interesante hacer referencia a J. M. BAERNREITHER, un escritor alemán de comienzos del siglo XX cuyas observaciones en su obra *Jugendfürsorge und Strafrecht in den vereinigten Staaten von Amerika*, Leipzig, 1905, págs. 113-114, resumen acertadamente las diferencias existentes en los enfoques entre los criminólogos americanos y los de la Europa continental, cuando afirma: "No puede negarse que los reclusos de las prisiones americanas, especialmente aquellos internados en institutos correccionales, se encuentran en mejores condiciones de las que tendrían en una institución similar en nuestro país. Sería falso, sin embargo, adjudicar esta circunstancia a un sentimentalismo especial de los americanos en relación con aquellos que han violado la ley. A pesar de que no pueda ser pasado por alto el hecho de que los rasgos típicos de optimismo que caracterizan a los americanos los predisponen a adoptar una actitud más benigna, sin contar con que la influencia de las mujeres se hace particularmente notoria en este campo. Pero la vida en el interior de la prisión no puede ser juzgada jamás sin hacer referencias a las condiciones generales que predominan en el exterior. De este modo, cuando un escritor alemán afirmó recientemente que el hecho de haber instalado ventiladores eléctricos en los talleres de la prisión de Huntington (Pennsylvania), significaba extender los métodos humanitarios a límites absurdos, estaba olvidando que dichos ventiladores significaban en realidad favorecer la productividad de los reclusos aun bajo las temperaturas tropicales del verano americano, y que este tipo de ventiladores forman parte del equipamiento normal de oficinas, fábricas, residencias privadas, etc., en aquellos estados americanos en que más se sufre el calor. En lo que se relaciona con la alimentación, quienes habitan en aquellos países europeos en que los artículos de primera necesidad están sujetos a un gran número de contribuciones indirectas —bajo la forma de impuestos aduaneros y al consumo— y donde el nivel de vida de la clase obrera se resiente en forma particular debido a esta situación, tienden a olvidar que el nivel de alimentación en los Estados Unidos, donde no existen tales impuestos, es completamente diferente. Tanto es así, que la carne, vegetales, pescado y fruta forman parte de la dieta regular del conjunto de la población y que una alimentación y salud adecuada del pueblo constituye una de las preocupaciones más importantes de la política sanitaria del gobierno y que por todo esto resulta natural que, si un individuo se encuentra en prisión, pero espera obtener su libertad y ganarse la vida con su trabajo, no pueda recibir una dieta inferior a la del nivel normal".

surdo mantener a los reclusos en el sistema de aislamiento celular, método que impedía su utilización como fuerza de trabajo. Conviene recordar aquí la similitud de esta situación con la condena de los mercantilistas europeos a las pérdidas económicas, que significó la política de eliminación de los delincuentes. Cuando, en 1829, las cárceles del estado de Pensilvania introdujeron el trabajo carcelario, este se reveló de inmediato como un fracaso económico. La causa de la rapidez del fracaso radicó en que el trabajo tenía que realizarse siguiendo estrictamente los lineamientos generales del método de aislamiento celular: a los reclusos solo se les permitía realizar aquellas tareas que podían ejecutarse en su propia celda, lo cual podía ser a lo sumo reeducativo, pero de ningún modo rentable. El gobernador de Nueva Jersey (estado donde el sistema de Pensilvania había sido introducido en 1836) afirmó en su mensaje anual de 1857, que el trabajo carcelario no representaba ningún beneficio y que, por el contrario, se había convertido en una pesada carga para el fisco, además del hecho de que el sistema disciplinario imperante era inhumano y había fracasado en la obtención de los fines para los que había sido creado. En otras palabras, un sistema más costoso que las antiguas casas de trabajo, que de ninguna forma lograba la reeducación de los condenados. Era la opinión del gobierno, por lo tanto, que el sistema debía ser remplazado[15]. La revolución industrial incrementó las dificultades; debe recordarse que una de las razones de la ruina del viejo sistema de trabajo carcelario a fines del siglo XVIII, fue el hecho de que la producción manual no pudo competir con las nuevas fábricas. Ahora que resultaba necesario instalar máquinas en los talleres de la prisión, si se pretendía contar por lo menos con una mínima posibilidad de competir con la empresa privada, el sistema de celdas separadas constituía un serio obstáculo.

En poco tiempo casi todas las cárceles adoptaron el sistema de Auburn, que se convirtió prácticamente en un sinónimo de la administración penal americana[16]. Este método, que consistía en el aislamiento celular por la noche y el trabajo colectivo en los talleres durante el día, permitió una organización altamente eficaz del trabajo de los reclusos; con la gradual extensión del uso de la máquina, sus ventajas, sobre el viejo sistema celular se hicieron todavía más evidentes[17]. De este modo las cárceles se trasformaron de nuevo en empresas económicamente rentables. Sin embargo, la teoría cuáquera del aislamiento celular conservó una cierta influencia que se expresaba en el silencio obligatorio impuesto en los talleres, con el fin de evitar el contacto entre los reclusos

[15] BARNES, *op. cit.*, New Jersey, pág. 96.

[16] BARNES, *Repression*, pág. 165.

[17] *Ibid.*, págs. 268-269.

e inducirlos a la reflexión moral[18]. Los teóricos de este nuevo sistema insistieron en el valor reeducativo del trabajo duro y en la superioridad de las tareas colectivas frente al trabajo individual en las celdas. Con este método, el recluso no solo evitaba contemplar las penurias de su propia inutilidad, sino que además se le ofrecían los estímulos suficientes como para conservar su salud mental. Todo este panorama permite compartir la conclusión de JAGEMANN acerca de que el término "trabajo carcelario" había perdido virtualmente su significado punitivo, lo cual es confirmado por el hecho de que métodos de trabajo como la *escalera perpetua,* concebidos meramente como castigo, no se volvieron a utilizar jamás[19].

El empleo de mano de obra carcelaria se trasformó en una práctica normal para la empresa privada. Al comienzo se acostumbraba arrendar a los reclusos durante las horas laborables, tiempo durante el cual el empresario se hacía cargo por completo de los detenidos. Posteriormente este método fue suplantado en forma gradual por el sistema denominado *piece-price* (trabajo a destajo), que dejaba las tareas de supervisión en manos de las autoridades carcelarias. La Guerra de Secesión creó una demanda sin precedentes de ropa y calzado militares, que pudo ser satisfecha con el aumento de la explotación del trabajo carcelario[20].

Otra de las medidas adoptadas fue la separación de los reclusos según el tiempo de duración de sus condenas, construyéndose cárceles especiales para aquellos que habían sido sentenciados a largos períodos, ya que este tipo de detenidos podían ser explotados mucho más rentablemente que los que cumplían condenas cortas. BEAUMONT y TOCQUEVILLE realizaron estadísticas para demostrar que el nuevo régimen carcelario había sido establecido con costos reducidos, resultaba autosuficiente desde el punto de vista financiero y que inclusive constituía una fuente de beneficios. Dichas estadísticas muestran la reducción de los costos de la prisión luego de 1820 y el excedente financiero posterior a 1830: prisión de Auburn, 25 dólares en 1830 y 1.800 en 1831; prisión de Wethersfield, 1.000 dólares en 1828, más de 3.200 en 1829 y cerca de 8.000 en 1831; prisión de Baltimore, 11.500 dólares en 1828 y cerca de 20.000 en 1829[21].

En Europa se consideraba que el sistema de Auburn era demasiado indulgente, en particular por el hecho de que los reclusos eran estimula-

[18] *Ibid.,* págs. 164-165.

[19] E. VON JAGEMANN, *Vereinigte Staaten von Nordamerika,* en HOLTZENDORFF-JAGEMANN, *op. cit.,* I, pág. 351.

[20] BARNES, *Repression,* págs. 272-273.

[21] BEAUMONT y TOCQUEVILLE, *op. cit.,* págs. 79, 279 y 281; ver también B. MCCALVEY, *American Prisons,* Chicago, 1936, pág. 13; LEWIS, *op. cit.,* pág. 131.

dos al trabajo más por la expectativa de privilegios y recompensas, que por la imposición de una estricta disciplina[22]. Este método traía consigo el riesgo de medir el buen comportamiento en forma cuantitativa: según la cantidad de trabajo realizado. Llegándose inclusive a vincular estrechamente la práctica de las conmutaciones con este enfoque. Una ley del estado de Nueva York, de 1817, introdujo esta forma de conmutación en la prisión de Auburn estableciendo que todos los reclusos sentenciados por más de cinco años, podían obtener una reducción de un cuarto de su condena en los casos de buen comportamiento. Leyes de este tipo fueron altamente apreciadas por la administración carcelaria; la esperanza de obtener una conmutación de la pena colaboraba con el mantenimiento de la disciplina, al tiempo que servía como sustituto de los salarios pagados a los detenidos[23].

La reducción del trabajo carcelario en las últimas décadas del siglo XIX se debió en gran medida a la oposición que ejercían los trabajadores libres. Este rechazo, que había estado siempre presente, se vio estimulado por la desaparición progresiva de las tierras de colonización. Dondequiera que las organizaciones de la clase obrera poseían el poder suficiente como para incidir en la política del Estado, tuvieron éxito en obtener la abolición completa de todas las formas de trabajo carcelario (Pensilvania en 1897, por ejemplo). La consecuencia de esta política fue el descenso general de las condiciones de existencia de los reclusos, a quienes se les impusieron serias limitaciones en su trabajo, entre otras, la no utilización de maquinaria, por lo menos de tipo moderno, o la venta de sus productos al Estado y no en el mercado libre[24].

2. El aislamiento celular en Europa

La experiencia norteamericana del método de aislamiento celular fue, como ya hemos visto, relativamente breve y limitada. Este método fue implantado en pocos lugares y rápidamente abandonado porque resultó más rentable convertir las cárceles en fábricas. La finalidad de la pena se limitó por lo tanto, a la mera privación de libertad y a la

[22] Ver las observaciones de P. POLLITZ, *Strafe und Verbrechen: Geschichte und Organisation des Gefängniswesens,* Leipzig, 1910, pág. 30; G. ASCHAFFENBURG, *Crime and its Repression,* trad. ingl. de A. Albrecht, Boston, 1913, pág. 284.

[23] Sobre la historia del sistema de penas de ejecución suspendida, ver T. SELLIN, *Commutation of Sentence,* en *Encyclopaedia of the Social Sciences,* IV, págs. 108-109.

[24] BARNES, *op. cit.,* págs. 273-276. Informaciones relativas a las campañas en contra del trabajo carcelario, promovidas por los intereses de los empresarios, pueden encontrarse en E. H. SUTHERLAND, *Principles of Criminology,* Chicago-Philadelfia, 1934, págs. 438-442.

obligación de trabajar sin una adecuada contraprestación pecuniaria, de modo que, como observan los GLUECK, "el objetivo principal de la prisión parecería ser la producción de mercancías antes que la reeducación de seres humanos"[25].

Las autoridades carcelarias no estaban interesadas en la suerte de los prisioneros luego de su liberación. Un informe de la comisión real inglesa de 1963 afirma que el estigma de poseer un antecedente carcelario significaba una desventaja prácticamente insuperable en la dura competencia que predominaba en el mercado laboral. Aun en el caso de que algún patrono estuviera dispuesto a emplear a un exrecluso por motivos de caridad, debía ocultar los antecedentes de este individuo al resto de sus dependientes, quienes, de haber sabido la verdad, se habrían negado a trabajar para él. Este sentimiento entre la población trabajadora libre, sostiene la comisión, no es posible ni conveniente de contradecir[26].

Lo que necesitaba una sociedad como la europea, que albergaba un ejército industrial de reserva, era un método punitivo que produjera terror, aun entre los sectores más pobres. BEAUMONT y TOCQUEVILLE escribieron respecto a este problema que "en todo país donde una mitad de la comunidad es oprimida cruelmente por la otra, lo que puede encontrarse en las leyes de los opresores es un arma siempre dispuesta a destruir toda insurrección de los oprimidos"[27]. La necesidad del carácter intimidatorio de la pena tuvo una función importante en la introducción del sistema de aislamiento celular en Europa. El sentimiento de impotencia y dependencia absoluta producido por el aislamiento celular era considerado como el peor tormento que pudiera infligirse a un condenado[28].

El carácter atemorizante de la pena fue, sin embargo, solo uno de los motivos para la introducción del aislamiento celular. Otras razones, como el incremento del número de los reclusos y la imposibilidad

[25] S. y E. T. GLUECK, *500 Criminal Careers,* New York, 1930, págs. 20-21.

[26] IVES, *op. cit.*, pág. 380.

[27] BEAUMONT y TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pág. 15.

[28] "Todas las experiencias carcelarias conducen a demostrar que el aislamiento celular constituye una de las más severas y eficientes formas de ejecución penal, la que satisface plenamente los requisitos más importantes de la política criminal, en tanto esta forma de sanción es percibida como un verdadero castigo", afirmó POLLITZ, director de una prisión alemana a comienzos del siglo XX, *op. cit.*, pág. 58. Ver también WAGNITZ, *op. cit.*, I, págs. 190-91.

de una explotación rentable del trabajo carcelario, fueron ya consideradas. Un pequeño número de reformadores entusiastas, como Stephen Grellet, Elisabeth Fry, Bedford, los Gurney, Allen Buxton, Theodor Fliedner y Mathilde Wrede[29], comenzaron a censurar las deplorables condiciones de la prisión, producto del hacinamiento y la falta de trabajo productivo. Sus buenas intenciones que los llevaron a condenar los antiguos métodos, contribuyeron, paradójicamente, a un número de experimentos practicados sobre seres humanos, que aunque eliminaron algunos de los males prevalecientes, dieron origen a nuevos métodos al lado de los cuales los bárbaros tratamientos del pasado resultaban casi misericordiosos. Los reformadores, que hubieran rechazado cualquier intento de retornar a las formas punitivas medievales, vieron, sin embargo, realizados sus principios humanitarios en la aplicación estricta del aislamiento celular. No se pretendía la tortura de los prisioneros sino su reeducación. Dicho de otro modo, aun cuando la conciencia de los reformadores se oponía a todo método que significara reintroducir las penas corporales, jamás abandonaron la idea de la cárcel entendida como elemento de disuasión o intimidación.

Los grandes resultados esperados del sistema de aislamiento celular a mediados del siglo XIX, aparecen excelentemente ilustrados en las entusiastas consideraciones de LIEBER: "Nos encontramos frente a un problema que interesa a millones y millones de personas, individual y colectivamente, física y moralmente. Aun si todo el mundo hubiera adoptado el modelo penitenciario de Pensilvania a excepción de una prisión, y que, además, se intentara persuadir a la gente de que dicha prisión no debería ser reformada, en ese caso sería nuestra tarea irrenunciable la de responder a estos argumentos y convencer a la gente de la necesidad de trasformar su viejo establecimiento carcelario, tan pronto como las circunstancias lo permitan. Ello, porque vidas humanas están involucradas; hombres que sufren, hombres que son, en mayor o menor grado, culpables, alguno de los cuales puede ser aún rescatado. Generaciones de reclusos que aún no han nacido están también implicadas en el problema, futuros delincuentes que, como sus predecesores, comenzarán por cometer delitos aparentemente desprovistos de importancia, pero que a esa temprana edad y a ese nivel de criminalidad, podrían ser reconducidos perfectamente a la senda del orden, lealtad y laboriosidad. Más aún, en este problema están involucradas generaciones cuyos miembros se convertirán un día en cabezas de familia y bajo cuya autoridad moral se desarrollarán otras generaciones"[30].

[29] JORNS, *op. cit.*, pág. 194.

[30] F. LIEBER, *A Popular Essay on Subjects of Penal Law...*, Philadelphia, 1838, pág. 7.

En defensa del aislamiento celular, los reformadores argumentaron que el libertinaje y la irreflexión eran las causas más importantes del delito y que la mejor muestra de ello era la de que las prisiones estaban repletas de individuos que jamás habían tenido la posibilidad de realizar un examen de conciencia. Pero ahora la situación podía cambiar; en la completa soledad de su celda, el criminal deberá enfrentarse a sus recuerdos y remordimientos y a una lucha entre sus sentimientos más depravados y los buenos deseos que todavía anidan en su alma (lo cual, desafortunadamente, empujaba a más de un recluso a la locura), lucha que a menudo finalizaba en el arrepentimiento y la reeducación moral[31]. Otro argumento de los defensores del aislamiento celular residía en la exactitud de la justicia que proporcionaba este sistema. Como lo afirmaba FÜSSLIN, la eficacia del efecto disuasivo de esta pena radica en el hecho de que el terror humano a la soledad es proporcional al grado de degeneración moral alcanzado. De este modo, los peores criminales serán los más afectados por el aislamiento, mientras que los que no hayan caído tan bajo y que por ello tienen una posibilidad mayor de reformarse, considerarán su soledad como un beneficio[32].

El aislamiento celular resultaba obviamente ventajoso a la administración carcelaria en la tarea de mantener la disciplina. Bajo el viejo sistema, las autoridades se habían enfrentado permanentemente a una masa de reclusos ingobernables, cada vez más inclinados a rebelarse contra las autoridades, lo cual traía como consecuencia un aumento de la violencia en los métodos de tratamiento de la población carcelaria. El nuevo sistema convirtió en tarea fácil el gobierno de la prisión. Todo estaba dispuesto en forma tal que la arquitectura y el conjunto del personal de vigilancia se enfrentaban a un detenido inmerso en la más completa soledad[33]. Otro elemento que debe tenerse en cuenta es que el aislamiento celular permitió una actitud más calmada y objetiva hacia los criminales, sin que esto significara un relajamiento de la disciplina. "La administración carcelaria estima profundamente este sistema porque no le representa ninguna complicación —escribió HEPWORTH

[31] FÜSSLIN, *Einzelhaft,* págs. 346-348.

[32] *Ibid.*, pág. 416. IVES, *op. cit.*, pág. 185, observa en forma acertada que inclusive JOHN HOWARD, a quien se le debe la introducción de muchas reformas pero también de muchas crueldades, poseía toda la dureza y rigidez del carácter puritano, razón por la cual lo impresionó más la violación de las regulaciones carcelarias internas, que la miseria que predominaba en la institución.

[33] WINES, *op. cit.*, pág. 162. Ver también el informe oficial de 1909, sobre las casas de corrección en Rawitsch (Prusia), en el cual se observa que la disciplina puede ser mantenida fácilmente bajo el régimen de aislamiento celular, sin tener que recurrir a sanciones adicionales; citado en A. STARKE, *Disziplin und Hausstrafen,* en L. FREDE y H. GRÜNHUT, *op. cit.*, pág. 171; nota; cfr. POLLITZ, *op. cit.*, pág. 60.

DIXON a mediados del siglo XIX—, así que sin pretender entender sus complejos efectos morales o mentales, ella está dispuesta a confirmar plenamente su acierto y corrección"[34].

La mayor parte de los investigadores europeos enviados por sus gobiernos a los Estados Unidos para estudiar el funcionamiento carcelario, rindieron un informe favorable sobre el sistema de Pensilvania. El Primer Congreso Internacional de Prisiones, realizado en Francfort en 1846, se manifestó por amplia mayoría partidario del nuevo sistema, por lo cual ya nada pudo detener su entusiasta adopción en Alemania, Francia, Bélgica y Holanda[35].

En aquellos países donde el aislamiento celular no fue adoptado, lo que se debió normalmente a los altos costos que exigían las remodelaciones arquitectónicas de los edificios, se hicieron, sin embargo, todos los esfuerzos para disponer de las ventajas del sistema con inversiones más reducidas.

También fue adoptada la propuesta realizada tiempo atrás por WAGNITZ: la imposición del silencio y el uso de la palabra solo como un privilegio concedido al buen comportamiento[36]. En este caso, el silencio cumplía la función de aislar a los prisioneros que compartían una celda. Se obligaba incluso a los detenidos a permanecer parados o sentados en las horas y días en que no se realizaba ninguna actividad[37]. Este sistema fue considerado en general como un pobre y transitorio sustituto del aislamiento celular, porque, como afirmaban BEAUMONT y TOCQUEVILLE, "el silencio es posible solamente para quien está solo"[38]. En Inglaterra, el conflicto entre el sistema de aislamiento celular y el de aislamiento por medio del silencio, finalizó (por lo menos desde el punto de vista teórico) con una clara victoria en favor del primero, cuando, en 1863, una comisión investigadora llegó a la conclusión de que "el sistema generalmente conocido como aislamiento celular debe ser adoptado ahora como el principio fundamental de la disciplina carcelaria, y su estricta observancia, como vital para un funcionamiento eficiente de las prisiones nacionales y municipales"[39]. Sin embargo,

[34] Cita tomada de IVES, *op. cit.*, pág. 195; cfr. MITTELSTÄDT, *op. cit.*, págs. 12 y 17.

[35] M. LIEPMANN, prefacio a G. M. OBERMAIER, *Anleitung zur vollkommenen Besserung der Verbrecher in den Strafanstalten,* Hamburg, 1925, pág. 7.

[36] WAGNITZ, *op. cit.*, I, pág. 306.

[37] J. H. WICHERN, *Zur Gefängnisreform, Gesammelte Schriften,* IV, Hamburg, 1905, pág. 263.

[38] BEAUMONT y TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pág. 40.

[39] Cita tomada de WEBB, *English Prisons,* pág. 131. En la Europa del norte, el trabajo de OSCAR, príncipe de Suecia, *Des peines et des prisons,* Paris, 1842, preparó el camino para la introducción del aislamiento celular. En Bélgica, así como en otros países europeos, el sistema celular fue aprobado por el Parlamento pero su introducción fue demorada, a causa de consideraciones de orden financiero, hasta el último tercio del siglo; ver BERTRAND, *op. cit.*, págs. 86 y ss.

el resultado de los nuevos métodos no satisfizo las expectativas. La principal preocupación de las autoridades carcelarias consistía en mantener el aislamiento de los detenidos. "Se realizaron todos los esfuerzos para que el aislamiento fuera efectivo y total: los ejercicios físicos, por ejemplo, eran realizados individualmente y se impuso la obligación de llevar el rostro cubierto para que los reclusos no pudieran reconocerse"[40]. Por su parte, predominaba en los prisioneros una idea fija en el momento en que retornaban a sus celdas, que no era otra que la de establecer contacto por todos los medios posibles con sus compañeros de desgracia[41]. El trabajo carcelario bajo estas condiciones estaba destinado a ser improductivo y fue prácticamente abandonado. La idea de aumentar el sufrimiento de los condenados tuvo también cierto grado de importancia en estas trasformaciones, como ya lo hemos señalado. En Inglaterra después de 1848, la introducción del *crank* (una especie de molino humano) tendió a desplazar a todas las formas de trabajo carcelario. El trabajo productivo fue mantenido solo parcialmente en las cárceles municipales hasta su eliminación en 1877, producto de la centralización administrativa de las prisiones. El grado de esfuerzo que demandaba el "trabajo" en el *crank*, podía regularse arrojando arena en su engranaje o tensando una cuerda[42]. Este artefacto estaba provisto, además, de un contador que registraba el número de vueltas de su mecanismo y esto con el único motivo —como francamente lo admiten sus defensores— de reforzar la crueldad de su monotonía[43].

La salud física y mental de los condenados estaba expuesta a sufrimientos extremos. Un médico de la prisión francesa afirma en su informe que, contrariamente a la tendencia normal de los prisioneros a aumentar de peso, con este sistema enflaquecían progresiva y constantemente[44].

[40] WEBB, *ibid.*, pág. 189, citando a RUGGLES-BRISE.

[41] IVES, *op. cit.*, pág. 181.

[42] MICHAUD, *op. cit.*, pág. 7, pronunció el siguiente juicio en relación con esta forma de trabajo: "Véritable torture qui fait l'homme le moteur inutile d'une machine absente, un cheval en manège sans manège, système inventé pour concilier les exigences de la répression avec les prétendus intérêts de l'industrie libre, atrocité sortié d'une grosse bêtise économique et qui ait des effets aussi déplorables que le système cellulaire le plus rigoureux".

[43] WEBB, *English Prisons,* pág. 151.

[44] Este informe se encuentra en *Application du régime d'emprisonnement individuelle,* Paris, 1888, pág. 101. J. JAEGER, *Rechtsbruch und Rechtsausgleich in der Strafjustiz,* Leipzig, 1907, pág. 201, cita el informe de un capellán de prisiones, quien cuenta que la única forma en que los reclusos podían despejar el aire viciado de sus celdas, suponía renunciar a la ya insuficiente calefacción. Una disposición del 29 de julio de 1850, citada por JEBB, *op. cit.*, pág. 22, establecía que no debía suministrarse más calefacción que la imprescindible para sobrevivir.

La capacidad visual de los prisioneros se reducía en forma considerable, aun entre los más jóvenes, como resultado de la escasa iluminación y la ausencia de ejercicios físicos[45]. Pero los efectos más destructivos se producían sobre el sistema nervioso. El hecho de que el alto número de suicidios constituía una consecuencia prácticamente necesaria de la doble tortura que significaba el aislamiento celular y la prohibición de trabajar, resulta confirmado —según los WEBBS— por las extraordinarias precauciones tomadas por las autoridades, destinadas a impedir que los reclusos atentaran contra sus propias vidas[46].

Solo unos pocos se animaron a criticar el nuevo sistema carcelario: "La soledad absoluta —escribieron BEAUMONT y TOCQUEVILLE— es superior a la fuerza humana, destruyendo sin tregua y sin piedad a los criminales. Este sistema no reforma: extermina"[47].

Durante su estancia en los Estados Unidos, CHARLES DICKENS visitó algunas prisiones donde se empleaba el sistema de aislamiento celular, a propósito del cual escribió: "Estoy completamente convencido de que en su intención es benevolente, humano y reformista, pero me inclino a pensar que aquellos que crearon este sistema de disciplina penal, así como los caballeros que lo ponen en práctica, no saben lo que hacen. Creo que pocos son capaces de entender cuánta tortura y agonía inflige a los castigados esta terrible y prolongada pena. Deduciendo de lo que he visto escrito en sus rostros, de sus sentimientos, de lo que creo estar seguro y de mi intuición, siento que hay un abismo terriblemente profundo que solo los castigados comprenden y que nadie tiene el derecho de imponer a su prójimo una pena semejante. Considero esta lenta y diaria manipulación de los misterios de la mente, infinitamente peor que cualquier tortura física. Porque sus horribles marcas y señales no son palpables para la vista o el tacto como las cicatrices en la piel, porque sus heridas no se encuentran en la superficie y porque arranca gritos que el oído humano pocas veces puede escuchar; por eso lo denuncio como un castigo secreto que la humanidad en su letargo, no ha sabido detener"[48].

La experiencia ha demostrado el completo fracaso del aislamiento celular. Un método creado para una personalidad excepcional y proba-

[45] FÜSSLIN, *Einzelhaft*, págs. 237-238.

[46] WEBB, *English Prisons*, pág. 184, nota.

[47] BEAUMONT y TOCQUEVILLE, *op. cit.*, pág. 40.

[48] DICKENS, *American Notes*, edición a cargo de Scribner, New York, 1926, págs. 305-306; cfr. págs. 316-317. Su protesta constituyó un poderoso argumento, utilizado por quienes se oponían al sistema de Pensilvania, y provocó acaloradas discusiones; ver J. ADSHEAD, *Prisons and Prisoners*, London, 1845, pág. 119; SUTHERLAND, *op. cit.*, pág. 384.

blemente inexistente —dentro o fuera de los tipos criminales—, pero de ningún modo aplicable al promedio o a lo más bajo de la clase humana. Inclusive el entusiasmo de los teóricos de la época, relativo a las posibilidades de rehabilitación ofrecidas por el aislamiento celular, resulta insuficiente para ocultar la falta de medidas concretas por parte del sistema punitivo, destinadas a eliminar las verdaderas causas del delito. Aunque pueda ser cierto que este tipo de pena condujo a la salvación espiritual de algunos, para la mayor parte de los condenados significó solamente enfermedades, perturbaciones mentales, agonía y un aumento aún mayor de su impotencia individual y social. Los defensores del aislamiento celular consideraron los perjuicios infligidos sobre la mayoría de los condenados, como una consecuencia inevitable y marginal de este método. En realidad, los daños fueron considerablemente mayores que los posibles beneficios. El aislamiento celular bajo la prohibición de realizar cualquier tipo de trabajo, o permitiéndolo solo con una finalidad punitiva, constituye un síntoma claro de una concepción que, como resultado del exceso de población, abandona la búsqueda de toda política racional de rehabilitación, ocultando la realidad con una ideología de tipo moral[49].

[49] Ver MITTELSTÄDT, *op. cit.*, págs. 30-31, quien admite, parcialmente, el estado real de la situación. Si el completo aislamiento por un largo período produce buenos o malos efectos, escribe MITTELSTÄDT, depende de la constitución síquica del individuo, quien es abandonado en forma total. Donde la mente y el espíritu están dotados *de un cierto nivel de inteligencia, sentimiento y cultura ética de la soledad, los individuos* pueden ser separados del vicio y del crimen. Bajo estas condiciones, el individuo posee todos los presupeustos necesarios para la meditación; por el contrario, donde todo esto falta el individuo se enfrenta al vacío más absoluto.

IX

LA REFORMA CARCELARIA MODERNA Y SUS LÍMITES

1. El aumento del nivel de vida de las clases inferiores y sus efectos sobre la política criminal

Las condiciones de las clases inferiores en Europa, mejoraron considerablemente en la segunda mitad del siglo XIX y muy en particular en sus últimos veinticinco años. Se ingresaba ahora en un período de prosperidad, interrumpido solamente por crisis menores, que se extendió hasta 1914. El consumo masivo de mercancías, antes inaccesibles al grueso de la población, fue consecuencia, en parte de un incremento en los niveles de ingresos, y, en parte, de las nuevas técnicas productivas[1]. Clapham observa que el aumento de los salarios en la Inglaterra de fines del siglo XIX no se limitó a las zonas industriales urbanas, sino que benefició también a los trabajadores rurales y a la mano de obra femenina[2]. Sée hace la misma observación en el caso de Francia, donde el incremento paulatino de los salarios hasta 1860, alcanzó un ritmo bastante más acelerado luego de esa fecha[3]. En Francia, a pesar de que la clase obrera no se encontraba tan bien organizada como en Alemania y en Inglaterra, a pesar de que, en términos comparativos, el progreso tecnológico era inferior y la producción de artículos de consumo masivo más limitada, un factor particular desempeñó un papel de primera importancia en el mejoramiento de las condiciones económicas de las clases inferiores: la baja tasa de natalidad en el momento de la expansión industrial, que determinó una reducción de la oferta de mano de obra y un incremento de los salarios. En Alemania, donde si bien el proceso de industrialización resultó tardío en comparación con el de otros países occidentales, se registró de todos modos un aumento del nivel de vida de las clases inferiores. Además, las mejoras en el sistema de trasportes produjeron una nivelación de las condiciones de vida entre las distintas zonas de un mismo país. Al contrario de

[1] Ver las observaciones de Kulischer, *op. cit.*, II, pág. 426.

[2] Clapham, *op. cit.*, II, págs. 285, 461 y 464.

[3] Sée, *op. cit.*, II, pág. 508.

lo que sucedía en el siglo XVII, resultaba ahora prácticamente imposible la proximidad entre áreas de prosperidad económica y áreas donde reinara la pobreza más absoluta. Por su parte, el gobierno colaboraba tomando medidas de asistencia a la pobreza durante los períodos de crisis. Otro síntoma importante del aumento de los niveles de vida es el descenso de la corriente emigratoria, en el mismo momento de la expansión colonial y desarrollo del continente americano.

La influencia de este desarrollo económico se hizo sentir rápidamente sobre el fenómeno de la criminalidad. PIKE, el historiador de derecho penal inglés, observó que la prosperidad general y el aumento constante de la mano de obra empleada en las fábricas, todo esto ayudado quizá por otros factores, atenuó gradualmente el peligro de estallidos sociales, antes existentes[4]. Las estadísticas criminales de la época confirman esta apreciación. El número de los delitos y las condenas disminuyeron en todas partes, o por lo menos se mantuvieron estacionarios, como lo muestran las siguientes cifras:

Cuadro 5. Disminución del número de sentencias. Fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX

A. Alemania: Sentencias por hurto simple, exclusivamente de adultos imputables penalmente (proporción: 1 a 100.000)

PERÍODO	NÚMERO
1882-84	241
1885-89	206
1890-94	212
1895-99	187
1900-04	184
1905-09	181
1910-13	173

Fuente: R. RABL, *Strafzumessungspraxis und Kriminalitätsbewegung,* Leipzig, 1936, pág. 13.

B. Inglaterra: Personas procesadas en *Assizes, Quarter Sessions* y *Summary Courts,* a causa de delitos contra la propiedad cometidos sin empleo de violencia (proporción: 1 a 100.000)

PERÍODO	NÚMERO
1876-80	200
1881-85	205
1886-90	180

[4] PIKE, *op. cit.,* II, pág. 387.

PERÍODO	NÚMERO
1891-95	171
1896-99	146
1900-04	153
1905-09	158
1910-14	150

Fuente: Calculado sobre la base de datos del anuario *Criminal Statistics, England and Wales.*

El valor de la fuerza de trabajo adquirió nuevamente importancia. Aunque es cierto que el considerable aumento de la población producido en el siglo XIX había terminado para siempre con el problema de la escasez de mano de obra, la inmensa expansión industrial que significó el advenimiento del imperialismo moderno posibilitó un máximo de absorción de la fuerza de trabajo. Por estos motivos, la pena de prisión comenzó a considerarse como inadecuada y desfasada de la situación histórica predominante.

WORMS, un economista francés, condenó en 1870 los efectos perjudiciales de las leyes que sancionaban delitos económicos como la usura, y la criminalidad en general, sosteniendo que la vida y la libertad debían ser estimadas como un bien más valioso, en concordancia con los cambios ocurridos en el moderno proceso industrial de producción. Siguiendo esta línea de razonamiento, WORMS arriba a la conclusión de que acortar la vida de un ciudadano sin existir una causa estrictamente justificada o prolongar su encarcelamiento sin un motivo irrefutable, podía llegar a constituir un daño para el conjunto de la sociedad[5] —en un momento en que cada persona era apreciada por lo menos desde el punto de vista moral, como factor responsable de la producción—. Hemos insistido en varias oportunidades a lo largo del texto, en que la idea de conservar el capital invertido en la reproducción social fue uno de los motivos determinantes de los primeros programas de asistencia. Perspectiva que se encuentra también en la política de prevención del delito recomendada por los teóricos del Iluminismo, como el modo más eficaz de defensa del derecho de propiedad[6]. La actitud liberal

[5] E. WORMS, *Les rapports du droit pénal avec l'économie politique,* Paris, 1870, pág. 19.

[6] EXNER, op. cit., pág. 24. Debe recordarse que los últimos 25 años del siglo XIX fueron los más florecientes del denominado *Kathedersozialismus*, el período en que la legislación relativa a la seguridad social fue introducida por primera vez en los cuerpos normativos.

y progresista que influyó sobre VON LISZT y otros reformadores en todas partes del mundo, encontró su máxima expresión en la filosofía positivista de la segunda mitad del siglo XIX. FERRI, por ejemplo, afirmó que luego de 1850 la filosofía positivista, alentada por los logros de las ciencias experimentales, había "disipado completamente las brumas intelectuales y morales de la Edad Media" y que "la destrucción de las viejas ilusiones antropomórficas" habían dado origen a la fecunda "vitalidad del nuevo conocimiento experimental"[7]. Los reformadores creían que el hombre era capaz de influir en el desarrollo humano de la misma manera que dominaba la naturaleza, y que el delito podía ser combatido por medio de una adecuada política social. El punto de vista del determinismo causal, aseguraban los reformadores, permitiría comprender lo inadecuado que resultan los métodos prevalecientes para la lucha contra el crimen. Métodos puramente retributivos, caracterizados por una estricta y estrecha equivalencia entre delito y pena. PRINS, el exponente más importante de esta tendencia en Bélgica, afirmó que los magistrados se internaban de tal modo en operaciones matemáticas, complicados cálculos, formulismos legales y discusiones académicas, que se olvidaban por completo de la dimensión social de sus funciones. Es innegable, continúa PRINS, que ni la legislación francesa de 1810 ni la belga de 1860 concibió el derecho penal como una ciencia que, precisamente por ser social, debe ser construida sobre la base de un estudio social de los hechos[8]. Para los reformadores, la criminología constituía esencialmente una ciencia social. VON LISZT, el representante más importante de esta tendencia en Alemania, definió el delito como un producto necesario, por una parte, de la sociedad en la que el criminal está inmerso y, por la otra, de la propia personalidad del criminal, personalidad parcialmente hereditaria y parcialmente desarrollada en la interacción social[9]. En consecuencia el tratamiento del delincuente no concierne tanto al delito en sí como a su consideración como elemento indicador de la personalidad del delincuente.

La comparación entre las modificaciones constantes del derecho procesal y un derecho penal material que permanecía invariable, provocó el juicio crítico de los reformadores sobre este último. PRINS no alcanza a comprender, sin embargo, la verdadera relación existente entre el derecho penal procesal y el derecho penal material, cuando

[7] E. FERRI, *Criminal Sociology*, trad. ingl. de J. I. Kelly y John Lisle, Boston, 1917, págs. 566-69; trad. cast. *Sociología criminal*, Madrid, Edit. Nueva Biblioteca Universal, 1908, t. II, pág. 346.

