

REVEVISION DEL PLANTEAMIENTO HUMANITARISTA DE

LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA ILUSTRACION

JURIDICO-PENAL ESPAÑOLA



REVISION DEL PLANTEAMIENTO HUMANITARISTA
DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA ILUSTRACION
JURIDICO-PENAL ESPAÑOLA

Tesis Doctoral presentada por:

Juan Gonzalo Escobar Marulanda

Dirigida por:

Dr. Juan Bustos Ramírez

UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BARCELONA

FACULTAD DE DERECHO

I N D I C E

CAPÍTULO I: VISIÓN DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA REFORMA JURÍDICO PENAL DE LA ILUSTRACIÓN

I.	ASPECTOS GENERALES.....	3
II.	PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA PENAL EN GENERAL	
	A. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y DE LA ILUSTRACIÓN....	4
	1. Consideraciones previas.....	4
	2. El sistema penal del Antiguo Régimen. características.....	5
	a. Delito-pecado.....	5
	b. Severidad de las penas.....	6
	c. Concentración del poder (absoluta)...	8
	d. Falta de claridad y unidad en la legislación.....	9
	e. Arbitrio judicial.....	9
	f. Desigualdad ante la ley.....	10
	g. Sistema procesal de tipo inquisitivo.	11
	3. El sistema penal de la Ilustración características y principios.....	12
	a. Características de la Ilustración....	12

a.a Secularización del Derecho penal.....	12
a.b Humanización de la pena.....	14
a.c Limitación del poder.....	16
a.d División de poderes.....	18
a.e Claridad y carácter escrito de la ley.....	19
a.f Limitación al juez y racionalización del procedimiento.....	20
a.g Espíritu eminentemente crítico.....	21
a.h Racionalismo, utilitarismo y jusnaturalismo.....	22
b. Principios	23
b.a Principio de necesidad.....	23
b.b Principio de la prevención.....	25
b.c Principio de igualdad.....	25
b.d Principio de legalidad.....	27
b.e Principio de proporcionalidad.....	28
c. Importancia atribuída a los postulados de la Ilustración.....	29
c.a Como base del Derecho Penal moderno.	
c.b Fundamento histórico del derecho penal garantista.....	30
d. Conclusiones al apartado.....	32
B. EXPLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA ILUSTRACIÓN JURÍDICO-PENAL.....	35

1. Consideraciones previas.....	35
2. Espiritu humanitarista.....	36
a. Humanitarismo pietista o filantrópico (Sentimentalismo moralista).....	36
b. Humanitarismo racional (garantista)..	41
c. Conclusiones.....	47
C. EL FRACASO-TRIUNFO DE LA ILUSTRACIÓN.....	49
III. PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA PENAL REFERIDOS A LA ILUSTRACIÓN JURÍDICO PENAL ESPAÑOLA.....	57
A. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	57
B. ELEMENTOS EXPLICATIVOS.....	58
1. El movimiento de la Ilustración.....	58
a. Los "reformadores" (teóricos).....	58
a.a. Los autores extranjeros.....	60
a.b. Los autores nacionales (Manuel de Lardizábal y Uribe).....	61
a.b.a. Cómo se presenta su obra.....	63
a.b.a.a. Lardizábal "el Beccaría español".....	63
a.b.a.b. Lo nuevo y mejor en Lardizábal	64
a.b.a.c. El reformador frente al revolucionario.....	66
a.b.a.d. Lardizábal, un ilustrado.....	67
a.b.a.e. Lardizábal, un plagio.....	67

a.b.b. Importancia atribuida a su obra	
a.b.b.a. Posiciones realzadoras.....	68
a.b.b.b. Posiciones matizadoras.....	70
b. los "prácticos".....	71
b.a. Sus obras y sus autores.....	71
b.b. Importancia atribuida.....	72
2. Importancia del movimiento ilustrador..	72
3. El fracaso.....	74

CAPÍTULO II: VISION CRITICA RESPECTO DEL PLANTEAMIENTO
'HUMANITARIO' DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA ILUSTRACION
JURIDICO PENAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	93
II. POSICION ECONOMICA	
A. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	94
B. DESARROLLO ANALITICO.....	101
C. ELEMENTOS ADICIONALES A DESTACAR.....	104
D. EL ILUMINISMO JURIDICO PENAL.....	110
E. INCIDENCIA EN EL DEBATE.....	114
III. POSICION POLITICA.....	118
A. PLANTEAMIENTO GENERAL.	

B. ASPECTOS CONCRETOS DE LAS PRÁCTICAS	
PUNITIVAS DEL SIGLO XVIII.....	132
1. El cambio del sistema punitivo.....	132
2. La reforma.....	143
a. Los reformadores.....	146
a.a Externos.....	146
a.b Internos.....	150
b. El contenido.....	156
3. El sistema carcelario.....	161
a. Los realizadores.....	162
b. La transformación.....	165

CAPÍTULO III: DEBILIDAD EXPLICATIVA DEL DISCURSO PENAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	187
II. REVISION CRÍTICA DE LAS CARACTERÍSTICAS Y	
PRINCIPIOS DADOS POR LA DOCTRINA PENAL.....	187
A. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA VISIÓN PENAL.....	189
1. El Antiguo Régimen.....	189
a. La severidad de las penas.....	190
b. concentración del poder.....	192
c. El arbitrio judicial.....	193
2. La Ilustración.....	196
a. Características.....	199

a.a La secularización.....	199
a.b La humanización.....	200
a.c La limitación del poder.....	202
a.d Limitación del juez.....	204
b. Los Principios.....	205
c. Importancia atribuída.....	205
III. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS EXPLICATIVOS.....	206
A. RELATIVIZACIÓN DEL MOVIMIENTO	
TEÓRICO EN ESPAÑA.....	207
1. El reducido ámbito de incidencia	
del discurso extranjero.....	207
2. Falta de representatividad del	
discurso nacional.....	208
a. Sus actitudes.....	210
b. Su obra.....	212
b.a. Lardizábal no es propiamente	
un ilustrado.....	213
b.b. Lardizábal critica a Beccaría.....	218
b.c. La obra de Lardizábal como	
propuesta de resolución de las	
inquietudes monárquicas.....	223
3. El carácter no propiamente ilustrado	
de los prácticos.....	225
a. Los prácticos no refuerzan la	
reforma ilustrada.....	225

b. Los pácticos realizan una labor recopiladora más que codificadora...	228
B. EL FRACASO COMO RECURSO EXPLICATIVO.....	230
CAPÍTULO IV: OTROS ELEMENTOS DE LA REFORMA PENAL DE LA ILUSTRACIÓN ESPAÑOLA	
I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	239
II. UNA DETERMINACIÓN DEL NIVEL EXPLICATIVO DEL DICURSO "HUMANITARIO".....	243
A. SITUACIÓN HISTÓRICA GENERAL DE LA ESPAÑA BORBÓNICA.....	244
1. Aspecto económico	
2. Aspecto social	
3. Aspecto político	
B. DIVERSIDAD DE INTERESES EN LA REFORMA.....	256
C. LO "HUMANITARIO" UN ESPACIO CENTRAL DE LUCHA.....	263
III. LOS ELEMENTOS PRÁCTICOS.....	283
A. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	283
B. LOS MILITARES: UN PROYECTO DE TRANSFORMACIÓN.....	289
1. Realizaciones.....	292
a. Transformación del sistema punitivo.	292

a.a. El presidio.....	292
a.b. Las Ordenanzas penitenciarias.....	298
a.b.a. La Ordenanza de presidios navales.....	298
a.b.b. El proyecto del presidio de Cadiz ideado y desarrollado por Abadía.	300
a.b.c. El Reglamento de 1.807.....	304
a.b.d. La Ordenanza de 1.834.....	307
b. Transformación en el sistema educativo	
B. EL MODELO 'DURO' DE ENCERRAMIENTO DESARROLLADO POR LOS MILITARES: LA DELINCUENCIA.....	313
1. El presidio militar.....	318
2. Los presidios peninsulares.....	325
3. El presidio de obras públicas.....	329
4. El presidio industrial.....	331
C. LA BURGUESÍA OTRO PROYECTO DE TRANSFORMACIÓN.....	334
1. Realizaciones (Pablo de Olavide).....	337
a. La Casa de Corrección de San Fernando	
b. Reglamentos e informes.....	340
c. El informe sobre la Ley agraria.....	343
d. La educación.....	346
e. Las Sociedades económicas del país..	355
f. La colonización.....	360
D. EL MODELO 'BLANDO' DEL ENCERRAMIENTO	

DESARROLLADO POR LA BURGUESÍA: LA VAGANCIA.

V. ANÁLISIS DE ESTOS ELEMENTOS.....	338
A. LA HISTORIA DE LAS IDEAS. UN ELEMENTO GENÉRICO A CONSIDERAR.....	389
- El proyecto humanitario renacentistas	
a. Formulación.....	389
b. Elementos.....	391
B. LA HISTORIA DE LOS PROYECTOS DEL SIGLO XVIII ESPAÑOL.....	403
1. El proyecto militar.....	403
a. Presentación.....	403
b. Elementos.....	405
2. El proyecto burgués.....	408
a. presentación.....	408
b. Elementos.....	410
C. INTERACCIÓN DE LOS PROYECTOS.....	426
1. El encerramiento: una práctica común....	426
a. Necesidad de acumulación de fuerza humana.....	426
b. El encerramiento.....	427
2. Interacción de tácticas.....	428

C A P I T U L O I

VISIÓN DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA REFORMA

JURÍDICO PENAL DE LA ILUSTRACIÓN

La legislación penal no se preocupó de mantener la proporcionalidad de la pena defendida por los teóricos. Cuando un delito llegaba a ser plaga social, (la Monarquía) no se detenía ante consideraciones teóricas y castigaba generalmente con la pena de muerte a los autores, cómplices o encubridores, facilitaba la prueba procesal y empleaba todos los procedimientos represivos que estaban en su toda poderosa mano..." (Tomás y Valiente. 1969.p 359).

"...Uno se imagina que se está abriendo al mundo y lo paga con la ceguera de lo cercano. Es incomprensible la soberbia con que decide qué es lo importante o no a uno. Todas las líneas de la experiencia están preestablecidas sin que uno se de cuenta; todo lo que no se llega a captar con letras pasa desapercibido y ese feroz apetito llamado afán de conocimiento no se percata de lo que se le escapa." (Canetti, 1.985, La lengua absuelta, Munchnik, Barcelona).

I. ASPECTOS GENERALES

El objeto de este capítulo es recoger sistemáticamente, las apreciaciones que sobre la reforma jurídico penal de la ilustración, hacen los autores del derecho penal, tanto en sus características y principios, como en la explicación de su contenido ideológico. Para que sirva de punto de relación entre ulteriores capítulos (en los que se hará un revisión de esta presentación de la Ilustración).

Con relación a las fuentes, encontramos una dificultad general en cuanto que las obras de derecho penal, en términos generales, no estan directamente encaminadas a recoger o explicitar esta temática; sino que es preciso hacer un análisis selectivo en ellas.

En el desarrollo de este capítulo aparecen apreciaciones de autores ajenos a la doctrina penal, bien por que en algunos casos son fuentes indirectas de ellos, o bien por que al ser sus obras interpretaciones de la ilustración que profundizan la orientación seguida por la doctrina penal prestan una mayor claridad explicativa.

No se efectúa en este capítulo un análisis directo sobre las obras de los autores ilustrados aunque no por ello se dejen de tener en cuenta.

II. PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA PENAL EN GENERAL

A. CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS (1) DEL SISTEMA PENAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN Y DE LA ILUSTRACIÓN

1. Consideraciones previas.

No se pretende en este apartado realizar un estudio historiográfico en el que se determinen las características del Antiguo Régimen y de la Ilustración en su aspecto jurídico-penal, ni en general, ni en España.

Tanto el Antiguo Régimen como la Ilustración los denominaremos períodos para que el análisis se haga entre dos períodos concretos.

No existe en estos autores, ni en otros, una definición clara y precisa que permita delimitar cada uno de estos conceptos (2). No obstante, se parte, en general, de la existencia de un proceso de cambio del Antiguo Régimen a la Ilustración, tanto en el ámbito general como en el jurídico penal (3).

2. El sistema penal del Antiguo Régimen. características.

a. Delito-pecado.

Una de las características que se han destacado de forma generalizada, es la que resalta la íntima relación existente, en la legislación penal del Antiguo Régimen, entre el delito y el pecado.

Este fuerte nexo es explicado a través del poder que tenía la Iglesia en esos momentos, que hacía a la Ciencia estar al servicio de la Teología (von Liszt, 1,914, p 355). Son los planteamientos teológicos, por tanto, los que fijan el contenido de la ley penal. A través de ellos se determina lo que está "bien" y lo que está "mal", lo que es bueno y lo que es pecado.

El pecado y su gravedad son los que definen el delito y su grado. La gravedad de la pena se medirá por la gravedad del pecado. El pecado es ofensa a Dios y la pena su castigo.

"...La ley del soberano se confundía con la ley natural o dada por Dios. En el soberano radica el Estado y necesariamente el poder legal y de justicia. La pena se concibe como un castigo, como la expiación del mal (o pecado); se pena a quien se ha rebelado contra el soberano (que sería lo mismo que contra Dios)" (Bustos, Hormazábal, 1.980, p. 99) (4).

b. Severidad de las penas

La característica más destacada y en la que coinciden la mayoría de los autores, es la consideración de la severidad de las penas en el Derecho Penal del Antiguo Régimen (5).

Entre estas penas, que han recibido calificativos como crueles, desproporcionadas, duras, atroces, absurdas, bárbaras; se destacan la de muerte, los

suplicios, las torturas, las galeras, etc.

Si se miran los escritos referentes a este aspecto la situación descrita es muy impactante " ...La legislación penal medieval, con todo su rigor y dureza... no podía ser ni peor ni más cruel" (Arrollo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, p. 58); era el "Derecho penal del horror" (Mir Puig, 1.985, p. 630).

La formación de esta situación terrorífica es vista como un proceso en el que el Estado "naciente" reclamaba para sí todo el ámbito político. Con la concentración del poder en el soberano y, con la respectiva pérdida de poder por parte de la nobleza y la Iglesia, la crueldad se acentuó hasta lo que conocemos como el "despotismo ilustrado".

Esta característica es destacada, en el análisis penal, como una de las más importantes del Antiguo Régimen. A partir de esta caracterización, el Antiguo Régimen será representado e identificado ante todo como la época de la crueldad y dureza penal en la que la pena "ejemplar" y modelo es la pena de muerte. Por el contrario será el humanitarismo lo que caracterizará e identificará al Derecho Penal de la Ilustración.

c. Concentración del poder (absoluto).

En el régimen legal en general y en el penal en especial se refleja una concentración del poder en manos del Monarca, Que es, en última instancia, legislador, juez, policía, etc.; su voluntad es la ley y su única guía podía venir del campo religioso.

Esta característica se pone como complemento de las anteriores en cuanto que el poder, al ser concebido de manera absoluta y fundamentado en concepciones religiosas, habilita, al no admitir límites, la crueldad y atrocidad antes mencionadas, además de la inseguridad y arbitrariedad del sistema.

No hay, una instancia intermedia entre la voluntad del legislador y la ley, sólo una superior, la voluntad de Dios; no hay, entonces, un criterio limitador del poder (6). Su voluntad es ley que rige para los demás, el soberano no queda sometido a ella ya que es su voluntad la que prevalece sobre la ley, la que la deroga.

En este punto, al igual que el anterior, al ver las manifestaciones de los diversos autores, la conclusión

es bien categórica: "... una época en la que solía reinar la total arbitrariedad del soberano" (Bustos 1984, p.68).

d. Falta de claridad y unidad en la legislación

La legislación de la época es caracterizada como una recopilación de leyes dictadas a través de la historia, cuyas normas en algunos campos son repetitivas o contradictorias y sin ninguna coherencia, ni sistemática ni interna.

La descripción de los hechos delictivos se basaba en la casuística y es destacada por su oscuridad y confusión (Rodríguez Morullo, 1.978, p. 39).

Este carácter de la ley penal del Antiguo Régimen, sumado a la amplia facultad de interpretación judicial, da lugar a esta nueva faceta negativa que se resalta.

e. Arbitrio judicial

Otra de las características más destacadas del sistema penal del Antiguo Régimen consiste en la libertad

absoluta del juez para interpretar la ley, no existiendo límites para su actividad (7).