[8] A. PRINS, *Criminalité et repression*, Brussels, 1886, págs. 86-87.

[9] F. VON LISZT, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, II, Berlin, 1905, pág. 3.

atribuye el carácter estático de este último, a la inercia y falta de actualización intelectual[10]. En su teoría, la fuerza negativa de la represión adquiere un aspecto positivo: la pena tiene como objetivo ser un correctivo de la acción presente o bien una advertencia para el comportamiento futuro, y por eso se incorpora en el programa más amplio de elevar el nivel moral de la sociedad.

Aunque la crítica que ahora se desarrolla contra el carácter metafísico y retributivo de la pena en la concepción clásica parece estar justificada, el énfasis puesto por los reformadores en los fines ideales del sistema punitivo, los conduce objetivamente a un distanciamiento aún mayor de la realidad social. En sus ataques a las formulaciones de la escuela clásica, los reformadores intentaron poner en evidencia la barbarie y el atraso cultural, que, para ellos, eran el resultado de las doctrinas retribucionistas. Sin embargo, lo que esta nueva teoría olvidaba es que, en su época, la escuela clásica había elaborado sus planteos también como reacción a los métodos punitivos inhumanos prevalecientes[11]. El método científico adoptado por los nuevos reformadores, no hizo más que crear la ilusión de que un sistema punitivo constituye la consecuencia de una teoría penal específica y que, por lo tanto, resulta suficiente demoler las construcciones ideales, para eliminar la realidad de un sistema de penas. Los rasgos atrayentes de una teoría no dialéctica de la pena residen en la posibilidad, falsa, de un conocimiento más profundo de la realidad y de una práctica más fructífera. Con una perspectiva como esta última, se invierte el orden de las cosas atribuyendo a la teoría un poder imaginario sobre la realidad, en vez de entender las innovaciones teóricas como una expresión necesaria de aquello ya sucedido en la praxis social.

Tanto el principio de proporcionalidad de las penas como los refinados métodos del proceso penal, constituyen un producto de la revolución burguesa. La formalización de la justicia penal ofreció muchas ventajas en los países de la Europa central, donde las fuerzas del absolutismo feudal todavía conservaban una buena cuota de poder, ventajas igualmente útiles en la Europa occidental donde la hegemonía de las fuerzas políticas no estaba todavía decidida. La independencia del poder judicial y la racionalización del derecho penal constituyeron excelentes armas en la lucha contra los residuos del feudalismo y la burocracia absolutista. La campaña del poder judicial prusiano, durante todo el siglo XIX, contra las interferencias del ejecutivo en casos de procedimientos ilegales, es un ejemplo claro y constituye uno de los tantos

[10] PRINS, *op. cit.*, pág. 113.

[11] HALL, *op. cit.*, págs. 184 y 192.

hitos de esta lucha[12]. La sofisticación de los métodos procesales fue una de las herramientas más efectivas para proteger la adquisición y extensión del poder económico de aquellos que utilizaban métodos algunas veces considerados como cuestionables, inclusive por las propias clases dominantes. En la lucha contra las clases inferiores, por otra parte, la independencia del poder judicial (que estaba dirigido por miembros de las clases dominantes exclusivamente) no significó un obstáculo importante a pesar de los formalismos que debían respetarse en los procedimientos. En países como Inglaterra, los procedimientos informales de tipo casi patriarcal fueron conservados para el caso de los delitos menores, es decir, para la criminalidad típica de las clases inferiores. La misma situación predominó en otros países, por el simple hecho de que a un procesado que carecía de medios económicos, le resultaba imposible obtener un abogado defensor. Es interesante observar al respecto, que la institución de la defensa gratuita en países como Alemania, Francia o Inglaterra jamás tuvo una importancia tan considerable como para poder afirmar que existía una verdadera igualdad en el ejercicio de los derechos de todos los estratos de la sociedad[13]. Además, fueron establecidos tribunales especiales y leyes marciales para la represión

[12] Una excelente descripción de este conflicto y de sus raíces económicas puede encontrarse en E. KEHR, *Genesis der preussischen Bürokratie und des Rechtsstaats, Die Gesellschaft,* IX, 1932, págs. 101-19.

Una exposición detallada en A. WAGNER, *Der Kampf der Justiz gegen die Verwaltung in Preussen,* Hamburg, 1936, presenta en forma totalmente tergiversada las razones fundamentales de estos conflictos. En la recensión de este último libro en la *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft,* XCVII, 1937, pág. 370, E. R. HUBER afirma: "La justicia administrativa es una instancia que garantiza la integridad de las prácticas administrativas. Pero, por su propio carácter, no guarda ninguna relación con la protección de los derechos subjetivos de los individuos frente al Estado". Este enfoque es sociológica e históricamente falso, ya que el concepto "natural" no tiene ningún significado en este contexto.

[13] La mayor parte de las normas existentes permiten la asistencia legal gratuita solo en casos especiales, como aquellos de reincidencia o los que deben ser juzgados por tribunales populares. En la mayor parte de los casos, los pobres están desprovistos de asistencia legal, y por ende, de algún tipo efectivo de defensa. Para Alemania, ver los términos restrictivos del art. 140 del Código de Procedimiento Penal. Para Francia, ver R. GARRAUD, *Traité d'instruction criminelle,* VI, Paris, 1929, pág. 131.

Las condiciones en Inglaterra son bastante similares, a pesar de la existencia de la *Poor Prisioner's Defense Act,* la que teóricamente hace posible, dentro de ciertos límites, la defensa gratuita; ver las observaciones de SOLICITOR, *English Justice,* London, 1935, pág. 214, y su crítica que se basa en las estadísticas de 1935, en *The New Statesman and Nation,* XIV, 1937, págs. 828-29. De acuerdo con las *Criminal Statistics, England and Wales 1934,* pág. 150, en las *Courts of Summary* fueron otorgadas, en 1934, 237 constancias de asistencia legal gratuita, es decir, solo el 1,1% de todos los casos en que se hizo uso de la institución de la defensa.

rápida y efectiva de cualquier intento organizado de revolución social, tal como sucedió luego de la derrota de la comuna de París en 1871[14]. El fin del siglo XIX clausura la etapa de antagonismos entre los últimos vestigios del feudalismo y la burocracia —heredada del absolutismo—, por una parte, y la burguesía por la otra. Desde el momento en que esta última clase consolidó su poder sobre el gobierno y la administración, se hizo cada vez menos necesario continuar con el proceso de formalización del derecho penal, entendido como garantía del poder político y económico burgués. El significado de la independencia del poder judicial también se trasformó. El liberalismo predominante entre los jueces durante la primera mitad del siglo XIX, cedió el paso a una actitud estrictamente conservadora, luego de la reconciliación burguesa con la aristocracia agraria; así la independencia del poder judicial se convirtió en una ideología para hacer frente a las clases inferiores. La orientación del derecho penal se vio profundamente afectada por estos cambios. "La mejora de las relaciones entre los ciudadanos y la ley", como RICHARD SCHMIDT denomina a esta unificación de los intereses de la clase dominante[15], socavó la función política del sistema legal de garantías que había surgido hacia fines del siglo XVIII. En verdad ya no resultaba necesario proteger a la burguesía de las arbitrariedades de la administración, porque la identidad entre estas dos fuerzas resultaba prácticamente absoluta. La protección del individuo durante el proceso penal, que anteriormente constituía una cuestión política de primer orden, se convirtió en una mera técnica legal.

Este cambio en la correlación de fuerzas políticas coincide con el desarrollo de un enfoque sociológico del derecho penal. Las estadísticas de las relaciones entre la tasa de criminalidad y las fluctuaciones económicas, hicieron evidente la concepción del delito como un fenómeno social. Además, la cuestión de los métodos punitivos dejó de ser considerada como el problema de mantener la justa proporcionalidad entre el delito y la pena, para ser examinada desde el punto de vista de la reeducación y de la oportunidad y eficacia de estos métodos. Llevado a sus extremos, este enfoque significaría que, en la normalidad de los casos, el delito constituye una prueba para internar al delincuente en una institución de carácter asistencial. La conclusión lógica de este enfoque debería ser, entonces, la de que solo pueden ser

[14] En Inglaterra, la desaparición de las condiciones que habían llevado a la implantación de la ley marcial, no significó en realidad gran cosa puesto que inmediatamente después se aprobó la creación de tribunales especiales, por medio de decretos y leyes de emergencia absolutamente injustificados; ver E. C. S. WADE y C. G. PHILLIPPS, *Constitutional Law*, ed. corr., London y New York, 1933, págs. 335-39.

[15] R. SCHMIDT, *Aufgaben*, pág. 265.

jueces ideales aquellos plenamente conscientes de la responsabilidad de la sociedad en el delito. Jueces que deberían absolver al delincuente pobre acusado de hurto y, más aún, proporcionarle los medios económicos para rehacer su vida[16]. Sin embargo, los teóricos más representativos de la sociología criminal no fueron tan lejos, sino que se limitaron a exigir una minuciosa racionalización de la justicia penal bajo la égida exclusiva de un punto de vista teleológico. Así, los delincuentes que no necesitaban ser sometidos a un proceso de reeducación o vigilancia, debían permanecer fuera de la cárcel, para lo cual se hizo costumbre extendida la *probation* y las penas pecuniarias (debe recordarse aquí que a las objeciones de la administración frente a estos sistemas de libertad vigilada, se opusieron los argumentos acerca de las ventajas económicas que suministraban estos procedimientos). Las sentencias de cárcel de corta duración fueron duramente censuradas: "No existe nada más inmoral y más absurdo —afirmó VON LISZT— que las condenas breves para quienes delinquen por primera vez"[17]. Los delincuentes pasibles de ser reformados, deberían ser reeducados moralmente con el mayor de los cuidados. Una actitud de este tipo, representaba la combinación de la responsabilidad social en el fenómeno criminal, con el intento de restituir la mayor cantidad posible de fuerza productiva al seno de la sociedad[18]. La rehabilitación del condenado era considerada de este modo como una buena inversión y no como una obra de caridad por parte de la administración. Solo en el caso de no existir la menor perspectiva de rehabilitación, podía justificarse el que un delincuente fuera separado de la sociedad por un lapso de tiempo indefinido. El concepto de criminalidad como fenómeno social que puede ser resuelto con métodos determinados con cierta exactitud, fue formulado así por PRINS: "Si el delito se desencadenara imprevistamente en la noche, como el fuego fatuo en los pantanos, la justicia no tendría más posibilidad que responder en forma fortuita. Pero este no es el caso; el delito tiende a concentrarse en círculos definidos, que se contraen y se expanden bajo la influencia de la prosperidad y la miseria. Nosotros no andaremos a tientas en la oscuridad, y estamos en capacidad de reaccionar con grandes posibilidades de éxito"[19].

[16] Ver, por ejemplo, J. VARGHA, *Die Abschaffung der Strafknechtschaft*, II, Graz, 1897, en especial págs. 460 y 572.

[17] LISZT, *Aufsätze* II, pág. 171.

[18] Este es el punto sobre el cual T. HERBETTE, inspector general de la administración de prisiones francesa, hace hincapié en el *Bulletin de l'administration pénitentiaire*, Mélun, 1886, pág. 16.

[19] PRINS, *op. cit.*, pág. 43.

Es interesante observar que los reformadores se esforzaron por mantener, tanto el conjunto de las garantías procesales que habían sido incorporadas a la estructura jurídica desde fines del siglo XVIII, como la exactitud en las definiciones legales de los hechos desarrollados por la legislación y la jurisprudencia. Por su parte, los reformadores de nuestra época han acogido favorablemente la propuesta de separar la etapa de determinación de la culpabilidad, del momento de imposición de la sentencia; debiendo la primera parte ser confiada al juez competente, y la segunda, a las instancias de la "medicina social". Una separación de funciones de este tipo es la consecuencia lógica del intento de salvaguardar simultáneamente los intereses individuales y los sociales[20]. Pero, a pesar del apego de la escuela reformista social-liberal a las garantías procesales tradicionales, existe una vinculación indiscutible entre las teorías de esta escuela y la disminución del formalismo en el derecho penal. Si el delito constituye, antes que nada, un indicador para el conocimiento más profundo de la personalidad del delincuente, la cuestión del hecho que el delincuente ha cometido, o de la reincidencia, si es el caso, se evalúa conjuntamente con el enfoque más amplio de la política criminal, enfoque que objetivamente debilita la concepción formalista del derecho penal.

RICHARD SCHMIDT tiene toda la razón cuando ataca la afirmación de RADBRUCH de que el liberalismo toma en cuenta la pena solo desde el punto de vista de la defensa social y que los sistemas punitivos estrictamente represivos son propios de las tendencias conservadoras[21]. SCHMIDT hace notar que la eliminación física de los delincuentes habituales de origen proletario, que constituiría el aspecto más radical de un sistema punitivo basado en la defensa social, hubiera sido acogido con mucho agrado en algunos sectores de la sociedad (militares, latifundistas, capitalistas, burguesía rural, etc.). Los acontecimientos más recientes han confirmado plenamente las apreciaciones de SCHMIDT. Resulta significativo que los aspectos menos liberales del programa reformista, como

[20] S. GLUECK, *Crime and Justice,* Boston, 1936, pág. 226; HENTIG, op. cit., pág. 238.

[21] R. SCHMIDT, *Strafrechtsreform,* págs. 205-12; cfr. DANNENBERG, *op. cit.,* págs. 5-6. RADBRUCH abandonó posteriormente esta posición en la edición de 1932 de su *Rechtsphilosophie,* pág. 161, nota. Resulta sintomático que una de las principales críticas provenientes del nacionalsocialismo hacia la escuela social-liberal de LISZT, esté dirigida contra el principio según el cual el poder discrecional del juez en el momento de determinación de la pena, deba adecuarse a la obligación de magistrado de permanecer apegado a la ley en el momento de considerar la culpabilidad del imputado; ver H. HENKEL, *Strafrecht und Gesetz im neuen Staat,* Hamburg, 1934, pág. 32. En relación con los vínculos existentes entre la escuela positivista reformista y la teoría penal alemana actual, ver HALL, *op. cit.,* pág. 189.

la detención preventiva y otras formas de neutralización de los reclusos, hayan sido cumplidos mucho más extensamente que otros, como, por ejemplo, la reforma carcelaria.

2. Resultados y límites de la reforma carcelaria

Antes de analizar las tendencias más recientes, debemos considerar el desarrollo de la pena de prisión en un período de relativa prosperidad, es decir, el momento en que la escuela reformista se encuentra en su apogeo. En el capítulo anterior dejamos el problema en el punto muerto en que se encontraba la pena de aislamiento celular. La nueva política promovida por los reformadores consistía en reducir, en la medida de lo posible, el uso de la cárcel, adoptando para ello un empleo extensivo de las penas pecuniarias —lo que veremos más adelante—, la política de la *probation* y, sobre todo, el intento de mejorar las condiciones sociales criminógenas.

El cuadro siguiente muestra las variaciones en la población carcelaria de Francia entre 1884 y 1932 y de Inglaterra entre 1880 y 1931.

Cuadro 6. Disminución de la población carcelaria; fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX

A. Francia: Población carcelaria, 1884-1932

	Maisons centrales		*Maisons d'arret (al 31 de dic.)*	
Año	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
1884	12.689	1.943	21.257	3.974
1887	11.547	1.635	21.394	3.573
1890	10.540	1.640	20.940	3.440
1891	10.054	1.439	20.336	3.338
1894	9.839	1.294	19.389	3.652
1897	8.434	1.008	15.636	2.790
1900	6.802	801	14.769	2.466
1902	5.906	673	13.941	2.152
1905	5.401	539	13.502	1.902
1909	5.540	507	13.304	1.885
1910	5.612	534	14.518	2.224
1913	6.413	726	14.123	2.219
1920	7.443	863	17.997	3.383
1921	6.247	1.086	13.920	2.911
1922	6.090	935	11.037	2.338
1925	5.529	885	12.278	2.095
1927	5.405	542	14.293	2.316
1929	4.992	573	12.537	2.038
1930	5.085	590	12.575	1.885
1931	4.662	546	11.695	1.756
1932	4.315	469	12.579	1.591

Fuente: Compilado del anuario *Statistique pénitentiaire*.

B. Inglaterra: Población de las casas de corrección y cárceles 1880-1931

Año	Número	Año	Número
1880	32.999	1919	12.732
1890	24.628	1920	15.518
1900	22.432	1921	15.756
1905	28.257	1922	15.520
1910	26.096	1923	14.788
1911	23.758	1924	14.132
1912	23.994	1925	13.580
1913	21.463	1926	14.537
1914	18.195	1927	14.446
1915	11.802	1928	13.726
1916	11.027	1929	13.526
1917	11.930	1930	14.294
1918	11.303	1931	13.838

Fuente: FOX, *Modern English Prison,* págs. 218-219.

La propensión a sustituir el encarcelamiento por otras formas punitivas, se verificó conjuntamente con la disminución de los términos y la severidad de las condenas. Esto puede apreciarse claramente en el cuadro siguiente, que muestra la distribución de las sentencias en Alemania de 1882 a 1934 (obsérvese que el aumento de las sentencias a prisión comienza con la crisis de 1930)[22].

Cuadro 7. Distribución porcentual de las sentencias en Alemania

Año	*Penas de Muerte*	*Zucht Haus*	*Total de Sentencias a prisión*	*más de 1 año*	*3 meses a 1 año*	*menos de 3 meses*	*Arrestos*	*Penas Pecuniarias*
1882	.03	4.3	72.0	1.6	9.6	60.8	.46	22.2
1886	.02	3.4	68.5	2.7	11.1	54.7	.36	26.5
1893	.01	2.7	61.6	3.0	11.0	47.6	.23	33.6
1900	.01	2.1	55.6	2.9	10.7	42.0	.11	39.7
1907	.01	1.4	47.8	2.3	8.9	36.6	.08	47.5
1913	.01	1.4	44.0	2.7	9.2	32.1	.05	52.0
1918	.01	1.7	60.1	3.4	11.7	45.0	.02	32.0
1921	.02	1.4	56.9	4.3	14.3	38.3	.02	39.3
1926	.02	1.2	32.5	2.3	10.5	19.7	.42	65.2

[22] Cfr. F. EXNER, *Studien über die Strafzumessungspraxis deutscher Gerichte,* Leipzig, 1931, págs. 23-27.

(Continuación)

Año	*Penas de Muerte*	*Zucht Haus*	*Total de Sentencias a prisión*	*más de 1 año*	*3 meses a 1 año*	*menos de 3 meses*	*Arrestos*	*Penas Pecuniarias*
1928	.01	0.87	28.6	1.8	8.8	18.0	.49	69.2
1930	.01	0.78	31.8	1.9	9.5	20.3	.52	66.2
1931	.008	0.81	35.9	2.1	10.7	23.1	.45	62.1
1932	.009	1.12	41.5	2.5	12.9	26.0	.46	56.3
1933	.016	1.97	44.5	3.9	15.0	25.5	.51	52.6
1934	.025	3.22	41.7	4.6	14.6	22.4	.47	54.7

Fuente: Compilado del *Kriminalstatistik für das deutsche Reich* y del *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich.*

La tendencia general a la lenidad de las penas es bastante evidente. El uso de las casas de corrección fue remplazado por sentencias de prisión de duración media, y estas últimas, a su vez, por sentencias breves o penas pecuniarias. Este desarrollo sería todavía más claro si dispusiéramos de las estadísticas concernientes a la *probation.* Los estudios de RABL permiten comprobar que esta política de lenidad fue aplicada por igual a todos los tipos de delincuencia[23].

El mismo fenómeno es también observable en Francia, por medio del próximo cuadro, que presenta los diversos métodos de privación de libertad, de 1832 a 1933. Las penas más severas: *travaux forcés* y *réclusion,* fueron disminuyendo hacia fines de siglo, al tiempo que las penas de prisión de duración intermedia sufrieron también una disminución en favor de las sentencias breves.

Cuadro 8. Distribución porcentual de las sentencias de prisión en Francia

Año	*Travaux forcés y reclusión*	*Penas de prisión por más de un año*	*Penas de prisión por un año o menos*
1832	5.7	14.3	80.0
1836	4.0	16.9	79.1
1842	3.7	14.9	81.4
1848	2.6	10.7	86.7
1855	2.5	14.0	83.5

[23] R. RABL, *Strafzumessungspraxis und Kriminalitätsbewegung,* Leipzig, 1936, *passim.*

Año	*Travaux forcés y reclusión*	*Penas de prisión por más de un año*		*Penas de prisión por un año o menos*	
1857	2.3	12.9		48.8	
1865	1.7	9.0		89.3	
1873	1.8	8.4		89.8	
1880	1.3	6.0		92.7	
1884	1.2	5.4		93.5	
1892	1.1	3.7		95.2	
1900	0.9	3.3	Más de	95.8	Tres meses
1905	0.9	3.8	tres meses	95.2	o menos
1912	0.8	3.8	17.5		77.0
1919	0.7	5.1	23.4		70.8
1921	1.0	5.3	24.1		69.6
1924	0.6	3.9	16.0		79.5
1927	0.4	3.4	24.3		71.9
1930	0.4	4.1	19.6		75.9
1932	0.4	3.6	18.9		77.1
1933	0.4	3.0	—		—

Fuente: Compilado del *Compte général de l'administration de la justice criminelle.*

Este proceso finaliza a comienzos del siglo XX. De aquí en adelante, las tendencias a la lenidad en el sistema punitivo se expresan en un uso más liberal de las condenas condicionales y en el empleo más difundido de las penas pecuniarias (véase cuadro 9).

Cuadro 9: Penas pecuniarias y sentencias condicionales en el "tribunal correctionnel" francés (porcentaje del total de sentencias)[a].

Año	*Penas pecuniarias*	*Sentencias condicionales*
1900	35.8	17
1905	39.1	20
1912	40.5	16
1921	52.5	17
1924	46.3	18
1927	46.1	16
1930	47.7	21
1931	48.6	22
1932	45.9	23
1933	47.5	23
1934	47.8	—

Fuente: Compilado del *Compte général...*

[a] Estas cifras no incluyen las infracciones a las normas arancelarias aduaneras o infracciones relativas a las regulaciones forestales, de pesca, etc.

La política de lenidad en el manejo del sistema punitivo puede observarse todavía más claramente en Bélgica (cuadro 10).

Cuadro 10. Distribución porcentual de las sentencias en Bélgica ("tribunal correctionnel")[a]

Año	*Más de 1 año*	*6 meses a 1 año*	*Menos de 6 meses*	*Penas pecuniarias*	*Sentencias condicionales*
1905	2.4	2.2	47.4	48.0	35.0
1912	2.4	1.7	42.3	53.6	37.4
1919	10.2		35.3	54.5	32.1
1924	3.0		28.1	68.9	41.6
1927	4.1		34.7	61.2	38.8
1930	4.3		32.8	62.9	39.2
1933	33.5			66.5	42.5

Fuente: Compilado de *Statistique judiciaire de la Bélgique* y *Annuaire.*

[a] Estas cifras no incluyen infracciones a las regulaciones forestales.

Italia constituye una excepción a esta tendencia general. Entre 1893 y 1933 puede observarse un aumento constante de las penas más severas, al mismo tiempo que una disminución de las sentencias breves de prisión y una variación insignificante en el número de penas pecuniarias[24] (véanse cuadros 11 y 12).

[24] Compilado sobre la base de la duración de las penas privativas de libertad y de las penas pecuniarias aplicadas por los *pretori tribunali* y las *corti d'assise* (con

Cuadro 11. Distribución porcentual de las sentencias penales en Italia

Año	*Penas de prisión*				*Penas pecuniarias*
	Más de 5 años	*De uno a 5 años*	*De 6 meses a 1 año*	*Menos de 6 meses*	
1893	1.61	5.96	15.15	58.41	18.87
1902	1.00	5.57	5.12	66.48	21.83
1905	0.92	5.39	5.65	66.82	21.22
1908	0.80	4.97	5.32	68.09	20.82
1911	0.77	5.41	5.52	67.11	21.19
1917	0.79	4.98	5.10	68.43	20.76
1921	0.94	8.09	7.99	64.76	18.22
1922	1.12	7.32	7.70	62.74	21.12
1925	1.50	7.62	8.14	64.08	18.66
1928	0.97	5.89	6.13	63.95	23.06
1930	1.04	8.25	8.92	63.51	18.28
1931	1.16	7.64	68.71		22.49
1932	1.94	10.87	68.17		19.02
1933	2.02	12.63	65.08		20.27

Fuente: Compilado de *Statistica giudiziaria penale.*

Cuadro 12. Denuncias policiales por hurto en Italia
(por 100.000 habitantes).

Año	*Número*
1887	305
1897	414
1910	447
1919	639
1921	648
1923	548
1927	469
1930	478
1932	550
1933	514
1934	505
1935	552

Fuente: Compilado de *Statistica della criminalità*.

El desarrollo excepcional de la represión penal en Italia coincide con el hecho de que en ese país el número de delitos no disminuyó como, por lo contrario, sucedía en el resto de los países europeos[25]. Con el aumento general del nivel de vida, mejoraron también las condiciones carcelarias. La adopción de un sistema penitenciario provisto de celdas individuales condujo a la construcción de nuevas cárceles, así como al abandono de aquellas consideradas ahora como inadecuadas, eliminándose parcialmente el problema de la superpoblación de los reclusos y, por consiguiente, sus secuelas de orden higiénico y moral. También la alimentación fue mejorada y se prestó una atención más directa a los problemas sanitarios. Cadenas y otras formas de coacción física antes necesarias para la conservación de la disciplina, fueron usadas cada vez menos frecuentemente. Las consecuencias directas de estos cambios se reflejaron de inmediato en las estadísticas sobre la tasa de mortalidad: en Inglaterra, por ejemplo, cayó del 1,08% en

---

exclusión de las penas de arresto y de indemnización de daños y perjuicios). Los datos proporcionados por la *Statistica della criminalità* no pueden ser utilizados a causa de la no especificación de la duración de las detenciones, especificación que se ofrece solo con respecto al tipo de institución en la cual el condenado debe cumplir la pena, además del hecho de que el último volumen aparecido en 1935, trae los datos de hasta 1928.

[25] Hemos escogido las estadísticas relativas al hurto, con base en las denuncias policiales en vez de tomar en consideración el número de las sentencias, en razón del hecho de que la política de amnistías de los últimos años ha convertido a las segundas en inútiles para nuestros objetivos.

1877 al 0,56% en 1898, y la tasa de suicidios, del 1,76% en 1877 al 0,7% en 1896[26].

Fue en esta atmósfera social donde surgieron las formulaciones teóricas modernas sobre la reforma carcelaria. En ellas, la insistencia en el tratamiento del delito como un problema médico-sicológico, o, lo que es lo mismo, la insistencia en la necesidad social de "curar" al recluso si resultaba posible hacerlo o de "aislarlo" si era considerado irrecuperable[27], se difundió ampliamente en el conjunto de la sociedad. Tanto fue así, que en la presentación del programa de política criminal del partido social-demócrata alemán en la convención de 1906, HUGO HAASE sugirió la extensión de la práctica de eximir a los responsables de hurtos, por medio de certificados médicos que testimoniaran la naturaleza cleptómana del imputado (práctica que ya se encontraba en uso en los casos de los miembros de las "buenas familias")[28]. Más aún, el *Reichsrechtliche Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafer**, un acuerdo del 7 de junio de 1923 entre los diversos estados alemanes, referente al tratamiento de los delincuentes, fue quizás el ejemplo más notable del espíritu progresista en la práctica de las ejecuciones penales.

Los criminólogos de esta nueva escuela reformista conservaron la vieja noción según la cual, el nivel de vida dentro de la cárcel debe ser inferior al del nivel mínimo de la población libre. ENRICO FERRI, representante teórico de Italia, un país pobre cuyas clases inferiores participaron escasamente de las mejoras económicas europeas, expresó a fines del siglo XIX una fuerte posición al "trastrocamiento de todo criterio de justicia social, por el cual las cárceles son más cómodas y confortables que las casas destinadas a los pobres honestos, los cuales,

[26] WEBB, *English Prisons,* págs. 208-10.

[27] HÖLSCHER, por ejemplo, expresó en *Strafvollzug in Preussen* (editado por el Ministerio de Justicia de Prusia), Berlin, 1928, pág. 1: "El imputado ha sido condenado, el juez lo ha sentenciado a prisión, el recluso es conducido al otro lado de los muros. ¿Qué sucederá en ese lugar? Podemos aceptar una sola respuesta a esta pregunta: educación y reforma. El primero y más importante de los principios cardinales de esta etapa no es precisamente la expiación del derecho violado, o que se lleve a cabo una venganza, sino que la reforma del delincuente pueda cumplirse mediante una modificación de su personalidad. Reforma que no debe significar intimidación y disciplina de hierro que destruya el espíritu, sino una verdadera educación".

[28] *Protokoll über dir Verhandlungen des Parteitages der sozialdemokratischen Partei Deutschands abgehalten zu Mannheim vom 23 bis 29 September 1906,* Berlin, 1906, pág. 376.

* Fundamentos jurídicos del *Reich* sobre la ejecución de penas privativas de libertad. (N. del T.).

por el hecho de permanecer honestos, pueden inclusive morir de hambre aguda o crónica, ya que la sociedad no les asegura alimentación y alojamiento en tanto no se conviertan en delincuentes"[29].

La intensidad de este problema disminuyó hacia fines del siglo XIX, a causa de que los adelantos materiales y el aumento del nivel de vida de las clases inferiores permitieron realizar ciertas mejoras en las condiciones carcelarias, sin destruir la línea de demarcación con las condiciones exteriores. En relación con esto último debe tenerse en cuenta que si bien el desarrollo económico resultaba favorable y se adecuaba a las propuestas de los reformadores, su insistencia en mantener la línea de demarcación "externa-interna" constituyó una traba para reformas posteriores y las supeditó a los movimientos de crisis en el mercado. Por otra parte, hasta en períodos de prosperidad amplios sectores de la población, especialmente en las grandes ciudades, carecen del mínimo imprescindible para su supervivencia. Las estadísticas criminales no proporcionan informaciones específicas sobre estos grupos marginales, pese a lo cual, y utilizando otros métodos, es posible aprehender el problema. Bajo el rótulo de "extranjeros", por ejemplo, es posible encontrar frecuentemente una tasa de criminalidad mayor que la media, pero el hecho de que la mayoría de este grupo pertenezca simultáneamente a las clases más pobres de la sociedad, constituye una prueba clara de la incidencia de una situación económica desfavorable sobre el fenómeno de la criminalidad[30].

[29] FERRI, *op. cit.*, pág. 241; trad. cast. cit., pág. 25; ver también G. BOIMERON, *Les prisons de Paris,* Paris, 1898, pág. 52, cuya investigación sobre el estado de las cárceles parisienses en 1891 lo condujo a la misma conclusión. El hecho de que esta formulación del problema coincida con lo ya afirmado por BÉRANGEN (1836), demuestra que la problemática de fondo ha permanecido inmodificada, a pesar de las trasformaciones ocurridas en las condiciones sociales.

[30] Esto resulta particularmente claro en Francia, donde la tasa de criminalidad entre la población extranjera era el doble de la que se registraba entre la población nativa, aun si se excluyen las violaciones al derecho de inmigración y las órdenes de expulsión del país; ver O. KIRCHHEIMER, *Remarques sur la statistique criminelle de la France d'après guerre, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé,* I (1936), págs. 377-78; E. HACKER, *Statistique comparée de la criminalité, Revue internationale de droit pénal,* XIII (1936), págs. 305-49, especialmente el cuadro estadístico de pág. 329. Es un hecho bien conocido el de que la presencia de numerosos extranjeros, una población desprovista de bienes y con posibilidades inciertas de encontrar trabajo, constituye un factor de suma importancia en el aumento de la criminalidad; ver L. BELYM, *Un project de réforme pénitentiaire, Revue de droit pénal et de criminologie,* XVII (1937), pág. 249.

Existe además otro vínculo entre las condiciones socioeconómicas y las posibilidades reeducativas de la cárcel, en cuanto el despertar de los buenos instintos del recluso presupone la perspectiva de mejores condiciones materiales de existencia. Cualquier tratamiento sicológico de rehabilitación resultará imposible mientras para el recluso sea evidente que la sociedad no le concede la posibilidad de una satisfacción lícita de sus necesidades. Aun con los métodos más avanzados y refinados de resocialización, resultaría difícil convencerlo de que acepte voluntariamente la perspectiva de un destino miserable.

El trabajo carcelario continuó siendo un problema de primera importancia, a pesar de haber perdido su significación económica en los países con alto grado de desarrollo industrial capitalista. Como prueba de esto, en 1894 una comisión investigadora inglesa arribó a la conclusión de que la población carcelaria no presentaba de ningún modo las características adecuadas para la introducción de un desarrollo industrial productivo[31]. Confirma plenamente el dictamen de la comisión, la situación de las pequeñas prisiones. En estas, la alta movilidad de su reducida población carcelaria —a ellas eran destinados solo prisioneros con condenas breves— imposibilitaba toda forma de explotación racional del trabajo[32]. En las grandes prisiones, donde no existía ni el problema del número ni el de la movilidad, sin embargo, permanecía como dificultad la elevada inversión necesaria para una producción importante que permitiera competir con la industria privada. Frente a esta eventualidad fue tan implacable la oposición por parte tanto de las empresas como de los sindicatos, que el trabajo carcelario se limitó generalmente a la producción de mercancías para el uso en la prisión o para consumo del Estado[33]. Además, ahora que el personal de vigilancia recibía regularmente un salario, desaparecía el interés económico privado en el trabajo de los reclusos, disminuyendo con ello un buen número de los problemas más importantes de la institución carcelaria durante los siglos XVII y XVIII. Por su parte, el Estado se contentaba con un retorno parcial —aunque solo fuera en las cifras

[31] FOX, *Modern English Prison,* pág. 89.

[32] POLENZ, *Gefängnisarbeit,* en *Strafvollzug,* pág. 218: cfr. el capítulo especialmente dedicado a este tema, en A. MOSSÉ, *Variétés pénitentiaires,* Melun, 1932.

[33] En junio de 1925, la cuestión fue planteada de este modo en el *Reichstag*: "¿De qué forma el gobierno del *Reich* protegerá al comercio y a la industria, de la competencia desleal del trabajo carcelario?"; LUBERT, en *Strafvollzug,* pág. 230; ver también A. STARKE, *Die Behandlung der Gefangenen,* en BUMKE, *op. cit.,* pág. 160; FOX *op. cit.,* pág. 90.

del balance— de las erogaciones que demandaba la cárcel. Los aspectos pedagógico-reeducativos pasaron así a un primer plano, lo cual, sin embargo, dio origen a un círculo vicioso: la mayoría de los reclusos o bien carecían de un oficio o bien habían perdido su destreza a causa del largo período de inactividad; si se hubiera querido prepararlos para reinsertarse honestamente en la sociedad, debía habérseles proporcionado la enseñanza de un oficio, lo que sucedía con muy poca frecuencia. Normalmente, los reclusos eran puestos a trabajar en tareas agrícolas, método particularmente extendido en los países fascistas, como una forma coactiva de aumentar la producción con el menor costo posible[34]. La experiencia demuestra que las labores agrícolas u otros trabajos de tipo rudimentario no constituyen una respuesta al problema de la reeducación, porque con estos métodos el detenido deja la prisión tal como había ingresado sin ningún oficio o conocimiento que le permita mejorar sus posibilidades en un mundo competitivo. Las inversiones requeridas, las dificultades para encontrar mercados y la opinión pública, contribuyeron conjuntamente a impedir la introducción en la cárcel de cualquier programa efectivo de instrucción profesional.

El pago de un salario por el trabajo en prisión, se enfrentó a la misma oposición y con los mismos argumentos que la producción carcelaria rentable. Un salario hubiera significado prácticamente una equiparación con el trabajo libre. Como sustituto de esta contraprestación pecuniaria no aconsejable, se introdujo en Inglaterra un sistema gradual por medio del cual la cantidad de trabajo realizado otorgaba la posibilidad de disminuir la duración de la condena. Un informe del comisionado de prisiones en 1929 señalaba que este sistema cumplía meramente la función de reprimir el mal comportamiento y la holgazanería, concluyendo que alguna forma de salario era necesaria para inducir a los

[34] Son dignas de mención las entusiastas observaciones de WUTZDORFF, sobre el trabajo carcelario agrícola, aparecidas en la publicación oficial prusiana *Strafvollzug*, págs. 239-40: "Es imposible no otorgarles mayor libertad de movimiento a los prisioneros que trabajan fuera de los muros de la prisión. Deberá existir siempre un grupo seleccionado de reclusos a los que se les permita trabajar fuera, especialmente si se toma en cuenta que esta autorización constituye de por sí una concesión dentro del régimen penitenciario, lo que permite que un número elevado de los que trabajan fuera, si no la totalidad, puedan ser colocados en el segundo o tercer nivel. En consecuencia estos deben ser considerados como individuos de confianza, lo que permite presumir que dichos reclusos pensarán dos veces antes de intentar escapar y correr el riesgo de ser clasificados nuevamente en el primer nivel, es decir, en la situación más rigurosa de aislamiento por el hecho de haber intentado fugarse".

reclusos a trabajar más allá de los niveles mínimos obligatorios, si se quería alcanzar el máximo posible de productividad. Finalmente fue introducido en Inglaterra un sistema de retribución pecuniaria[35]. En Francia, los reclusos recibían una parte de sus salarios en dinero, cuyo monto era determinado por sus antecedentes y por la duración de la sentencia, con lo que en realidad recibían efectivamente solo entre un décimo y la mitad de la suma asignada, la que ya era ridículamente escasa. Del mismo modo que en otros países de la Europa continental, una parte del salario era entregada al prisionero, rasgo que constituyó a menudo una de las características más importantes del sistema de administración carcelario francés.