El juez, mediante la libre interpretación y la aplicación analógica, se convierte en real legislador ya que en dicho proceso podía resultar aplicando una norma legalmente inexistente, totalmente nueva, pudiendo "...poner penas extraordinarias y arbitrarias" (Antón Oneca, 1.949, p. 45).

f. Desigualdad ante la ley

El contenido de esta característica se concreta principalmente en dos aspectos:

En primer lugar, hace referencia a la existencia de jurisdicciones especiales, el señorío, la iglesia, la milicia, que constituían espacios de poder dominados por estamentos sociales diferentes y ello hacía que la solución a los problemas penales dependiese del estamento sobre el cual recaía.

Por otro lado, en la definición y graduación de la pena intervenían consideraciones según la condición de noble o plebeyo de los sujetos activos y pasivos que

intervenían, de tal forma que por ello la pena variaba en su contenido, gravedad y forma de ejecución (8). Esto ayuda a explicar que los delitos más gravemente castigados fuesen los de lesa majestad, humana y divina (Antón Oneca, 1.949, p. 45).

En sí la legislación está cargada de elementos que contribuyen a que los estamentos menos significativos de la sociedad del momento reciban con más rigor los efectos del castigo estatal (Sainz Cantero, 1.970, p. 46).

g. Sistema procesal de tipo inquisitivo.

Entre otras características, reconocidas por algunos autores, en las que el énfasis se hace más en su cambio en la época de la Ilustración, pueden ser mencionadas: 1) La amplitud probatoria en la que se valoraba excesivamente cualquier indicio por leve que fuese, se admitían testimonios de inhábiles y se buscaba la confesión mediante la tortura (Agudelo, 1.986, ps. 188, 302, 304). 2) La pena afecta a los parientes del reo. La pena va más allá de la persona que realiza el delito involucrando a sus parientes quienes podían llegar a ser

desterrados, despojados de sus bienes, inhabilitados, etc. (9).

3. El sistema penal de la Ilustración características y principios

a. Características de la Ilustración

a.a Secularización del Derecho penal

La ruptura del binomio delito-pecado es considerada como una de las principales características del período ilustrador (10).

El poder del Estado, del soberano, antes basado en el poder divino, rompe este lazo de fundamentación y lo traslada al "pueblo", proclamándose la soberanía popular, respaldada en el contrato social.

Ahora el fundamento del poder estatal es el "hombre". Su razón, "liberada" de la razón divina, está llamada a gobernar todo el espacio político ajeno al religioso.

El hombre y sus necesidades se convierten, entonces, en el fundamento del derecho penal que se erige así como el instrumento asegurador y protector.

"La desaparición del fundamento teológico obliga a buscar en la pena una finalidad de utilidad humana" (Prieto Sanchís, 1.985, p. 294).

De esta forma, el daño social como substituto del criterio religioso del pecado, entra a ser el elemento más importante para la determinación de las conductas criminales y su gravedad (11).

En cuanto a la importancia atribuida a la secularización del derecho penal, de forma mayoritaria se entiende que es el punto central y determinante de la Ilustración (12). En este sentido, la doctrina penal resalta su importancia en el ámbito jurídico-penal.

Así, para algunos es el fundamento de todo el proceso de cambio (13) y para otros es un elemento importante a tener en cuenta (14).

Existe en el período ilustrador una reorganización del poder en la cual el hombre juega el papel central

desplazando a la religión y a Dios como su artífice principal.

En suma más que proclamar el triunfo de la ideología secularista propia de la Ilustración, se admite que en la reorganización del poder, y con ella la del Derecho penal se plasma, por primera vez, la primacía del pensamiento antes existente que pone en el centro de todo al hombre. Es más la concreción, el triunfo de un proyecto, que el origen e imposición de un nuevo ideal que regirá el desarrollo del Derecho Penal.

a.b Humanización de la pena

Es esta una de las características más resaltadas (15) por la doctrina penal sobre la ilustración jurídico-penal.

Básicamente esta "humanización" es caracterizada en oposición al aspecto cruel y excesivo del Antiguo Régimen. La concreción de esta humanización está, en última instancia, en la suavidad y moderación que adquieren las penas a partir de dicho período. Será frecuente y generalizado leer en todas las obras de

Derecho Penal sobre la "dulcificación", "menor crueldad" y "mitigación" de las penas (16), en la reforma de la Ilustración.

Esta característica y sus connotaciones pueden reflejarse en las siguientes afirmaciones.

"...Uno de los elementos más característicos y tal vez el más visible del iluminismo penal es el espíritu humanitario y de filantropía...un sentimiento...que situado frente al panorama penal del Antiguo Régimen había de producir efectos inmediatos en favor de la dulcificación de los castigos y de los métodos procesales." (Prieto Sanchís, 1.985, p. 295).

"El humanitarismo radicaba en modificar la situación existente de tormentos, penas de galeras, y en general penas de carácter corporal" (Bustos, 1.984, p. 438). Penas que atentan contra la dignidad humana. Los medios que utiliza el legislador no pueden ir pues contra la dignidad del hombre. "De ahí la abolición de la pena de muerte, la proscripción de la tortura y la crisis que sufre la pena privativa de libertad." (Bustos, 1.984, p. 64).

"Tal vez sea éste el principio que en mayor medida caracteriza el « origen » y la « evolución » del contenido del sistema penal contemporáneo. Nació éste de la mano de la reivindicación de una humanización del rigor de las penas previstas en el derecho del Antiguo Régimen. Fue un punto central del programa de la Ilustración..." (Mir Puig, 1.985, p. 78).

Dentro de la doctrina penalista existen posiciones que aunque reconocen el contenido humanitario de este Derecho penal de la Ilustración, no aceptan que su origen esté en este período sino que se origina en las doctrinas cristianas (17). En segundo lugar, y sólo mencionándolo por ahora, no todos los autores ven esos "efectos inmediatos" de la suavización de las penas (18).

a.c Limitación del poder

Esta característica, aunque hace referencia a un campo genérico, tiene gran relación con el Derecho Penal.

Se pretende, por un lado, la centralización del poder en manos del Estado, pero por otro, se busca

limitarlo para prevenir los abusos antes referidos (Prieto Sanchís, 1.985, p. 290).

El poder estatal sufrirá una doble reducción, por un lado, de forma general, el Estado queda sometido a las normas jurídicas y por otro, en un nivel específico, la facultad punitiva del Estado esta limitada al mínimo. Sólo lo necesario, dado que el Derecho Penal reduce la libertad del individuo (Radzinowicz, 1.968, p. 22): el bien máspreciado de esta nueva sociedad. (Radzinowicz, 1.968, p. 6). El Derecho Penal se torna así en la carta magna de todos los individuos (Bustos, 1.983, T II, p. 31)

Las reformas, secularización, abolición de la pena de muerte, etc., serán tenidas como una ampliación de la esfera de libertad del individuo (Cattaneo, 1983, p.12).

El Estado, por tanto, al ejercer su poder debe respetar los derechos individuales que le impone límites "en garantía de la seguridad jurídica y de la igualdad de todos ante la ley" (Antón Oneca, 1.949, p. 49).

A partir de este momento los principios que rigen el Derecho Penal de la Ilustración están llamados a cumplir

una función trascendental en el desarrollo del Derecho Penal moderno, en su función garantista deberán establecer los límites del derecho de castigar del Estado (19).

a.d División de poderes

Esta es otra característica, igualmente genérica del ámbito político, pero que tiene gran relación con el Derecho Penal y que es destacada como propia de la legislación ilustrada (20).

El absolutismo de la relación de poder del Antiguo Régimen, al cual se le atribuyen muchos de los fenómenos que se le critican - arbitrariedad del Monarca y de los jueces, abusos de poder, indefensión del procesado, etc.-, es reformado mediante la división de poderes. Quien gobierna no puede juzgar y quien juzga no puede legislar. Bajo esta premisa, el juez sólo se limita a verificar si un hecho está o no descrito por la ley como delictivo.

a.e Claridad y carácter escrito de la ley

En clara contraposición al carácter oscuro y ambiguo de la legislación penal del Antiguo Régimen, se destaca como característica del Derecho Penal de la Ilustración la claridad y el carácter escrito de la ley penal (21).

Una clara idea la podemos encontrar en esta lectura: "...el contenido de estos actos de intervención han de estar suficientemente detallados y especificados y, por último, el ciudadano ha de tener la posibilidad real de conocer con toda claridad el contenido de esos actos como también el fundamento de ellos" (Bustos, 1.984, p. 67).