La continuidad de la tradición es clara. De LEPELETIER ST. FARGEAU, relator del programa penal de la Asamblea Revolucionaria, a MOSSÉ, autor del más reciente manual oficial de prisiones, se ha aceptado siempre el principio de que la alimentación en la cárcel no debe ser demasiado sustanciosa, es decir, que no debe exceder lo absolutamente indispensable para la supervivencia. Por esta razón resulta perfectamente entendible que las autoridades carcelarias esperen que el recluso destine una buena parte de su salario a completar la ración requerida para la reproducción de su fuerza de trabajo[36]. En general parece correcto afirmar que las pésimas condiciones reinantes en las primeras cárceles habían sido eliminadas, por lo menos en lo que se refiere a la alimentación, pese a lo cual aún se mantenía un abismo entre la condición de la población carcelaria y las clases más bajas de la población libre. En el campo de lo sexual, la propia naturaleza del sistema carcelario moderno creó problemas prácticamente insolubles, excepto en unos pocos países, como México y la Unión Soviética, que permiten este género de contacto. Una práctica de este tipo no solamente involu-

[35] FOX, *op. cit.*, pág. 91, sobre los desarrollos más recientes.

[36] MOSSÉ, *Les prisons,* 2ª ed., Paris, 1929, pág. 140; D'HAUSSONVILLE, *op. cit.*, pág. 315. Pero inclusive en los casos en que los reclusos dependen casi totalmente de la administración carcelaria para obtener su alimentación, como en Inglaterra, permanece vigente el aforismo según el cual la comida debe limitarse al mínimo necesario para la supervivencia. Las descripciones hechas sobre este punto, relativas a las prisiones inglesas, permiten observar que, por un motivo o por otro, las raciones de comida no son suministradas a quienes les corresponden; ver FOX, *op. cit.*, pág. 114, y la no oficial pero impactante descripción de W. F. R. MACARTNEY, *Walls Have Mouths,* London, 1936, págs. 122-37. H. FISCHER, médico alemán, afirma en un informe oficial, el que en razón de su carácter tiende a enfatizar los aspectos positivos del sistema carcelario, que la monotonía y la desproporción entre calidad y cantidad constituye una característica de la alimentación en la cárcel; *Gesundheitsfürsorge in den Gefangenenanstalten,* en BUMKE, *op. cit.*, págs. 220-23.

cra dificultades de orden técnico, sino que representa también una transgresión de la moral oficial y de la institución del matrimonio desde el momento en que los reclusos deben ser tratados por igual, independientemente de su estado civil. Además, no debe olvidarse que la abstinencia forzosa está considerada como una parte esencial de la condena[37].

Las condiciones de higiene y salud encuentran un límite natural en la propia arquitectura de las cárceles, muchas de ellas, heredadas del pasado[38]. El grado de las mejoras introducidas en la atención de los enfermos resulta muy difícil de evaluar. Pero, aunque no existen dudas acerca de los progresos técnicos llevados a cabo en la medicina carcelaria, ellos están limitados por el hecho de que el médico debe tomar en cuenta no solo la situación objetiva del paciente, sino además los efectos de su tratamiento sobre el resto de los reclusos y sobre la disciplina de la institución[39]. Los ejercicios físicos han sido introducidos conforme a las concepciones modernas y los requirimientos de la salud. Pero aquí también se establece una profunda distinción entre aquello considerado como esencial para la salud del detenido y las actividades meramente recreativas[40].

[37] Ver. W. GENTZ, *Das Sexualprobleme im Strafvollzug, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* L (1930), págs. 406-27, en especial la pág. 408, donde se formula el principio según el cual las instituciones penales deben adecuarse a las costumbres aceptadas por la comunidad en que viven y para la cual existen. Sobre el tratamiento del problema sexual en las prisiones soviéticas, ver LENKA VON KOERBER, *Soviet Russia Fights Crime,* New York, 1935, págs. 154-55 y 180-81. Sobre las consecuencias de la abstinencia forzada y las prácticas sexuales en las cárceles, ver el interesante capítulo dedicado al tema, en MACARTNEY, *ob. cit.,* págs. 418-26.

[38] Las condiciones sanitarias en las celdas son precarias, a pesar de la existencia de prisiones nuevas o refaccionadas, especialmente en lo que se refiere a posibilidades de movimiento, ventilación y luz; ver GENTZ, *Die praktische Ausgestaltung des Strafvollzuges,* en FREDE y GRÜNHUT, *op. cit.,* pág. 70; FISCHER, *op. cit.,* págs. 205, 224-31.

[39] En las prisiones pequeñas el problema es fundamentalmente de organización, ya que estas tienden a utilizar los servicios de médicos externos a los que se les paga una pequeña suma. Este constituye sin duda el sistema menos adecuado desde el punto de vista del tratamiento médico y de su duración. Inclusive en los casos en que las prisiones cuentan con médicos permanentes, la instalación de un sistema sanitario efectivo se enfrenta con grandes dificultades, en particular por la sospecha siempre presente de que el recluso finja tener alguna enfermedad. Ver la discusión exhaustiva de este problema en F. BRUCKS, *Die innere Organisation der Gefangenenanstalten in Deutschland,* en BUMKE, *op. cit.,* págs. 113-15; GEHRMAN y KUTTNER, *Parlament und Strafvollzug,* en *Strafvollzug,* págs. 34-35.

[40] Ver el comentario característico de R. GUTFLEISCH, *Strafvollzug und Erziehung,* Freiburg, 1926, pág. 53: "Los deportes no deben ser permitidos durante la realización de los ejercicios físicos, ya que estos juegos son incompatibles con la severidad del régimen carcelario y con la condición de los reclusos en tanto sujetos privados de su libertad. De todos modos es posible que los meros ejercicios gimnásticos produzcan efectos saludables en el detenido y constituyan una suerte de entrenamiento para

Si bien los teóricos modernos distan mucho de apoyar uniformemente el sistema de aislamiento celular[41], la administración de prisiones ha seguido un camino independiente de este tipo de opiniones construyendo y remodelando las cárceles de acuerdo con la estructura celular. El problema del aislamiento celular ha desaparecido como tema importante de discusión, ya que la separación estricta de los reclusos durante la noche es acompañada, casi sin excepciones, por el trabajo conjunto durante el día, tal como lo requieren las necesidades de la producción[42]. El sistema celular fue posteriormente remplazado, y como un signo de progreso, "por un cierto gradualismo en los métodos de ejecución", como lo expresa BELYM[43]; gradualismo que se refleja en este principio: "La disciplina debería ser mantenida a través de estímulos positivos antes que por medio de medidas meramente represivas, alentar al recluso para que mantenga una línea de conducta antes que amenazarlo con castigos corporales *in terrorem*"[44].

---

la autodisciplina. En resumen, los reclusos deberán contentarse con el sobrio placer que todo ejercicio físico o mental pueda proporcionarles".

Los ejercicios físicos no son, sin embargo, permitidos en las cárceles francesas, las que como adecuado sustituto de ellos ofrecen la realización de prácticas antiincendio; ver MOSSÉ, *Prisons,* pág. 317. En Inglaterra, el sistema de ejercicios físicos adoptados en la prisión ha sido tomado directamente del imperante en el ejército; ver FOX, *op. cit.,* págs. 113-14, quien se apresura a agregar que "los juegos deportivos no forman parte ni de la organización del sistema penitenciario en su conjunto, ni de una cárcel en particular". FERRI, el decano de la moderna escuela de reforma penal, rechaza la práctica de ejercicios físicos por cuanto estos pueden convertirse en entrenamientos para futuros intentos de fuga; ver su ponencia presentada en el Congreso de Londres, en *Revue internationale de droit pénal,* III (1926), págs. 60-61.

[41] FERRI, *Criminal Sociology,* págs. 540-42, (trad. cast. cit., pág. 317), por ejemplo, condenó el aislamiento celular como uno de los más grandes errores del siglo XIX; cfr. IVES, *op. cit.,* pág. 181. Para una posición intermedia, véase el reciente tratado de DONNEDIEU DE VABRES, *op. cit.,* págs. 357-61.

[42] Este sistema impera en Francia. La ley del 5 de junio de 1875 otorga a los reclusos la posibilidad de optar libremente por el régimen de aislamiento celular, mediante lo cual se les reduce un cuarto de la duración de la condena. En el caso de reclusos sentenciados por actividades anarquistas, se hizo una excepción a esta última disposición. MOSSÉ, *Prisons,* pág. 215, considera la reducción automática de la pena como un *"élement solide de confort moral"*. En la mayoría de los países, se establece una etapa de aislamiento celular obligatorio al comienzo del cumplimiento de la pena.

[43] L. BELYM, *L'état actuel du systéme pénitentiaire dans l'Europe,* en *Revue de droit pénal et de criminologie,* XIII, (1936), pág. 1085.

[44] FOX, *ob. cit.,* pág. 78.

Este objetivo puede llevarse a cabo ya sea por un *sistema gradual* de privilegios otorgados a la buena conducta *(stage system)*, ya sea reduciendo la duración de la condena o por alguna otra variante de las dos primeras posibilidades. El uso de este sistema, con un sinnúmero de variaciones, ha sido adoptado hoy en casi todas las prisiones. Pero el más elaborado de todos ellos puede encontrarse en Inglaterra, donde diariamente se somete al detenido a juicios de mérito sobre su conducta, juicios de los que depende la duración de su condena. De esta manera puede ser dejado en libertad en cualquier momento luego de trascurridas las tres cuartas partes de la sentencia impuesta por el juez. El *sistema gradual* sirve también para permitir al detenido la obtención de algunas ventajas que ya eran totalmente normales en la vida cotidiana de las clases inferiores. Hemos ya señalado el hecho de que en muchos países el nivel mínimo de subsistencia en la cárcel es calculado de tal modo, que la ración necesaria puede ser completada solo por el propio recluso con una parte de su salario, el cual a su vez, puede ser suspendido por razones disciplinarias.

La diferencia entre el nivel de vida de las clases libres más bajas y las posibilidades de adquisición de los reclusos más privilegiados, es mayor que la diferencia entre los "estratos" más altos y más bajos de la población carcelaria. Por esto, las dificultades para introducir diferenciaciones reales dentro de los muros de la prisión como forma de obstaculizar la tendencia a una mejora de las condiciones de los detenidos en relación con el mundo exterior, son fáciles de constatar. En el *Congrès pénal et pénitentiaire international* desarrollado en Berlín en 1935, se debatió mucho sobre la política de diferenciaciones requerida para separar claramente las medidas de seguridad de las penas de privación de libertad[45].

La ventaja más importante del *sistema gradual* radica únicamente en contribuir a la conservación de la disciplina. Desde el punto de vista reeducativo, sin embargo, está desprovisto de todo valor a causa

[45] Ver las *Actes du Congrès pénal et pénitentiaire international,* vol. 1 b, Berne (1936), págs. 85-86. Las resoluciones del Congreso toman en consideración la diferencia fundamental entre penas y medidas de seguridad y hacen mayor hincapié en la "diferente concepción", antes que en la "diferente aplicación". Un "estudio teórico exhaustivo —afirma el comentario oficial— se enfrenta a dificultades considerables para establecer una distinción clara entre ambas. Sin embargo, en la práctica las diferencias son aún más difíciles de establecer, es decir, durante el período de ejecución de la pena, resulta altamente complicado establecer las diferencias entre estas dos formas de privación de libertad". Las diferencias propuestas se limitaban a la reducción de algunos privilegios, concernientes a la vestimenta, material de lectura, dinero adicional, posesión de tabaco, etc.

de que el comportamiento exigido al recluso se limita a la mera sumisión a las formalidades externas de la disciplina carcelaria. En el momento en que MACARTNEY ingresó a la prisión de Parkhurst, el jefe de vigilancia le habló en estos términos: "Diez años es un largo tiempo; algunos permanecen mucho más, depende exclusivamente de ti si te vas en siete años y medio o completas los diez. Hay dos formas de pasarla en prisión: por las buenas o por las malas"[46].

No parece existir ninguna duda acerca de que la virtud más importante del denominado *sistema gradual*, era la de producir una conducta completamente conformista[47].

Las cualidades del director de la cárcel y su personal de vigilancia están determinadas por los objetivos del *sistema gradual*[48]. Como responsable de un gran aparato burocrático, el director debe mantener un equilibrio entre el Estado, que exige la ejecución de sus disposiciones con el menor costo o aun con ganancias si fuera posible, el personal de vigilancia, que comparte el rasgo de toda burocracia en el sentido de tratar de aumentar su poder e influencia, y los reclusos. En casi todos los países europeos el personal subalterno de vigilancia es reclutado todavía entre suboficiales del ejército y la marina, que obtienen de este modo un sueldo adicional a la pensión de la que ya disfrutan. Antes de la guerra mundial, este procedimiento se justificaba con el argumento de que las tareas de vigilancia no requerían ningún tipo

[46] MACARTNEY, *op. cit.*, pág. 73.

[47] Una comparación entre las estadísticas francesas e inglesas, en lo relativo a la disciplina carcelaria, permite observar que un sistema técnicamente bien desarrollado ayuda a mantener un orden adecuado. En Inglaterra en 1932, una vez implantado el sistema de reducción automática de la sentencia, solo el 15,3% de la totalidad de los reclusos de sexo masculino se encontraban sujetos a medidas disciplinarias. Por el contrario, en Francia (también en 1932), donde este sistema no existía, el 94% de la totalidad de los reclusos masculinos estaban sujetos a medidas de tipo disciplinario. Esta última situación puede ser perfectamente entendida, si se toma en cuenta que solo el 6,87% de los reclusos pudieron obtener una reducción de la pena. Ver el *Report of the Commissioners of Prisons and the Directors of Convict Prisons for the year 1935,* London, 1937, pág. 30, y *Statistique pénitentiaire pour l'anné 1932,* Melun, 1934, pág. 24.

[48] La literatura oficial alemana de posguerra, relativa a la reforma penal, se encuentra plagada de elogios con respecto al personal de dirección de las cárceles, lo que pone de manifiesto su completo fracaso en entender la naturaleza burocrática de la administración carcelaria; ver, por ejemplo, BRUCKS, *op. cit.*, págs. 103-5; FOX, *op. cit.*, pág. 54, por el contrario, en su más o menos oficial estudio sobre el sistema inglés muestra con gran claridad la "función decisiva del director de la prisión" cuando afirma que este debe reunir "una combinación de virtudes, administrativas, pedagógicas y sociales".

de especialización[49]. Más tarde, en la fraseología reformista de posguerra, la doctrina penitenciaria se hace más refinada y compleja[50]. Pero, puesto que la característica más importante del *sistema gradual* continúa siendo aquella según la cual el recluso podía obtener ciertas ventajas materiales a cambio de someterse voluntariamente a la disciplina y no la introducción de métodos pedagógicos de reeducación, solo aumentaron las obligaciones rutinarias del personal de vigilancia subalterno, mientras que su carácter represivo básico permaneció inmodificado. Tanto es así, que inclusive en aquellos países en que la ideología carcelaria reformista se había convertido en ideología oficial, el personal de vigilancia era reclutado exactamente con los mismos criterios. Las cualidades consideradas ahora como necesarias para la administración de la cárcel, coincidían perfectamente con la organización de la vida militar: el conformismo constituye la virtud más importante, tanto en el ejército como en la prisión. Curiosamente, la suposición oficial del incremento de responsabilidades del personal de vigilancia, hecho que en la práctica era totalmente falso, se trasformó en un pretexto para reclamar y obtener salarios más elevados.

En el campo de la ejecución penitenciaria, la Iglesia asumió funciones auxiliares de la burocracia. En épocas pasadas y aun hoy en las pequeñas prisiones, la función principal del capellán es la de asistir a los exreclusos, por lo cual la Iglesia se convirtió en una especie de agencia de la administración penal en la que los prisioneros podían obtener algunos privilegios. Esta última tarea es normalmente realizada con mucha más eficacia que sus funciones de consuelo y asistencia espiritual. Dicho con las palabras de SELLIN: "La identificación del capellán con la administración, enemiga tradicional de los detenidos, determina en gran parte la ineficacia de la asistencia espiritual"[51].

Con el aumento de la intervención del Estado en la esfera individual, se hace cada vez más necesario disponer de organismos que controlen el cumplimiento de las normas que regulan dicha intromisión. Una

[49] POLLITZ, *op. cit.*, pág. 54, afirma: "La obligación de los directores de prisión no va más allá de mantener el orden y la disciplina y de controlar que los reclusos realicen su trabajo, obligación que puede ser cumplida con solo atenerse a la reglamentación interna. Para una tarea de esta naturaleza, se encuentran individuos por doquier dentro del personal retirado del ejército. No debe esperarse que el personal de vigilancia, la mayor parte de ellos no demasiado instruidos, pueda ejercer una influencia educacional o religiosa positiva, influencia en la que, por otra parte, no se pone demasiado interés".

[50] SCHULZE, *Der Strafanstaltsbeamte*, en *Strafvollzug*, pág. 153: "Con el más grande celo y conciencia de su obligación, el personal de vigilancia está empeñado en una batalla para la redención del alma de los reclusos".

[51] T. SELLIN, *Penal Institutions, Encyclopaedia of the Social Sciences*, XII, New York, 1934, pág. 63.

cuestión especialmente importante en la prisión, donde inclusive los detalles más íntimos de la vida del individuo se encuentran bajo la estricta vigilancia de las autoridades. Parece importante recordar aquí, que toda queja o protesta de los detenidos en contra de este rígido sistema de control tiende a hacerse ineficaz y a desvanecerse por dos razones: en primer lugar, porque la legitimidad de cada disposición administrativa debe darse por supuesta, es decir, que el recluso debe obedecer no importa cuan injusto y absurdo sea el contenido de la orden. Después es posible apelar, pero si lo hace se enfrenta a una nueva dificultad: la inexistencia de normas precisas sobre lo que está prohibido y lo que está permitido. Aunque el principio de que los reclusos son portadores de derechos subjetivos que pueden y deben ser amparados legalmente ha recibido algún reconocimiento formal[52], en la práctica la ejecución penal se rige exclusivamente por regulaciones administrativas que pueden ser interpretadas arbitrariamente y que no constituyen más que indicaciones para consumo interno de los cuerpos administrativos, tal como las *standing order* inglesas[53]. Las amplias y libres posibilidades de queja" de las que habla FOX[54], no se hallan generalmente establecidas en normas legales precisas. Además de esta "imperfección", que afecta el derecho a la apelación, existe una dificultad ulterior que reduce aún más la eventualidad de un reclamo exitoso. La administración defenderá, por regla general, al personal de vigilancia, por lo cual el recluso corre el riesgo de enemistarse con aquel, perder su derecho de queja e inclusive hacerse acreedor a un castigo por haber efectuado un reclamo improcedente[55]. En los casos en que a pesar de todo se concede el derecho de apelación, este se limita a una investigación superficial ya que la administración trata de evitar por todos los medios ser objeto de observaciones por parte de las instancias superiores. Una simple queja puede dar lugar a investigacio-

[52] Ver la discusión en G. F. FALCHI, *Diritto penale esecutivo,* II, Padova, 1935, págs. 41-52; cfr. F. WOLFF, *Strafvollzug und Rechtsstaat,* Breslau-Neukirch, 1933, pág. 16.

[53] Ver el interesante intercambio epistolar entre los comisionados de prisiones y FERNER BROCKWAY y STEPHEN HOBHOUSE, en especial la negativa de los primeros de proporcionar una copia de sus "órdenes de servicio"; publicado en HOBHOUSE y BROCKWAY, *English Prisons Today,* London, 1922, págs. VI-VIII.

[54] FOX, *op. cit.,* pág. 121.

[55] FOX, *ibid.,* pág. 122, suministra una descripción incompleta, por cuanto no menciona la posibilidad de la aplicación de sanciones para aquellos que se quejan. Ver una exposición más exacta de esta realidad, en MACARTNEY, *op. cit.,* pág. 180, opinión posteriormente confirmada por el autor anónimo de la muy reciente publicación *Five Years for Fraud,* London, sin fecha, pág. 19. Ver también GENTZ, en FREDE -GRÜNHUT, *op. cit.,* págs. 94-95.

nes desagradables, no obstante la tendencia de las autoridades a cubrir y defender al personal subalterno involucrado en un problema. Por supuesto que el hecho de una investigación desagradable descansa en la hipótesis de que las más altas autoridades están verdaderamente interesadas en una correcta administración de los establecimientos penitenciarios, lo que puede ser verdad en algunos casos pero en otros no.

Hemos hecho ya referencia al tema de la condonación de la sentencia como método para obtener una mayor disciplina, pero ello no es todo. Esta medida tiene también como objetivo el control de las actividades del exrecluso. La concepción racional del exrecluso como un individuo demasiado débil para superar por sí solo las vicisitudes de una sociedad competitiva, conduce a la conclusión de que aquel debe recibir toda la asistencia posible durante el proceso de reinserción social[56]. El presidente de una sociedad alemana de ayuda a los expresidiarios que sostuvo que estos deberían recibir un trato preferente en las agencias oficiales de empleo, no hacía más que admitir la consecuencia lógica del estado de desamparo en que se encuentran los exreclusos[57]. Pero un tratamiento diferencial de este tipo resulta rechazado por distintas instancias. Los empresarios no están predispuestos a contratar exreclusos, tanto por los riesgos que suponen que ello implica, como por la falta de la calificación técnica necesaria o la pérdida del hábito de trabajar intensamente[58]. Lo relativo al tratamiento preferente constituye solo parte de un problema más amplio: ¿hasta qué punto es compatible con los principios de la sociedad competitiva, asistir a la reinserción del exrecluso en el proceso productivo? Esta cuestión aparece claramente expuesta por BERTRAND cuando afirma: "Es necesario avanzar en esta dirección tanto como se pueda, sin por ello perjudicar a los ciudadanos honestos que obedecen la ley. Es necesario colocar al exrecluso en la situación más normal posible frente al mercado de trabajo. Pero ayudarlo más que a sus posibles competidores podría alentar a estos últimos a cometer un delito para obtener más fácilmente un empleo. No sería justo ni prudente ayudar a los exreclusos en detrimento del resto"[59].

El argumento de BERTRAND no considera adecuadamente el hecho de que la posibilidad de poner al exrecluso en un plano de igualdad en el mercado de trabajo, requiere medidas especiales para superar

[56] La historia de un exconvicto aparece brillantemente expuesta en la novela de HANS FALLADA, *Wer einmal aus dem Blechnapf ass,* trad. inglesa de Eric Sutton con el título *The World Outside,* New York, 1934.

[57] MUNTAU, *Entlassenenfürsorge,* en *Strafvollzug,* pág. 279.

[58] Ver C. ROLLMANN, *Kepp your Convicts,* en *The Forum,* XCVII, 1937, págs. 102-5.

[59] BERTRAND, *op. cit.,* pág. 635.

su escasa o nula preparación profesional. En vista del rechazo a emplear exconvictos, el Estado por ejemplo, como una forma de proporcionar asistencia, debería ocultar sus antecedentes penales, a lo que la sociedad se opone enérgicamente, por razones de seguridad. La única alternativa consistiría entonces en que el propio Estado suministre directamente trabajo al exrecluso. Pero aquí se manifiesta claramente la contradicción entre el interés de la sociedad en rehabilitar al delincuente y el interés en mantener el carácter disuasivo de la pena de prisión, negando a los reclusos ventajas especiales. Por esto no puede ser motivo de sorpresa el que las asociaciones de ayuda a los expresidiarios no hayan tenido mucho éxito en su programas de rehabilitación, en otras palabras, en superar las desventajas que aquellos que han estado en la cárcel deben sufrir en una sociedad competitiva[60].

[60] El cuestionario publicado por J. A. ROUX bajo el título *La crise de la libération,* en *Revue internationale de droit pénal et de criminologie,* VII/VIII (1930), págs. 15-125, no consigue explicar en forma suficientemente clara, las falencias de la tarea realizada por las diferentes asociaciones de ayuda a los expresidiarios. El cuadro siguiente, compilado de la *Statistique pénitentiaire* francesa, para los años 1922 y 1923, ofrece una descripción mucho más exacta de la situación.

PERSPECTIVAS DE LOS RECLUSOS EN EL MOMENTO DE SER DEJADOS EN LIBERTAD

	1922		*1932*	
Perspectivas	*Hombres*	*Mujeres*	*Hombres*	*Mujeres*
1. Aparentemente dotados de medios financieros	110	86	140	9
2. Tienen trabajo	777	66	320	73
3. Carecen de trabajo	555	272	991	100
4. Ineptos para el trabajo	25	3	18	6
5. Mantenidos por una sociedad de asistencia social	49	8	89	—
6. Deportados (extranjeros)	368	10	335	17
7. Enrolados en el ejército	1.121	—	833	—
8. Recluidos en hospitales	117	—	12	3

Estos datos revelan de inmediato la gran desproporción entre el número de expresidiarios sin perspectivas de trabajo y el número que las sociedades de asistencia toman a su cargo. La incorporación al ejército constituyó para estos individuos la alternativa más frecuentemente utilizada, inclusive luego de la ley del 3 de abril de 1928 que restringió las posibilidades de incorporación de los expresidiarios. Debe señalarse que aquellos expresidiarios que optaban por entrar al ejército eran enviados a un batallón especial existente en Argelia, destino que obviamente no era del agrado de estos individuos. Ver, en general, P. MERCIER, *L'initiative privée, le patronage des condamnés et des mineurs délinquants dans ses rapports avec la législation pénale,* en *Bulletin de la société générale des prisons,* LVI (1932), págs. 576-98.

Hemos tratado de analizar en esta sección los límites posibles de la reforma carcelaria. Límites que, en parte, son inherentes a las regulaciones oficiales y a los mecanismos formales de control social, y, en parte, a la reacción de una sociedad que no ha comprendido aún que los métodos de defensa más simples no son siempre los más justos y adecuados. La burocratización de la vida cotidiana y las limitaciones sobre la libertad personal son rasgos característicos de la pena de prisión dondequiera que ella sea aplicada, rasgos que jamás podrán desaparecer por mucho que se intente reducir sus aspectos más negativos. Nuestro análisis de la problemática de los exreclusos ha permitido poner en evidencia las contradicciones internas que, en mayor o menor grado, son inherentes a todo experimento reformador. Ningún programa de reforma ha estado dispuesto a abandonar el principio según el cual las condiciones de vida de los prisioneros deben ser inferiores a las de las clases más bajas de la población libre, como forma de mantener los efectos disuasivos de esta pena. Como resultado de este enfoque, la noción de progreso encontró su expresión más importante en una aguda diferenciación entre los distintos niveles de vida de la población carcelaria. Más allá del conflicto insoluble entre los efectos disuasivos y la rehabilitación, un reflejo de las contradicciones que se verifican en la propia sociedad, existe un problema ulterior en el concepto de rehabilitación que impera en la sociedad contemporánea. Rehabilitación significa adaptarse a una vida ordenada y a un trabajo regular, idea que descansa en la premisa de que el comportamiento aprendido en la cárcel otorga al recluso la posibilidad de reinsertarse en el mundo exterior luego de su liberación. Sin embargo, el convencimiento de los propios detenidos de la inexistencia de posibilidades reales de inserción, constituye uno de los motivos de los pobres resultados obtenidos por los programas de rehabilitación (como lo muestran las estadísticas de reincidencia), lo cual simultáneamente permite comprender el retorno a la concepción represiva-disuasiva por parte de la administración carcelaria. DESSION ha afirmado recientemente, y en forma correcta, que "el delincuente considerado como sujeto de tratamiento, no difiere mayormente en sus necesidades, de otros grupos de disminuidos o

---

Las fuentes oficiales italianas resaltan el hecho de que la *cassa di ammenda* destinó, en el período 1935-1936, la suma de 606.900 liras para la asistencia de 13.000 familias de reclusos y 11.500 expresidiarios. La suma destinada es lo suficientemente miserable como para sorprenderse de que este hecho haya sido puesto de manifiesto. Ver el informe de CARAPELLE a la Cámara de Diputados, reeditado con el título *Il bilancio del Ministero di Grazia e Giustizia per l'esercizio 1937/38,* en *Rivista di dritto penitenziario* (1937), pág. 502.

marginados"[61]. Por ello todo intento de curar simplemente los síntomas constituye un procedimiento dudoso, en primer lugar, porque todo método que fracasa en ir más allá de las manifestaciones de la conducta desviada sin llegar a sus orígenes, tiene una eficacia reducida, y, en segundo lugar, porque las inconsistencias y contradicciones inherentes a los métodos utilizados en la práctica, representan una negación de los fines propuestos.

3. La guerra mundial

Los efectos de la guerra mundial sobre el fenómeno de la criminalidad han sido profundamente analizados, especialmente en los trabajos de Exner y Liepmann, referentes a la situación en Alemania y en Austria[62]. Las fluctuaciones de la tasa de criminalidad en este período, se muestran particularmente sensibles a las condiciones sociales imperantes. Las estadísticas relativas al hurto en Francia y Alemania, permiten observar un notable descenso entre los años 1914 y 1915, seguido de una tendencia en aumento para los años 1916 y 1917. En 1918, sin embargo, mientras las cifras de Francia no revelan ninguna modificación de importancia, se verifica en Alemania un aumento de la criminalidad obviamente vinculado con el desarrollo de los acontecimientos bélicos[63]. Las estadísticas criminales revelan, además, importantes cambios en la distribución de los delitos y los grupos delincuentes: incremento de la delincuencia femenina y juvenil y modificaciones cuantitativas entre los distintos tipos de figuras penales. Por su parte, los cambios ocurridos en la política criminal no fueron el resultado de modificaciones en la práctica judicial sino de la promulgación de leyes especiales, que adaptaron el proceso y la ejecución a las necesidades del programa de guerra. El cuadro 13 es útil para comprobar que la política penal de los *tribunaux correctionnels* franceses no difiere mayormente de la política llevada a cabo antes de la guerra.

[61] G. H. Dession, *Psychiatry and Criminal Justice,* en *Yale Law Journal,* XLVII (1938), pág. 339; ver también las conclusiones de F. Tannenbaum, *Crime and the Community*, New York, 1937, pág. 475.

[62] F. Exner, *Krieg und Kriminalität in Oesterreich,* Wien, 1927; M. Liepmann, *Krieg und Kriminalität in Deutschland,* Berlin, 1930; ver también la bibliografía en *Statistik des deutschen Reiches,* CDLXXVIII, *Kriminalstatistik für das Jahr 1933,* Berlin, 1936, págs. 383-84.

[63] Un desarrollo similar se verificó en Inglaterra; ver *Criminal Statistics, England and Wales 1918,* pág. 7.

Cuadro 13. Política penal de los "tribunaux correctionnels" francesas (en porcentajes).

		Penas de Prisión		
Año	*Absoluciones*	*Más de 1 año*	*Menos de 1 año*	*Penas Pecuniarias*
1913	9	2	48	41
1914	9	2	50	39
1915	12	2	48	38
1916	12	3	42	43
1917	13	3	40	44
1918	11	3	40	46
1919	12	3	42	43

Fuente: *Compte général*, 1919, pág. XIX.

En cada país fueron aprobadas leyes especiales, y los intereses de tipo militar tuvieron una influencia decisiva. Con el comienzo de la guerra, las causas penales pendientes fueron archivadas y las sentencias de prisión ya firmes fueron remplazadas con la incorporación al ejército. Aun aquellas condenas que incluían la pena accesoria de pérdida del derecho de servir en las fuerzas armadas, fueron a menudo reconsideradas favorablemente, con el fin de que más individuos pudieran ser enviados al frente de batalla. También para el resto de la población no movilizada militarmente regía un enfoque de política criminal similar. La falta generalizada de mano de obra determinó la necesidad de incorporar el mayor número de individuos posible en el proceso productivo, tarea en que la administración judicial colaboró activamente. El Ministerio de Justicia prusiano, por ejemplo, sancionó algunos decretos en 1916 y 1917, solicitando a la administración de justicia que tomara en consideración, antes de decidir la absolución de una sentencia, las posibles aptitudes del imputado para prestar servicios en los cuerpos auxiliares del ejército[64]. En Francia, las *grâces* y *liberations conditionelles* aumentaron, entre 1913 y 1917, del 4,6% al 9,6% sobre el total anual de los detenidos, como consecuencia de una política similar a la prusiana. La población carcelaria disminuyó considerable-

[64] Ver F. VON LISZT, *Strafrechtliche Vorgänge*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXXVIII (1916), págs. 343-57.

mente, de una media de 29.032 prisioneros en 1913 a 18.576 en 1916, para aumentar nuevamente a 22.054 en 1918[65].

Las prisiones se trasformaron en importantes fábricas del gobierno, donde la fuerza de trabajo era utilizada en todo su potencial. El informe de la comisión de prisiones inglesas para el ejercicio que cerraba el 31 de marzo de 1919, afirmaba que "la fabricación de material bélico ha empleado a todos los reclusos disponibles, con resultados satisfactorios. A pesar de las dificultades para obtener las materias primas, el envío de la producción se ha realizado en casi todos los casos dentro de los términos requeridos por las distintas reparticiones gubernamentales"[66].

En Alemania, el problema del hambre debe considerarse como un factor adicional, ya que la falta de alimentos se sufría mucho más en las cárceles que entre el resto de la población. En 1916, un detenido envió una carta realmente singular a la Corte, en la cual solicitaba la reconsideración de su proceso aduciendo como justificación que la pena justa, con que se lo había sancionado antes de la guerra, no disponía la severidad que ahora se encontraba padeciendo a causa de la falta de alimentación[67].

4. La situación en la posguerra

La guerra mundial terminó con el progreso material que había experimentado Europa. El período de posguerra se caracterizó por la creciente desocupación, el descenso de los salarios reales y un incremento de la pauperización de los sectores medios, aunque con intensidad diversa en los distintos países. En los países escandinavos y en la Europa occidental, por ejemplo, los efectos de la guerra fueron menos graves que en los países del este y centro de Europa. Exceptuando los delitos económicos y sexuales, que incrementan los totales de las cifras de la criminalidad, en el primer grupo de países el número de delitos disminuyó o, por lo menos, en el peor de los casos se mantuvo al mismo nivel que antes de la guerra, hasta la crisis de 1929.

[65] Datos tomados del anuario *Statistique pénitentiaire.*

[66] *Report of the Prison Commissioners...*, 1919, pág. 24.

[67] Citado por Braune en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, XXXVIII (1916), pág. 168.

Cuadro 14. Tasa de la criminalidad en el período de posguerra

A. Inglaterra: Delitos perseguidos judicialmente (por 100.000 habitantes)

Años	*Número*
1910-14	175.1
1915-19	171.5
1920-24	154.3
1925-29	162.9
1930-32	169.8

Fuente: Compilado de *Criminal Statistics, England and Wales.*

B. Francia: Personas procesadas por las *cours d'assises* y por los *tribunaux correctionnels* (por 100.000 habitantes).

Año	*Número*
1913	545
1920	598
1923	481
1926	554
1929	544
1932	534

Fuente: O. KIRCHHEIMER, en *Revue de science criminelle et droit penal comparé,* I (1936), pág. 365.

C. Suecia: Número de delitos por cada 100.000 habitantes

Período	*Número*
1911-15	171.8
1916-20	149.8
1921-25	141.2
1926-29	148.8
1930	161.5
1931	175.8
1932	180.4

Fuente: Compilado de *Brottsligheten.*

La situación era completamente distinta en países como Polonia, Hungría y Bulgaria, donde las condiciones económicas de las clases bajas fueron particularmente malas durante todo el período de posguerra. En Polonia, el número de hurtos se incrementó en un 60% entre 1923 y 1931, mientras que en el mismo período la población aumentó solo en un 15%. Siempre en el mismo lapso de tiempo, las malversaciones y apropiaciones indebidas aumentaron en un 200%; los fraudes,

en un 170%; y los robos, en 180%[68]. La población húngara se incrementó en un 10% entre 1923 y 1931; el número de hurtos, en 30%; los robos, en 160%; y los fraudes, en 500%[69]. Las cifras para Bulgaria de 1920 a 1931 son las siguientes: aumento de la población, 20%; hurto, 45%; fraude, 400%; y falsificaciones, 270%[70]. En el período inmediato posterior a la posguerra, la situación en Alemania, a causa de la guerra y la inflación, es bastante similar a la de Polonia, Hungría y Bulgaria. El período de la estabilización económica después de 1923 fue seguido por un descenso acentuado en la tasa de criminalidad, que llegó a su fin con la gran depresión de los años 30.

Cuadro 15. Alemania: delitos contra la propiedad
(por cada 100.000 habitantes)

Año	*Número*
1911-13	522
1920	881
1921	899
1922	893
1923	1.220
1924	901
1925	571
1928	493
1931	542
1932	596

Fuente: A. AMEND, *Die Kriminalität Deutschlands 1919-1932,* Leipzig, 1937, pág. 62.

Las tendencias generales de la preguerra, dirigidas a mitigar los métodos punitivos, y la introducción del denominado *sistema gradual*, continuaron aplicándose en el campo de la práctica penal de la posguerra. Resulta fácil comprender por qué en los países donde imperaban condiciones económicas relativamente favorables, no existían dificultades para proseguir con el empleo de técnicas humanitarias. Las estadísticas criminales, que en el peor de los casos mostraban una situación estacionaria, no eran causa de preocupación. Las presiones por una praxis penal más racional y humanitaria eran particularmente fuertes en Inglaterra y en Bélgica. En Francia, este tipo de tendencias solo se verificaron en el tratamiento de los casos de los veteranos de guerra,

[68] Datos tomados de *Concise Statistical Year Book of Poland 1936* y de *Informations statistiques 1932,* vol. IV, *Statistique judiciaire, pénitentiaire et criminelle.*

[69] Datos tomados del *Annuaire statistique hongrois.*

[70] Datos tomados del *Annuaire statistique du Royaume de Bulgarie* y de *Statistique criminelle.*

mientras que para el resto, el sistema penal vigente fue administrado exclusivamente conforme a consideraciones burocráticas, prosiguiéndose con el absurdo método de las deportaciones y con las condiciones deplorables de los institutos reformatorios[71].

A primera vista resulta difícil entender por qué motivo la escuela reformista tuvo tanto éxito en Alemania, donde las condiciones económicas eran inestables y donde la tasa de criminalidad continuó aumentando después de la guerra. Probablemente, el hecho del incremento en el número de delitos en el período inmediato posterior a la guerra —a pesar de una política penal particularmente severa y represiva—, haya dejado una enseñanza interesante. La comprensión del estrecho vínculo entre delito y condiciones económico-sociales sirvió para demostrar, a quienes de una u otra forma se ocupan del problema de la criminalidad, la inutilidad de combatir el delito por medio de la severidad del sistema punitivo. Una prueba de que la situación había sido parcialmente comprendida, puede observarse en la nueva legislación relativa a las sanciones pecuniarias y a la suspensión de la pena[72], dirigidas ambas a reducir al mínimo el número de la población carcelaria. Más allá de las consideraciones de orden práctico que sostenían que la rehabilitación del delincuente constituía un ahorro para el Estado, la teoría de la responsabilidad social del delito, la creencia firme en la posibilidad del progreso humano y en la obligación del conjunto de la sociedad de contribuir al cumplimiento de estos objetivos, era un programa compartido por el espíritu de los principales partidos políticos de la República de Weimar. La *Reichsrechtliche Grundsätze über den Vollzug von Freiheitsstrafer* del 7 de junio de 1923, a la que ya hemos hecho mención, colocaba la rehabilitación, por lo menos desde el punto de vista teórico, en el centro de la problemática del sistema punitivo. Esta tendencia progresista fue posteriormente acentuada por una importante reducción de la población carcelaria y un incremento de los fondos disponibles para las tareas de reinserción social. El cuadro 16 muestra el aumento de las partidas destinadas para cada detenido y el descenso de la población penal luego de la crisis inflacionaria.

[71] Ver la condena que del sistema penitenciario francés hace el conservador BERTRAND, *op. cit.*, págs. 172-173. En lo que respecta a la posición de los reformadores, la mejor descripción de los métodos todavía hoy utilizados no se encuentra en artículos aislados, revistas o periódicos, sino en el segundo volumen de ROGER MARTIN DU GARD, *Les Thibaults,* titulado *Le pénitencier,* trad. por S. H. Guest con el título *The Reformatory*, London, 1933.

[72] Ver más adelante, págs. 201 y ss.

Cuadro 16. Prusia: población carcelaria y gastos de administración.

Año	*Promedio de la población carcelaria*	*Presupuesto previsto para la manutención de los reclusos (en marcos)*	*Per cápita (en marcos)*
1924	60.000	10.800.000	180
1925	70.000	14.700.000	210
1926	60.000	12.600.000	210
1927	48.000	11.040.000	230
1928	36.000	9.180.000	255

Fuente: WACKERMANN, en *Strafvollzug in Preussen,* pág. 43.

Puede afirmarse que el desarrollo de posguerra siguió en general la línea trazada por la política criminal de fines del siglo XIX. Las teorías reformistas fueron aceptadas oficialmente en todas partes, aunque en los países con menor desarrollo económico las condiciones carcelarias continuaron siendo bastante malas. Las estadísticas oficiales polacas, por ejemplo, admiten que las cárceles eran ocupadas en un 89,6% de su capacidad máxima en 1923, en un 100% en 1931 y en un 142% en 1934-36[73]. El hacinamiento, las pésimas condiciones entre los reclusos de las clases inferiores y la ineficacia del aparato administrativo, caracterizan la situación carcelaria de los países de la Europa oriental. Ningún esfuerzo se realizó, sin embargo, para explicar que estas pésimas condiciones eran producto de una determinada ideología punitiva. Por el contrario, se hizo todo lo posible para demostrar que las doctrinas reformistas de la Europa occidental habían sido adoptadas plenamente[74].

[73] *Concise Statistical Year Book of Poland 1936.*

[74] La mejor información disponible sobre la situación carcelaria en la Europa oriental puede encontrarse en las crónicas de viaje *Howard League Expedition to Eastern Europe,* en *Howard Journal,* V, 1938, págs. 8-47. Esta crónica se refiere a Hungría, Bulgaria, Yugoslavia, Rumania y Grecia. El informe habría sido más impactante si el autor hubiese tenido la posibilidad de emplear más tiempo al estudio de la prisión tipo o normal imperante en esos países, en vez de dedicar tantos esfuerzos al análisis de las escasas prisiones modernas.

X

LA FUNCIÓN DE LA PENA PECUNIARIA EN LA PRÁCTICA PENAL RECIENTE

Los sistemas penales europeos de alrededor del siglo XIX sufrieron importantes cambios, una de cuyas manifestaciones, como ya hemos visto, fue la desaparición de la deportación como la pena más comúnmente empleada. Sin embargo, esta forma punitiva continuó usándose en Francia hasta 1937 como una manera de eliminar a los delincuentes más peligrosos; pero el pequeño número de reclusos a los cuales les fue aplicada constituye un índice claro de su escasa importancia. La pena de cárcel se mantuvo como el punto central de la totalidad del sistema punitivo, aunque acompañada de un aumento en la pena pecuniaria, la que actualmente se presenta como un serio competidor de la cárcel, si se considera la frecuencia con que se aplica.

Los cuadros que hemos ofrecido en el capítulo anterior, proporcionan una perspectiva clara del aumento del uso de la pena pecuniaria. Las cifras estadísticas del cuadro siguiente permiten, a su vez, comprender que este aumento no es el mero resultado de la aparición de nuevas figuras delictivas, como la violación de las normas policiales de circulación vial, sino que es consecuencia de una política criminal que tiende a sustituir las penas de cárcel por las penas pecuniarias[1].

Cuadro 17. Incremento del uso de la pena pecuniaria en Alemania

A. Distribución de las sanciones penales para los delitos de hurto.

Año	*Condenas por cada 100.000 hab. penalmente imputables*	*Porcentajes de las penas a prisión*			*Porcentajes de las penas pecuniarias*
		1 año o más de 1 año	*5 meses a 1 año*	*Menos de 3 meses*	
1882-84	241	0.6	4.8	90.0	—
1885-89	206	1.0	6.3	88.1	—
1890-94	212	1.0	6.6	85.6	—

[1] La información estadística sobre el uso de la pena pecuniaria en relación con las diferentes figuras penales, en Inglaterra, Francia e Italia, la suministramos más adelante en el capítulo XII.

(Continuación)

Año	Condenas por cada 100.000 hab. penalmente imputables	Porcentajes de las penas a prisión			Porcentajes de las penas pecuniarias
		1 año o más de 1 año	5 meses a 1 año	Menos de 3 meses	
1895-99	187	1.0	7.1	83.2	—
1900-04	184	0.9	6.9	81.6	—
1905-09	181	0.5	4.8	82.1	—
1910-13	173	0.5	4.9	83.2	—
1920-21	386	1.1	8.5	79.9	—
1922-24	447	1.1	9.2	31.2	54.6
1925-29	139	0.6	8.1	38.8	49.0
1930	134	0.4	6.0	38.1	51.4
1931	134	0.3	6.0	39.2	50.9
1932	149	0.4	5.9	41.8	49.2

Fuente: RABL, *op. cit.*, pág. 20.

B. Distribución de las sanciones penales para los delitos de fraude

Año	Condenas por cada 100.000 hab. penalmente imputables	Porcentajes de las penas a prisión			Porcentajes de las penas pecuniarias
		1 año o más de 1 año	3 meses a 1 año	Menos de 3 meses	
1882-84	36	2.3	9.3	76.1	11.0
1885-89	40	2.6	8.8	72.1	14.1
1890-94	51	2.3	9.1	68.8	18.1
1895-99	54	2.1	9.2	64.8	22.1
1900-04	54	1.9	8.6	60.8	26.6
1905-09	52	1.3	6.6	54.4	34.7
1910-13	53	1.4	6.7	49.2	40.7
1920-24	62	2.4	12.3	36.8	47.5
1925-29	94	1.5	11.4	39.0	47.7
1930	97	1.0	8.9	39.3	50.5
1931	101	1.0	8.3	40.3	50.2
1932	101	1.2	9.4	41.7	47.5

Fuente: RABL, *op. cit.*, pág. 27.

Ya hemos tenido oportunidad de observar que la doctrina iluminista de la proporcionalidad de las penas (retribucionismo), consideró a la pena pecuniaria como la sanción específica para las clases superiores. Pero aun el propio BECCARIA, que aprobaba teóricamente esta concepción, dudaba de la justicia de un uso extendido de ella, en vista de los niveles de pobreza que reinaban en vastos sectores de la población[2]; razón esta última que imposibilitó

[2] BECCARIA, *op. cit.*, pág. 87; trad. cast. cit., pág. 104.

imposibilitó un empleo generalizado de la pena pecuniaria durante el período mercantilista[3]. BENTHAM abogó por el mayor uso posible de aquella, alegando un argumento que se repite con innumerables variaciones durante la primera mitad del siglo XIX: la pena pecuniaria posee el mérito de la perfecta economía ya que no solo evita todo sufrimiento superfluo al autor del delito, sino que además permite resarcir a la víctima. En otras palabras, constituye el principio perfecto de la proporcionalidad entre delito y pena[4]. Frente a las objeciones relativas a que este método constituía una práctica plutocrática por excelencia, MONTESQUIEU respondió haciendo hincapié en la posibilidad de graduar este tipo de pena conforme a la capacidad económica del condenado[5]. No obstante estos argumentos, la pobreza de las clases inferiores permaneció hasta fines del siglo XIX, como un obstáculo para la utilización generalizada de la pena pecuniaria. Fue necesario establecer una ecuación entre el dinero de las clases superiores y el tiempo de las clases inferiores: ¿qué cantidad de tiempo de libertad de estas últimas equivale a una suma de dinero determinada? La legislación se hizo cargo de este problema en una época tan temprana como lo fue el fin del siglo XVIII. El *Allgemeines Landrecht* fue el primero en determinar una ecuación precisa entre *dinero* y *tiempo*[6]. De aquí en adelante los desarrollos posteriores en esta dirección estuvieron más estrechamente vinculados con el *Landrecht* que con la legislación revolucionaria francesa. Tanto el *Code pénal* del 25 de septiembre y del 6 de octubre de 1791, como el *Code rural* del 28 de septiembre del mismo año, establecían una igualdad ficticia, sobre la base de un rígido sistema de penas pecuniarias calculadas conforme al jornal promedio de un trabajador[7]. El *Code pénal* de 1810 mantuvo el mismo enfoque, aunque el aumento cuantitativo de las penas que estatuía redujo objetivamente la aplicación de ellas.

[3] PETTY, *op. cit.*, I, págs. 68-69, fue lo suficientemente cuidadoso como para restringir la aplicación de las penas pecuniarias a los delincuentes "solventes".

[4] BENTHAM, *op. cit.*, págs. 194 y 191.

[5] MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, libro VI, cap, XVIII.

[6] *Allgemeines Landrecht*, parte II, tít. 20, art. 85: "Las penas pecuniarias no pueden ser aplicadas a individuos insolventes o a miembros de las clases inferiores, y en los casos en que esto estuviere previsto por la ley, la pena pecuniaria deberá ser trasformada en un término equivalente de privación de libertad".

Art. 88: "Una pena pecuniaria de 5 táleros de plata, será considerada, en la generalidad de los casos, equivalente a 8 días de detención".

Art. 89: "El juez podrá, sin embargo, tomando en consideración las condiciones económicas particulares del delincuente, aumentar la pena pecuniaria de 10 hasta 40 táleros por cada 8 días de detención".

[7] Ver la crítica a la legislación revolucionaria, en CHAUVEAU y HÉLIE, *op. cit.*, I, págs. 240-42; ver también W. SEAGLE, *Fines, Encyclopaedia of the Social Sciences*, VI, New York, 1931, pág. 250.

En términos generales, la aplicación de penas pecuniarias en la primera mitad del siglo XIX fue infrecuente a causa de que la necesidad casi permanente de convertir esta sanción en pena de prisión, hubiera complicado extremadamente los mecanismos procesales. Como justificación teórica del empleo restringido de la pena pecuniaria, se argumentó que su uso extendido habría provocado una interferencia en la circulación monetaria, con daño directo a la riqueza de la nación[8]. La disminución de la desocupación y el consiguiente aumento del nivel general de vida ocurridos en la segunda mitad del siglo XIX, produjeron cambios fundamentales en la cuestión de la pena pecuniaria, a causa de que los obstáculos que se oponían a su aplicación perdieron importancia en forma considerable. La fuerza que adquirió la posesión de bienes materiales, otorgó una justificación adecuada para sustituir las penas breves de prisión con penas de tipo pecuniario. El dinero se trasformó en la medida de todas las cosas, y pareció entonces racional que el Estado dispusiera privilegios o sanciones que aumentaran o disminuyeran el patrimonio de sus ciudadanos. BONNEVILLE, un *procureur* francés de mediados del siglo, afirmó que puesto que la virtud y la riqueza, el vicio y la pobreza, constituían pares de conceptos contrarios, resultaba lógico y justo que la virtud fuera premiada con la riqueza, y el vicio (y los delitos), con la pobreza[9].

A la defensa del sistema punitivo pecuniario se sumaron argumentos de orden económico. Una sociedad, escribió IHERING, "...que sacrifica la vida o el tiempo de trabajo de sus miembros por medio de una pena sin que esta sea estrictamente necesaria, actúa en contra de su propio interés, de modo similar al amo que maltrata a su propio animal"[10].

La pena pecuniaria no significa ningún costo para el Estado, al mismo tiempo que produce el máximo de eficacia penal. El sistema económico conserva la fuerza de trabajo, la familia del recluso no es arrojada a la caridad pública, y la sociedad, por intermedio del Estado, se resarce de los daños causados por el delito en vez de tener que pagar los gastos que demanda la ejecución de las penas de prisión[11].

Algunas dificultades se oponían todavía en el camino hacia una racionalización total del sistema punitivo mediante la introducción de

[8] E. HENKE, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, Berlin-Stettin, 1823-38, I, págs. 482-88.

[9] M. A. BONNEVILLE, *Des pénalités pécuniaires au double point de vue de la répression des méfaits et du soulagement des classes indigentes*, Versailles, 1847, págs. 8 y 15.

[10] IHERING, *op. cit.*, I, págs. 375-76.

[11] Ver, por ejemplo, el típico argumento de MICHAUD, *op. cit.*, págs. 182 y 224.

las penas pecuniarias. El principal problema consistía en la determinación precisa del monto, tomando en cuenta la condición social del delincuente y los perjuicios causados por el hecho. Si bien el monto de la pena no debía exceder la capacidad de pago del condenado, por lo menos debía ser superior a los beneficios que este último había reportado con la comisión del delito. Ninguna solución que no violara seriamente uno u otro de estos dos requerimientos fue encontrada durante el siglo XIX. Como consecuencia, las cárceles se hallaban repletas de individuos, incapaces de pagar las penas pecuniarias que se les había impuesto. En 1913, el 49,6% de todos los hombres y el 68,2% de todas las mujeres ingresados en las cárceles inglesas, eran acusados de incumplimiento de pago de penas pecuniarias[12]. Desde un punto de vista estrictamente formal, estos individuos estaban encarcelados por deudas y no por haber recibido una pena de privación de libertad, es decir, que el Estado no los retenía más allá del momento en que hacían efectiva su obligación pecuniaria[13]. Esto último, sin embargo, no modificaba en absoluto una situación verdaderamente singular: las prisiones estaban repletas de individuos que no podían pagar penas pecuniarias, que se les había impuesto por no considerárselos aptos (problemas de salud, etc.) para cumplir una sentencia en la cárcel.

Llevada la teoría de la conversión de la pena pecuniaria a los extremos de una lógica formal, como en el sistema francés de *contrainte de corps* que establecía la privación de libertad del condenado hasta el momento en que hacía efectiva la pena pecuniaria, nos enfrentamos a un conjunto de problemas interesantes y, por sobre todo, insolubles[14]. Quienes se oponían a la práctica de la *contrainte de corps*, insistían permanentemente en el hecho de que aquellos realmente incapaces de pagar eran tratados en la misma forma que quienes se oponían con dolo al pago[15]. Por esta razón, la única alternativa de utilizar dicho

[12] FOX, *Modern English Prison,* pág. 199.

[13] Uno de los códigos penales más recientes, el italiano de 1930, que supuestamente no debe ser considerado como un producto del espíritu capitalista, reconoce abiertamente el concepto de conversión en su art. 136, cuando se refiere a los afortunados que pueden obtener el dinero para pagar: "El condenado puede en todo momento hacer cesar los efectos de la pena sustitutiva pagando la pena pecuniaria, de lo cual se deducirá la suma correspondiente a la duración de la pena de detención ya cumplida".

[14] BONNEVILLE, *op. cit.*, págs. 13-14, considera como el logro más positivo del sistema de *contrainte de corps,* el hecho de que esta última forma de detención haya sido considerada como una pena privativa de libertad con relación a los casos de deudas, no teniendo en realidad nada que ver, ni en la teoría ni en la práctica, con las verdaderas formas de encarcelamiento.

[15] Más recientemente, E. NEYMARK, *La peine d'amende,* en *Revue de droit pénal et de criminologie* (1928), págs. 1070-71.

sistema era partir de la premisa de que podían ser condenados a penas pecuniarias solo aquellos objetivamente capaces de hacerlas efectivas, con lo cual la alternativa de pena de prisión estaba por completo justificada. La administración francesa se hallaba plenamente consciente de este problema. En las discusiones previas a la sanción de la ley del 22 de julio de 1867, que limitó a dos años de privación de libertad la práctica de la *contrainte de corps*, se propuso además eximir a aquellos que pudieran probar su incapacidad de pago. El gobierno rechazó esta propuesta, argumentando que hubiera significado una especie de inmunidad para las clases inferiores. Para evitar esto último se arribó a una situación de compromiso según la cual, aquel que lograba demostrar su situación de insolvencia podía ser enviado a prisión pero solo por el máximo de un año[16]. En la actualidad ha sido abandonada de hecho la interpretación ficticia de la *contrainte de corps* como un método de pago forzado de la pena pecuniaria: una ley del 30 de diciembre de 1928 estableció el límite máximo en seis meses, disponiendo un sistema para graduar el tiempo de la privación de libertad conforme al monto de la pena pecuniaria.

Una ley sueca de 1937 contiene indicaciones precisas, que se fundamentan en las características del orden social prevaleciente, acerca de los límites de conversión de las penas pecuniarias en penas de privación de libertad. Esta disposición legal progresista prevé una segunda instancia antes de la conversión en pena de cárcel, con lo cual abre la posibilidad al condenado de ser eximido de esta última en los casos de incapacidad demostrada de pago. Por el contrario, en circunstancias de negativa injustificada, negligencia o características personales del condenado que justifiquen un tratamiento reeducativo, la ejecución de la pena privativa de libertad es ordenada de inmediato. Por temor a la existencia de dudas respecto a las intenciones del legislador, el comentario oficial de esta ley agrega que "el uso restrictivo del sistema de conversión encuentra su fundamento en la situación de inseguridad social que puede originarse si las consecuencias de las penas pecuniarias sobre individuos indigentes, aun en el caso de reincidencia, no pudieran dejarse sin efecto"[17].

[16] Ver este instructivo debate en *Recueil général des lois et arrêts*, (Sirey), LXVII, Paris, 1867, pág. 169, nota.

[17] El comentario oficial de la ley se encuentra en el informe sobre Suecia de M. HEUMANN, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LVII (1938), págs. 549-51. Ver también el inc. 3° del art. 49 del nuevo Código Penal suizo, del 21 de diciembre de 1937, que se inspira en los mismos criterios de la ley sueca. Este código dispone, por lo menos desde el punto de vista teórico, que no debe realizarse la conversión (pena pecuniaria-pena de privación de libertad) si el condenado logra demostrar "que sin mediar dolo o culpa está imposibilitado de pagar la pena pecuniaria".

El ejemplo anterior permite observar que un empleo cuidadoso de la legislación y la jurisprudencia hace posible reducir las injusticias del sistema de penas pecuniarias en relación con las clases más débiles, sin que ello, no obstante, signifique la solución del problema fundamental.

Con el fin de evitar una superpoblación carcelaria compuesta de individuos insolventes, se introdujo en los últimos años el sistema de pago en cuotas de las penas pecuniarias. Como consecuencia del mismo, de las 10.542 personas ingresadas en las cárceles inglesas en 1935 por el no pago de penas pecuniarias, la cantidad de condenados por estas penas descendió a 7.400 personas en 1936 en virtud de los efectos del *Money Payments (Justice Procedure Act* 25&26 Geo.5, c.46)[18].

El sistema de pago en cuotas se trasformó en una práctica común también en Alemania luego de las leyes del 20 de octubre de 1923 y 6 de febrero de 1924, que permitían la aplicación generalizada de penas pecuniarias como sustitución de toda pena privativa de libertad inferior a tres meses. Lo que no debe olvidarse es que el funcionamiento adecua-

[18] *Report of the Commissioners of Prisons..., 1935,* pág. 8. La tendencia a la reducción del número de personas que reciben penas privativas de libertad por el no pago de las penas pecuniarias, debe vincularse a la *Criminal Justice Administration Act* de 1914 (4 y 5 Geo.5, c.58).

	Año	*Número de enviados a prisión por incumplimiento en el pago de penas pecuniarias*
Promedio	1909-13	83.187
Promedio	1928-30	13.433
	1931	11.543
	1932	11.244
	1933	11.615
	1934	11.128
	1935	10.542

Fuente: *Report of the Commissioners of Prisons..., 1935,* pág. 9.

Una tendencia similar puede observarse en Francia, la cual se expresa en la disminución de los porcentajes de las penas pecuniarias en los casos en que la contrainte corps fue aplicada:

Año		*Porcentajes*	*Año*		*Porcentajes*
1900	——	6.5	1924	——	1.5
1905	——	5.0	1927	——	1.8
1912	——	4.8	1930	——	1.8
1913	——	3.7	1931	——	1.5
1921	——	1.8	1932	——	1.5

Fuente: Compilado de *Compte général...*

do de un sistema como este, depende en gran medida de las condiciones económicas. Los esfuerzos para reducir la conversión de las penas pecuniarias en penas de cárcel, utilizando el sistema de pago en cuotas con el fin de extender el uso de las penas pecuniarias al conjunto de las clases inferiores, pueden tener éxito solo cuando los sectores afectados por las deudas reciben un salario regular, por pequeño que sea. Esto aparece claramente ilustrado en Alemania en el período entre 1925 y 1931, si se observa la correlación existente entre el número total de los condenados y el número de los enviados a prisión por incumplimiento en los pagos de penas pecuniarias (cuadro 18).

Cuadro 18. Alemania: penas privativas de libertad por incumplimiento en el pago de las penas pecuniarias.

Año	*Total de condenas por violación de las Reichsgesetze*	*Total de las condenas a penas pecuniarias (porcentaje sobre la totalidad de los condenados)*	*Penas pecuniarias totalmente pagadas*	*Porcentajes del total de penas pecuniarias impuestas*	*Pena de prisión por no pago de penas pecuniarias*	*Porcentajes del total de las penas pecuniarias impuestas*
1926[a]	598.460	65.6	316.022	72.2	40.186	9.2
1927	612.215	66.7	347.743	76.8	38.641	8.5
1928	588.492	69.8	353.530	77.6	37.360	8.1
1929	595.656	68.4	341.825	76.5	44.085	9.8
1930	596.127	66.2	316.463	71.9	53.027	12.5
1931	564.903	67.8	240.296	63.2	59.076	15.4

Fuente: Compilado del *Statistik des deutschen Reichs*, CDXXIX, *Kriminalstatistik für das Jahr 1930*, (Berlín, 1933), págs. 44-46.

[a] No incluye los datos de la región de Turingia posteriores al 1° de abril.

En la coyuntura económica favorable de 1926 a 1928, se registró un aumento tanto de las penas pecuniarias impuestas como del número de aquellas totalmente pagadas, mientras que disminuyeron las penas privativas de libertad como sucedáneo de incumplimientos. En 1929 y a raíz de la crisis se produjo el proceso inverso, que se mantuvo prácticamente todo el tiempo que duraron los efectos de la recesión. Los datos presentados permiten constatar la existencia de una tendencia inversamente proporcional entre el número de penas de prisión por incumplimiento de las penas pecuniarias y el número de las penas pecuniarias impuestas. La cantidad de estas últimas disminuye en los períodos de desocupación aguda debido a que se reducen las posibilidades

efectivas de su pago, mientras que el número de las penas de prisión sucedáneas tiende automáticamente a aumentar[19].

La extensión que puede alcanzar un sistema de penas pecuniarias y las figuras delictivas que pueden incluirse en él, trascienden una problemática de índole meramente legislativa o judicial, para convertirse en una cuestión decisivamente influida por la situación económica general y por las condiciones concretas de las distintas clases sociales. El cuadro 19 presenta los datos más recientes relativos al tema de las penas pecuniarias en diversos países.

Cuadro 19. Penas pecuniarias en diversos países (porcentajes sobre el conjunto de sanciones penales)

Tipo de delito	*Francia*	*Bélgica*	*Suecia*	*Alemania*	*Italia*	*Polonia*	*Bulgaria*
	(1933)	(1930)	(1934)	(1933)	(1928)	(1934)	(1935)
Homicidio	52.3	38.4	94.4	31.6	—	—	—
Lesiones dolosas	68.9	74.6	91.6	60.2	25.4	23.7	11.8
Lesiones culposas	87.4	91.1	94.4	95.7	51.2		
Resistencia o atentado a la autoridad	40.0	80.7	63.9	48.4	22.7	16.9	16.4
Violación de domicilio	52.4	42.9	81.3	57.7	—	—	45.8
Daños dolosos	63.1	79.3	97.9	62.2	51.2	—	64.3
Hurtos	15.5	24.4	25.1	29.3	0.01	1.3	0.03
Recepción o compra de objetos robados	20.4	22.5	30.5	36.9	—	21.9	—
Fraudes	10.5	10.7	46.9	34.2	—	—	—
Falsificación de sellos	32.2	29.9	98.0	78.4	—	—	—
Adulterio	99.5	83.0	70.9	58.1	—	—	—
Ultrajes al pudor	12.9	31.1	45.7	34.3	—	—	—
Aborto	0.1	—	1.0	24.5	—	—	—
TOTALES	49.36 [a]	57.64 [b]	67.35 [c]	45.18 [d]	16.72 [e]	16.85 [f]	8.07 [g]

Fuentes: Francia, *Compte générale de l'administration de la justice civile et commercielle et de la justice criminelle pendant l'année 1933* (Paris, 1937); Bélgica, *Statistique judiciaire de la Belgique 1930* (Brussels, 1933); Suecia, *Brottsligheten år 1934* (Stockholm, 1937); Alemania, *Kriminalstatistik des deutschen Reiches fur 1933* (Berlin, 1936); Italia, *Statistica della criminalità 1928* (Rome, 1935); Polonia, *Concise Statistical Year Book of Poland 1936* (Warsaw, 1936); Bulgaria, *Statistique criminelle 1935* (Sofia, 1936).

[19] Una relación similar entre pena privativa de libertad por no pago de la pena pecuniaria y condiciones del mercado, no puede ser establecida para Francia e Inglaterra a causa de la tendencia actual en ambos países, de reducir la práctica de la conversión.

La falta de datos estadísticos indica: 1) ausencia de pena pecuniaria prevista por la ley; 2) inexistencia de estadísticas sobre penas pecuniarias; 3) los índices estadísticos no son comparables entre sí.

a Penas impuestas por el *tribunal correctionnel.*
b *Ibidem.*
c Código penal, con exclusión de escándalo público y embriaguez.
d Solo *Reichsstrafgesetzbuch.*
e Código penal y código comercial.
f Con exclusión de los delitos incluidos bajo el rubro "otras infracciones".
g Código penal y leyes especiales.

No obstante las numerosas omisiones y a pesar de que las categorías incluidas no siempre resultan idénticas, un hecho aparece claramente ilustrado en la información estadística del cuadro 19: cuanto más pobre es la población de un país, menos frecuente es el uso de las penas pecuniarias para la criminalidad típica de las clases menos pudientes. Los datos de Italia, Polonia y Bulgaria son inequívocos. El hecho de que las estadísticas alemanas para 1933 difieran profundamente del primer grupo de países mencionados, constituye una clara certeza de que la frecuencia de las penas pecuniarias no es el resultado en primer término de medidas legislativas o judiciales, sino un reflejo de las condiciones económico-sociales prevalecientes. En países donde amplios sectores de la población se encuentran todavía marginados de las relaciones capitalistas de producción, las penas pecuniarias tienden a constituir una sanción para determinados delitos de las clases medias y superiores, tal como acontecía en la Edad Media.

El sistema de penas pecuniarias (especialmente luego que los pagos a plazos se trasformaron en una práctica común) contribuyó a disminuir el número de la población carcelaria y a reducir los costos de la prisión, los que de otra forma se hubieran incrementado enormemente con la extensión del número de los ilícitos administrativos. En términos generales, el sistema de penas pecuniarias contribuyó a la racionalización de la administración de la justicia criminal; proceso de racionalización particularmente acentuado en dos categorías de figuras delictivas:

1. *Casos en los que el autor del hecho no constituye una preocupación social para el Estado.* Las violaciones de las disposiciones de tipo policial se incrementan constantemente con el aumento de la complejidad de las relaciones sociales. En este caso el interés del Estado radica en inducir a la obediencia de dichas disposiciones, exclusivamente por medio de la imposición de las penas pecuniarias más elevadas posibles. Que los intereses o beneficios producto del hecho ilícito puedan ser efectivamente coartados, depende solo de la eficacia con que las autoridades puedan controlar la observancia de las normas y reprimir sus violaciones. El fracaso de esta última tarea suele conducir a un aumento masivo de las trasgresiones, porque la inobservancia de estas disposiciones no provocan ni un sentimiento individual de culpa, ni la reacción social.

2. *Violación de la legislación laboral por parte de los empresarios.* En la práctica judicial europea, los ilícitos penales de este tipo son tratados en la misma forma que las violaciones de las disposiciones de tipo policial. Las estadísticas de cada país nuestran de modo unánime la tendencia a sancionar estos casos, predominantemente con penas pecuniarias. En Inglaterra, por ejemplo, el 97% de todas las condenas dictadas en 1928 relativas a la violación de leyes laborales, dispusieron la aplicación de penas de tipo pecuniario; los porcentajes de 1934 son del 95%, a lo que hay que agregar la inexistencia de cualquier tipo de penas privativas de libertad superior a tres meses[20]. En Alemania, en 1933, de las 6.461 condenas penales por violación de las regulaciones sobre la jornada de trabajo, solo dos fueron sentencias a prisión e inferiores a tres meses, y el resto, penas pecuniarias. De los 378 reincidentes por violar este tipo de disposiciones, solo uno fue condenado a una pena privativa de libertad, y otro, a una forma menor de ella denominada *Haft*[21].

La amplitud de las violaciones de las normas laborales y de las disposiciones de tipo policial constituye un problema que requiere atención especial, a causa de que esta clase de ilícitos penales permite beneficios de tipo económico en bastante mayor escala que los delitos contra la propiedad. Puesto que las violaciones a la legislación laboral son sancionadas con penas pecuniarias de menor cuantía, sin tomar en cuenta las ganancias derivadas de la transgresión, es la eficacia de la propia ley la que resulta debilitada. El principio general conforme al cual el monto de la pena pecuniaria debe ser lo suficientemente elevado como para eliminar los beneficios económicos del delito, pierde todo su valor. La recompensa es mayor que el riesgo, o, como lo afirma un inspector de trabajo inglés citado por MARX: "Para muchos fabricantes, esa ganancia extraordinaria que puede obtenerse alargando el trabajo por encima de la jornada legal, es una tentación irresistible. Especulan sobre la probalidad de que no serán descubiertos y se hacen cuenta de que, aunque los descubran, la insignificancia de las multas y de las costas judiciales les dejará todavía un saldo ganancioso"[22].

[20] *Criminal Statistics, England and Wales 1928,* pág. 66; 1934, pág. 66.

[21] *Kriminalstatistik für das Jahr 1933,* pág. 182. Bajo el régimen nacional-socialista las condiciones han empeorado todavía más. Un informe del *Gewerbeaufsichtsamt,* citado en *Soziale Praxis* (1938), pág. 241, da cuenta de la práctica extendida de evadir las prosecuciones legales relativas a la violación de la legislación laboral, entregando contribuciones voluntarias a las asociaciones de beneficencia.

[22] MARX, *Capital,* I, pág. 267; trad. cast. cit., *El capital,* 5ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, t. I, cap. VII, pág. 187.

El grado de ineficacia de esta práctica judicial se revela en forma particularmente clara en los datos que proporcionan las estadísticas francesas. Las cifras de las reincidencias son asombrosamente altas. El *Tribunal de police*, organismo de primera instancia para el juicio de las infracciones a la legislación laboral, dictó 2.307 condenas en 1922 y 3.341 en 1932, mientras que el *Tribunal correctionnel*, competente para tratar de las reincidencias ocurridas en el lapso de un año, así como con relación a casos especiales, dictó 296 condenas en 1922 y 2.652 en 1932, en las que se impusieron en todos los casos penas de tipo pecuniario[23].

Si pese a todos los inconvenientes señalados, puede llegar a suponerse la intención del Estado de asegurar un respeto mínimo a la legislación laboral, en otro grupo de delitos —como la mendicidad y la prostitución, que en muchos países son sancionadas con penas pecuniarias— el Estado, sin embargo, no tiene siquiera la intención de poner fin a una situación considerada como indeseable. Lo único que se persigue en estos casos es el control de los individuos y la imposición de la obediencia a ciertas reglas formales. De todas las prostitutas condenadas en Inglaterra en 1928 y en 1934, al 89% se les impuso el pago de penas pecuniarias, la misma pena se impuso en 1928 al 67% y en 1931 al 60% del total de los acusados de violar las leyes contra la vagancia[24]. Es más que obvio que la finalidad de las penas de esta clase está alejada de toda idea de resocialización; si no fuera así resulta imposible entender por qué se aplica una pena de tipo pecuniario precisamente a aquellos a quienes se sanciona por la forma en que se ganan la vida ya que el dinero para cumplir la obligación con el Estado no puede provenir normalmente de otra fuente más que de la ocupación por la que son reprimidos[25]. La única conclusión posible en este caso es la de que el Estado aplica penas pecuniarias porque desaprueba esta suerte de actividades, aunque no está dispuesto seriamente a terminar con ellas; en otras palabras, el Estado se limita a la aplicación de tales penas porque no está interesado en los problemas de dichas clases sociales

[23] Datos tomados de la *Statistique criminelle*.

[24] *Criminal Statistics, England and Wales 1928*, págs. 67 y 68; 1934, pág. 66. Sobre la aplicación de penas pecuniarias a las prostitutas en Inglaterra, ver I. JENNINGS, *The Criminal Statistics 1935*, en *Howard Journal*, V (1938), págs. 11-12.

[25] Por esta razón las penas pecuniarias son raramente aplicadas a las prostitutas en las ciudades de Estados Unidos; ver SUTHERLAND, *op. cit.*, pág. 536. La tendencia contraria a las penas pecuniarias es todavía más fuerte en Francia, donde las regulaciones relativas a la prostitución constituyen un problema estrictamente administrativo (a excepción de la zona de Alsacia-Lorena).

y mucho menos en su rehabilitación. Además, en última instancia, porque las penas privativas de libertad resultan un medio antieconómico para hacer frente a las dificultades administrativas y financieras.