En definitiva, se trata de la carta de nacimiento de la dogmática jurídico penal. El desarrollo científico a partir de ese momento debe buscar esa detallada y específica descripción de hechos que permitan conocer con claridad al ciudadano el contenido y fundamento de las prohibiciones penales, al igual que los principios que las rigen (22).

a.f Limitación al juez y racionalización del procedimiento.

En el campo procesal, los autores que analizamos suelen ser más extensos en el aspecto crítico del Antiguo Régimen que en las reformas elaboradas, dándole un tratamiento global.

No obstante, la característica más destacada en este ámbito radica en la eliminación del arbitrio judicial (23).

El juez, cuya actividad antes podía ser calificada de legisladora, ahora se veía desposeído de sus dos grandes herramientas, la interpretación y la analogía.

El juez no debe interpretar la ley (24), su función es juzgar con el principio de legalidad y con unas leyes claras. La interpretación y la analogía quedan proscritas.

a.g Espiritu eminentemente crítico.

También de carácter global, esta característica ha sido referida al Derecho Penal, como el intento de destrucción del sistema penal del Antiguo Régimen más que un intento de construcción de un nuevo sistema (25).

En la Ilustración "...prima una característica común, su carácter crítico. Su actitud metodológica fundamental es la de desentrañar la realidad que está bajo las apariencias del estado de cosas existentes" (Bustos, 1.984, p.118) (26).

Por ello, para estos autores, es válido extraer de las críticas, hechas por los autores ilustrados, las características del Antiguo Régimen, ya que, su intención era desvelar la realidad oscura del Antiguo Régimen.

Por ello, "El derecho penal nace impregnado por una metodología crítica y práctica como característica común" (Bustos, 1.984, p. 119), metodología que variará en el desarrollo del Derecho Penal de una posición crítico-negativa a una positiva (27).

a.h Racionalismo, utilitarismo y jusnaturalismo.

Esta característica o características han sido recogidas aisladamente por los autores bien como corrientes enfrentadas entre los diversos autores de la ilustración (28) o bien como "ánimos" conflictivos en cada autor ilustrado (29).

Para Bustos, estos elementos integran una visión global, propia de la Ilustración. Aunque, en principio, son aspectos contradictorios, la Ilustración presenta un planteamiento integral de ellos que estructuran sus planteamientos. Con el surgimiento del Estado de Derecho liberal estos elementos son posteriormente divididos, dando lugar sus componentes a las diversas corrientes de las escuelas penales. La Escuela Clásica, recogerá la racionalidad como absoluta. La Escuela Positiva, recogerá el utilitarismo y pragmatismo, dando lugar a la Criminología y luego en su intento ecléctico de unión, aparece la Política Criminal (1.983, T.I, ps. 30s).



b. Principios

b.a Principio de necesidad (legitimidad).

Con la secularización con que se caracteriza al Derecho Penal de la Ilustración se deja sin fundamento al derecho de castigar del Estado (30). La exaltación de la libertad del individuo y sus derechos correlativos para ser limitados requieren una nueva fundamentación.

"La personalidad humana se levanta a pedir cuentas a la sociedad de la razón de ser de la pena, poniendo en tela de juicio la legitimidad de la acción social sobre los derechos del individuo". (Pessina, 1.919, p. 137).

Por ello, "...no es raro entonces que la cuestión de la legitimidad del ius puniendi sólo se venga a plantear con los autores del Iluminismo". (Bustos, 1.984, p. 44).

A partir de allí, la necesidad se convierte en el principio legitimador de la pena, "Existe unanimidad en que la justificación de la pena reside en su 'necesidad'. Una sociedad que quiera renunciar al poder

punitivo renunciaría a su misma existencia. la necesidad del derecho penal constituye una realidad que nos ofrece el conocimiento empírico" (Maurach, 1.962, p. 63).

Así, la legitimidad del derecho del Estado a castigar se buscará en la protección de la sociedad. Sólo en la medida que el Derecho Penal sea "necesario" para la protección de la sociedad estará legitimado (31).

La nueva legitimación ya no será la delegación del poder divino sobre el Monarca, sino que será la necesidad de defender la sociedad.

Este será un principio a mantener y que, tal como afirma Bustos, "hoy reaparece con amplio reconocimiento". (1.984, p. 49).

Es pues indiscutible la trascendencia de este principio en el Derecho Penal actual, ya que él lo fundamenta, lo legitima y le fija el límite mínimo. En él sólo está legitimada la mínima intervención, la "necesaria". Que, como dice Mir, integra lo que hoy se conoce como límites del ius puniendi en un Estado social (principio de utilidad, principio de subsidiariedad y carácter fragmentario) (1.985, ps. 72ss).

Esta posición resalta el principio de la necesidad de la pena como el fundamental para su aplicación y medida (Bustos, 1.983, T.I, p. 29).

b.b Principio de la prevención

Para Antón Oneca el "mérito de las doctrinas humanistas fue poner en primer plano el problema de la prevención" (1.944, p. 34).

La pena busca principalmente prevenir los delitos. Se pretende con ella que sirva de contra-motivación al delito.

b.c Principio de igualdad.

En contraposición a los privilegios y jurisdicciones especiales del Antiguo Régimen, ahora se plantea una igualdad ante la ley. Toda conducta delictiva debe ser castigada con la misma pena. La ley debe ser la misma para todos (32).

"La igualdad, como condición de los castigos, tiene el mismo origen de todas las demás igualdades ... Se había llegado a un extremo de privilegios y de diferencias, ...; y estallando entonces las fuerzas comprimidas, vino la revolución moral y material del siglo XVIII. Como la desigualdad había sido el distintivo de la época anterior fue necesario proclamar la igualdad; para sentar una completa contradicción con aquella" (Pacheco, 1.842, p. 98).

Su incidencia actual la destaca Romero confirmándola cómo una de las bases del Derecho Penal establecido por la Ilustración (1.987, p. 140).

Cabe advertir que el principio de igualdad es uno de aquellos principios en los que se ha considerado que sólo existe un planteamiento formal y cuya materialización debe buscarse; trabajo que desarrollan estos autores penalistas, principalmente desde el ámbito de la Política Criminal.

b.d Principio de legalidad.

Dentro del afán limitador del poder del Estado, el Derecho Penal de la Ilustración es caracterizado por el principio de legalidad (33). Cuya enunciación latina se adjudica a Feuerbach (34) y consiste, en que todo delito debe estar expresamente contemplado por la ley (35).

"...se concibe como limitador del poder punitivo del Estado dotado de sentido garantista para la libertad del ciudadano" (Mir, 1.985, p. 62).

La mayoría de los autores comienzan reconociendo precedentes anteriores pero concluyen que es en este período ilustrador, con su plasmación legal, cuando se logra "elevantarlo a axioma", "consagrarlo políticamente", obtener su "mayor desarrollo", su "total reconocimiento" (36).

Sin embargo, posiciones minoritarias como Gualart, aunque admite que no se da la plasmación de este principio tal como lo trae la ilustración, sí admiten que existen claros "atisbos" de él en el Derecho Penal

aragonés antecedente (1.977, ps. 79ss); y López Ricorezo que piensa que dicho principio ya se encontraba desde las partidas y que siempre se cumplió en España (1.955, p. 6) (37).

b.e Principio de proporcionalidad

Que la pena sea proporcionada al delito es un principio propio de la Ilustración (38) y se deriva, en parte, de los antes enumerados.

"La ilustración exige una proporción entre hecho y culpabilidad, por puras razones de humanitarismo" (Maurach, 1.962, p. 69).

Aunque tampoco está clara la ubicación histórica del origen de este postulado, lo que se destaca como novedoso es el criterio que se utiliza para medir la proporcionalidad: el daño social. (Masaveu, 1.922, p. 163)

c. Importancia atribuída a los postulados de la Ilustración.

c.a Como base del Derecho Penal moderno

Los principios antes recogidos serán considerados por estos autores como la base sobre la que se desarrollará el Derecho Penal moderno (39).

La Ilustración adquiere entonces un carácter trascendente dentro del Derecho Penal moderno ya que encuentra su fundamentación en el desarrollo de los principios allí consagrados. Determina los "rasgos nuevos" y "casi permanente" del Derecho Penal moderno (Beristain, 1.985, p. 28).