Una vasta comercialización del sistema penal se ha desarrollado juntamente con la extensión del uso de las penas pecuniarias. La tendencia surgida a fines del siglo XVIII, de considerar a la administración de la justicia penal como un *item* negativo en el presupuesto del Estado, no fue eliminada por este proceso de comercialización, pero, por lo menos, fue seriamente debilitada[26]. Esta situación encuentra su expresión más acabada, como hemos visto, en el campo de las transgresiones a las ordenanzas policiales. El sistema de penas pecuniarias se asemeja mucho a un sistema de licencias o permisos otorgados por el Estado; pero, a diferencia de lo que ocurre en las prácticas administrativas normales, en que la autorización es entregada después de producir el pago, en este caso debe entregarse una suma de dinero luego de ejecutado el hecho y solo si este ha sido percibido o descubierto por la autoridad. Estas consideraciones son igualmente válidas en situaciones de violación de la legislación laboral por parte de los empresarios, violación que en la práctica ha sido puesta al mismo nivel que un ilícito administrativo o una ordenanza policial. A diferencia de la pena de cárcel, la pena pecuniaria no posee necesariamente el efecto negativo de penetrar la vida entera del individuo; sin embargo, tiene un profundo efecto clasista —a pesar de todos los esfuerzos que se hagan por evitarlo— porque sus consecuencias difieren ampliamente según la clase social afectada. Sus rasgos penales desaparecen virtualmente para los condenados de buena posición económica, quienes pueden pagarla sin ningún tipo de complicación o inclusive quizás evitarla, especialmente en el caso de violación de ordenanzas policiales o normas laborales, ambas generalmente despojadas de efectos estigmatizantes. Los efectos sociales más negativos de una sanción penal se vinculan generalmente con las penas privativas de libertad que siguen a la comisión de un delito grave. Sin embargo, para las clases más amplias de la población una simple pena pecuniaria constituye la causa de serias complicaciones, debido a las limitaciones y privaciones de todo orden que aquella ocasiona al condenado y a su familia[27]. Si el condenado a una pena pecunia-

[26] HENTIG, *op. cit.*, págs. 224-25, recientemente ha tomado posición en contra de la consideración de la pena pecuniaria, entendida como un "asunto meramente fiscal", abogando, al contrario porque ella sea usada como una compensación de daños causados. Esto, sin embargo, ha profundizado el proceso de comercialización del derecho penal, trasformando al Estado en una agencia de recaudación más grande aún de lo que lo es en el presente.

[27] Ver las observaciones de SOLICITOR, *English Justice,* pág. 222.

ria no dispone de propiedades sino que depende de un modesto salario para su subsistencia, esa medida representa una pesada carga en su presupuesto, y en caso de no poder pagar, la sanción asume su carácter penal en la extensión más amplia del término. La situación es todavía peor cuando el delito constituye la consecuencia, en todo o en parte, de una condición social de pobreza extrema. La imposibilidad de una política racional de penas pecuniarias en relación con los individuos considerados como marginales, ha sido a menudo discutida pero sin arribarse a ninguna solución satisfactoria. Por nuestra parte, nos hemos ocupado ya de uno de los aspectos del problema: la conversión de las penas pecuniarias en penas privativas de libertad. Otra alternativa para enfrentar esta situación, que cuenta con numerosos adeptos y que aparece frecuentemente en la legislación, consiste en eliminar la pena de prisión para el caso de incumplimiento de la pena pecuniaria, facilitando al condenado la obtención de un trabajo para hacer efectiva la pena[28]. Esta solución ha sido raramente llevada a la práctica por razones más que obvias. La aplicación de penas pecuniarias a individuos indigentes permite suponer que el Estado se desentiende totalmente de la situación social de aquellos. De esta manera, el Estado no se halla obligado a asumir ni siquiera las limitadas responsabilidades que tiene para con la población carcelaria, y en mucha menor medida, para con sus familiares. Por el contrario, si el Estado tuviera que proporcionar un trabajo al condenado, el salario debería ser lo suficientemente elevado como para permitir, por lo menos, la manutención del condenado, la de su familia y, más aún, el pago de la pena pecuniaria. La administración de la justicia penal, sin embargo, no está diseñada ni resulta adecuada para el cumplimiento de funciones positivas de esta naturaleza y nada hace suponer que bajo las concepciones teóricas prevalecientes, vayan a producirse cambios en esta dirección. Podemos entonces concluir, sin dudas, que la aplicación de penas pecuniarias encuentra su límite natural en las condiciones materiales de existencia de las clases inferiores de la sociedad.

[28] Ver, por ejemplo, el art. 28, b, I, del *Reichsstrafgesetzbuch* y, más recientemente, el art. 49 del nuevo Código Penal suizo ya mencionado.

XI

NUEVAS TENDENCIAS EN LA POLÍTICA PENAL DURANTE EL PERÍODO FASCISTA

Las modernas teorías reformistas, como ya hemos visto, no abandonaron jamás el principio de la represión como una forma adecuada de combatir la criminalidad. La conclusión general a la que se llega en una publicación del Ministerio del Interior inglés, editada en 1930, con respecto a las estadísticas criminales para el año 1928, es verdaderamente sintomática: "A pesar de que resulta difícil arribar a una conclusión precisa, se podría afirmar que los esfuerzos de la sociedad por tratar a los delincuentes con indulgencia e inclusive con consideración utilizando las leyes y prácticas establecidas por la generación anterior, han podido tener éxito también con la *generación actual*, porque entre esta última tanto los delitos graves como los leves se han visto en general disminuidos; pero si los mismos métodos continuarán siendo adecuados para las *nuevas generaciones*, constituye un problema totalmente diferente"[1].

No resulta difícil entender por qué consideraciones de este tipo adquirieron una importancia todavía más relevante con la irrupción de la crisis y el consiguiente incremento de las tasas de criminalidad (cuadro 20).

Cuadro 20. Aumento de los delitos contra la propiedad, 1928-1932

	INGLATERRA		*ALEMANIA*	
Año	*Hurto*	*Robo con violencia en las cosas o en las personas*	*Hurto*	*Robo*
1928	37.530	2.846	86.347	683
1929	36.217	2.748	91.109	811
1930	38.244	3.360	97.596	1.028
1931	40.024	3.783	99.355	1.197
1932	42.511	4.894	112.568	1.471

Fuente: *Criminal Statistics, England and Wales 1934*, pág. XI; AMEND, *op. cit.*, págs. 62 y 65.

[1] *Criminal Statistics, England and Wales 1928*, London, 1930, pág. LXII.

Los efectos del aumento de la criminalidad sobre la política penal son mucho más visibles en Alemania, país en que la crisis fue muy severa y en el cual la reducción de los salarios y la desocupación produjeron el descenso más grave en las condiciones de vida de amplios sectores de la población. Durante la crisis, las cárceles alemanas se vieron saturadas en su capacidad, por primera vez en muchos años. La administración penitenciaria tuvo serios problemas para afrontar esta situación, especialmente por el hecho de que muchos establecimientos considerados como obsoletos habían sido abandonados durante los años de la expansión económica, período en que el número de delitos y de condenas fueron comparativamente bajos. La crisis hizo cada vez más difícil proporcionar trabajo a los reclusos, con lo que las condiciones en prisión se deterioraron automáticamente sin que la administración realizara ningún esfuerzo para encarar el problema. DZIEMBOWSKI, un funcionario de prisiones prusiano, escribió a comienzos de 1932: "Con muy pocas excepciones, los detenidos sienten que su ocio forzado es impuesto por las penurias económicas y que, por lo tanto, son víctimas de una medida que aumenta sus sufrimientos... Nosotros por nuestra parte [el personal de vigilancia], estamos plenamente conscientes de la pérdida progresiva de contacto con los detenidos. Ellos claman por trabajo, una necesidad que se agrava cada día... Como resultado del ocio forzado que reina actualmente, la mayor parte de los prisioneros no están lo suficientemente cansados cuando arriba la hora del reposo. Tendidos insomnes en la oscuridad, resultan víctima fácil de los malos pensamientos. Es verdad que los reclusos no son los únicos que deben recogerse a horas tempranas con el fin de economizar energía eléctrica; sin embargo, las similitudes entre su situación y aquella que se vive en el mundo exterior, finaliza aquí"[2].

La reforma carcelaria había encontrado ya muchas dificultades, inclusive antes del comienzo de la crisis, a pesar de la aceptación parcial de sus principios en algunas leyes y regulaciones administrativas. Para 1931, dos años antes del cambio político, el fracaso de la reforma había sido, en mayor o menor medida, unánimemente reconocido. FINKE, un funcionario prusiano de alto rango, expresa claramente esta realidad —no obstante las ambigüedades de la fraseología empleada— cuando escribe: "Cada cambio requiere un período de maduración, durante el cual se expone a los efectos negativos de su desarrollo... ahora, lejos de encontrarnos en el punto intermedio de la evolución, nos estamos aproximando a su fin que será el fracaso absoluto. La administración de posguerra ha mostrado un gran interés en los aspectos

[2] W. DZIEMBOWSKI, *Rückblick -Ausblick am Jahresamfang 1932*, en *Strafvollzug*, XXII (1932), págs. 3-4.

asistenciales y pedagógicos de la institución carcelaria, realizándose muchos intentos para trasformar a esta última en una institución reeducativa. Esta tarea se ha frustrado en sus propósitos. Enérgicas voces se alzan entre el personal subalterno y superior de vigilancia, afirmando la imposibilidad de una política educativa en la prisión y asegurando que la vieja teoría represivo-disuasiva es la única correcta"[3].

Declaraciones como estas son suficientes para refutar las acusaciones en el sentido de que la República de Weimar era un "paraíso para los criminales", un punto de vista sostenido solo ocasionalmente antes de las trasformaciones políticas de 1933, y con mucha más frecuencia a partir de esta fecha[4].

Los reformadores de fines del siglo XIX, cuyas ideas influyeron en la práctica alemana de posguerra, habían insistido siempre en el mantenimiento absoluto de las garantías del procedimiento legal, junto con la prosecusión del programa de renovaciones. El grupo actualmente en el poder no está interesado en ninguno de ambos aspectos, porque una determinación demasiado precisa del derecho material y procesal, impediría el desarrollo de nuevas relaciones de poder. La conservación de una taxatividad rigurosa de las normas del derecho penal podría proporcionar un punto de sustentación a la oposición política, posibilitando a la burocracia judicial —que en el período de Weimar ganó

[3] H. FINKE, *Der Rechtsbrecher im Lichte der Erziehung,* Weimar, 1931, pág. 49. Cfr. EBERHARD SCHMIDT, *Strafrechtsreform und Kulturkrise,* Tübingen, 1931, pág. 19: "Muchos de los postulados de la política reformista alemana están en peligro de descender al nivel de meros lemas gastados desprovistos de contenido real. Los verdaderos ideales de la reforma que deberían constituir la piedra angular de todo tipo de medidas preventivas y del sistema gradual, se encuentran en peligro. Se ha insistido, y en forma correcta, que a pesar del uso frecuente de la terminología «reeducativa», en la ley, en los medios de difusión y en la doctrina, la justicia penal que efectivamente se aplica está bastante alejada de dichos contenidos reeducativos".

[4] A pesar de que tales tipos de quejas eran poco frecuentes en el período anterior a 1933, es posible encontrar de todos modos afirmaciones como las siguientes, en W. SAUER, *Kriminalsoziologie,* Berlin y Leipzig, 1933, pág. 169: "Cuando los ciudadanos son informados cotidianamente, con relación al sistema penal moderno, que el delincuente profesional, el estafador, el usurero, el truhán, el encubridor, el malversador de fondos, etc., son bien alimentados, gozan de la música, reciben una formación profesional, disponen de excelentes instalaciones sanitarias, realizan vacaciones de verano y hasta disfrutan de servicio dental gratuito; esto significa que los peores elementos de la sociedad son estimulados a cometer delitos, mientras la parte sana de la población pierde la confianza que había depositado en el Estado, confianza en una administración justa y equitativa, que no permanecerá más allá del momento en que estos ciudadanos caigan víctimas de los primeros vientos criminales". Luego de las trasformaciones políticas de 1933, el denominado "paraíso de las prisiones de Weimar" se convirtió en uno de los temas favoritos de la "nueva ideología", tratado permanentemente en libros, periódicos y revistas.

una considerable independencia— ejercer cierto control sobre la actividad del ejecutivo. Esta facultad fue reducida desde el comienzo por una serie de leyes especiales y por la doctrina imperante, según la cual, todo hecho políticamente relevante no debe estar sujeto al control judicial[5]. A pesar de la aceptación formal del principio de independencia del poder judicial, el nuevo régimen alemán ha subordinado en la práctica a los jueces, impidiéndoles ampararse en el derecho positivo para resistir las presiones del gobierno. El poder y la independencia de los jueces residían anteriormente en la certeza de la ley, la cual solo podía ser modificada por el poder legislativo, previo el cumplimiento de todas las formalidades exigidas. Pero un ordenamiento legal que puede ser trasformado cada día sin ningún tipo de procedimiento formal, no es más que un conjunto de disposiciones administrativas. Bajo estas circunstancias, una decisión judicial contraria o desagradable al grupo en el poder, constituye un mero indicador de que una nueva y contraria regulación administrativa es necesaria en ese campo. El paso de la ley abstracta y general de la primera época del capitalismo a la regulación administrativista del capitalismo monopólico, ha eliminado la influencia del poder judicial en las decisiones referidas a las relaciones entre los individuos o de los individuos con el Estado.

La separación entre derecho y moral, un axioma del período del capitalismo de competencia, ha sido remplazado por los principios que se derivan de la "conciencia del pueblo" (*Volksgewissen*), una de las consignas más frecuentemente utilizadas para ocultar la realidad de las nuevas técnicas de dominación[6]. La "conciencia racial" ha sido introducida en el derecho penal elevando al rango de criterios normativos, principios como "el bienestar del pueblo" y el "sano sentimiento nacional"[7]. Este proceso ha contribuido notablemente a reducir la li-

[5] Ver E. R. HUBER, *Verfassung,* Hamburg, 1937, págs. 253-56.

[6] Para un análisis más profundo de toda esta problemática, ver F. NEUMANN, *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft,* en *Zeitschrift für Sozialforschung,* VI (1937), págs. 542-96. Sobre la ruptura del postulado de la separación entre derecho y moral, ver las características afirmaciones de R. FREISLER, *Gedanken zur Technik des werdenden Strafrechts,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* LV (1936), pág. 510: "La sustitución del hasta ahora existente principio de justicia formal por el principio de la justicia material, se apoya en el reconocimiento del hecho de que la ley está basada en la ética sin la cual no puede existir, y que la administración de la justicia criminal no solo no puede prescindir de este vínculo, sino que además debe reforzarlo. Este nuevo principio se ampara en la creación de la posibilidad de deducir el derecho en forma inmediata, de la «conciencia del pueblo» [*Volksgewissen*]...".

[7] El art. 2 del Código Penal alemán establece ahora (año 1938) lo siguiente: "Será penado quien realice una acción que la ley declara expresamente punible, o que merece ser sancionada de acuerdo con un principio fundamental de la legislación penal

bertad de decisión de los jueces, de quienes se espera la sumisión a los dictados políticos del grupo dominante, lo cual debe expresarse en una interpretación "correcta" de los principios señalados anteriormente. La fuerte ascendencia de los órganos fiscales, potencialmente siempre presente en el sistema judicial alemán, se vio reforzada aún más por una legislación que aumentó el poder de la acusación en detrimento de los jueces y, muy en particular, de los abogados defensores. El siguiente pasaje de FREISLER muestra hasta qué punto fue restringida la institución de la defensa, y resulta doblemente interesante ya que la intención del autor es la de solicitar una mayor libertad de acción de los abogados defensores: "Si he aceptado la defensa de una causa a lo que tengo derecho, tanto en mi condición de abogado alemán como de miembro de determinadas organizaciones, y si he conducido la defensa con energía y corrección en mi carácter de representante legal, actuando dentro de los marcos de la ley que estoy obligado a respetar, ninguna autoridad ni administrativa ni judicial, podrá hacerme responsable de falta alguna"[8].

La lucha del nuevo grupo dominante en el campo del derecho material, se dirige fundamentalmente contra dos aspectos: "la eliminación de conceptos generales —como los de culpa, concurso de individuos en el delito y tentativa—, así como de tipos penales concretos, los que son condenados como abstracciones artificiales e inútiles, completamente ajenos a las relaciones sociales reales"[9] y contra la excesiva taxatividad de las normas penales[10]. Esto representa un doble ataque

---

o de acuerdo con el sano sentimiento del pueblo [*nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient*]". En el mismo sentido, el art. 266, inc. 2, establece: "En casos de particular gravedad se aplicará, en lugar de la pena de prisión, la reclusión en una *Zuchthaus,* por un período de hasta 10 años. Un caso de particular gravedad se conforma cuando un hecho daña el bienestar del pueblo...".

[8] FREISLER, *Zur Stellung des Verteidigers im neuen Strafverfahren,* en *Deutsches Strafrecht,* IV (1937), pág. 125.

[9] Esta es una formulación de CARL SCHMITT, *Über die drei Arten des Rechtswissenschaftlichen Denkens,* Hamburg, 1934, pág. 60.

[10] El enfoque fenomenológico ha sido adoptado con el objeto de alejarse de formulaciones conceptuales precisas. Se supone que de esta manera podrá aprehenderse la esencia del acto criminal, la que no debe ser necesariamente idéntica a las definiciones prestablecidas; ver G. DAHM y F. SCHAFFSTEIN, *Methode und System des neuen Strafrechts,* Berlin, 1937. No ha dejado de existir una violenta oposición a esta total descomposición del derecho penal; ver, por ejemplo, E. SCHWINGE y ZIMMERL, *Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht,* Bonn, 1937, y el artículo de E. MEZGER, en *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht,* IV (1937), págs. 417-21, con el mismo título que el anterior. Sin tomar en consideración sus diferencias metodológicas, ambas teorías enfatizan el problema de justicia material en detrimento de la seguridad jurídica, en realidad, un sueño de la filosofía política del capitalismo monopólico; ver SCHWINGE y ZIMMERL, *op. cit.,* pág. 58; DAHM y SCHAFFSTEIN, *op. cit.,* pág. 281.

al poder de los jueces de ampararse en el principio de subordinación formal a la ley. Ataque que se expresa todavía más claramente con la reintroducción del principio de analogía y el abandono del principio *nulla poena sine lege*. Todo esto otorga al ejecutivo las herramientas necesarias para imponer a los jueces reacios una interpretación de las normas en concordancia con los deseos del grupo dominante. En última instancia, cualquier interpretación inconveniente puede ser rechazada por la ley de la autoridad máxima (*Führergesetz*), en forma retroactiva si fuese necesario.

La teoría penal italiana, al contrario, ha permanecido, por lo menos hasta hace poco, apegada a la doctrina liberal tradicional, lo que se refleja inclusive en el Código Penal de 1930. Sin embargo el significado práctico de esta continuidad teórica no debe ser sobrestimado, ya que, como observa HALL: "la creación de tribunales especiales para entender de los delitos políticos, haciendo caso omiso del derecho constitucional, y la formulación extremadamente amplia de figuras delictivas, todo ello sumado a la sumisión de los intereses del Estado a los dictados del gobierno, ha facilitado, sin lugar a dudas, la conservación de los principios penales tradicionales para el tratamiento de la delincuencia común"[11].

Más recientemente algunos penalistas italianos han comenzado a imitar la doctrina alemana, no obstante negar vigorosamente cualquier tipo de influencia o relación con ella e insistir en la originalidad de la tradición nacional[12]. También en Italia, el carácter "no lógico" de la teoría penal gana posiciones[13], el derecho procesal pierde su función de garante de los derechos individuales y se trasforma en un "conjunto de normas instrumentales para el cumplimiento de los objetivos del Estado"[14].

En resumen, todas las garantías por las que el liberalismo había luchado desde fines del siglo XVIII, fueron destruidas por ser ahora innecesarias para la defensa de los intereses del grupo dominante. Bajo el fascismo, la distinción entre lo prohibido y lo permitido es determinada en cada caso particular mediante un acuerdo directo con el aparato burocrático-administrativo. Los sectores medios, por su parte, se ven obligados a aceptar el hecho de que la reducción de las garantías legales es el precio que deben pagar para la conservación de su posición social.

[11] HALL, *op. cit.*, págs. 186-87.

[12] Ver F. ANTOLISEI, *Per un indirizzo realistico nella scienza del diritto penale*, en *Rivista italiana di diritto penale*, IX (1937), pág. 164.

[13] *Ibid.*,págs. 135 y 163.

[14] G. BETTIOL, *La regola "in dubio pro reo" nel diritto e nel processo penale*, en *Rivista italiana di diritto penale*, IX (1937), pág. 243.

El deterioro del derecho penal, material y procesal, ha sido acompañado de profundos cambios en materia de política criminal. La justificación oficial del abandono de las prácticas indulgentes, características del período de Weimar, aparece claramente expresado en 1933, en las palabras de un alto funcionario prusiano llamado RIETZSCH: "No resulta sorprendente la frecuencia con que en los últimos años la opinión pública y los medios de difusión expresan sus quejas por el aumento de la delincuencia. Tampoco debe sorprender que la política se muestre insatisfecha por la falta de colaboración de la administración de justicia. Las estadísticas de las que se dispone, no dejan duda alguna acerca de que el conjunto de la justicia penal debe adoptar nuevos métodos si es que desea efectivamente la prevención de la criminalidad. Con toda certeza, son los propios fundamentos de la política del pasado los que deben ser dejados de lado"[15].

No consideramos necesario detenernos en la discusión del argumento anterior cuyas falacias le impiden, aun subjetivamente, una explicación adecuada de los verdaderos motivos de los cambios que se verifican en la política criminal. Los nuevos métodos de ejecución penal no se basan en consideraciones de tipo criminológico, sino en un proyecto determinado de reeducación político-social. Un rasgo distintivo de la política socio-económica alemana actual, es la necesidad declarada de manterner bajo, el nivel de vida de las clases dominadas. Con el fin de facilitar la aceptación consensual por parte de la masas, de un programa de esta naturaleza, se realizan todos los esfuerzos posibles para fomentar la distinción moral entre aquellos que a pesar de su pobreza obedecen la ley y los grupos que, por el contrario, se han entregado a la delincuencia. En esta forma las desventuras y desgracias de los criminales son expuestos a los ojos del pueblo con el objeto de remplazar la ausencia de mejoras reales en las condiciones de existencia. Un proceso de construcción ideológica de este tipo había tenido ya un papel de primera importancia en períodos críticos de la historia moderna, como lo demostró HORKHEIMER para el caso de la Revolución Francesa[16].

Los teóricos del nacional-socialismo no han tenido mucho éxito en ocultar la función ideológica de las consignas que pretenden sustituir toda forma de argumentación racional y que hacen referencia a la "conciencia del pueblo", la "dignidad del Estado" o la "imposibilidad meta-

[15] RIETZSCH, *Abnahme der Strafen-Zunahme der Verbrechen*, en *Deutsche Justiz*, XCV (1933), pág. 397.

[16] HORKHEIMER, *op. cit.*, págs. 222-24.

física de determinar los fundamentos de la pena"[17]. La debilidad de los aparatos ideológicos para generar nuevos principios resulta cada vez más clara. Un buen ejemplo de esto son las afirmaciones de DALUEGE, director general de policía en el *Hakenkreuzbanner Mannheim* del 5 de noviembre de 1936: "El Estado no puede trazar en forma *demasiado precisa* los límites entre la población honesta y los asociales enemigos del pueblo, si desea evitar la degeneración moral"[18].

Con el telón de fondo de una interpretación caricaturesca de los métodos humanitarios del período de Weimar[19], el nacional-socialismo ha introducido un nuevo sistema en que los elementos de una doctrina

[17] Ver, por ejemplo, G. DAHM y F. SCHAFFSTEIN, *Liberales oder autoritäres Strafrecht*, Hamburg, 1933: "El Estado hace uso de las penas para demostrar su poder al mundo entero. La dignidad del Estado aparece simbólicamente representada en el momento de la ejecución de la pena; la pena de muerte en particular muestra de la manera más clara, que el individuo aislado puede ser sacrificado en el interés del Estado". E. KEMPERMANN, *Grundzüge eines ständischen Strafrechts,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* LVI (1937), pág. 10, lo afirma de manera aún más rotunda: "Nosotros estamos conscientes del hecho de que en el campo del derecho penal, nada puede llevarse a cabo con propósitos humanitarios, y de que el fin principal de la pena, la erradicación del delito, se cumple casi en forma automática si se tiene confianza en el significado irracional y metafísico de la sanción penal".

[18] K. DALUEGE, *Verbrecherbekämpfung gestern und heute,* en el *Hakenkreuzbanner Mannheim* del 5 de noviembre de 1936.

[19] E. SIEFERT, *Neupreussischer Strafvollzug: Politisierung und Verfall,* Halle, 1933, págs. 10-17, ofrece un vivo retrato de esta nueva actitud: "El contrato establecido entre la clase criminal y el Estado, garantía de un buen comportamiento mutuo, no es otra cosa que marxismo. La no observancia de los principios del orden, así como la violación del orden, es también una idea marxista; del mismo modo la actitud derrotista y pacifista hacia el delincuente, a quien se considera como una víctima de lo cual es responsable el conjunto del cuerpo social, el humanitarismo exagerado en relación con quienes transgreden la ley, la fría indiferencia frente a las víctimas de la delincuencia, robadas, asesinadas, avergonzadas, cuyo clamor de venganza es denunciado como una anomalía moral; el desprecio y el odio por los sentimientos simples y naturales, el énfasis en los elementos materiales e intelectuales, los que encuentran su primitiva e inconfundible realización en el anzuelo engañoso que representa el «sistema gradual»: todo esto constituye, sin ningún tipo de excepción, una prueba más de marxismo. En la actualidad, felizmente, la mayor parte de los reclusos cumplen en forma ordenada las disposiciones disciplinarias sin ofrecer mayores problemas, y solo una pequeña minoría son lo suficientemente incautos para aprovecharse de las posibles debilidades del sistema... Esta situación semianárquica no puede encontrar una solución en sí misma; por ello es necesario invertir totalmente el desarrollo actual de los acontecimientos... Respeto, orden y disciplina son los elementos que por sobre todas las cosas deben ser restaurados". Ver, en el mismo sentido, H. FRANK, *Der Sinn der Strafe,* en *Blätter für Gefängniskunde,* LXVI (1935), págs. 191-92: "El Estado nacional-socialista, en tanto Estado-guía autoritario, está decidido con todo su poder a mantener el estado de guerra contra el crimen, crimen que conspirará contra la parte sana de la población hasta el momento en que sea totalmente extirpado".

racial y de predestinación biológica, se mezclan con los principios retribucionistas de la teoría penal clásica de origen alemán. Sin embargo, todos aquellos aspectos relativos a las garantías del derecho material y procesal —en nombre de los cuales los teóricos de la escuela clásica se habían enfrentado a los reformadores— fueron completamente eliminados.

Uno de los aspectos más notables del nuevo sistema es la reintroducción de la pena capital, que es frecuentemente aplicada contra los opositores políticos por los denominados "tribunales del pueblo" (*Volksgerichtshof*), un órgano originariamente con funciones meramente administrativas, pero que ha ido progresivamente ocupándose de procedimientos de tipo penal[20], sin que por ello se haya realizado esfuerzo alguno para justificar teóricamente sus nuevas funciones. Más aún, un teórico del derecho ha manifestado respecto a la pena de muerte: "La necesidad de mantener esta sanción en el Estado nacional-socialista, no necesita ser justificada. La pena de muerte constituye una expresión del dominio del conjunto de la comunidad sobre el individuo..."[21].

Si bien esto no es siempre así, y en algunas oportunidades se intenta legitimar el uso de la pena de muerte alegando sus efectos disuasivos sobre la criminalidad, las estadísticas no son demasiado convincentes.

Cuadro 21. Condenas por homicidio en Alemania
(por cada 100.000 habitantes adultos imputables)[a]

Año	*En primer grado (Mord)*	*En segundo grado (Totschlag)*	*Total*
1928	0.18	0.64	0.82
1932	0.20	1.10	1.30
1933	0.32	1.02	1.34
1934[b]	0.63	0.69	1.32
1936	0.29	0.45	0.74

Fuente: Compilado del *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich.*

a La diferencia en las proporciones entre homicidio en primer grado (*Mord*) y en segundo grado (*Totschlag*) se debe a un cambio en la práctica judicial y no en la tasa de criminalidad.

b Los datos del año 1934 no incluyen a quienes fueron ejecutados según la ley del 3 de julio de 1934 que estableció "medidas para el estado de emergencia".

[20] La pena capital fue reintroducida en Italia por medio del Código Penal de 1930, pero en la realidad fue aplicada mucho menos frecuentemente que en Alemania. Según la información proporcionada por el *Annuario statistico,* 10 individuos fueron ejecutados en 1933, 9 en 1934 y 18 en 1935.

[21] E. WOLF, *Das künftige Strafsystem und die Zumessungsgründe,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* LIV (1935), págs. 546-47.

Una segunda tendencia de la política criminal del nacional-socialismo puede observarse en el tratamiento de ciertos delitos, que si bien no representan una oposición política contra el Estado, son, en una u otra forma, el resultado de factores criminógenos de tipo social. En este caso, el delito es inmediatamente aislado de su base y calificado como una traición a la comunidad y una violación del deber de fidelidad al régimen. Inclusive el contrato laboral es concebido como una forma especial de fidelidad que debe prestar el trabajador; su incumplimiento significa automáticamente un delito, "una desintegración de la voluntad de trabajo del pueblo [*völkische Arbeitswille*]". La justificación de esta práctica hace referencia al antiguo derecho germano, pero es obvio que esta argumentación constituye un método burdo de negación de las raíces sociales de la criminalidad como fenómeno de masas[22].

La reorganización y posterior supresión de la *Gerichtshilfe* (asistencia social judicial) es un hecho que guarda muchas analogías con el problema anterior. En el período de Weimar, la *Gerichtshilfe* fue un factor esencial del proceso de sensibilización social de la práctica penal: su función era la de proveer al órgano judicial de datos acerca de las características personales y el ambiente social del imputado, informaciones que podían formalmente ser tomadas en consideración en el momento de pronunciarse la sentencia[23]. En 1937, una comisión para la reforma del procedimiento penal —patrocinada por la *Akademie für deutsches Recht*— decidió que la *Gerichtshilfe* no era imprescindible en todos los casos y que allí donde excepcionalmente lo fuera, como en las áreas metropolitanas, debía ser un mero auxiliar del proceso penal y no una institución de asistencia social, autónoma e independiente[24]. Este

[22] E. WOLFF, *op. cit.*, pág. 553. KEMPERMANN, *op. cit.*, pág. 10, considera la mendicidad, la vagancia y la evasión del trabajo obligatorio, como violaciones de importancia que dañan al Estado (*ständische*). Estos hechos constituyen una traición: "Ellos revelan una pérdida de la actitud ética en relación con el Estado, demuestran una falta de honor y deben ser entendidos como un distanciamiento de los deberes impuestos por el Estado; quien traiciona estos deberes, traiciona la idea y realidad del Estado en general". Este tipo de operación mental se encuentra en evidente contradicción con la función represiva de la pena, la que ha permanecido inmutable en la actual sociedad nacional-socialista; a pesar de todo, esta idea no puede ser sostenida ni siquiera desde el punto de vista teórico. Ver el llamado de atención de FREISLER en contra de la aplicación excesiva del concepto de traición, en *Der Treugedanke im deutschen Strafrecht,* en *Deutsches Strafrecht,* III (1936), págs. 193-209.

[23] Sobre la asistencia judicial (*Gerichtshilfe*) anterior a 1933, ver F. HARTUNG, *Sociale Gerichtshilfe,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* L (1930), págs. 208-30; W. GENTZ, *Aufgaben und Aufbau der Gerichtshilfe, ibid.*, págs. 235-47.

[24] Las conclusiones de la comisión fueron publicadas en *Gerichtssaal,* CIX (1937), pág. 191.

punto de vista representa algo más que un intento de intromisión de la burocracia judicial en el terreno de la asistencia social. Un decreto del 7 de octubre de 1937 muestra claramente cómo la completa subordinación de la *Gerichtshilfe* adecuada a las necesidades de la ejecución penal, sirvió para aislar en lo posible a las autoridades judiciales, de las valoraciones de orden social que no se ajustaran a la nueva política criminal[25]. Además, se evitaba de este modo toda discusión acerca de la responsabilidad de la sociedad frente al delito, problemática que hubiera podido surgir de un enfoque sociológico de la criminalidad, lo cual se opone terminantemente a toda concepción de tipo totalitario[26]. Por ello el concepto de responsabilidad que se basa en la concepción totalitaria, demuestra la imposibilidad de determinar socialmente el grado de culpabilidad tomando como parámetro al ciudadano medio. Con apoyo en la tesis de que el nivel de lo que puede exigirse de la fuerza de voluntad del individuo no puede ser medido a partir de la capacidad síquica potencial del criminal, SIEGERT, por ejemplo, arriba a la conclusión alarmante de que el concepto normal de ciudadano medio representa un nivel inferior a la media del "ciudadano nacional-socialista". "Este peligro puede ser superado —continúa SIEGERT— si comparamos la capacidad síquica del imputado con la fuerza de voluntad del *Volksgenossen*. Aquello que demandamos de este último en razón de su capacidad, debe también ser exigido al delincuente"[27]. La razón esgrimida para sustituir el criterio de ciudadano medio por el de ciudadano superior, es la de que "el resto de los *Volksgenossen* deben tomar conciencia de que los mismos criterios de severidad les serán aplicados en caso de ser ellos encontrados culpables". Este cambio en los patrones de la responsabilidad, tiene por objeto "remodelar el poder de voluntad de la personalidad vacilante"[28]. Trasladada esta ampulosa fraseología jurídica al contexto social, puede percibirse per-

[25] Ver la discusión en *Ermittlungshilfe und Straffälligenbetreuung,* editado por R. Freisler, Berlin, 1937, y en especial el artículo de FREISLER, *Sinn und Wesen einer Ermittlungshilfe für Staatsanwalt und Gericht,* págs. 9-22, cuyas ideas fueron seguidas atentamente por el decreto del 7 de octubre de 1937. El texto de este decreto fue publicado en *Deutsche Justiz,* XCIX (1937), págs. 1564-69.

[26] Ver E. MEZGER, *Kriminalpolitik,* München, 1934, pág. 174.

[27] K. SIEGERT, *Der Einfluss der Strafzwecke auf Schuld und Strafmass,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* LIV (1935), pág. 431, reeditado en su *Grundzüge des Strafrechts im neuen Staate,* Tübingen, 1934, págs. 48-49, F. SCHAFFSTEIN se refiere al "cuestionable concepto de ciudadano medio", en su *Politische Strafrechtswissenschaft,* Hamburg, 1934, pág. 21. Las viejas teorías son más "conservadoras" a este respecto y se adhieren todavía al concepto de "ciudadano medio"; ver E. SCHAEFER, en *Das kommende deutsche Strafrecht,* parte general, *Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission,* editado por F. Gürtner, 2ª ed., Berlin, 1935, pág. 50.

[28] SIEGERT, *Einfluss der Strafzwecke,* pág. 431.

fectamente su semejanza con la "reorganización" de la *Gerichtshilfe* y otras medidas de carácter similar, todas destinadas a eliminar las valoraciones de tipo social en el proceso penal. Las exigencias sobre el individuo aumentan en forma proporcional al deterioro de la situación social, de modo que los parámetros normales se muestran cada vez más insuficientes. La capacidad del individuo deja de ser evaluada según el promedio de sus semejantes, para tomar en consideración una construcción humana artificial[29]. En realidad, sin embargo, estas concepciones no pueden ser mantenidas, como lo demuestran las leyes de amnistía italianas y alemanas sancionadas recientemente. En ambos casos se han dispuesto indultos masivos de delincuentes en cantidad desconocida inclusive en los países democráticos, lo cual además representa una contradicción flagrante con las crecientes demandas de elevar el nivel moral de la comunidad[30].

[29] En su recensión del trabajo de RABL, *Strafzumessungspraxis,* en *Monatschrift für Kriminalpsychologie,* XXVIII (1937), págs. 253-54, K. LEHMANN admite ingenuamente que no es la ideología, sino el cambio en las condiciones sociales, el hecho al que debe atribuirse la no continuación de investigaciones relativas a las causas sociales de la criminalidad.

[30] En Italia, las amnistías fueron promulgadas por los decretos reales núm. 1403 del 5 de noviembre de 1932 y núm. 77 del 15 de febrero de 1937. El art. 1 del decreto de 1932 ordena una amnistía total para todos aquellos que habiendo cometido su primer delito, fueron sentenciados a una pena privativa de libertad inferior a 5 años, y el art. 2 establece una disminución de las condenas más severas. El segundo decreto dispone una amnistía para los sentenciados a penas privativas de libertad inferiores a 3 años. Sobre su aplicación, ver F. P. FRISOLI, *Considerazioni sulla recente amnestia,* en *Rivista italiana di diritto penale,* IX (1937), págs. 29-50. Las razones para promulgar estos decretos no se encuentran en la fortaleza y estabilidad política de la Italia de Vittorio Veneto, tal como lo afirma la exposición de motivos de los decretos de 1932, sino en la constatación de la imposibilidad de hacer frente a la criminalidad masiva en un período de crisis.