La solidez de la fundamentación de estos principios en cuanto son las "líneas maestras del vigente ordenamiento penal" (Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, p. 61), debe ser suficientemente fuerte ya que una crítica o el debilitamiento de ellos socavaría las "bases" mismas del D.P. moderno.

c.b Fundamento histórico del D.P. garantista

Derivado del anterior, pero más concreto, los principios referidos infunden al Derecho Penal una finalidad garantista (40).

A partir de ellos, el Derecho Penal en lo sucesivo será un mecanismo de control estatal. Su objetivo será garantizar los derechos del individuo partiendo de la libertad y en última instancia protegiendo la "dignidad humana". El desarrollo del Derecho Penal, así concebido y guiado por estos principios tiende y logra una humanización del mismo: la "humanización" de la pena. Derecho entendido como límite básico y primario cuyo objetivo final es proteger la "dignidad del hombre".

Así, hoy en día se va hacia "una fase de humanización caracterizada por el refuerzo de las garantías jurídico-penales de la persona" (Cuello Calón, 1.980, p. 65).

"...Están dadas las bases de garantía de un Estado de Derecho que continúan vigentes hasta nuestros días" (Bustos, 1.984, p. 46)

"El Derecho Penal moderno nace desde una perspectiva garantista..."(Bustos,1.984, p. 67)

"El derecho racional, introducido por la Ilustración....Es reconocido como institución humana,... Este es el punto de partida histórico-espiritual de la Ilustración.

Sus postulados "políticos" se dirigen contra las penas arbitrarias y a la limitación del poder estatal del absolutismo, incluso en la medición de la pena (Maurach, 1.962, p. 68).

La posición, 'garantista' actualmente en la doctrina penal moderna en España, de una manera más elaborada utiliza los planteamientos de la ilustración para dar alguna luz al desarrollo futuro de dicha ciencia, haciéndolo desde una óptica eminentemente crítica frente a las corrientes más rígidas del sector penal, que lo han llevado hasta los planteamientos autoritarios como los de la escuela de Kiel.

#^\\ usca pues esta corriente, crítica dentro del discurso penal, presentarlo como un Derecho penal mínimo, un control del control, un Derecho penal de

última ratio y garantista. En últimas, limitar el poder punitivo del Estado partiendo de los mismos principios iluministas, intentando por diversos caminos darle un contenido material y no simplemente formal a éstos.

d. Conclusiones al apartado.

Se parte de la existencia de un sistema penal del Antiguo Régimen, caracterizado, principalmente, así:

Desde el punto de vista de la justicia, era un Derecho generador de desigualdades, lleno de privilegios, que juzgaba a los individuos según su condición social; desde el punto de vista legislativo, constituía una recopilación de normas caóticas sin claridad y unidad, con leyes arcaicas, multiplicidad de fuentes, edictos, pragmáticas, y costumbres; carente de seguridad jurídica, tanto por el lado de los jueces como del Monarca; excesivamente riguroso y cruel. En sus fundamentos se tiene, la delegación divina y por ello su vínculo con la religión, buscándose la expiación moral y la intimidación colectiva,

En sus métodos prodigaban los castigos corporales y la pena de muerte, y en su ejecución se plasmaban refinamientos de crueldad cuando se trataba de determinados delitos.

En lo procesal todas esas notas estaban más acentuadas. Un proceso inquisitivo, rigurosamente secreto, sin las garantías más elementales de los derechos de defensa. Existía una facultad absoluta para la averiguación de la verdad a cualquier precio, que condujo a un sistema de pruebas legales, a la obligación del acusado de prestar juramento, a la implantación del tormento para la obtención de la confesión, que era considerada la reina de las pruebas. (Sainz Cantero, 1.970, p. 46).

Esta visión es presentada como uniforme y global para toda Europa.

A fines del siglo XVIII, el movimiento de la Ilustración, produjo un cambio substancial en el sistema penal hasta entonces reinante.

Este sistema, del Antiguo Régimen duramente criticado y desvelado por el pensamiento ilustrador,

debe transformarse, y de hecho se transforma, dando origen al Derecho Penal moderno que se basa y fundamenta en las ideas de este movimiento.

En general un sistema fundado bajo ideas racionales, utilitaristas y jusnaturalistas. En su aspecto político global, un sistema bajo postulados de limitación del poder estatal y división de los poderes. En cuanto a sus connotaciones jurídicas desprendido de la religión y la moral, que establece una igualdad de los individuos ante la ley. En lo procesal un sistema sin interpretación y aplicación analógica por parte de los jueces. En su aspecto propiamente penal, un sistema menos cruel y severo, con leyes claras y escritas.

Un sistema que da lugar a un derecho penal guiado por unos principios que no permitan castigar sino aquello que es necesario para la defensa de la sociedad; en la medida y proporción que el hecho en sí lo indique. Con un castigo, aplicado a todos por igual, previamente establecido en la ley y por un hecho en ella estipulado.

B. EXPLICACIÓN DE LA REFORMA DE LA ILUSTRACIÓN JURÍDICO-PENAL

1. Consideraciones previas

Este apartado intenta recoger, sistemáticamente, las principales explicaciones de la doctrina penal sobre el contenido ideológico del movimiento de la Ilustración.

Como aspecto metodológico, presentamos las diversas formulaciones, clasificándolas y compaginando sus análisis en forma de debate, centrado en la interpretación del espíritu ilustrador.

Una clasificación binaria permite agrupar las diversas posiciones teóricas estudiadas, aunque en ella no se ubican en forma estricta todos los autores sino que, algunos pasarán de una a otra categoría al considerar la existencia de una doble corriente o ánimo en la ilustración. No obstante, consideramos que la clasificación obtenida permite explicar y reunir todos los autores estudiados.

Estas dos posiciones las hemos denominado: humanitarismo pietista y humanitarismo racional.

2. Espíritu humanitarista

a. Humanitarismo pietista o filantrópico (Sentimentalismo moralista).

Un sector de la doctrina penal parte, en general, de la consideración de que la doctrina cristiana introdujo en la sociedad el sentimiento de piedad y el amor al prójimo (41), y que este sentimiento fue arraigándose en ella invadiéndola en todos sus ámbitos, entre ellos el Derecho penal (42).

Así surge, para estos autores, el carácter "humanitario" de la reforma penal de la ilustración. Que no es más que el reflejo de la propagación del sentimiento de piedad y caridad cristiana que se extendió con tal eficacia que "...llegó a ser opinión general la humanidad, como inseparable de la justicia" (Pessina, 1.919, p. 138).

De esta forma, lo humanitario adquiere un contenido preciso. Será un sentimiento de piedad, de amor al prójimo, de caridad, introducido por las doctrinas cristianas.

Es éste sentimiento, el que se revela contra la crueldad y abusos del Antiguo Régimen. Es este sentimiento, generalizado, el espíritu humanitario de la reforma jurídico penal de la época de la ilustración, es este su contenido y por ello su efecto será plantear y traer la humanización del Derecho penal.

En este sentido encontramos a lo largo de todo el discurso penal analizando afirmaciones como:

"...ideas de caridad y amor al prójimo" son la base del movimiento reformador (Cuello Calón, 1.919, p. 174).

"Uno de los elementos más característicos y tal vez más visibles del iluminismo penal es el espíritu humanitario y de filantropía. Se trata más de un sentimiento que de un principio de razón pero que situado frente al panorama del antiguo régimen había producido efectos inmediatos..." (Prieto Sanchís, 1.985, p. 295).

Este movimiento es "...el primer grito de la conciencia pública que horrorizada" (Soler R, 1.916, p. 11).

"La labor de los revolucionarios (refiriéndose a los iluministas) tuvo un carácter principalmente sentimental: fue la protesta de la dignidad humana contra las crueldades y atroces refinamientos penales..." (Lacería, 1.949, p. 259).

"...aparece un casi unánime sentimiento de benignidad..." (Stampa Braum, 1.953, p. 47).

"Por eso el Marqués de Beccaria imbuído de un alto y fino espíritu de humanismo reveló en su obra sus sentimientos de hombre honrado frente al cruel tratamiento a que eran sometidos los delincuentes..." (Tabio, 1.949, p. 101).

"El humanismo, que impulsado por la sensibilidad de la época de las luces y, favorecido por el sentimentalismo de la época romántica..." (Antón Oneca, 1.949, p. 48).

Tissot refiriéndose a los sentimientos de la época iluminista dice "...el de la indulgencia, la generosidad, de piedad, en fin, se han desarrollado..." (1.880, p. 459).