En Alemania, además de las leyes de amnistía anteriores a Hitler, del 20 de diciembre de 1932 (RG Bl.I.559), existieron también las siguientes leyes de amnistía, las cuales parecen haberse convertido en un asunto de rutina: 21 de marzo de 1933 (RG.Bl.I.134), 7 de agosto de 1934 (RG.Bl.I.769), 23 de abril de 1936 (RG.Bl.I.368); 1° de mayo de 1938 (RG.Bl.I.433). Este conjunto de leyes difiere de las amnistías del período de Weimar, en el hecho de que la legislación nacional-socialista no solo liberó en masa a los condenados a determinado tipo de penas (de uno a tres meses o penas pecuniarias equivalentes, por ejemplo) y archivó causas pendientes, sino que además aplicó estas leyes a adherentes al régimen que habían sido sentenciados a penas de larga duración, si la transgresión había sido cometida "en la lucha por las ideas nacional-socialistas". Los efectos de estas prácticas sobre las estadísticas criminales son analizados más adelante, en el capítulo XII.

La diferencia entre una amnistía decretada por un gobierno totalitario y aquella que surge de un "compromiso" parlamentario, puede percibirse en forma particularmente clara en la ley francesa de amnistía del 12 de julio de 1937 (*Journal officiel,* págs. 7914-15), la cual fue el resultado de extensos debates parlamentarios. Esta última ley no fue, en términos generales, muy generosa en sus disposiciones; sin embargo, contiene muchas disposiciones especiales en interés de aquellos grupos sociales que habían entrado en conflicto con un cuerpo normativo, que crecía constantemente, de naturaleza más administrativa que penal.

La tendencia a incrementar la severidad y la duración de las penas privativas de libertad es claramente apreciable en Alemania. Los jueces están sujetos a fuertes presiones dirigidas a aumentar la intensidad de las penas, con el argumento de que la autoridad del Estado debe ser defendida[31]. El número de las sentencias absolutarias ha ido declinando con cierta regularidad (cuadro 22).

Cuadro 22: Alemania porcentaje de absoluciones sobre el total de sentencias

AÑO	PORCENTAJE
1925	13.80
1930	14.04
1932	15.05
1933	12.87
1934	12.64
1936	10.50

Fuente: Compilado del *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich.*

Los datos proporcionados por el cuadro 22, reflejan el cambio en la actitud oficial hacia los procesados y la disminución de las posibilidades de contar con una defensa adecuada.

El cuadro 23 que presentamos a continuación, muestra que el desarrollo de algunos rasgos típicos de la política penal alemana actual —disminución de las penas pecuniarias, aumento en el número y duración de las penas de prisión—, había comenzado antes de que Hitler arribara al poder en 1933. Por lo tanto puede afirmarse que el aumento de la severidad del sistema punitivo, constituye un cambio en la política criminal condicionado en primer lugar por la crisis económica. Los sucesos políticos de 1933 no han hecho más que acentuar este proceso, en particular a causa del uso extendido de la pena de muerte, de los trabajos forzados accesorios a la pena de prisión y del aumento progresivo de las condenas de larga duración.

[31] Los jueces fueron notificados en forma explícita acerca de cómo debían ejecutar las penas reclamadas por el órgano fiscal. Se afirmaba que con una experiencia y preparación similar, y, lo que es más importante para la independencia del poder judicial, una actitud similar frente al problema del delito, las resoluciones del juez y la fiscalía debían necesariamente coincidir. El promedio de duración de las penas privativas de libertad se incrementó en un tercio, como consecuencia de la nueva política penal, y la tendencia a aplicar penas de prisión cada vez más severas aumentó en la misma proporción; ver W. BRINKMANN, *Die Ungleichheit der Strafzumessung,* en *Deutsche Justiz,* XCVIII (1936), págs. 1653-57.

Cuadro 23. Distribución de las penas por cada 100.000 habitantes en Alemania[a]

Año	Pena de muerte	Reclusión perpetua	Reclusión por tiempo determinado	3 años o más (porcentaje sobre las condenas a tiempo determinado)	Totales	Menos de 3 meses (en porcentajes)	De 3 meses a 1 año (en porcentajes)	más de 1 año (en porcentajes	Fest.Ungs-Haft	Haft	Penas pecuniarias
1930	7.2	0.8	785	—b	31.788	64.0	30.0	6.0	18.5	523	66.202
1931	8.7	1.4	813	23.4	35.981	63.9	29.9	6.2	15.9	459	62.100
1932	9.2	1.4	1.123	24.7	41.540	62.5	31.0	6.5	34.0	466	56.320
1933	16.0	3.9	1.971	26.9	44.516	57.3	33.7	9.0	7.7	517	52.607
1934	25.5	3.9	3.197	29.1	41.549	53,8	35.2	11.0	0.0	478	54.408
1936	17.0	2.0	2.955	26.9	41.585	47.0	41.2	11.8	1.0	443	54.309

Fuente: Compilado del *Statistik des deutschen Reichs,* vols. CDXXIX y DVII, *Kriminalstatistik*, 1933 y 1934 respectivamente; *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich.*

a Estos datos no incluyen a las personas detenidas en los campos de concentración.

b Ninguna estadística fue publicada antes de 1931.

La historia de la pena pecuniaria es particularmente interesante en razón de la acogida poco favorable que encontró en los teóricos penales del nacional-socialismo, como puede apreciarse en el siguiente fragmento de RIETZSCH: "La pena pecuniaria nos parece en la actualidad absurda, poco digna y previsora. En el futuro... se deberá usar mucho más limitadamente que ahora... sobre todo debe perder su carácter plutocrático. El principio de igual sufrimiento para pobres y para ricos, debe ser plenamente adoptado; allí donde el pobre no puede redimirse más que mediante un duro sacrificio, debemos impedir que el rico compre con facilidad su redención"[32].

La dura realidad, sin embargo, hizo de la pena pecuniaria la sanción penal más ampliamente utilizada en nuestra época; luego de la alabanza de RIETZSCH a la ideología anticapitalista, no quedó más que la vieja demanda de los reformadores, de permitir hacer efectiva la pena pecuniaria por medio de la ejecución de trabajos. El Estado tiene el derecho moral de tomar medidas más severas solo en caso de que el condenado se niegue a trabajar[33]; pero ¿cómo puede este último pagar la deuda con el producto de su trabajo en un período de grave desempleo? Luego de muchos silogismos jurídicos, los teóricos oficiales

[32] RIETZSCH, *Strafensystem,* en *Das kommende deutsche Strafrecht,* págs. 100-101.

[33] R. FREISLER, *Strafensystem,* en *Denkschrift des Zentralausschusses der Strafrechtsabteilung der Akademie für deutsches Recht über die Grundzüge eines allgemeinen deutschen Strafrechts,* Berlin, 1934, pág. 111.

del régimen arribaron a la misma conclusión que la que ya hemos encontrado en los debates del parlamento francés de 1867: la pena no debe ser ejecutada[34]. Ello no obstante, las estadísticas actuales muestran que la historia de la pena pecuniaria está estrechamente vinculada con las condiciones del mercado, a pesar de los ataques recibidos por parte de quienes la consideran como una sanción plutocrática y a pesar de quienes proponen que su pago se haga efectivo por medio del trabajo. La caída de los porcentajes de aplicación de la pena pecuniaria, del 69% en 1928 al 52,6% en 1933, y su posterior aumento en 1934, año este último en que los efectos de la política penal nacional-socialista contra este tipo de sanción deberían haberse hecho sentir, revelan claramente hasta qué punto el mercado, el incremento de los niveles de ocupación en este caso particular, consigue debilitar y neutralizar las tendencias de una política penal que se orienta en otra dirección. La reintroducción extendida de una política de confiscaciones en el sistema punitivo, una práctica restringida al mínimo bajo el liberalismo, está menos ligada con las vicisitudes de los "principios legales arios"[35] que con la transición de un sistema capitalista competitivo a un sistema capitalista monopólico. En este último, la protección de la propiedad del capitalista individual debe subordinarse a la tarea de proteger a los grupos monopólicos que controlan el Estado, lo que a veces implica enfrentar tanto a la nueva competencia como a las tendencias centrífugas dentro de los propios grupos monopólicos[36]. En las situaciones en que no resulta factible la extensión de las penas privativas de libertad, permanece sin embargo siempre abierto el recurso de empeorar las condiciones carcelarias e imponer sanciones suplementarias. No obstante, los innovadores represivos han visto obstaculizados sus propósitos por la dificultad en descubrir variaciones en las penas de prisión que no hayan sido de una u otra forma ensayadas en el pasado. Se intentó la búsqueda de nuevos métodos como la pena del *Kerker,* que debía

[34] *Loc. cit.* y A. SCHOETENSACK, R. CHRISTIANS y H. EICHLER, *Grundzüge eines deutschen Strafvollstreckungsrechts,* Berlin, 1934, págs. 33-34.

[35] FREISLER, *ibid.,* pág. 109.

[36] SCHOETENSACK y otros, *Ergänzungen zu den Grundzügen eines deutschen Strafvollstreckungsrechts,* Berlin, 1936, pág. 25, hacen referencia a una aplicación restringida de esta severa pena, pero, en verdad, mencionan solamente la confiscación, la que es aplicada frente al delito de traición, tal como lo establece el Código Penal. De este modo se ofrece una imagen falsa de la realidad, ya que, fuera de considerar las confiscaciones aplicadas sobre aquellos culpables de delitos políticos contra el Estado, deben agregarse las confiscaciones realizadas con miras a proteger a los monopolios económicos, tal como lo disponen numerosas leyes especiales. La extensión de estas últimas aparece bien descrita en el discurso de GOERING, *Zur Durchführung des Vierjahresplans,* pronunciado el 10 de octubre de 1936 y publicado en *Deutsche Justiz,* XCVIII (1936), pág. 1629.

diferenciarse netamente de aquella más leve que se aplicaba en la *Zuchthaus*, y se trató de restablecer las diferencias, que tendían a desaparecer entre esta última y la institución carcelaria[37]. Respecto de estos problemas, un funcionario señaló que la cuestión de aumentar la severidad de las penas residía en la posibilidad de interpretar más libremente los reglamentos internos, de modo que los casos de indisciplina pudieran recibir una sanción adicional dentro del establecimiento carcelario[38]. Aun cuando se encontraron algunas soluciones ingeniosas para superar las dificultades, el problema de fondo, la ausencia de diferenciaciones efectivas, no pudo ser resuelto. Las estadísticas oficiales revelan que los costos de la administración carcelaria para la manutención de cada prisionero, disminuyeron de 1.228 marcos (*reichsmarks*) en 1931 a solo 725 marcos en 1934[39]. Bajo estas condiciones, las posibilidades de una diferenciación apreciable entre los reclusos se vieron reducidas al mínimo, ya que el nivel de vida de aquellos había descendido de tal modo, que el trajinado principio según el cual la salud y la fuerza de trabajo carcelario debían ser preservadas, perdió prácticamente todo su sentido originario[40]. El hecho de que el nivel de existencia en la cárcel descendiera a límites por debajo de los cuales no quedaba lugar para la imaginación, hizo aún más difícil lograr algún tipo de diferenciación, problema que fue admitido en forma cuasi oficial. Una memoria (*Denkschrift*) de la Akademie für deutsches Recht afirmaba: "Puesto que la ración de los reclusos es actualmente no mayor que la cantidad requerida para la supervivencia, la norma que establece que los internos de las *Zuchthäuser* deben recibir una dieta menor o menos nutritiva, resulta totalmente superflua y debe ser abandonada"[41].

El nuevo régimen levantó un muro ideológico en torno al proceso de deterioro de las condiciones carcelarias. Una vez más, la posición de los representantes de Italia y Alemania en el Congreso penitenciario de Berlín de 1935, se redujo a sostener que el nivel de vida en las prisiones no debía estar por encima del nivel más bajo de la población libre[42].

[37] FREISLER, en *Denkschrift... allgemeinen deutschen Strafrechts,* págs. 104-7; SCHOETENSACK y otros, *Grundzüge,* págs. 57-61.

[38] RIETZSCH, en *Das kommende deutsche Strafrecht,* pág. 131; SCHOETENSACK y otros, *Grundzüge,* pág. 75.

[39] *¿Was bedeutet Strafverbüssung?* en *Westdeutscher Beobachter* del 17 de julio de 1935.

[40] SCHOETENSACK y otros, *Grundzüge*, págs. 96-97.

[41] *Ibid.*, pág. 97.

[42] Ver las conclusiones del informe de O. WEISSENRIEDER, en *Actes du congrès pénal...*, 1935, III, pág. 205. Vale la pena señalar que en la amplia discusión sobre las condiciones de vida en la cárcel durante la época de la depresión (págs. 121-218), los representantes de las denominadas naciones pobres, como Grecia, Alemania e Italia,

Junto con el deterioro de las condiciones carcelarias, producto en parte de una disminución del nivel general de vida, el rasgo más importante de la nueva política penal es la superpoblación de las prisiones. Esta situación, que se verificó en todas partes como resultado de las dificultades económicas, se vio particularmente agravada en Alemania a causa de la prolongación de las condenas y del uso cada vez más limitado de medidas del tipo de la libertad condicional[43].

Cuadro 24. Número de personas ingresadas en la cárcel.

A. Italia[a]

	Carceri Giudiziarie		*Stabilimenti die pena*	*Misuri di sicurezza*
Año	*Totales*	*Por 10.000 habitantes*	*Totales*	*Totales*
1912	208.809	57	4.092	—
1922	230.223	59	5.403	—
1925	227.756	58	3.782	—
1926	243.239	61	4.139	—
1928	262.445	65	4.777	—
1930	233.305	57	3.887	—
1932	287.441	69	4.913	2.232
1933	260.152	62	5.841	2.548
1934	296.416	69	4.391	2.786
1935	259.643	60	3.641	2.642

Fuente: Compilado del *Annuario statistico* y de la *Statistica degli Istituti di prevenzione di pena e dei riformatori, 1928-1933* (Roma, 1936).

a Las estadísticas italianas no incluyen sanciones impuestas administrativamente como el destierro. La situación sería aún peor de no haber existido la amnistía de 1932, a la que ya hemos hecho referencia.

---

mencionan la política de mantener el nivel de vida en el interior de las prisiones, por debajo del nivel mínimo de la población libre. Al mismo tiempo que los representantes de los países más desarrollados evitan pronunciarse sobre este problema, insistiendo sobre la imposibilidad de un análisis de tipo comparativo en la materia.

[43] No existen estadísticas disponibles sobre la población carcelaria alemana. La cifra aproximada de 113.000 (excluyendo los internados en campos de concentración o bajo otras formas de detención de tipo administrativo) suministrada recientemente por FREISLER en *Deutsche Justiz,* C (1938), da una proporción de 136 reclusos por cada 100.000 habitantes, la cual debe ser comparada con la proporción francesa de 1932 de 59 por cada 100.000 hab. (incluyendo los deportados), con la británica de 1935 de 29,9 por cada 100.000 hab. y con la italiana de 1935 de 131,9 por cada 100.000 hab. (excluyendo los sometidos a detenciones de tipo administrativo).

B. Francia

Año	*Maison d'Arrêt*		*Maison centrale*	*Dépôt en la Isla de Ré para condenados en espera de ser deportados*
	Totales	*Por 10.000 habitantes*	*Totales*	*Totales*
1912	230.549	59	4.118	883
1919	127.472	34	6.512	172
1923	137.729	34	3.637	701
1928	142.856	35	3.580	447
1930	137.094	33	2.911	236
1931	136.698	32	2.967	791
1932	*131.069*	*31*	*2.505*	*216*

Fuente: Compilado de la *Statistique pénitentiaire.*

Inclusive los propios teóricos italianos, no pueden negar el considerable aumento de las condenas a prisión durante estos últimos años. Sin embargo, cuando DE CASTRO, pese a las pruebas de que se dispone, toma el año 1926 como punto de partida para arribar a la conclusión de que el aumento de las penas de prisión ha sido de alrededor del 6% entre ese año y 1933[44], desestima el incremento real, puesto que 1926 es precisamente el año en que se inicia el serio proceso de aumento de la población carcelaria. El informe de la Sociedad de las Naciones sobre la población carcelaria en el mundo, preparado por la *Howard League* en 1936, señala a la Alemania de 1935 con un índice de 156,9 reclusos por cada 100.000 habitantes, excluyendo a los prisioneros en campos de concentración[45].

La situación en Italia es comparativamente peor a la de Francia, si se toma en cuenta la proporción entre la capacidad de las prisiones y el número de los reclusos.

Cuadro 25. Capacidad carcelaria y población carcelaria.

Año	*Francia: Maison d'Arrêt*			*Italia: Carceri Giudiziairie*		
	Capacidad máxima	*Promedio diario de la población carcelaria (porcentaje sobre capacidad total)*	*Máximo diario de la población carcelaria (en porcentajes sobre capacidad total)*	*Capacidad máxima*	*Promedio diario de la población carcelaria (porcentaje sobre capacidad total)*	*Máximo diario de la población carcelaria (porcentaje sobre capacidad total)*
1929	26.900	42.7	70.7	34.592	104.9	123.8
1930	29.992	46.9	66.9	34.595	89.9	108.8
1931	31.547	44.3	64.1	35.477	90.2	109.1
1932	30.179	45.0	63.0	35.593	98.6	117.5
1933	——	——	——	35.472	81.3	100.2

Fuente: Compilado de la *Statistique pénitentiaire* y de la *Statistica penitenziaria.*

El problema de la superpoblación carcelaria en Italia es tan crónico y evidente, que inclusive las fuentes oficiales debieron admitirlo[46]. La situación de hacinamiento alcanzó un punto tal, que las propias disposiciones relativas al aislamiento nocturno no pudieron ser llevadas a cabo. El mismo problema se verifica en Alemania, donde a pesar de no existir estadísticas oficiales, el aumento de las actividades de la administración de justicia penal no es desmentido por las publicaciones paragubernamentales[47]. Al incremento excesivo del número de reclusos se asuma la imposibilidad de proporcionarles una cantidad adecuada de trabajo productivo. La crisis económica ha limitado el trabajo en prisión aun en aquellos países en que la población carcelaria es relativamente reducida[48], aunque, por supuesto, la situación es mucho más grave allí donde existen problemas de superpoblación en las prisiones, como puede verse en el cuadro 26[49].

---

[44] D. DE CASTRO, *L'andamento della criminalità in Italia negli ultimi anni,* en *La Scuola Positiva,* XVI (1936), pág. 245.

[45] Ver *Blätter für Gefängniskunde*, LXVIII (1937), págs. 135-37.

[46] Ver T. D'ARIENZO, *La vita penitenziaria attraverso le statistiche dal 1928 al 1933,* en *Rivista di diritto penitenziario* (1936), págs. 307-43 y especialmente págs. 324-25. Este autor intentó ocultar la situación real haciendo referencia a una "superpoblación ocasional", no obstante lo cual debe reconocer que el aislamiento nocturno resulta imposible de llevarse a cabo en todas las cárceles. Véase el análisis crítico de la condición de las prisiones italianas realizado por L. BELYM, en *La statistique pénitentiaire d'Italie et la crise du régime cellulaire,* en *Revue de droit pénal et de criminologie,* (1932), págs. 547-67, quien señala el "carácter abiertamente represivo del sistema carcelario italiano".

[47] Ver O. WEISSENRIEDER, *Überlegung trotz Sinken der Kriminalität*, en *Blätter für Gefängniskunde*, LXVII (1936), págs. 316-19. Quien evita cuidadosamente proporcionar datos concretos sobre la actual superpoblación carcelaria, aunque admite abiertamente el hecho, y esto es lo que más importa, de las pobres perspectivas para un cambio en la actual política criminal y penal. Cfr. las estadísticas polacas que hemos presentado más arriba.

[48] Ver, por ejemplo, el importante capítulo al respecto, en el trabajo de MOSSÉ, *Variétés pénitentiaires.*

[49] En Polonia, en 1930, solo 124 de un total de 346 prisiones contaban con talleres de trabajo, en los cuales se trabajaron 2.217 jornadas sobre un total de 10.190; ver *Statistique judiciaire, pénitentiaire et criminelle.*

Cuadro 26. Distribución ocupacional de la fuerza de trabajo carcelaria (en porcentajes)

Italia: Stabilimenti di pena					*Francia: Maison centrale*	
Empleados			*Desocupados*		*Empleados*	
Año	*Servicios en prisión*	*Otros trabajos*	*Falta de trabajo*	*Otras razones*	*Hombres*	*Mujeres*
1928	10	53	11	26	79	86
1929	9	52	15	24	85	92
1930	11	52	13	24	88	90
1931	11	49	21	19	82	88
1932	11	46	28	15	80	87
1933	14	58	6	22	—	—

Fuentes: *Statistica degli Istituti di prevenzione...*, pág. 26, y *Statistique pénitentiaire.*

El cuadro 26 parece señalar un considerable descenso del nivel de desocupación por "falta de trabajo" en las cárceles italianas en 1933, descenso que, como las propias fuentes oficiales lo confirman, se hizo todavía más notable en 1934 y 1935[50]. Por nuestra parte nos permitimos, y por más de un motivo, considerar como dudosa dicha información. En primer lugar, porque desde el momento en que gran parte de la desocupación es absorbida bajo el rubro "otras razones", resulta imposible hablar de un descenso efectivo de la desocupación carcelaria. En segundo lugar, porque una buena porción de la caída de los índices se debe al empleo de los reclusos en el saneamiento de áreas afectadas por la malaria como parte de un programa de recuperación de tierras, lo cual impide incluirlo como "ocupación" por lo menos en toda la extensión del término[51]. Esta especie de trabajo forzado se ha hecho frecuente también en Alemania[52], método que no tiene la menor similitud con el principio según el cual, "tanto como sea posible, el trabajo debe ser reeducativo y de una naturaleza tal que capacite a los reclusos para que puedan ganarse la vida después de ser dejados en libertad"[53]. La desocupación y la escasez de materias

[50] D'ARIENZO, *op. cit.*, pág. 333, afirma que la desocupación por inexistencia de trabajo, disminuyó de un 3,5% en 1934 a un 1,5% en 1935.

[51] *Loc. cit.*

[52] FREISLER, *Strafensystem*, pág. 106. La propuesta teórica para este tipo de trabajo forzado había sido ya presentada en 1932 por SAUER, *op. cit.*, pág. 159, quien consideraba que la intensificación del trabajo podía constituir una pena adecuada si iba acompañada de una dieta proporcional a las exigencias en calorías de una alimentación reducida.

[53] Art. 10 de las normas establecidas por la Comisión Internacional de Derecho Penal y Penitenciario en 1929 y recomendada por la Asamblea de la Liga de las Naciones en 1934, como programa mínimo; *Series of League of Nations Publications*, IV. *Social* 1934, IV.11, *Penal and Penitentiary Questions*, pág. 5.

primas imperantes en Alemania, han impulsado recientemente a utilizar los reclusos en tareas de recuperación de desechos, lo que puede tener algún sentido desde el punto de vista de una economía en crisis, pero que difícilmente puede considerarse como una preparación profesional para los detenidos[54]. Por todo esto, es más que evidente que el problema de la rehabilitación, así como los esfuerzos por devolver a los condenados a la libertad en forma por lo menos físicamente apta para la lucha por la subsistencia, han sido relegados al olvido.

Ya hemos tenido oportunidad de ver que las desventajas del *sistema gradual* residían en el hecho de que sus efectos se limitaban a un mejoramiento de la situación disciplinaria. La literatura nacional-socialista relativa a los sistemas punitivos revela claramente la intención tanto de imponer limitaciones en el sistema de privilegios otorgados a los prisioneros, como de aumentar las exigencias para ascender en los niveles de tratamiento. La reducción del sistema de privilegios —ya debilitado objetivamente por el deterioro de las condiciones materiales— se hizo mucho más notable si se la analiza juntamente con las severas restricciones impuestas a los derechos de queja de los reclusos frente a las arbitrariedades de las regulaciones internas del establecimiento. En este sentido puede afirmarse que Alemania ha ido mucho más lejos que Italia, país donde todavía prevalece la teoría de que el recluso goza de derechos subjetivos que deben ser reconocidos en forma clara en las disposiciones internas de la administración carcelaria. Tanto es así, que la legislación reciente ha intentado limitar el poder discrecional de las autoridades penitenciarias, por medio de la introducción de un sistema de supervisión judicial (*giudice di sorveglianza*) cuyas funciones están netamente separadas de las funciones de la administración carcelaria[55]. Determinar en qué medida estas normas son llevadas a la práctica no resulta tarea fácil, porque no existe una opinión pública que pueda realizar

[54] Ver, por ejemplo, HEIDER, *Eine zeitgemässe und wirtschaftlich wertvolle Gefangenenarbeit, die keine Konkurrenz sein kann,* en *Blätter für Gefängniskunde*, LXVIII (1937), págs. 124-30; LANGENHAN, *Der Vierjahresplan und die Gefangenenarbeit, ibid.*, págs. 294-96; DUBBERS, *Vierjahresplan und Aussenarbeit der Gefangenen, ibid.*, págs. 365-69; R. FREISLER, *Arbeitseinsatz des Strafvollzugs im Dienste des Vierjahresplans,* en *Deutsche Justiz,* C (1938), págs. 584-86.

[55] Ver la significativa afirmación de G. NOVELLI, *L'autonomia del diritto penitenziario,* en *Rivista di diritto penitenziario* (1933), pág. 21: "Toda la historia de la ejecución penal aparece expresada en el esfuerzo permanente de limitar la esfera de la discrecionalidad administrativa, colocando la cuestión bajo el entero dominio de la ley". Cfr. NOVELLI, *L'intervento del giudice nell'esecuzione penale, ibid.* (1936), págs. 1059-79. Ver también FALCHI, *op. cit.*, cuyos esfuerzos han estado dirigidos en primer lugar al desarrollo de relaciones jurídicas entre la administración y los reclusos.

tareas de control, ya sea a través de la institución parlamentaria, asociaciones de tipo privado a los medios de difusión[56]. Con respecto al tema de que nos ocupamos, conviene hacer notar que UGO CONTI, representante italiano al Congreso penitenciario de Berlín en 1935, eludió el tratamiento de los aspectos legales relativo a la separación entre funcionarios penitenciarios y *giudici di sorveglianza*, enfatizando en que era una mera problemática de orden técnico la que delimitaba ambas jurisdicciones[57].

En Alemania, por el contrario, se realizaron esfuerzos para eliminar explícitamente las garantías legales inherentes a la teoría que sostiene que los reclusos son portadores de derechos subjetivos. La función de las normas penitenciarias se convirtió, así, de una garantía de los derechos de los detenidos, en una garantía para la actividad represiva de la administración de prisiones[58]. Los arts. 147 a 153 de la ley del 14 de mayo de 1934 reducen considerablemente, tanto en la forma como en la práctica, los derechos de queja del recluso frente a las autoridades del establecimiento[59]. Estos derechos se restringen aún más, si se considera la eliminación de las autoridades judiciales como instancia de apelación —lo cual no sucedía en Italia— resolviéndose definitivamente el derecho de queja dentro de la institución penitenciaria. Resulta fácil comprender la inutilidad de todo tipo de reclamo por parte de los detenidos, a menos que se pretenda aceptar el argumento de un funcionario del Ministerio de Justicia alemán cuando afirma que "la desconfianza en la unilateralidad de una decisión adoptada por medio de los canales administrativos es infundada; por el contrario, la expe-

[56] Los informes al Parlamento italiano, con respecto a la situación de la administración penitenciaria, son meros documentos oficiales privados de todo contenido crítico; ver, por ejemplo, el informe publicado en la *Rivista di diritto penitenziario* (1937), págs. 509-14, bajo el título *Il bilancio del Ministero de Grazia e Giustizia per l'esercizio 1937/38*. Un enfoque más realista de la situación puede encontrarse en E. D. MONACHESI, *The Italian Surveillance Judge*, en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology*, XXVI (1935-36), págs. 819-20.

[57] *Actes du congrès pénal...*, 1935, II, págs. 1-9.

[58] H. EICHLER, *Vor einer Neuordnung des deustchen Strafvollzugs*, en *Blätter für Gefängniskunde*, LXVIII (1937), pág. 7, afirmó: "La reforma legislativa deberá garantizar que todo aquello que se desee como contenido de la pena le sea inmediatamente aplicado al detenido. El peligro de adormecerse en un estado de lenidad, incompatible con los fines de la pena, deberá prevenirse. Esto es precisamente lo opuesto a la Carta Magna, por el respeto de la cual el liberalismo invocó las regulaciones legales".

[59] Ver los principios enunciados por SCHOETENSACK y otros, *Grundzüge*, págs. 109-11.

riencia y el sentido de responsabilidad garantizan tanto una investigación como una decisión correcta''[60].

En el campo de la delincuencia juvenil, a diferencia de lo que ya hemos visto, no se verifica un distanciamiento de los principios generales normalmente aceptados en todos los países. Las propuestas para equiparar el tratamiento de los menores al de los adultos, no ha encontrado eco alguno en el campo del proceso judicial (con excepción de lo que se refiere al derecho penal militar) y muy poco en las instancias de la ejecución penal[61]. El intento de establecer penas privativas de libertad de corta duración, pero más severas (denominadas *Jugendarrest*), para los delincuentes juveniles, no ha tenido éxito[62]. El aumento de la severidad y la brutalidad del tratamiento penal hacia los adultos, ha tenido el efecto de acentuar objetivamente la diferencia entre el sistema punitivo ordinario y el especialmente establecido para la delincuencia juvenil, a lo que debe agregarse que en este último prevalecen las opiniones que sostienen la necesidad de métodos reeducativos. La sección dedicada a la criminalidad de menores, en las disposiciones del *Reichsjustizministerium* del 22 de enero de 1937, revelan claramente la contradicción entre la ideología de la ''comunidad del pueblo'' (*Volksgemeinschaft*) y las necesidades de una sociedad capitalista moderna. El art. 25 establece que los talleres de los institutos reformatorios tendrán el carácter de escuelas de instrucción profesional en las que, sin embargo, se prefiere el trabajo manual, en detrimento de las máquinas para la producción en masa. De esta manera se pone de manifiesto el carácter dual del régimen, que teme admitir que la instrucción profesional de las clases inferiores en la actualidad, no puede constituir otra cosa que su educación para incorporarlas al sistema capitalista de producción.

[60] EICHLER, *Strafvollzug: II, Rechtsweg,* en *Handwörterbuch der Kriminologie,* II, Berlin, 1936, pág. 703.

[61] Art. 4 de la *Ausführungsverordnung des Reichsjustizministeriums* del 22 de enero de 1937, publicado en *Deutsche Justiz,* XCIX (1937), pág. 97. Ver OTTO KIRCHHEIMER, *Recents Trends in German Treatment of Juvenile Delinquency,* en *Journal of the American Institute of Criminal Law and Criminology,* XXIX (1938), págs. 362-70.

[62] Ver K. PETERS, *Die Behandlung der Halberwachsenen im Kommenden Strafrecht,* en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft,* LVI (1937), págs. 495-522; W. GALLAS, *Strafe und Erziehung im Jugendstrafrecht, ibid.,* págs. 635-41; E. KOHLRAUSCH, *Für das Jugendgericht, ibid.,* págs. 459-84.

XII

POLÍTICA PENAL Y CIFRAS DE LA CRIMINALIDAD

Durante el transcurso de nuestra investigación nos hemos enfrentado frecuentemente con el enfoque que sostiene que la política penal constituye una especie de compuerta que puede ser usada para regular el flujo de la criminalidad. La introducción de nuevos métodos o gradaciones en el sistema punitivo, ha sido acompañada muchas veces, en especial últimamente, con el argumento de que un incremento en las tasas del delito es el resultado de una excesiva lenidad y, viceversa, que el aumento de la cifra criminal puede ser reducido intensificando la severidad de las penas. Sin embargo, ningún esfuerzo serio ha sido realizado para demostrar esta relación por medio de una precisa investigación científica. Las discusiones se han limitado normalmente a poner en evidencia, en términos muy generales, los vínculos entre el malestar político-social, el debilitamiento de la autoridad del Estado y las cifras de la criminalidad. Aunque no pueden existir dudas de que en un orden social en crisis la criminalidad tiende a aumentar y que, por el contrario, en situaciones de estabilidad político-social tiende a disminuir, la criminología prácticamente nunca se ha ocupado de problemas tales como la eficacia de los métodos destinados a suprimir o neutralizar a los oponentes políticos o sociales en una situación histórica concreta. La disciplina criminológica se ha circunscrito en forma predominante al análisis de los mecanismos formales de control social (tribunales, policía, etc.) bajo el supuesto de obediencia social a las regulaciones legales.

Frente a una situación como esta no parece superfluo, por lo tanto, examinar la información estadística con el objeto de analizar la intensidad, suponiendo que en realidad exista alguna conexión, con que la política penal afecta las cifras de la criminalidad. Nos limitaremos a los datos ingleses, franceses, alemanes e italianos, indicando que el interés principal radica en este caso en determinar los efectos disuasivos de la pena sobre la criminalidad potencial y no sus consecuencias concretas en el tratamiento de los delincuentes. El cuadro 27 muestra

los índices comparativos según tipos de delitos y tipos de penas en Inglaterra, de 1911 a 1928.

Antes de proceder a analizar estos datos debemos explicar las razones de su elección. Las estadísticas oficiales inglesas para 1928 toman como punto de partida para el relevamiento de este problema, aquellos delitos de los cuales la policía ha tenido conocimiento y no el número de las prosecuciones judiciales. Los resultados finales muestran que numerosos delitos tienden a disminuir a pesar de una política penal benigna; sin embargo, también presentan otros en los que predomina la tendencia opuesta. Por consiguiente, el responsable de la estadística evita toda conclusión terminante en cuanto a vincular una política penal indulgente, con las cifras de la criminalidad; aunque se inclina a negar toda posible relación[1]. SELLIN ha proporcionado recientemente una elaborada defensa del uso de las estadísticas policiales como punto de partida para el análisis del problema del que nos ocupamos[2]. Por nuestra parte, y por más de un motivo, hemos preferido utilizar las cifras que se desprenden de la actividad de los tribunales. Algunos de los factores que pueden contribuir al aumento del número de los delitos, acerca de los cuales la policía toma conocimiento sin que por esto redunden en un incremento efectivo de la criminalidad, han sido ya indicados en el compendio de las estadísticas inglesas de 1928. Estos factores abarcan: un aumento en la eficiencia policial, "la tendencia de la instancia policial a registrar como «delitos» la mayor parte de las denuncias efectuadas ante ella, de las cuales solo un número menor se trasformarán efectivamente en ilícitos penales", el incremento de la colaboración ciudadana en el caso de ciertos delitos (especialmente aquellos de tipo sexual) y, por último, un aumento de las pólizas de seguro sobre objetos y personas (cuyas regulaciones exigen la denuncia policial)[3]. Pero la razón más importante para no utilizar las estadísticas policiales reside en el hecho de que muy pocas de ellas suministran información precisa de los casos en que luego de la denuncia policial, no ha habido lugar a un proceso de tipo judicial. Puesto que el número de delitos no perseguidos judicialmente es muy superior al número de los que lo son, y puesto que los motivos para la no realización de un proceso varían enormemente, los datos policiales (o las informaciones de las denuncias ante las fiscalías en los países continentales) podrían ser utilizados como punto de partida para una investigación de este tipo, solo a condición de que los criterios señalados por SELLIN pudie-

[1] *Criminal Statistics, England and Wales,* 1928, p. XXX.

[2] T. SELLIN, *Research Memorandum on Crime in the Depression,* en Boletín núm. 27 del *Social Science Research Council,* New York (1937), págs. 71-84.

[3] *Criminal Statistics, England and Wales,* 1928, págs. IX-X.

ran ser verificados (es decir, que "por delitos conocidos por la policía entendamos, por supuesto, solo aquellas denuncias que luego de una examen detenido puedan ser consideradas con cierta seguridad como ilícitos penales"[4]. Esto último no se verifica en los países europeos, ya que las discrepancias entre las estadísticas policiales y el número de las denuncias frente a las autoridades judiciales, son lo suficientemente claras como para reconocer la imposibilidad de averiguar la verdadera cifra criminal siguiendo esta vía. Las estadísticas criminales inglesas de 1934, por ejemplo, establecen en 227.285 el número de delitos de los cuales la policía tuvo conocimiento, mientras que el número de las personas procesadas penalmente es de solo 72.206[5]. Las estadísticas italianas son todavía más significativas, ya que recogen solo el número de los autores pero no el número de los delitos. En 1933 (siempre en Italia), las estadísticas registran 3.012 autores de delitos por cada 100.000 habitantes (de los cuales 514 lo eran por hurto), mientras que el número de los procesados para el mismo período era de 1.793 (120 por hurto)[6]. Solo las estadísticas francesas proporcionan una información detallada (hasta 1931) acerca de las discrepancias a las que hemos hecho referencia, de modo que resulta posible diferenciar entre las denuncias que por falsedad u otras razones fueron desechadas por las autoridades, y aquellas que a pesar de ser consideradas como válidas para conformar un ilícito penal no fueron, sin embargo, perseguidas judicialmente.

Si se analiza el cuadro 27, es posible observar un descenso en el número de las penas privativas de libertad para los delitos de hurto y apropiación indebida y un aumento en el número de las condenas en las que no se incluyen sentencias a prisión. Para esta categoría de delitos se comprueba una tendencia decreciente a recurrir al encarcelamiento, al mismo tiempo que un desplazamiento hacia las sanciones de dos meses —o menos— de duración, lo que incrementó notablemente el uso de las penas pecuniarias. En resumen, una política penal más benigna —con excepción del incremento de las condenas de duración media— se desarrolló paralelamente a una caída apreciable de la tasa de criminalidad. La tendencia para los casos de fraude se mueve en otra dirección: un considerable desplazamiento de las sentencias breves de privación de libertad hacia aquellas de duración media, sin que al mismo tiempo se produzca un aumento de las penas pecuniarias o un descenso en el número de las condenas a prisión. Dicha política penal más severa no tuvo efecto alguno sobre el número de este tipo de delitos, que permaneció estacionario. En los casos de delitos de tipo sexual

[4] SELLIN, *op. cit.*, pág. 74.

[5] *Criminal Statistics, England and Wales,* 1934, pág. 101.

[6] Datos tomados del *Annuario Statistico.*

Cuadro 27. Cifras de la criminalidad y métodos de ejecución penal en Inglaterra[a]

			Porcentajes por cada 100 acciones penales promovidas			*Porcentajes por cada condenas*			*Porcentajes por cada 100 condenas a prisión*					
Delito	*b Año*	*Variaciones en los índices de la criminalidad 1911-1928 (en porcentaje)*	*Acusación retirada o*	*Acusación probada pero inexistencia de condena*	*Total de condenas*	*Total de condenas*	*reforma-*	*azotes*	*Penas pecuniarias*	*Más de 6 meses*	*3 a 6 meses*	*2 a 3 meses*	*1 a 2 meses*	*14 día a un mes*
Hurtos simples y Hurtos menores	1911	−3.8	12.0	33.0	55.0	56.0	3.5	6.0	33.0	0.1	5.0	19.9	20.0	36.0
	1928		10.0	47.0	43.0	36.0	2.0	0.5	58.0	—	26.0	25.3	16.2	25.2
Hurto	1911	−63.8	22.0	27.0	51.0	80.0	4.0	5.0	11.0	—	9.6	37.4	21.7	23.3
	1928		21.0	30.0	49.0	76.0	2.0	1.0	21.0	—	43.0	33.0	11.0	12.0
Hurto con ocasión de servicios domésticos	1911	−29.4	6.0	46.0	48.0	64.0	3.5	0.3	32.0	—	12.0	22.5	25.5	32.0
	1928		4.0	60.0	36.0	50.0	2.0	—	47.0	—	32.0	31.5	19.5	15.0
Apropiación indebida	1911	−31.2	10.0	38.0	52.0	74.0	3.0	1.0	21.0	0.2	5.4	22.6	33.9	32.3
	1928		8.0	54.0	38.0	70.0	2.0	—	24.0	—	24.0	33.0	25.0	16.0
Fraude	1911	+0.7	15.0	24.0	61.0	72.0	2.0	0.5	24.0	0.2	9.7	30.5	21.0	28.2
	1928		11.0	27.0	62.0	71.0	0.3	—	24.0	—	37.0	27.0	15.0	17.5
Recepción o compra de objetos robados	1911	+9.5	22.5	19.5	58.0	43.0	0.3	1.0	55.0	0.5	8.0	26.0	22.0	37.0
	1928		19.5	30.5	50.0	33.9	0.3	0.1	64.7	—	34.0	29.0	15.0	19.0
Violación cometida sobre menores de 16 años	1911	+41.9	16.1	10.2	73.7	80.0	2.0	3.5	14.5	0.3	37.5	29.3	19.6	12.0
	1928		17.0	27.0	56.0	69.0	3.0	4.0	23.0	—	46.0	30.0	12.5	11.0
Total de ílicitos penales	1911	−9.5	12.0	32.0	56.0	57.0	3.5	6.0	32.0	0.1	6.5	22.0	21.0	34.4
	1928		10.5	46.0	43.5	42.0	2.5	0.5	52.0	—	30.5	27.0	16.5	21.0

a Los datos bajo el rubro *condenas* (ver cuadro siguiente) no totalizan 100 a causa de que solo se incluyen los métodos más importantes de ejecución penal. La reclusión en calabozo las confesiones y lo establecido bajo el título "otras formas de disposición", han sido omitidos porque su importancia cuantitativa es insignificante. En los cálculos para determinar la cifra de la cr hemos incluido todas las acciones penales intentadas con los casos de denuncias pasibles de pena (*Assizes, Quarter Sessions* y *Summary Jurisdiction*). Con relación al resto de los datos, limitado a la actividad de la *Summary Jurisdiction*, ya que no se disponía de estadísticas confiables para las *Quarter, Sessions* y *Assizes*. Este último inconveniente no debería desvirtuar, si el panorama general, puesto que en estas dos últimas jurisdicciones no es significativo el número de causas sustanciadas.

b Cálculo realizado teniendo en cuenta el aumento de la población.

o de recepción o compra de objetos robados, la tendencia a una política penal más benigna está acompañada de un notable incremento en la cifra de la criminalidad correspondiente. En lo relativo a los delitos contra la propiedad, el número de los casos llevados a decisión judicial expresan la orientación de la política penal: un descenso del 9,5% en el índice de delitos es seguido de un programa penal más indulgente, a excepción de la tendencia al desplazamiento de las condenas breves hacia las de duración media. Un análisis comparativo de los datos estadísticos, permite arribar a la conclusión de que una política penal más benigna está desprovista de efectos negativos sobre las cifras de la criminalidad. Por el contrario, una política dirigida a reducir el número de las penas privativas de libertad en favor de medidas del tipo de las sentencias condicionales o de un uso más frecuente de las penas pecuniarias, junto a un incremento de las condenas de duración media (en remplazo de las condenas breves), coincide con una caída considerable en los índices generales de la criminalidad.

El análisis del cuadro 28, dedicado a proporcionar información estadística sobre distintos tipos de figuras criminales individualmente consideradas, nos permite establecer lo siguiente:

Hurto. De 1900 a 1910 se observa una ligera caída en las cifras de este delito sin que por ello la política penal se modifique, o, más precisamente, verificándose solo un aumento insignificante en la severidad de las penas y en la aplicación de sentencias de ejecución suspendida. En 1922 se registra un serio aumento de esta figura penal, a pesar del incremento paralelo en las penas de prisión más severas y un desplazamiento de las penas de prisión breves a las penas pecuniarias. El período de 1922 a 1932 está caracterizado por una caída en el número de los hurtos, no obstante una política penal más benigna que se manifiesta a través de un desplazamiento de sentencias de prisión de larga duración a aquellas de tipo breve y por un descenso en las condenas de corta duración en favor de las penas pecuniarias y las condenas condicionales.

Fraude. Se registra un aumento ininterrumpido de este tipo de delitos junto a un desarrollo irregular y fragmentario de la política penal correspondiente. Después de un notable aumento en el uso de las penas pecuniarias durante el período de 1900 a 1910, este tipo de sanción retorna a su nivel original alrededor de 1922. A un aumento de las penas privativas de libertad inferiores a un año entre 1910 y 1922, les sigue una disminución parcial en el período siguiente, lapso en el cual las penas de prisión de larga duración retornan a los niveles de 1910, luego de la caída registrada en 1922. Las sentencias condiciona-

les se incrementan en términos generales, especialmente en el período posterior a 1922.

Apropiación indebida. Este delito aumentó constantemente hasta 1922, no obstante la tendencia a reducir el número de condenas condicionales, penas pecuniarias y sentencias breves de privación de libertad a cambio de lo cual surge la propensión a imponer sentencias de prisión de mediana y de larga duración. A pesar de que entre 1922 y 1932 se invirtió la política penal con respecto a este ilícito, su cifra continuó incrementándose.

Atentados contra la autoridad pública. Una disminución constante de los índices durante todo el período, es acompañada por un incremento proporcional en el uso de sentencias de ejecución suspendida y de penas pecuniarias.

Vagancia. Las tasas de este delito disminuyeron hasta 1922, para retornar en 1932 a los niveles de 1900. Se verifica un leve incremento de la libertad bajo palabra (*paroles*) a lo largo de todo el período, así como un descenso ininterrumpido de las penas privativas de libertad inferiores a 6 días. Las sentencias a prisión de larga duración y las penas pecuniarias resultan intrascendentes. De 1922 a 1932 se registra un notable desplazamiento de las penas de prisión de tres meses a un año en favor de las penas inferiores a tres meses.

Lesiones dolosas. A un número que permanece constante en los índices de este delito, le acompaña una política penal particularmente benigna, que se expresa en un empleo cada vez más frecuente de las sentencias condicionales y de las penas pecuniarias, al mismo tiempo que los niveles de las penas de prisión tienden a disminuir.

Ultrajes al pudor. Entre 1900 y 1910 se verifica una caída apreciable en los índices de estos delitos, un incremento en el uso de las sentencias de ejecución suspendida y un desplazamiento de las penas de prisión de larga duración y de las penas pecuniarias, en favor de las sentencias de mediana duración. El período de 1910 a 1922 registra un aumento prácticamente imperceptible de las cifras de este delito y una política penal más severa. A partir de 1932, por el contrario, su número aumenta al tiempo que la política penal se hace más benigna.

Se puede concluir afirmando que las estadísticas francesas no proporcionan ninguna base para suponer que la política penal afecte de algún modo los índices de la criminalidad. Para el caso de ciertos delitos cuya cifra disminuye o se mantiene estacionaria, se verifica una tendencia inequívoca hacia la lenidad de las penas, especialmente las de cárcel de larga duración, las cuales son remplazadas por sentencias breves del mismo tipo, por sentencias de ejecución suspendida o por penas

Cuadro 28. Cifras de la criminalidad y métodos de ejecución penal en Francia[a]

Tipos de delito y año	*Delitos por 100.000 habitantes*	*Suspensiones de la pena*	*Penas pecuniarias porcentaje sobre el total de las condenas*	*Penas privativas de libertad (en porcentajes)*			
				Más de 1 año	*3 meses a 1 año*	*Menos de 3 meses*	*Menos 6 día*
Hurto							
1900	10.24	23.2	8.92	4.54		80.01	
1910	9.62	24.0	7.40	4.79	21.19	52.56	4.01
1922	13.74	25.4	14.64	5.36	29.72	40.75	2.03
1932	11.94	28.0	13.97	3.63	23.01	50.21	1.61
Fraude							
1900	0.71	13.9	6.04	10.50		82.23	
1910	0.76	15.9	18.51	13.34	26.48	38.08	1.66
1922	0.82	13.7	7.00	9.11	41.09	39.15	1.34
1932	1.01	21.2.	7.36	13.09	35.23	42.21	0.73
Apropiación indebida							
1900	1.03	21.2	8.96	3.75		85.94	
1910	1.47	21.7	10.75	4.93	32.34	46.45	2.04
1922	1.47	19.8	6.28	6.69	36.03	47.68	0.78
1932	1.81	24.5	13.59	7.39	32.16	43.26	1.20
Atentados contra la autoridad pública							
1900	3.30	19.5	33.05	0.5		66.38	
1910	3.52	21.2	37.42	0.27	2.47	50.39	9.09
1922	2.26	25.7	41.88	0.22	5.18	42.34	9.74
1932	1.59	28.7	47.69	0.03	1.69	44.58	5.47
Vagancia							
1900	2.86	4.8	0.26	0.10		98.07	
1910	2.76	4.8	0.88	0.08	6.25	78.49	8.40
1922	2.28	4.7	0.90	0.23	9.70	72.71	6.50
1932	2.91	5.6	0.51	0.03	2.62	84.17	3.65
Lesiones dolosas							
1900	8.76	26.6	49.73	0.50		48.95	
1910	8.61	30.3	50.29	1.34	7.27	35.82	4.05
1922	8.50	28.8	56.79	0.88	8.32	29.88	3.14
1932	8.70	31.8	66.86	0.71	4.18	24.78	2.36
Ultrajes al pudor							
1900	0.70	22.9	15.64	3.39		78.72	
1910	0.55	25.9	13.20	2.06	20.18	54.47	3.85
1922	0.57	19.0	10.59	2.87	25.64	53.02	3.69
1932	0.79	32.0	15.62	2.12	20.29	52.00	23.0

Fuente: Compilado del *Compte général*...

[a] Las cifras de la criminalidad incluyen menores de 18 años, ya se trate de los entregados a sus padres o a terceras personas para que se hagan cargo de su cuidado, o de los enviados a una *colonie pén* Sin embargo, tales casos no fueron posteriormente incluidos en los porcentajes, por lo cual estos resultan incompletos. Además, a causa de que la Alsacia y la Lorena no fueron incluidas en las esta francesas de 1900 a 1922, estos datos se omitieron para 1932.

pecuniarias. Con relación a los delitos de fraude y apropiación indebida, los intentos para contener su número por medio de un aumento en la severidad de las penas, estuvieron en la práctica totalmente desprovistos de coherencia. En otras palabras, las estadísticas no permiten arribar a la conclusión de que esos intentos —si es que realmente se puede utilizar con propiedad este término en vista de la ausencia de una política penal uniforme— fueron coronados por el éxito. La detallada investigación realizada recientemente por RABL ha demostrado de manera convincente que la política penal alemana no ha tenido influencia en las cifras de la criminalidad, ni antes ni después de la guerra[7]. El cuadro 17, tomado del estudio de RABL, suministra los datos relativos al hurto, probablemente el delito más significativo desde el punto de vista social, y lleva a las mismas conclusiones que ya hemos indicado para los casos de Francia e Inglaterra. En ambos países puede verificarse una disminución de los delitos de hurto, desde comienzos del siglo hasta la irrupción de la guerra, situación que va acompañada de un desplazamiento de las condenas privativas de libertad de larga duración hacia aquellas de tipo breve. La inflación de posguerra condujo a un aumento de grandes dimensiones en el número de los delitos, crisis del orden que intentó enfrentarse con un crecimiento proporcional en la severidad de las penas, en los años 1920 y 1921. La tasa de la criminalidad continuó aumentando también en el período de 1922 a 1924, pese a lo cual no se registró un incremento ulterior en la severidad de la política penal. El período inmediatamente posterior de estabilidad económica provocó una caída en los índices de la criminalidad aun por debajo de los niveles de la preguerra, generando una acentuada tendencia a la lenidad en el campo de la política penal. Un par de años más tarde, los efectos de la crisis del 29 produjeron un aumento generalizado de la criminalidad registrada para el año 1932, con un ligero aumento en la severidad de las penas. La conclusión del análisis detallado de las estadísticas criminales es inequívoca: una vez más es posible observar que la cifra de la criminalidad se mueve en forma independiente de la política penal y que, en cambio, está estrechamente vinculada al desarrollo económico general y resulta dependiente de este.

Las estadísticas alemanas para el delito de fraude (cuadro 17) proporcionan otro excelente ejemplo de la inutilidad del empleo de la política penal como un arma contra las variables de tipo social que determinan el movimiento de los índices de la cifra criminal. De los dos intentos realizados para detener el constante incremento en el número de los

[7] RABL, *op. cit.*, págs. 37-48.

fraudes, uno a fines del siglo XIX y el otro entre 1920 y 1924, ninguno tuvo éxito. En ambos períodos el aumento de la severidad de las penas no logró el menor efecto sobre el desarrollo de este tipo de delito, tal como lo muestran en forma irrefutable las estadísticas de los años inmediatamente posteriores a la aplicación de la política penal de cada período.

Las estadísticas italianas relativas al tema que estamos tratando son particularmente interesantes porque en ese país, a diferencia de Inglaterra, Francia y Alemania, no existió una política penal general destinada a mitigar la severidad del sistema punitivo, sino precisamente la situación opuesta.

Si se examina el cuadro 29, dedicado a figuras delictivas individualmente consideradas, pueden realizarse las siguientes apreciaciones:

Hurto simple. Este delito disminuyó hasta 1922 y luego aumentó considerablemente desde ese año hasta 1928; la política penal no reconoció estas variaciones y acrecentó su severidad en forma constante e independiente de la cifra criminal.

Hurto agravado. De 1906 a 1910, un descenso en el número de delitos se vió acompañado de cierta lenidad en la aplicación de las penas, lo que se manifestó en el incremento de las sentencias de ejecución suspendida y en el descenso de las penas privativas de libertad de larga duración. En 1922 se produce el proceso inverso tanto en el número de los delitos como en la severidad de las penas, mientras que en 1928 se observa una frecuencia más alta en el uso de las sentencias de ejecución suspendida, un leve aumento de las penas breves de prisión, todo acompañado de una ligera disminución en la cifra de este delito.

Fraude. Entre 1906 y 1910 la cifra de este delito cae, a pesar de una clara tendencia a la lenidad de las penas. En los años posteriores se observa el proceso inverso.

Violencia y resistencia a la autoridad pública. Las estadísticas de 1910 revelan un aumento en el número de los delitos, así como una disminución en la severidad de las penas. Por otra parte, tanto en 1922 como en 1928 puede apreciarse una caída en el número de los delitos, a pesar de una tendencia a sustituir las penas privativas de libertad con penas pecuniarias y sentencias de ejecución suspendida.

Lesiones graves. Las estadísticas de 1922 y 1928 muestran un claro descenso en el número de delitos y un incremento en la severidad de la política penal.

Violencia privada y amenazas. Una disminución en la cifra de los delitos es acompañada de un aumento en la severidad de las penas, especialmente por una tendencia a la aplicación de penas privativas de libertad de larga duración.

Delitos contra la honestidad. De 1906 a 1910 se registra un leve incremento en el número de los delitos, lo cual es acompañado de una política penal irregular. Se registra un aumento de las sentencias de ejecución suspendida. La política penal continúa siendo incoherente hasta 1922, pese a lo cual el número de delitos disminuye en forma considerable. Posteriormente la cifra criminal sufre un serio incremento; no obstante, la política penal permanece invariable.

En términos generales, las estadísticas italianas ponen de manifiesto la relativa intrascendencia de las penas pecuniarias. Por el contrario, es posible verificar en Italia una tendencia al incremento en las penas privativas de libertad de larga y media duración, así como un uso insignificante de las condenas de ejecución suspendida que no exceden en ningún caso el nivel máximo alcanzado en 1910[8]. La tendencia hacia una política penal más benigna, que se verifica en otros países, fundamentalmente mediante el empleo más frecuente de penas pecuniarias y medidas del tipo de la libertad bajo palabra, es por completo inexistente en Italia. El aumento de las penas privativas de libertad de mediana y de larga duración, sin ser exclusivo de la situación italiana, adopta en Italia un carácter diverso, a causa de que dichas penas de prisión no se acompañan de un uso extendido de penas pecuniarias y sentencias de ejecución suspendida, como en Inglaterra y en Francia. Esta política penal represiva no ha producido ningún descenso significativo en la cifra criminal; por el contrario, y conforme las estadísticas lo muestran, delitos como el hurto y el fraude han tendido a aumentar. Con relación a la caída del número de los hurtos agravados, no puede afirmarse que esto constituya una prueba del éxito de la política penal represiva, en razón justamente del hecho de que el período de 1922 a 1928, que es cuando se produce, coincide con una tendencia a la lenidad en la política punitiva. Inclusive los propios delitos contra la honestidad y la moral no presentan ninguna tendencia coherente. La única categoría de delitos que podría ser medianamente utilizada para defender la eficacia de una política penal represiva, se verifica en el caso de las lesiones graves, a causa de que existe cierta coincidencia entre la severidad de las penas y el descenso de la tasa de criminalidad; sin embargo, también en este caso los argumentos represivos son imposibles de sostener si se observa que el grupo cuantitativamente más importante de esa categoría de delitos, es decir, la violencia y resistencia a la autoridad pública, disminuye al mismo tiempo que las penas previstas se tornan más benig-

[8] El porcentaje de las suspensiones condicionales fue del 25% en 1910, 10,2% en 1931 y 13,9% en 1935; ver el *Annuario Statistico.*

Cuadro 29. Cifras de la criminalidad y métodos de ejecución penal en Italia[a]

Distribución de las penas en porcentajes

Tipo de delito y año	*Delitos por 100.000 habitantes*	*Sentencias suspendidas porcentaje sobre el total de las sentencias*	*Penas privativas de libertad*				*Pena pecunia*
			Más de 3 años	*De 6 meses a 3 años*	*De 1 mes a 6 meses*	*1 mes o menos*	
Hurto simple							
1906	93.34	42.04	0.01	1.00	9.14	89.67	0.18
1910	66.31	45.09	0.00	1.22	11.10	87.37	0.3
1922	*57.54*	*34.79*	*0.04*	*2.91*	*18.45*	87.35	*0.2*
1928	69.69	42.58	0.05	2.93	18.36	87.52	0.1
Hurto agravado							
1906	33.84	36.09	3.23	40.54	51.89	4.25	-
1910	30.43	42.57	2.25	40.46	54.23	3.06	-
1922	38.23	33.29	4.15	48.38	45.52	1.95	-
1928	36.25	37.29	3.40	42.95	50.87	2.78	-
Fraude							
1906	8.82	19.57	0.73	18.38	45.40	35.49	-
1910	7.56	24.62	0.31	15.46	45.69	38.54	-
1922	9.15	16.17	0.88	18.99	43.97	36.16	-
1928	11.92	15.70	1.97	22.27	44.88	30.88	-
Violencia y resistencia a la autoridad pública							
1906	36.15	22.37	0.15	2.37	31.98	56.88	8.6
1910	39.44	28.37	0.01	1.35	29.18	59.62	9.8
1922	31.80	21.73	0.11	3.08	27.72	53.71	15.3
1928	23.21	30.87	0.04	2.21	28.75	46.28	22.7
Lesiones graves							
1906	22.25	45.71	1.55	34.55	61.36	2.53	-
1910	22.76	52.98	1.59	34.14	62.37	1.86	-
1922	12.31	43.05	1.92	38.14	57.99	1.95	-
1928	12.55	35.91	2.24	45.65	50.19	1.92	-
Violencia privada y amenazas							
1906	22.54	44.15	0.08	2.25	46.73	22.85	28.0
1910	23.28	55.99	0.06	2.44	52.89	20.54	24.0
1922	1741	32.13	0.61	3.61	53.96	21.74	20.0
1928	13.39	47.52	0.55	4.27	52.80	22.67	19.7
Delitos contra la honestidad							
1906	2.89	14.15	23.86	60.75	14.56	0.83	–
1910	3.02	16.57	21.17	60.85	17.15	0.30	–
1922	1.53	17.72	27.38	56.22	17.25	0.85	–
1928	2.95	20.97	27.18	54.61	17.97	0.42	–

Fuente: Compilado de la *Statistica della criminalità*

[a] Ninguna estadística dispone lo concerniente a la distinción de las penas después de 1928.

nas. En resumen, también con respecto a la situación italiana es posible afirmar que una política penal relativamente más severa no ha tenido un efecto mayor sobre el volumen de la criminalidad que los efectos producidos por una política penal relativamente benigna.

El análisis llevado a cabo en las páginas anteriores sobre las estadísticas para Italia y Alemania, nos obliga a realizar una advertencia que se vincula estrechamente con los propósitos de nuestro enfoque. En ambos países los datos parecen revelar un descenso constante y pronunciado de la cifra criminal durante el período de mayor severidad de las prácticas penales. Las estadísticas oficiales alemanas proporcionan la siguiente tasa de criminalidad por cada 100.000 habitantes adultos y penalmente imputables: 1932, 1.125; 1933, 973; 1934, 761; 1936, 737 (este último, es el índice más bajo conocido desde que las estadísticas criminales para toda Alemania fueron publicadas por primera vez en 1880). (Las informaciones fueron extraídas del *Statistisches Jahrbuch für das deutsche Reich).*

Estas estadísticas no indican en realidad un descenso en la tasa de criminalidad y, por consiguiente, tampoco constituyen siquiera una prueba indirecta del éxito de una política penal represiva, ya que no toman en consideración las amnistías que se han vuelto cada vez más frecuentes desde 1933, amnistías que han sido aplicadas tanto para toda clase de delincuentes de menor cuantía como para los adherentes al régimen, sin importar, es este último caso, la gravedad de los delitos. El hecho de que no todos los casos comprendidos en los decretos de amnistías sean registrados en la información estadística, impide que estas últimas suministren un panorama del desarrollo de la criminalidad que se ajuste a la realidad. Una muestra de este enfoque deformante: el número total de imputados, condenados por violación a las leyes del *Reich* en 1933 fue de 383.315; como resultado de la ley de amnistía del 23 de abril de 1936 (RG. B1. I, 1.378), 254.675 casos referidos a delitos menores y 3.532 casos relacionados con actos cometidos "en el calor de la lucha por el movimiento nacional-socialista" fueron anulados[9]. Es cierto que probablemente no todos estos casos hubieran sido llevados ante los tribunales aun sin haber existido la ley de amnistía y que inclusive solo unos pocos habrían finalizado con la imposición de una condena; no obstante, la distorsión que producen sobre las estadísticas es más que evidente. Dicho de otra manera, ningún cálculo más o menos preciso es posible.

[9] Estos datos fueron tomados del informe oficial *Zahlenmässige Auswirkung des Straffreiheitsgesetzes vom 23.4.1936,* publicado en *Deutsche Justiz,* XCVIII (1936), pág. 1441.

Una situación similar se verifica en Italia. Los datos oficiales sobre el número de individuos condenados por la comisión de delitos en estos últimos años, son los siguientes: 1931, 281.157; 1932, 273.430; 1933, 209.959; 1934, 250.651; 1935, 252.255 (información extraída del *Annuario Statistico* de 1935, p. 275). La caída abrupta de los índices correspondientes a 1933 constituye una prueba de que la ley de amnistía del 5 de noviembre de 1932 elimina toda posible credibilidad respecto a la cifra criminal proporcionada.

Llegados a este punto, puede afirmarse que nuestra investigación ha confirmado, con bases mucho más amplias, aquellas conclusiones a las que ENRICO FERRI había arribado a fines del siglo XIX tomando en cuenta solamente la situación italiana[10]: los cambios en la política penal no inciden en forma significativa en las cifras de la criminalidad. En otras palabras, las modificaciones en la política penal no adquieren de ningún modo la gravitación que poseen las causas sociales en la determinación del fenómeno de la delincuencia. Si los efectos concretos de la política penal pudieran ser aislados, es decir, si pudieran examinarse en un período de absoluta estabilidad política y social, en ese caso tal vez sería posible verificar cierta influencia de una política criminal determinada. Sin embargo, es precisamente esta necesidad de aislar sus efectos para verificar su eficacia, la que pone en evidencia la irrelevancia social de la política penal como factor condicionante de las cifras de la criminalidad[11]. G. TARDE se esforzó en preservar a la teoría —dentro de límites precisamente definidos—, de una posible influencia de la pena sobre el delito, a pesar de estar convencido de las causas fundamentalmente sociales de la criminalidad. Sus intentos se concentraron en establecer una diferencia entre la *criminalité de luxe* —determinada por el ansia de libertinaje— y aquella criminalidad en mayor o menor grado inevitable, impulsada por el hambre, la venganza o las pasiones. La primera categoría de delitos, según TARDE, podía ser contenida mediante un aumento de la represión, al mismo tiempo

[10] FERRI, *Criminal Sociology*, págs. 220-25; trad. cast. cit., pág. 3.

[11] F. SCHAFFSTEIN, *Der Erziehungsgedanke im deutschen Strafvollzug*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, LV (1936), págs. 281-82, acepta tácitamente esta posición cuando expresa que los efectos de una política penal benigna no pueden ser confirmados por el aumento de las cifras de la criminalidad actual, sino por sus efectos sobre el futuro. Esta tesis termina reduciéndose al lugar común, tal como resultaría de afirmar que un acontecimiento social o cultural determinado es la causa de desarrollos posteriores. Ver también la posición completamente agnóstica de MICHAEL y ADLER, *op. cit.*, pág. 175; sus conclusiones se basan en informaciones sumamente incompletas (págs. 180-82).

que se mostraba profundamente escéptico acerca de las posibilidades de lograr un éxito similar con la segunda categoría[12]. Las dificultades de una perspectiva como esta son evidentes. La distinción entre delitos "por necesidad" y delitos "por antojo o excentricidad" no admite parámetros objetivos y las consideraciones sobre ellos pueden variar de acuerdo con el punto de vista de jueces, fiscales, defensores, peritos médicos, etc., y conforme también a la posición social del imputado. Más aún, si alguna clase de diferenciación es posible, ella se refiere a los móviles del delito pero de ningún modo al hecho criminal en sí mismo.

[12] G. TARDE, *Penal Philosophy*, trad. inglesa de R. Howell, Boston, 1912, pág. 476. Los ejemplos escogidos para ilustrar su tesis no son muy convincentes.

XIII

CONCLUSIÓN

En nuestra discusión sobre el fascismo y el nacional-socialismo hemos analizado los esfuerzos realizados por imponer una política penal más severa basada en consideraciones de reeducación social, al mismo tiempo que hemos señalado los límites objetivos de un programa de esta naturaleza. Límites determinados, en primer lugar, por la crisis económica que condujo a un aumento automático de la represión penal, la que a su vez fue bloqueada por las exigencias de racionalización de una sociedad industrial moderna que entraban en contradicción con el desastre económico que hubiera significado una realización plena del programa penal fascista. Como resultado de esta incompatibilidad, el proyecto penal fascista fue totalmente ejecutado solo en lo que respecta al amplio campo de la criminalidad política. Las necesidades del grupo dominante en su lucha por mantenerse en el poder relegaron toda otra consideración, para concentrarse en una represión sin precedentes dirigida a los opositores-enemigos políticos. Estas tareas se llevaron a cabo solo parcialmente por las autoridades penitenciarias normales, a causa de que las funciones centrales de represión fueron confiadas a unidades administrativas especiales y a los órganos de "policía" del partido, quienes fueron mucho más allá que una autoridad carcelaria ordinaria en lo que se refiere a crueldad y maltrato de los detenidos.

En otros sectores del derecho penal se manifiesta una situación dual. La mayor parte de los delitos menores contra el orden social imperante tendieron a aumentar con el crecimiento de las dificultades económicas y con la "inflación" de las regulaciones burocráticas, lo cual, sin embargo, no fue acompañado de la correspondiente intensificación del programa represivo. El sistema de penas pecuniarias, piedra angular de un proceso de racionalización capitalista del derecho penal, alcanzó altísimos niveles de aplicación en este período, a pesar de los ataques de carácter ideológico a que siempre estuvo sometido. Tampoco debe pasarse por alto el hecho de que las amnistías decretadas con cierta regularidad y que liberaron cantidades impresionantes de pequeños delincuentes, no impidieron que muchos delitos menores (categorías completas o tipos penales aislados) fueran considerados como un atenta-

do al bienestar de la nación y, por lo tanto, clasificados junto a los crímenes más graves. Las funciones ideológicas de la política penal fascista ya han sido explicadas y a ello hacemos referencia para entender esta manifestación concreta de un sistema dual.

Si es verdad que las necesidades de racionalización del sistema social imperante ponen límites a las posibilidades de desarrollo de una política penal orientada exclusivamente hacia la represión, no es menos cierto que restringen aún en mayor medida las posibilidades de aplicación de un programa tradicional de reformas. El sistema penal de una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos. Por lo tanto, la cifra criminal puede ser contenida solo en el supuesto de que la sociedad proporcione a sus miembros cierta seguridad y un nivel adecuado de vida. Únicamente bajo estas circunstancias el pasaje de una política penal represiva a un programa progresista de reformas, puede trascender el mero humanistarismo formal para convertirse en una actividad social verdaderamente constructiva. Sin embargo, mientras la conciencia social no se encuentre en posición de comprender —y de actuar en consecuencia— el vínculo inevitable que existe entre el progreso social general y una política penal progresista, todo proyecto de reforma penal podrá alcanzar a lo sumo un éxito efímero, y su fracaso será atribuido a la perversidad de la naturaleza humana antes que al sistema social. La consecuencia inevitable de todo esto es un retorno a las teorías pesimistas, según las cuales la naturaleza intrínsecamente malvada del hombre puede ser domesticada solo reduciendo las condiciones de vida en la cárcel a un nivel inferior al de las clases más bajas de la población libre. La ineficacia de las penas severas y los tratamientos crueles puede haber sido demostrada miles de veces, pero hasta el momento en que la sociedad sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la más simple de las respuestas, seguirá constituyendo la alternativa preferida. Ella proporciona la ilusión de la seguridad ocultando los síntomas del malestar social con un conjunto de juicios morales y legales. Existe una paradoja entre el progreso del conocimiento humano, que ha permitido comprender y teóricamente resolver el problema del tratamiento penal como nunca antes, y la realidad de que la cuestión fundamental de una trasformación profunda de la política penal parece encontrarse hoy cada vez más distante a causa de su dependencia funcional del orden social existente.

EPÍLOGO A LA EDICIÓN CASTELLANA

por EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

Para releer a RUSCHE y KIRCHHEIMER *en América Latina*

I. LOS "LIBROS" DE RUSCHE Y KIRCHHEIMER

A quien posee por lo menos un mínimo de información sobre las vicisitudes que rodearon la traducción, reelaboración y publicación de *Punishment and Social Structure* en 1939, no le puede resultar muy extraño que se aluda a este texto denominándolo como los "libros" de RUSCHE y KIRCHHEIMER. Por esta razón —y aunque dicha problemática no constituye el objeto central de este epílogo— es necesario hacer una breve referencia a la génesis de *Pena y estructura social.*

Editado en 1939, según he señalado, por la Columbia University Press, *Punishment and Social Structure* constituye la primera publicación importante de la Escuela de Frankfurt en su sede americana[1]. El manuscrito original fue redactado exclusivamente por RUSCHE entre 1930 y 1933. Durante este mismo período se publican también una nota periodística[2] y un artículo[3], que junto con el manuscrito citado representan la totalidad de la obra criminológica de RUSCHE. En 1933, y como consecuencia del advenimiento al poder del nacional-socialismo, RUSCHE abandona Alemania, a donde jamás regresaría. Un año más tarde y, según un autor, como resultado de la situación política imperante en su país, se produce otro abandono de importancia, como lo es

[1] M. JAY, *La imaginación dialéctica, una historia de la Escuela de Frankfurt,* Madrid, Taurus, pág. 246.

[2] *Zuchthausrevolten oder Sozialpolitik? Zu den Vorgängen in Amerika,* en el "Frankfurter Zeitung", núm. 403, 1° de junio de 1930, págs. 1-2. Existe versión inglesa de dicho artículo realizada por B. Yaley y que, publicada bajo el título *Prison Revolts or Social Policy, Lessons from America,* puede encontrarse en 'Crime and Social Justice", núm. 13, 1980, págs. 41-44.

[3] *Arbeitsmarkt und Strafvollzug* en *Zeitschrift für Sozialforshung*, Paris, F. Alcan, 1933, págs. 63-78. Existe versión castellana de este artículo efectuada por E. García Méndez, publicada con el título *Mercado de trabajo y ejecución penal,* en la revista "Derecho Penal y Criminología", Bogotá, Universidad Externado de Colombia, vol. VI, núm. 19, 1983, págs. 95-109.

el desplazamiento del interés de RUSCHE, de la problemática criminológica, a los análisis económicos[4].

La vida de RUSCHE en el exilio, así como su producción teórica, continúa siendo desconocida en muchos aspectos. Existe, sin embargo, un excelente ensayo biográfico al que haré mención a menudo —aunque de manera sumamente abreviada— en lo que resta de este punto[5]. Ya fuera de Alemania y luego de una breve estadía en París, RUSCHE se dirige a Londres, donde con la ayuda de un amigo reelabora y traduce al inglés el manuscrito, cuya redacción habría sido sugerida por RUSCHE a los miembros del Instituto de Investigación Social (ver el Prefacio de esta obra). A fines de 1934, T. SELLIN acusa recibo de la versión inglesa del mismo y hace observaciones meramente formales y critica lo que considera exageraciones de RUSCHE en cuanto a la superpoblación de las prisiones norteamericanas[6]. También E. SUTHERLAND, considerado ya como uno de los más eminentes criminólogos norteamericanos, tiene acceso al manuscrito, sobre el que se pronuncia favorablemente haciendo observaciones similares a las de SELLIN[7]. En 1935 la versión inglesa de la obra de RUSCHE se encontraba lista para ser publicada. Sin embargo, y por causas que se desconocen, solo en 1937 se hablará nuevamente de ella. Para esta fecha, MAX HORKHEIMER, director del Instituto en Nueva York, asigna a OTTO KIRCHHEIMER[8] la tarea

[4] Sobre este punto, véase H. ZANDER, *Georg Rusche, Marche du travail et régime des peines: introduction a la genèse de l'oeuvre de Georg Rusche,* en "Déviance et Société", vol. IV, núm. 3, 1980, págs. 199-213. Quien además afirma (sin ningún tipo de prueba contundente) haber encontrado un manuscrito inédito de G. RUSCHE con fecha de mayo de 1934, titulado *Die Wirtschaft des Nationalsozialismus.* (Lamentablemente, hasta la fecha no he podido tener acceso a dicho manuscrito).