Como puede apreciarse, haciendo abstracción de la indistinta utilización de expresiones como sentimiento, piedad, caridad filantrópico, dignidad humana, se extrae como núcleo temático central, que lo humanitario se refiere a un sentimiento concreto a partir del cual se planteará la reforma del Derecho penal.

Por lo tanto esta reforma fundada en dicho sentimiento, "...ha producido grandes beneficios desde el punto de vista de la humanidad y la dulzura..." en el campo penal (Cuello Calón, 1.919, p. 174).

Para estos autores los resultados no se hicieron esperar y este derecho penal humanitario y justo, trajo consigo la abolición de la pena de muerte, de los suplicios, de las torturas y en general la dulcificación de las penas.

Es preciso advertir que no todos los principios introducidos por los iluministas serán admitidos, por

algunos de estos autores, como provenientes de dicho sentimiento. Sólo aquellos que sean considerados como positivos y justos lo son, los demás serán atribuidos a aspectos de la filosofía utilitarista que englobará, para ellos, los planteamientos epicureistas, protestantes, políticos, etc.

En este sentido es importante ver como un gran sector de la doctrina penal enfrenta dos corrientes (43) o "ánimos" (44) dentro del movimiento ilustrado; conformadas por los planteamientos humanitaristas y utilitaristas.

Esta clasificación procura diferenciar aquellos elementos de la ilustración que responden, bien a esa nueva sensibilidad o racionalidad adecuada a una cierta moral que ellos parecen compartir, o bien a planteamientos basados en otras filosofías o aspectos políticos ya no tan compartidos.

Así, el aspecto utilitarista de la reforma, en principio, será visto, por éstos autores, como un elemento negativo que convive o se enfrenta al sentimiento positivo del humanitarismo.

En síntesis, para este sector de la doctrina penal, el movimiento ilustrado, que llevó al cambio del sistema penal, es el 'grito' de un movimiento integrado por el sentimiento de piedad y amor al prójimo, que las doctrinas cristianas introdujeron y que se expandieron hasta llegar a generarlo tanto a nivel general como penal. Lo humanitario aquí hace referencia y se concreta en ese sentimiento piadoso. La reforma, entonces, se hace por amor al prójimo.

b. Humanitarismo racional (garantista).

Otro sector, quizá mayoritario, de autores penales destacan del espíritu ilustrador, no el aspecto sentimental, sino el aspecto político (45).

La reforma no viene implementada por un sentimiento benigno de piedad, sino que responde a una necesidad política. Se precisa limitar la facultad punitiva del Estado. El Antiguo Régimen se caracteriza por su crueldad y despotismo, por lo cual, surge la necesidad de establecer límites a ese poder desbordado del Estado.

Así, consideran que los planteamientos de los iluministas son una respuesta a esa necesidad política,

en cuanto sus principios y proclamas contienen una limitación del poder punitivo del Estado.

Para este sector, el contenido de la reforma ya no es sólo un contenido sentimentalista cristiano; sino que tiene una connotación política concreta, la limitación del poder punitivo del Estado.

Pero este contenido es igualmente considerado como humanitario en cuanto se recurre al hombre como fundamento de sus postulados.

Por eso, para buscar este límite los ilustrados parten del origen mismo del poder, ya no lo fundamentan en Dios sino que lo fundamentan en el hombre, el hombre es puesto como centro y protagonista del campo político, y es él quien otorga el poder al Estado. Se separan entre sí lo moral, lo religioso, lo político, lo jurídico. Se da una secularización del Derecho y del Derecho penal.

Así, el contenido del poder estatal está delimitado por la cesión que el hombre haga de él, no es un poder autónomo sino derivado.

Ahora bien, como límite específico a ese poder estatal, se pone al hombre considerado en sí mismo. Esto es, que si el poder emana del hombre, este poder no puede ir en contra de ese mismo hombre. Si el poder del Estado surge para proteger un campo de derechos del hombre, el ejercicio de dicho poder no puede atacar ese campo concreto. El derecho penal surge de la necesidad de ceder un mínimo de las libertades para gozar del saldo, cesión que se concreta en el contrato. Si el hombre es el que debe sufrir el castigo, se reclama su protagonismo, se plantea él como centro del derecho penal y sus derechos como límite de éste. Se busca pues, limitar la intervención punitiva del Estado al mínimo necesario. Como límite a ese poder se encuentra el hombre, su dignidad, sus derechos. Y como instrumento limitador se plantea el Derecho penal.

Se plantea, entonces, un contenido igualmente humanitarista, ya no centrado en un sentimiento de amor al prójimo, sino en un reconocimiento del hombre, como ente abstracto, como centro y límite del poder punitivo.

Da ahí que "La pena se humaniza. si el hombre es quien debe sufrirla, debe atenderse a él al aplicarla. Conviene aclarar que 'humanización de la pena' no

significa, como erróneamente pudiera entenderse, suavidad en ella en atención a un falso sentimiento humanitario. No, lo que significa es que, siendo el hombre el actor del drama del delito, debe atenderse a él, a sus peculiares condiciones personales, al aplicar la pena..." (Pavón, 1.955, p. 18).

Existe un rechazo por parte de estos autores al argumento, del humanitarismo pietista. "...no fue el sentimentalismo lo que impulsó a Beccaría a oponerse a la pena de muerte" (Sellín, 1.968, p. 282).

En este planteamiento lo que se quiere destacar es la exaltación que hace la ilustración del valor del hombre dentro del Derecho Penal al colocarlo como base y límite de éste.

"La dignidad de la persona humana aparece pues como el último y fundamental límite material a la actividad punitiva del Estado. Sin él ..., se socavarían todos los principios garantistas" (Bustos, 1.984, ps. 64s) (46).

Esta limitación del poder punitivo del Estado, constituye una exaltación de la libertad. El hombre en estado de naturaleza es completamente libre. El Derecho

y en particular el Derecho penal sólo indican el límite de las libertades cedidas. El Derecho penal pasa a ser, el protector de esa libertad (47), "...el espíritu de las luces es sinónimo de liberación." (Deprun, 1.985, p. 282).

Se ha dado un paso adelante frente a las disquisiciones teóricas del renacimiento sobre el libre albedrío (48). Ya no se reclama la libertad como facultad del hombre, sino que ahora se exige como derecho.

El hombre al proclamarse libre adquiere toda su dimensión política. Reclama para sí todo el espacio político de los asuntos ajenos a la necesaria conservación de la sociedad, tales como lo moral, lo religioso, etc (49). Ese hombre libre sólo cederá el mínimo de sus libertades.

Así pues, un Derecho penal que desconozca esta dimensión del hombre es cruel y autoritario (Gimbernat, 1.971, p.92), y contra él se levanta la ilustración.

Con base en la dignidad del hombre se proclaman todos los demás derechos del individuo, que constituirán

el límite al poder punitivo del Estado (50). Son "los límites del llamado proceso humanizador" (Petrocelli, 1.950, p. 274) (51).

Es la libertad la pieza fundamental de esta exaltación de derechos, de ella se siguen todos los demás, y sólo para su protección surge el contrato social.

Si lo racional es que el hombre ceda un mínimo de sus libertades para disfrutar pacíficamente del saldo de ellas y la razón es lo común al hombre, es élla quien determina el espacio político del individuo y del Estado. Por la razón y con la razón el hombre fija los límites de cesión de sus libertades. Una violación al contrato social no afecta al contrato en sí como acuerdo general, sino que será considerado como una "desviación" de la racionalidad del sujeto.

No se discute la legitimación punitiva del Estado, esta radica en la necesidad, lo que se discute es el límite de dicho poder.

Para determinar ese límite, se requiere partir de una idea primaria en el razonamiento, esta idea será el principio de utilidad. Sobre este principio de

racionalidad se edificará la legislación.

Por ello el carácter globalizante jusnaturalista, racionalista y utilitarista del pensamiento de la ilustración jurídico-penal de que habla Bustos (1.983, ps. 27s; 1.984, p. 118), y su espíritu de liberación como extracto fundamental.

Así, lo que para un cierto sector de la doctrina penal era considerado como utilitarismo frente al humanitarismo, es igualmente un humanitarismo, ya no como sentimiento, sino como inclusión del hombre, en su dimensión racional, como límite al derecho punitivo estatal (Bustos, 1.984, p. 118). Y por ello lo denominamos humanitarismo racional.

c. Conclusiones.

De las consideraciones anteriores puede verse como la doctrina penal, en general, fija el contenido del movimiento de la Ilustración en su aspecto humanitarista.

Lo anterior se refleja en cuanto el discurso global de la doctrina penal se puede apreciar una exaltación y

una frecuente utilización del elemento humanitario como connotación distintiva del movimiento ilustrador.

Utilización que incluso ha servido para caracterizar este período dentro de las diversas etapas en que es dividido el desarrollo del derecho penal: "venganza privada, venganza divina, venganza pública, humanitario,..." (52).

Ahora bien, esta aparente unificación discursiva, del discurso penal en el elemento 'humanitario' como fundamento ideológico de la ilustración jurídico penal, se divide en dos vertientes según su contenido.

Por un lado, los que consideran este humanitarismo como un sentimiento-moral-religioso. El amor al prójimo (de los cristianos), que mueve a la sociedad de la época a protestar y cambiar el sistema abusivo existente. Por otro lado, los que lo consideran una razón política. La dignidad del hombre, como ente absoluto, reclama su esfera política estableciendo límites al poder estatal.

Como aspecto común entre las posiciones penales, está el que consideran lo humanitario como contenido y fuerza primordial de la génesis del movimiento teórico de la ilustración. Y el que es ése movimiento, así

conformado el que produce las transformaciones del sistema penal del Antiguo Régimen.

C. EL FRACASO-TRIUNFO DE LA ILUSTRACIÓN

Estas posiciones humanitaristas, a pesar del diverso contenido temático de sus discursos, anuncian y proclaman el fracaso posterior de este planteamiento ilustrado.

No es fácil encontrar en la literatura penal, una valoración y explicación clara del desarrollo de la ilustración jurídico penal.

Por un lado, consideran su origen y punto de partida a es ubicado mediados del Siglo XVIII con las doctrinas de Montesquieu, Rousseau y en concreto con obras como las de Beccaría, Bentham, Feuerbach.

Posteriormente, es anunciado un gran auge y acogida de dichos planteamientos, que logran cambiar la sensibilidad y forma de pensar de la sociedad europea.

Para los autores penales, si se tiene en cuenta la transformación del sistema penal del Antiguo Régimen, la extinción de la pena de muerte, los tormentos, la codificación; anuncian, entonces, el triunfo de la Ilustración.

"El triunfo del individualismo sobre la tradición o el Estado, la secularización y la personalidad completa del pensamiento...

Este triunfo,..., del individualismo, se realizó en la filosofía del siglo XVIII" (Pacheco, 1.842, ps. 18s).

Este triunfo, "El triunfo absoluto de los nuevos postulados, va unido a la 'Declaración de los Derechos del hombre y del ciudadano'...

-Esta declaración- ...proclamaron los dogmas de la 'utilidad social' como fundamento de la represión; de la 'legalidad de los delitos y de las penas' y de la 'igualdad de todos los hombres frente al premio y al castigo'" (Blasco Fernandez, 1.957, p. 44).

"Per quanto concerne il problema della pena di morte, la Rivoluzione francese rispeccia fedelemente, sul piano dell' applicazione concreta, le posizione teoriche proprie dell' Illuminismo giuridico..." (Cattaneo, 1.984, p. 28).

"Las preocupaciones codificadoras surgen con el triunfo de la Ilustración" (Rodríguez Morullo, 1.978, p. 39).

"Como en todo lo social, el nuevo régimen comienza en lo penal con la Revolución francesa, marcando también en éste su libertad, igualdad y fraternidad." (Bernaldo de Quirós, 1.944, p. 91).

"...es el triunfo de la Revolución francesa, el que inaugura la concepción moderna que contrapone ley y costumbre " (Rodríguez Devesa, 1.981, p. 165).

"Una de las principales conquistas de la Revolución francesa, y que ha perdurado a través del tiempo transcurrido, es el principio de igualdad ante la ley." (García G, 1.928, p. 392).

Esta cadena, prolongable, de afirmaciones nos presentan una situación que parece ser bastante clara. La Ilustración triunfó y su triunfo se plasma en la Revolución francesa, con, ella sus principios, postulados y proyectos son implementados y guían las legislaciones. El sistema penal se modifica "en sus raíces" para desarrollar un nuevo Derecho Penal.

No obstante estar aparentemente clara para la mayoría de los autores esta conclusión toma un rumbo inesperado y se proclama su fracaso.

Para el sector de la doctrina penal humanitarista pietista, el elemento utilitarista es el que, a la larga, se impone sobre el humanitarismo. Es el triunfo de las doctrinas de Epicuro, en el que "El interés del individuo se vio proclamado como base de la moral; y la utilidad pública, la conciencia del mayor número, se vio considerada como fundamento de la legislación" (Pacheco, 1.842, p. 23).

Lo destacable de la reforma, según estos autores, es el sentimiento humanitario que la acompañó, pero que a pesar de los beneficios que logra, "...no ha tenido éxito alguno en la lucha contra la criminalidad." (Cuello Calón, 1.919, p. 174).

Por esto, los elementos indeseables, los argumentos de los autores ilustrados no compartidos por estos doctrinarios, serán encajados en el campo crítico del utilitarismo y serán los que " Traerán errores deplorables, penas execivas, ya que no tienen en cuenta

ni la justicia ni lo legítimo" (Proal, 1.893, p. 469). En tanto que los argumentos aceptados, los resaltados por ellos, la humanización, la benevolencia, serán los integrantes de este ánimo, de esta corriente humanitarista de la Ilustración. Con ello se explicará, por este sector de la doctrina, el fracaso de estos elementos en el proceso de desarrollo de las ideas ilustradas.

Para la corriente humanitarista racional, también se anuncia el fracaso de este movimiento.

Así, para Virto la solución aportada por la Ilustración fracasa (1.984, p. 14); para Bustos se da el fracaso del movimiento integral y se divide en las diversas corrientes, dogmática, criminológica y político criminal (1.984, p. 119).

Pero para este sector, este cambio radical en el desarrollo del pensamiento de la Ilustración, está fundamentado, principalmente, en argumentos del cambio político subsiguiente. Así se traerá al discurso, el regreso al absolutismo y la caída de Napoleón.

La ilustración fracasa, sin embargo "la semiente está echada, y prosperará..." (Sarrailh, 1.979, ps.

710s). Esta parece ser la conclusión adecuada. Seguir intentando el desarrollo de ese Derecho Penal cuya fundamentación no permite sino augurar buenos resultados, la mayor organización social con las mayores garantías. Así conformado, en el cambio del sistema penal del Antiguo Régimen, se han dado las bases y fundamentos de un nuevo Derecho Penal. En este planteamiento se encuentra el origen y las líneas maestras y permanentes de un Derecho Penal que bajo los parámetros de la Dogmática penal y la Política Criminal, asume la función de garantizar los derechos del individuo frente a la intervención punitiva del Estado, que a su vez fundamenta.

#^ \ s este Derecho Penal el que se nos invita a desarrollar. Un Derecho Penal presentado como el único elemento , en el límite, con que cuenta el individuo en un Estado Social y de Derecho, para defenderse de la intervención penal estatal. Y que a su vez constituye el único elemento con que cuenta el Estado para hacer posible la organización social.

Un derecho penal basado en principios aún hoy vigentes y cuya finalidad es dar garantías al ciudadano frente a la intervención punitiva del Estado.

Así, en moderna doctrina penal española, se resalta la importancia del papel limitador que juega la dignidad humana frente al derecho penal, sin cuyo reconocimiento se daría un Estado autoritario y cruel (53).

El control es una condición básica de la vida social, y determina los límites de la libertad humana en dicha sociedad. Siendo la pena el principal medio de él.

Es, por tanto, impensable una sociedad que carezca de control.

La sociedad y los individuos que la conforman, están sometidos inexorablemente al control social (54).

Pero existen diversos medios de control, algunos más sutiles y eficaces que la pena, la cual sólo sirve en una instancia secundaria como reafianzamiento de esas instancias previas, como última ratio (55).

Por este aspecto negativo del control se considera que el Derecho penal permite que ciertas tareas no se trasladen a instancias no limitadas o controladas como lo está este Derecho (Muñoz Conde, 1.985, ps. 40ss). O sea, que el Derecho penal opera como control del control (56).

Por eso, desde Radbruch siempre se ha hablado en el discurso penal de la pena como un 'mal necesario', y de la 'mala conciencia' del penalista (57).