[5] Me refiero al trabajo de D. MELOSSI, *Georg Rusche: A Biographical Essay,* en "Crime and Social Justice", núm. 14, 1980, págs. 51-62.

[6] D. MELOSSI, art. cit., pág. 54. Como puede apreciarse, el capítulo sobre la situación carcelaria en los Estados Unidos fue suprimido, presumiblemente como consecuencia del trabajo de reelaboración de O. KIRCHHEIMER. La explicación de MELOSSI al respecto (cfr. MELOSSI, art. cit., pág. 57) parece convincente. A medida —como se verá más adelante— que en los capítulos elaborados exclusivamente por KIRCHHEIMER (del IX al XIII), la perspectiva de análisis se desplaza de lo socio-económico a lo político, se hace imprescindible suprimir toda la referencia a la realidad norteamericana para explicar como una mera consecuencia de la política fascista, la disminución del uso de las penas pecuniarias y el retorno a los métodos "duros" de tratamiento penal en el período posterior a la crisis de 1930. La perspectiva contraria, es decir, la explicación socio-económica de los métodos "duros" y que por ello se verifica tanto en la Europa como en los Estados Unidos de la década del 30, se halla claramente expuesta en la nota periodística de RUSCHE arriba citada.

[7] D. MELOSSI, art. cit., pág. 55.

[8] En el caso de KIRCHHEIMER, tanto su vida como su producción teórica son bien conocidas. Sobre ellas, véase J. H. HERZ y E. HULA, *Otto Kirchheimer, An Introduction to His Life and Work,* en O. KIRCHHEIMER, *Politics, Law and Social Change,* Nueva York, 1969.

de reelaborar el manuscrito, lo que se llevará a cabo sin ningún otro tipo de contacto con RUSCHE[9]. A propósito de esta forma peculiar de escritura "conjunta" de la obra, existe otro aspecto que conviene mencionar. En el prefacio elaborado por HORKHEIMER se indica que, a excepción de los capítulos II al VIII, el resto "constituyen ideas exclusivas del propio Dr. KIRCHHEIMER" (ver prefacio). Esta afirmación debe ser *por lo menos parcialmente corregida, ya que el capítulo I (Introducción)* contiene buena parte de las tesis elaboradas por RUSCHE en los artículos de 1930 y 1933. De los capítulos IX al XII, por el contrario, no parece existir la menor duda acerca de que ellos pertenecen exclusivamente a KIRCHHEIMER. Como acertadamente lo señala MELOSSI, el capítulo IX aborda el análisis del período 1880-1930 desde una perspectiva completamente distinta a la de RUSCHE, ruptura que se acentúa del capítulo X en adelante a medida que se hace claramente perceptible un desplazamiento del énfasis, de los condicionantes socio-económicos hacia los de tipo político[10]. Más allá de los cortes y desfases señalados, la importancia de *Pena y estructura social* está fuera de discusión. Su carácter de obra pionera en el terreno de la criminología crítica y la increíble vitalidad de muchas de sus tesis, constituyen un desafío a la imaginación, ya aceptado en otros contextos e imposible de eludir en América Latina. Todo esto no hace más que indicar que ha llegado el momento de la discusión.

II. LA APERTURA DEL DEBATE

Las páginas que siguen presuponen algo más que la lectura completa de *Pena y estructura social.* Este trabajo, como prácticamente todo producto de la actividad intelectual, admite varias aproximaciones posibles. En primer lugar, la del lector meramente interesado en un enfoque particular de la evolución del derecho penal, quien seguramente no se sintió en absoluto defraudado, considerando la calidad y exhaustividad de la tarea de reconstrucción histórica contenida en dicha obra. Este lector, sin embargo, podrá prescindir totalmente de las reflexiones que en adelante se exponen. Pero existe otro lector al que van dirigidas estas páginas. Me refiero a quien, sobre todo en el contexto latinoameri-

[9] D. MELOSSI, art. cit., pág. 56. Entre 1936 y 1939, RUSCHE se encontraba en Palestina ejerciendo funciones docentes en la Escuela Británica de Jerusalén, y nada hace suponer que hubiera sido materialmente imposible ubicarlo. Las razones parecen vincularse más a los problemas de "supresión" y "desplazamiento" a que se hace referencia en la nota 6.

[10] D. MELOSSI, art. cit., pág. 57.

cano, se proponga algún tipo de recreación crítica de las tesis formuladas por RUSCHE y KIRCHHEIMER.

En el contexto del capitalismo desarrollado, la discusión en torno a *Pena y estructura social* se ha centrado predominantemente sobre dos aspectos (lo cual no significa que hayan sido considerados de manera conjunta). El primero, completamente vinculado a la propia apertura del debate, se refiere, en forma más o menos explícita, a la contraposición de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER con las tesis formuladas por FOUCAULT en *Vigilar y castigar*[11]. El segundo aspecto consiste en la confrontación de las tesis enunciadas en *Pena y estructura social* con una coyuntura socio-histórica determinada[12]. Por mi parte, y en la medida en que soy de la opinión de que ambos aspectos se encuentran indisolublemente vinculados, me propongo retomarlos de manera conjunta, pero utilizando como punto de referencia el contexto latinoamericano. Para ser más preciso, intentaré analizar a la luz de las propuestas teóricas contenidas en *Pena y estructura social,* algunos elementos de la política de control social implantada en la Argentina a partir de 1976. Surgen de este modo dos objetivos ulteriores del presente epílogo: a) abrir la discusión en y para América Latina, en torno a la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER; b) contribuir desde ahora a la profundización del debate, estimulando a los estudiosos de la cuestión criminal latinoamericana a confrontar críticamente los aportes teóricos de *Pena y estructura social* con las distintas realidades de nuestro Continente.

III. LA POLÍTICA DE DESAPARICIONES EN LA ARGENTINA

"La CIDH en los tres últimos años ha recibido un número apreciable de denuncias que afectan a un grupo considerable de personas en la República Argentina, en las cuales se alega que dichas personas han sido objeto de aprehensiones en sus domicilios, lugares de trabajo, o en la vía pública, por personal armado, en ocasiones uniformado,

[11] Un enfoque representativo de esta posición, puede verse en D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina, controllo sociale: una discussione del testo de Rusche e Kirchheimer,* en "La Questione Criminale", enero-abril de 1978, págs. 11-37.

[12] Por lo menos tres artículos deben ser mencionados en esta perspectiva de investigación: IVAN JANKOVIC, *Labor Market and Imprisonment*, en "Crime and Social Justice", núm. 8, 1977, págs. 17-31; H. STEINERT-H. TREIBER, *Versuch, die These von der strafrechtlichen Ausrottungspolitik im Spämittelalter "auszurotten". Eine Kritik an Rusche/Kirchheimer und dem Ökonomismus in der Theorie der Strafrechtsentwicklung"*, en "Kriminologisches Journal", cuaderno 2, 1978, págs. 81-106; M. PAVARINI, *"Concentrazione" e "difussione" del penitenziario. Le tesi de Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia,* en "La Questione Criminale", enero-abril de 1978, págs. 39-61.

en operativos que por las condiciones en que se llevaron a cabo y por sus características, hacen presumir la participación en los mismos de las fuerzas públicas. Con posterioridad a los hechos descritos, las personas aprehendidas desaparecieron, sin que se tenga noticia alguna de su paradero...

"Este procedimiento es cruel e inhumano. Como la experiencia lo demuestra, la «desaparición» no solo constituye una privación arbitraria de la libertad, sino también un gravísimo peligro para la integridad personal, la seguridad, y la vida misma de la víctima. Es, por otra parte, una verdadera forma de tortura para sus familiares y amigos, por la incertidumbre en que se encuentran sobre su suerte, y por la imposibilidad en que se hallan de darle asistencia legal, moral y material...

"Es, además, una manifestación tanto de la incapacidad del Gobierno para mantener el orden público y la seguridad del Estado por los medios autorizados por las leyes, como de su actitud de rebeldía frente a los órganos nacionales e internacionales de protección de los derechos humanos...

"Las personas referidas han sido aprehendidas en sus domicilios, lugares de trabajo o en la vía pública, según el caso, por grupos armados que, *prima facie,* y casi siempre invocándolo expresamente, actuaban en ejercicio de alguna forma de autoridad pública. Los procedimientos aludidos tuvieron lugar en forma ostensible, con amplio despliegue de hombres —a veces uniformados—, armas y vehículos, y se desarrollaron en general con una duración y minuciosidad que ratifican la presunción de que quienes intervenían obraban con la plenitud operativa que es propia del uso de la fuerza pública...

"Luego de haber sido aprehendidas de la manera señalada, las personas en cuyo favor peticionan los suscriptos han desaparecido sin dejar rastros. Todos los recursos de *habeas corpus,* denuncias y querellas criminales, y gestiones administrativas han fracasado, por cuanto las autoridades requeridas en cada caso han informado invariablemente que no existen constancias de su detención...

"Las personas afectadas por estos operativos y que figuran en las listas que obran en poder de la CIDH, son en su mayoría hombres y mujeres entre los 20 y 30 años de edad, aunque también han desaparecido personas mayores y menores de esas edades. Algunos niños secuestrados con sus padres han sido luego liberados, entregándolos a parientes o dejándolos abandonados en la vía pública. Otros niños, sin embargo, continúan como desaparecidos...

"Según las informaciones que tiene la Comisión, el fenómeno de los desaparecidos afecta a profesionales, estudiantes, sindicalistas, empleados de diversos ramos, periodistas, religiosos, conscriptos, comerciantes, es decir, a la mayoría de los diversos estamentos de la sociedad argentina...

"Se ha denunciado también que cuando los familiares, testigos, o administradores de edificios, comunicaban lo que estaba sucediendo a la seccional de policía del respectivo lugar, la respuesta era casi siempre, junto con la de afirmar el conocimiento del hecho, advertir su incapacidad de intervenir. En los pocos casos en los que policías se presentaron al lugar de los acontecimientos, estos se retiraron al poco tiempo después de dialogar con las personas directamente responsable del operativo. A esta situación se le ha denominado "Zona franca" a favor del cuerpo interviniente...

"Las personas que han aparecido reflejan un estado físico y sicológico de gran deterioro, viven atemorizadas, y, en algunos casos, han tenido que someterse a tratamientos médicos para su recuperación. Dada la experiencia vivida, un porcentaje elevado de ellos ha abandonado el país...

"Como lo ha expresado anteriormente, la Comisión no tiene duda alguna de que el problema de los detenidos desaparecidos constituye el más grave en materia de derechos humanos en la República Argentina, y que este, además, está afectando hondamente a la unidad y reconciliación de la sociedad argentina. De ahí que interese particularmente analizar las actitudes y reacciones que frente a este fundamental tema han asumido los afectados y quienes tienen una especial responsabilidad en su solución...

"Los allegados a personas desaparecidas, vale decir, los parientes y amigos cercanos, han hecho uso prácticamente de todos los diferentes procedimientos legales con el propósito de conocer el paradero de sus seres queridos. Los recursos más utilizados han sido el *habeas corpus*; las denuncias por privación ilegítima de la libertad ante los tribunales de justicia o la policía; y las gestiones administrativas a través de los trámites establecidos en el Ministerio del Interior...

"En todas las gestiones, muchas veces reiteradas, miles de personas no han obtenido resultado alguno, por cuanto el poder ejecutivo nacional ha respondido persistentemente que no se registran antecedentes de detención, las investigaciones siempre han fracasado, y el poder judicial de la Nación, por regla general, ha rechazado, como se verá más adelante, los recursos interpuestos o ha sobreseído en la causa...

"La posición del Gobierno al iniciarse el reclamo de los familiares, según se desprende de los informes recibidos por la Comisión, fue eludir una contestación clara y afirmar desconocer el paradero de los desaparecidos. Con el trascurso del tiempo, y debido principalmente al incansable batallar de los reclamantes, ha reconocido que el hecho existe y ha adecuado los mecanismos internos del Gobierno a través del Ministerio del Interior para atender los reclamos y suministrar informaciones. Pese a ello, muchas contestaciones siguen siendo imprecisas....

"Cualquiera que, en definitiva, sea la cifra de desaparecidos, su cantidad es impresionante y no hace sino confirmar la extraordinaria gravedad que reviste este problema.

"Por otra parte, altos funcionarios del Gobierno han declarado que los arrestos de personas sospechosas de actividades subversivas se efectuaron regularmente por fuerzas de seguridad vestidas de civil; aquellos y otros funcionarios han insistido en que la naturaleza del conflicto requirió de la aplicación de medidas antisubversivas que implicaron la violación de los derechos humanos.

"La Comisión, ante esas circunstancias, se ve precisada a reiterar su convicción de que los hechos materia de las denuncias deben presumirse ciertos"[13].

La larga cita anterior no expresa la opinión de un opositor al gobierno y ni siquiera de un partido político: es el resultado de las investigaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la O.E.A. Un organismo del cual la Argentina forma parte y en el que los gobiernos militares han depositado su confianza en reiteradas ocasiones. El problema de los "detenidos-desaparecidos" no es patrimonio exclusivo de la situación argentina: también en otros países del Cono sur, así como en Centroamérica, se han producido sucesos semejantes. Sin embargo, en ningún país del continente americano este fenómeno presenta la extensión y gravedad del caso argentino. Razón esta que me induce a ocuparme del tema en el marco de una relectura crítica de RUSCHE y KIRCHHEIMER. ¿O es que puede hacerse abstracción de la desaparición y presumible muerte de miles de seres humanos, con relación al problema del vínculo entre la pena y la estructura social? La respuesta debe ser rotundamente negativa. Creo necesario aclarar que no es la intención primordial en esta parte, denunciar una situación frente a la cual resulta imposible permanecer indiferente. Organismos nacionales e internacionales, tanto laicos como religiosos, se han ocupado y se ocupan intensamente del problema. De lo que se trata —descartado que esto en su conjunto configure un caso de locura colectiva— es de penetrar en la lógica de una "política" semejante, con el ánimo de colaborar en los esfuerzos para que jamás vuelva a repetirse.

IV. PENA Y ESTRUCTURA SOCIAL EN AMÉRICA LATINA

Sin pretender realizar una enumeración taxativa, creo percibir cuatro tesis mayores en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La *primera*

[13] COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en la Argentina,* Washington, Organización de Estados Americanos, 1980, págs. 59 y ss.

de ellas establece que "cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos que corresponden a sus relaciones productivas. Resulta por lo tanto necesario investigar el origen y destino de los sistemas penales, el uso o la elusión de castigos específicos y la intensidad de las prácticas penales en su determinación por fuerzas sociales, sobre todo en lo que respecta a la influencia económica y fiscal"[14].

La *segunda* tesis parte del hecho —fácilmente comprobable en forma empírica y que, *mutatis mutandi,* ha permanecido relativamente invariable con el paso del tiempo— de que la población criminal se recluta predominantemente entre las clases más bajas de la sociedad.

La *tercera* tesis establece que si la pena pretende tener efectos realmente disuasivos sobre los potenciales criminales, debe ser de una naturaleza tal que produzca una disminución aun mayor de sus condiciones actuales de existencia[15]. De aquí se deriva en forma directa la *cuarta* tesis, que si bien aparece expuesta claramente en *Pena y estructura social*[16], había sido desarrollada ya por G. RUSCHE en el artículo de 1933, en el que podemos leer:

"Si queremos concretar la propuesta que sostiene que una ejecución penal eficaz debe intimidar a aquellos estratos sociales inferiores más propensos a cometer delitos, debemos tener perfectamente en claro cuáles son las categorías económicas que determinan el destino de dichos estratos. Como no resulta difícil comprender que dichos estratos no disponen de otro bien que su fuerza de trabajo, puede concluirse —sin lugar a dudas— que es el propio mercado de trabajo la categoría decisiva y adecuada que debe adoptarse"[17].

No debe olvidarse que los esfuerzos de investigación de RUSCHE y KIRCHHEIMER se concentran en torno al surgimiento y desarrollo del modo de producción capitalista, así como alrededor de la institución punitiva que tiende a generalizarse a partir de fines del siglo XVIII: la cárcel. Aclarado este punto, vale la pena detenerse un momento en la cuarta tesis (mercado de trabajo), que pretende ser la concreción de los enunciados generales contenidos en la primera tesis.

En condiciones de superabundancia de trabajadores, las penas —para conservar su función disuasiva— asumirán formas crueles que pueden llegar a las prácticas de exterminio masivo de los delincuentes. Por el contrario, en situaciones en que los trabajadores son escasos, las penas asumirán formas que permitan utilizar el potencial laboral de la población criminal. Por supuesto, como lo señala RUSCHE, "la

[14] Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social,* pág. 3.

[15] Ibídem, pág. 4.

[16] Ibídem, págs. 25 y ss.

[17] Cfr. G. RUSCHE, *Mercado de trabajo y ejecución penal,* págs. 100-101.

situación del mercado de trabajo no está determinada exclusivamente por la escasez o abundancia de mano de obra. Intervenciones de carácter político pueden corregir y alterar el movimiento de la oferta y la demanda"[18]. Esto no impide formular a RUSCHE y KIRCHHEIMER que, en términos generales, las condiciones del mercado de trabajo constituyen un factor determinante de los distintos tipos y modalidades de la ejecución penal. La cárcel, más precisamente, cumpliría entonces la función de regulador coactivo del mismo.

La categoría del mercado de trabajo tal como es utilizada por RUSCHE y KIRCHHEIMER , ha sido criticada —a mi juicio acertadamente— por varios autores, sobre todo y principalmente en lo que se refiere a su aplicación a las condiciones del capitalismo actual. Para D. MELOSSI, por ejemplo, ella significa una reducción de la categoría relaciones de producción, crítica que se concreta en considerar al mercado de trabajo como una categoría útil aunque no suficientemente exhaustiva para explicar la problemática contemporánea de la cuestión criminal[19]. En un sentido similar, R. MARRA , quien afirma: "Esta es la razón fundamental por la cual la categoría mercado de trabajo elaborada por RUSCHE, no puede ser utilizada hoy para explicar el control social en la fase del capitalismo maduro; dicha categoría toma en cuenta solo un aspecto (la oferta de trabajo) de la totalidad, sin ninguna referencia al otro aspecto: la *capacidad de consumo*"[20].

Más allá de lo ya dicho, un elemento histórico-objetivo y un elemento teórico-subjetivo parecen constituir los dos puntos más débiles y en consecuencia el blanco de los ataques de la teoría de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La primera crítica parece perfectamente comprensible, aunque la falta de "responsabilidad" de RUSCHE ha sido expuesta nítidamente por D. MELOSSI con los siguientes términos:

"RUSCHE y KIRCHHEIMER, en el fondo, no poseen una teoría sobre lo que acontece en el siglo XX, o por lo menos no la poseen en el mismo modo que para el período precedente ... el plan original de la obra de RUSCHE cubría el período que comprende desde la crisis del modo de producción feudal hasta el capitalismo desarrollado del *laissez faire*"[21].

El segundo elemento de crítica —que de ningún modo puede desvincularse totalmente de las vicisitudes que rodean al primero— se refiere

[18] Cfr. ibídem, pág. 101.

[19] D. MELOSSI, *Mercato del lavoro, disciplina...*, pág. 20.

[20] Cfr. R. MARRA, *Per un'economia politica de la pena. Analisi critica delle tesi di Rusche e Kirchheimer.* Tesis de doctorado, Universidad de Bolonia, 1980, pág. 211.

[21] Cfr. D. MELOSSI, art. cit., pág. 29.

a la ausencia del concepto de disciplina[22]. Esta crítica parte, explícita o implícitamente, de las formulaciones de M. FOUCAULT relativas a la función de la cárcel destinada simultáneamente a la creación de delincuencia y cuerpos dóciles[23], o a lo que en forma similar, como afirma PAVARINI, representa la tendencia a la pérdida de funciones reeducativas reales de la cárcel moderna, para adquirir plenamente una función ideológica de terror represivo[24]. Si bien debe admitirse que en la obra de RUSCHE y KIRCHHEIMER, el elemento disciplina no ocupa el primer plano ni está suficientemente desarrollado, no creo que aquel se encuentra por completo ausente. Ya en el artículo de RUSCHE de 1933, puede leerse:

"La historia y la economía por sí solas no constituyen los únicos elementos de nuestra investigación, la que por esta razón aparece limitada e incompleta en muchos aspectos. Ello en especial debido a que múltiples fuerzas de naturaleza extraeconómica —religiosas o sexuales, por ejemplo— colaboran en la conformación del sistema penal..."[25].

En el mismo sentido, en *Pena y estructura social* puede leerse:

"Del mismo modo el informe de la prisión del cantón de Waad, uno de los documentos más valiosos de toda la literatura de la época sobre la condición de las prisiones, afirma en primer lugar que la mera privación de libertad no constituye una pena efectiva para las clases inferiores. La conclusión a la que se arriba en dicho documento es que la condición necesaria para la reinserción social del detenido es la sumisión incondicional a la autoridad, un punto que ha permanecido prácticamente inalterado en los programas de reformas hasta nuestros días. Si los detenidos se resignan a una existencia silenciosa, regular y laboriosa, la pena les resultará más tolerable —continúa el informe—, y una vez que la rutina se haya trasformado en hábito, se habrá cumplido el primer paso en la tarea de rehabilitación, debiendo garantizarse, en la medida de lo posible, que la rehabilitación continúe, inclusive luego de que el detenido haya sido dejado en libertad. La obediencia es exigida no tanto por razones de un aceitado funcionamiento de la prisión, sino por el bien de los propios detenidos que deben aprender a someterse voluntariamente al destino de las clases inferiores"[26].

Esta defensa del enfoque de RUSCHE y KIRCHHEIMER (especialmente del primero) no resulta completa si no se extiende —en otro sentido—

[22] R. MARRA, ob. cit., pág. 168.

[23] M. FOUCAULT, *Vigilar y castigar*, 5ª ed., Madrid, Siglo XXI, 1981.

[24] M. PAVARINI, *"Concentrazione" e "difussione" del penitenziario...*, en "La Questione Criminale", enero-abril de 1978, pág. 40.

[25] Cfr. G. RUSCHE, art. cit., pág. 98.

[26] Cfr. G. RUSCHE-O. KIRCHHEIMER, ob. cit., págs. 125-126.

a ciertas críticas formuladas al idealismo de FOUCAULT, es decir, a la forma diluida en que los elementos "infraestructurales" son presentados en su obra[27]. Por el contrario, nos parece que el siguiente pasaje de FOUCAULT resulta útil para hacer más clara nuestra posición:

"No hay duda de que, por encima de toda esta organización, la existencia de los suplicios respondía a otra cosa muy distinta. RUSCHE y KIRCHHEIMER tienen razón de ver en ella el efecto de un régimen de producción en el que las fuerzas del trabajo, y por ende el cuerpo humano, no tienen la utilidad ni el valor comercial que habría de serles conferido en una economía de tipo industrial"[28].

No pretendo extender esta defensa a la teoría panóptica (FOUCAULT) del control social aplicada a la realidad actual, teoría que, por otra parte, ha sido criticada, y con bastante razón, en un trabajo de MELOSSI[29]. Mi interés se concentra por el momento en poner en tela de juicio las interpretaciones un tanto extremas que niegan la existencia de todo tipo de contacto entre las tesis de FOUCAULT y las de RUSCHE y KIRCHHEIMER. La disciplina y los condicionamientos económicos deben ser entendidos como las partes de un todo[30], solo posible de separar en el momento teórico del análisis.

Nos vamos acercando al contexto latinoamericano, a propósito del cual parece interesante confrontar algunas de las tesis expuestas, con dicha realidad. La relación entre penas privativas de libertad y mercado de trabajo —aunque sin tomar en cuenta las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER— ha comenzado a plantearse en el contexto latinoamericano[31]. Luego de analizar distintas posiciones e interpretaciones de esta relación, E. SANDOVAL concluye:

"De lo expuesto podemos deducir que la privación de libertad incide en dos formas sobre estos sectores del mercado libre de trabajo (ejército industrial de reserva): en primer término, como un silo, esto es, recogiendo mercancía —en este caso, mano de obra— cuando hay

[27] D. MELOSSI, art. cit., págs. 16-17, nota, y H. STEINERT-H. TREIBER art. cit., pág. 101.

[28] Cfr. M. FOUCAULT, ob. cit., pág. 60.

[29] D. MELOSSI, *Oltre il "panopticon". Per un studio delle strategie di controllo sociale nel capitalismo del ventesimo secolo,* en "La Questione Criminale", mayo-diciembre de 1980.

[30] Esta parece ser también la interpretación de A. BARATTA, *Criminologia critica e critica del diritto penale: introduzione alla sociologia giuridico-penale*, Bologna, Il Mulino, 1982, pág. 195.

[31] E. SANDOVAL H., *Las funciones no declaradas de la privación de libertad,* Cali, Colegio de Abogados Penalistas del Valle, 1980. Por el contrario esa relación ya fue analizada por R. BERGALLI, en el plano de las penas privativas de libertad; véase R. BERGALLI, "Ejecución penal y política criminal en América Latina" en *Revue International de Droit Penal*, año 49, núm. 1, Madrid, 1978, págs. 77-90.

exceso de ella y liberándola en situaciones de escasez; ello, desde luego, contribuye efectivamente al mantenimiento y manipulación de su precio (el salario). Y en segundo término, como factor de coacción para quienes frecuentemente se ven abocados a la necesidad de escoger entre aceptar trabajos lícitos en condiciones infrahumanas o realizar actividades delictivas para subsistir, con el riesgo ... de verse privados de su libertad"[32].

La cita anterior —aun cuando no está acompañada de información estadística— se refiere principalmente a la situación colombiana y contiene, además, afirmaciones relativas a dos elementos que, como hemos visto, pueden ser analizados en forma independiente. El primero, predominantemente *económico* (exceso-escasez de mano de obra), y el segundo, preponderantemente *disciplinario* (coacción para aceptar trabajos en condiciones inhumanas). Escapa por completo a los objetivos que me he propuesto en esta parte, la comprobación de la veracidad de estas afirmaciones para la realidad colombiana. Me interesa confrontarlas con algunos datos básicos referidos a la realidad argentina actual. Con ello no pretendo agotar el problema, y dejo plenamente abierta la posibilidad de investigaciones posteriores más detalladas. Los datos estadísticos argentinos —aun con todos los márgenes de imprecisión que puedan presentar— no permiten establecer ninguna incidencia económica de importancia en la relación población carcelaria-mercado de trabajo. La Argentina, con 28.000.000 de habitantes y una fuerza laboral estimada en 8.700.000 asalariados, posee una población carcelaria cercana a los 25.000 reclusos, que representan el 0.3% del total de la fuerza laboral. Si se toma en cuenta la relación desocupados-población carcelaria, los porcentajes no se alteran de manera que hagan variar la negativa anterior. Ya sea que se consideren los datos sobre desocupación suministrados por el Ministerio de Economía (400.000 desocupados)[33] o los señalados por la Unión Industrial Argentina (1.500.000 desocupados), la población carcelaria representa el 5% y el 2,3% respectivamente. Sin pretender arribar a conclusiones absolutamente terminantes, parece posible señalar dos aspectos de importancia para avanzar en el análisis de la problemática del control social en el Cono sur:

a) la categoría mercado de trabajo resulta, en la práctica, efectivamente estrecha para comprender y explicar los rasgos esenciales del control social;

[32] Cfr. ibídem, pág. 26.

[33] Datos proporcionados por el ministro de Economía argentino, Buenos Aires, diario "La Nación", edición internacional del 10/1/83.

b) el elemento disciplina debe desempeñar un papel sobresaliente en la investigación de los problemas, sobre todo en el contexto particular al que se hace referencia.

El rechazo, por lo menos desde el punto de vista cuantitativo[34], de la tercera tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER no invalida necesariamente el núcleo de su teoría contenido en la primera de las tesis, es decir "que cada sistema de producción tiende al descubrimiento de castigos, que corresponden a sus relaciones productivas". Pero aun aceptando, en principio, la validez de esta tesis, el problema no termina por resolverse. Si la categoría *mercado de trabajo* resulta sumamente estrecha para explicar la problemática del control social, debe admitirse, sobe todo hoy, que la categoría *relaciones de producción* resulta, por el contrario, sumamente amplia. La tarea más importante consiste entonces en determinar la forma —altamente mediatizada por la esfera política— en que las particularidades de un modo de producción inciden sobre la cuestión criminal y el control social. Excelente ejemplo de un análisis de este tipo y específicamente a propósito de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER, lo ofrece el trabajo de PAVARINI[35]. Dedicado al análisis del control social en la Italia actual, se arriba en aquel a dos conclusiones de importancia: a) la pérdida de funciones reales de la institución carcelaria como medio de reeducación[36], la cual reduce sus funciones a una mera ideología represiva, y b) por consiguiente, la tendencia a un proyecto carcelario dominado exclusivamente por los principios de la "máxima seguridad"[37]. Es bastante probable que estos dos aspectos estén presentes en el caso argentino; sin embargo, no puede afirmarse que constituyan su característica más distintiva. La gravedad e intensidad de la política de desapariciones permiten suponer que sus contenidos represivos son considerablemente superiores a cualquier tendencia a la involución autoritaria en el contexto europeo. En otras palabras, el análisis de la relación entre *pena* y *estructura social* parece comenzar, en el caso argentino, exactamente en el punto en que finaliza el análisis de PAVARINI.

V. DESTRUCCIÓN SOCIAL Y "PENA" DE DESAPARICIÓN

Simultáneamente con la consideración del objetivo central de este último punto —penetrar en la lógica de la política de desapariciones—,

[34] Según D. MELOSSI (*Mercato del lavoro...*), los elementos cualitativos de la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER son aquellos que todavía conservan plenamente su validez: "la hipótesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER permanece vigente, si la consideramos válida, inclusive al interior de un rígido vínculo entre porcentaje de desocupación y porcentaje de población carcelaria, ya que dicha hipótesis es esencialmente cualitativa y no cuantitativa. Ella intenta explicar la naturaleza y el carácter de la pena, y no su extensión" (ob. cit., pág. 30).

[35] M. PAVARINI, "*Concentrazione" e "diffusione" del penitenziario...*, en "La Questione Criminale", enero-abril de 1978, págs. 39-61.

[36] Ibídem, pág. 40.

[37] Ibídem, pág. 49.

es necesario hacer referencia a dos aspectos cuya importancia se sitúa más allá de toda discusión: a) el problema de la violencia en la Argentina; b) la utilización del término *pena* con respecto a la política de desapariciones.

Luego de la asunción del gobierno democrático en 1973, la violencia continuó imperando en la Argentina. Rápidamente, y sobre todo luego del breve período presidencial de H. J. CÁMPORA, dos formas de terrorismo subversivo ocuparon prácticamente la totalidad de la vida de la Nación: los grupos políticos que con diversos niveles ideológicos y de organización pretendían un tránsito inmediato a algunas de las variantes del socialismo, y el Estado actuando por medio de grupos parapoliciales y paramilitares. Esta espiral de violencia se fue agudizando hacia finales de 1975. El clima reinante en los días previos a la asonada, se presentaba, por múltiples factores, favorable al golpe de Estado. El rechazo a toda forma de violencia parecía haberse convertido en un punto de acuerdo para la inmensa mayoría de la población. Bajo esta situación, las fuerzas armadas se hacen cargo del poder —prácticamente sin encontrar ninguna clase de resistencia— el 24 de marzo de 1976. Comienza en ese momento una producción *sistemática* de legislación represiva, en virtud de la cual, casi todas las formas de la violencia, así como del mero disenso, resultan criminalizadas. De entre los cientos de decretos-leyes dictados por la Junta Militar, uno merece ser mencionado: la "ley" 21.338, dictada el 25 de junio de 1976, que incorpora la pena de muerte al Código Penal. Hoy, a casi siete años de su promulgación, dicha pena jamás ha sido aplicada. Ello no obstante, el problema de los detenidos -desaparecidos constituye una realidad irrefutable, donde —como lo expresa el informe de la Comisión antes citado— cualquiera que sea su número, la cantidad es impresionante. Frente a estos hechos una pregunta aparece evidente: ¿por qué razón un gobierno, que cuenta con la suma del poder político-militar, con el apoyo de los grandes grupos financieros y con un relativo consenso inicial de la población (en lo que hace a la eliminación de la violencia), apela a formas institucionales de terror? O dicho de otra manera: ¿por qué un gobierno que dicta (al margen de toda legitimidad democrática; pero ese es otro problema) una legislación represiva omnipotente y omnicomprensiva, actúa sistemáticamente fuera de las reglas del juego por él mismo trazadas?

Algunos aspectos del proyecto económico y del proyecto político-social ideados y encarnados por distintos actores, pero que se atraen y se complementan mutuamente, puestos en práctica por la dictadura militar a partir de 1976, ofrecen las claves para intentar dar respuesta a la pregunta anterior. Para decirlo brevemente, el sector más concentrado del capital financiero, industrial y agrario, en alianza con las corpo-

raciones multinacionales, se encargó en forma exclusiva de la política económica. El proyecto es relativamente simple; se trataba de una nueva división internacional del trabajo, que condenaba a la Argentina a los esquemas imperantes en el siglo XIX: un país exportador de productos agrícola-ganaderos e importador de productos elaborados. Para ello se requería una política de "disciplina" de la sociedad, que hiciera posible la reducción parcial y el sometimiento definitivo del sector asalariado. Esta necesidad de "orden" en función de un proyecto concreto de acumulación, coincidía perfectamente con el otro "orden", abstracto y entendido como fin en sí mismo, que se desprende de los postulados de la D.S.N.* Estos elementos ideológicos cobran tal fuerza, que —a pesar de que un número indeterminado, pero seguramente significativo, de altos oficiales de las fuerzas armadas, se vieron personalmente enriquecidos por negocios ilícitos, o lícitos pero éticamente reprochables— no permiten afirmar que un interés predominantemente económico movió a las fuerzas armadas, no ya a realizar el golpe del 76 sino a implantar la política sistemática de desapariciones. Además, gran parte de las fuerzas armadas estaban firmemente convencidas de su carácter de salvadoras providenciales de la patria y de ser las encargadas de la defensa de los valores del mundo occidental y cristiano. Para ello había que destruir a la subversión. Pero ¿en qué consistía, en realidad, la subversión? Si por subversión se hubiera entendido solamente las acciones militares de los grupos armados o la comisión de hechos que atentaran directamente contra los intereses de las grandes mayorías, entonces la represión jurídico-legal (aun democráticamente ilegítima) habría sido suficiente. Pero no fue así. El concepto de subversión fue redefinido y extendido hasta límites insólitos, en función de una gigantesca tarea de resocialización y control social, que debía abarcar al conjunto de la sociedad. Se trataba de instaurar un nuevo "proceso", que no tenía plazos sino objetivos, trazados nebulosamente por los postulados de la D.S.N. Se llegó así a la criminalización de toda forma de disenso político. Resultó, en consecuencia, prácticamente imposible reprimir legalmente a individuos y grupos cuyo único "delito" consistía en disentir con el proyecto de país que se intentaba implantar[38]. Fue necesario concebir una "pena" que, eliminando a buena parte de la oposición, permitiera desentenderse de sus responsabilidades y consecuencias: la "pena" de desaparición.

* Doctrina de la Seguridad Nacional.

[38] Para un análisis actualizado de esta problemática, cfr. R. BERGALLI, *Diez últimos años de criminología argentina: la epistemología del terror*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 69, Universidad Complutense, Madrid, 1983; versión italiana en *Dei delitti e delle pene*, núm. 3, De Donato, Bari, 1983 (en prensa).

Es cierto que denominar "pena" a la política de desapariciones, no se corresponde exactamente con los criterios de la ortodoxia teórico-jurídica. Sin embargo, existen dos razones que justifican —por lo menos hasta hoy— el uso de dicho término (donde las comillas pretenden poner de manifiesto su carácter *sui generis*). La primera es que la ortodoxia teórico-jurídica se corresponde poco o nada con la realidad social. La segunda proviene de su carácter sistemático y de la presunción de responsabilidad del gobierno. La investigación, la determinación de responsabilidades y el castigo de los culpables, tornarían superflua la denominación de "pena", la cual se convertiría automáticamente en un delito, perfectamente sancionable inclusive por la legislación *de facto* vigente.

CONCLUSIÓN

Como puede deducirse de las páginas iniciales de este epílogo, las consideraciones que aquí se expusieron constituyen solo una de las varias interpretaciones y "usos" posibles de *Pena y estructura social.* Sin embargo, y más allá de la polémica que aquellas puedan generar, existe un elemento que puede y debe ser incorporado de manera incuestionable en el contexto latinoamericano: la recuperación de la dimensión histórica de la cuestión criminal. Faltan en América Latina trabajos de investigación que reconstruyan con una visión crítica el desarrollo de las técnicas de control social. Desconocemos todavía en buena parte, los vínculos entre la evolución de los sistemas punitivos y el movimiento de la estructura social. Es de esperarse que la aceptación o el cuestionamiento de las tesis de RUSCHE y KIRCHHEIMER colaboren en dicha tarea.

Saarbrücken.R.F.A.
Agosto 1983