Un estudio del Derecho penal, que mediante la conservación y puesta en funcionamiento de los principios introducidos por la ilustración jurídico-penal que buscaban limitar y controlar el poder punitivo del Estado, será liberador, y es éste su significado, el futuro que tiene la Dogmática jurídica y concretamente la jurídico-penal (58).

Como lo anotábamos antes, estas posiciones buscan criticar un Derecho penal que se había desarrollado hasta extremos autoritarios conocidos y a la vez dar un contenido real a los principios iluministas para un adecuado desarrollo de la ciencia penal.

No obstante, no todas las posiciones críticas, que asumen esta finalidad limitadora de la actividad punitiva del Estado mediante el adecuado desarrollo de la Ciencia Penal, lo harán mediante la exaltación de la Dogmática jurídico-penal.

Algunas posiciones consideran que la dógmatica por si misma no logra dar contenido material a los principios incorporados, por lo que recurren a planteamientos políticos previos como el Estado social (59). Por ello para esa corriente lo que en realidad logra dar un contenido limitador al Derecho Penal es su carácter político criminal. Es éste el "corrector" del formalismo dogmático, que permitirá una real función limitadora y garantista (60).

III. PLANTEAMIENTOS DE LA DOCTRINA PENAL REFERIDOS A LA ILUSTRACIÓN JURÍDICO PENAL ESPAÑOLA

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto de este apartado es analizar, los elementos y su ámbito de incidencia, con los que la doctrina jurídico penal ha explicado la reforma ilustrada en España

El fenómeno de la Ilustración jurídico penal española, al igual que el fenómeno global europeo, es ubicado, principalmente, en el período histórico español de la segunda mitad del siglo XVIII.

La selección de las obras y autores analizados en este apartado se ha hecho tomando los autores que la doctrina penal ha destacado como más relevantes.

B. ELEMENTOS EXPLICATIVOS.

1. El movimiento de la Ilustración

a. Los "reformadores" (teóricos)

Para explicar la reforma jurídico penal en España, la doctrina utilizará, esencialmente, los mismos postulados que se trabajan al nivel de la doctrina penal europea en general.

En este nivel explicativo, se igualan los procesos históricos de España con el resto de los países Europeos.

No obstante, es advertida por algunos autores, la existencia de un retraso temporal en el caso español (61).

La explicación que esta doctrina penal da del proceso reformador del período de la Ilustración jurídico penal puede sintetizarse, entonces, en los aspectos genéricos vistos en el capítulo I: La crueldad, la arbitrariedad, en fin, la injusticia propia del Antiguo Régimen, ocasiona el despertar de conciencias críticas que levantan su voz en denuncia de la situación, un "grito del corazón" que busca una mayor justicia, un tratamiento igualitario, el respeto de unos derechos como la libertad; un reclamo de la dignidad humana que pretende limitar, mediante un "nuevo" derecho penal, el poder punitivo del Estado del cual abusaba la Corona.

Este levantamiento y este movimiento representado por un grupo de teóricos y que se da a mediados del siglo XVIII, al criticar y denunciar la inaguantable situación, produce resultados inmediatos. Con él las

penas se dulcifican, son abolidos los tormentos y los suplicios, se restringe la pena de muerte, cesa el arbitrio judicial, se despierta el afán codificador, se racionaliza la función punitiva. En definitiva, se gesta un "nuevo" derecho penal que involucra unos principios con los que se garantizan los derechos del ciudadano.

El origen, al igual que en Europa, del derecho penal español, de ese "nuevo" derecho penal, debe buscarse en el movimiento de la Ilustración (Rodríguez Mourullo, 1.978, p. 39).

Ahora bien, para explicar la reforma jurídico penal española, la doctrina penal analiza el discurso ilustrador, nacional y extranjero, como aspecto generador de ese derecho penal, y determinante de su contenido.

a.a. Los autores extranjeros.

Cuando en la doctrina penal española se habla de la ilustración jurídico penal, aparece de forma obligada el nombre de diversos autores considerados como los más representativos de este movimiento tales como Beccaria,

Bentham, Filangieri y, en algunos casos, autores igualmente importantes pero quizá menos conocidos como Brissot, Marat, Mably, Bexon, Howard, etc.

Dentro del análisis tradicional de las obras de estos autores, se pone de relieve las diferentes características y principios que permiten establecer la ideología "humanitaria" que acompaña e infunde las obras.

Todos o casi todos los postulados son reducidos a una sola y aparentemente simple inspiración, un espíritu claro que informa la reforma y la explica: "lo humanitario".

Así, el origen de la reforma jurídico penal y su contenido han sido explicados tradicionalmente, tanto en Europa como en España, a partir de este elemento "humanitario" del movimiento ilustrador, como un "digno" propósito.

Ahora bien, como complemento de esta explicación general que sirve para ver el origen y contenido de la reforma jurídico penal europea, se expone la gran influencia que tiene este fenómeno en el ámbito español.

En esta segunda explicación se resalta la forma en que el discurso extranjero penetra en España.

Así, Beccaría, Bentham, Filangieri, no sólo son leídos sino que, además, son traducidos al español (62).

Se apoyan entonces en la innegable influencia extranjera principalmente de Francia (63), Italia e Inglaterra.

Influencia que no sólo posibilita sino que condiciona el contenido de la reforma jurídico penal española (Virto, 1.984, p. 15).

Esta influencia se acentúa cuando se habla, en el discurso penal español, de la codificación española (64) y del pensamiento de los autores nacionales (65).

a.b. Los autores nacionales (Manuel de Lardizábal y Uribe) (66).

Para la doctrina penal española, Lardizábal es el principal representante del movimiento de la ilustración jurídico penal española (67).

Así, de la misma forma que Beccaría invade la literatura jurídico penal, Lardizábal lo hace en el ámbito español.

Se muestra así, por parte de la doctrina española, un movimiento ilustrado propio que, también, en lo jurídico penal, para la resolución de sus problemas consulta lo extranjero y lo nacional (Sarrailh, 1.979, ps. 709s).

a.b.a. Cómo se presenta su obra.

Entre los comentarios de los autores penalistas sobre la obra de Lardizábal podemos clasificar una serie de posiciones que van desde la identificación positiva con Beccaría (mayoritaria), hasta su identificación negativa - copia - (minoría).

a.b.a.a. Lardizábal, "el Beccaría español".

Esta corriente parte de los comentarios de Saldaña sobre la obra de Lardizábal.

La obra de Saldaña, en este aspecto, parte de una crítica global a la obra de Beccaría a la que le niega toda originalidad y le considera un "mito" creado por Cesar Cantú (68). Posteriormente, resalta todo aquello que para él es originario en España (69). Y finalmente, comparando la obra de Lardizábal con la de Beccaría, resalta a Lardizábal como un verdadero representante de las luces, y lo denomina "el Beccaría español" (1.923, p. 68).

A esta misma conclusión llega su discípulo Masaveu, quien en su tesis doctoral (1.922) luego de desarrollar un análisis de la obra de Beccaría la compara con la obra de Lardizábal.

a.b.a.b. Lo nuevo y mejor en Lardizábal

Partiendo de la premisa básica que formulara Saldaña de reconocer el carácter ilustrado de Lardizábal basado siempre en una comparación con la obra de Beccaría, algunos autores resaltarán, dada la no originalidad de Beccaría, lo novedoso y los aspectos comparativamente mejores de la obra de Lardizábal.

En este sentido la obra de Blasco Fernández nos proporciona una visión global. Comienza igualmente con una bibliografía, luego hace una exaltación de la mayor erudición, de la mejor preparación académica y de su riguroso orden, de su inigual manejo lingüístico frente a un Beccaría que considera bastante deficiente en estos asuntos. Ve en Beccaría un filósofo y en Lardizábal un jurista; el primero "alborota", el segundo "siente y medita" (1.957, p. 52) (70).

Hace por último un examen analítico-crítico de los principios de la obra de Lardizábal donde lo destaca como el "más genial y completo" de los precursores en Política Criminal de von Liszt (1.957, p. 60) .

Resalta de su obra dos principios: el de la legislación criminal que pone en un plano de igualdad al individuo frente al Estado y el que los medios represivos deben adecuarse conforme al estado de la cultura y la sensibilidad de los pueblos (1.957, ps. 61ss).

En cuanto al fin de la pena (71) destaca su posición ecléctica en la que los fines principalmente son la defensa y conservación de la sociedad, y secundariamente

la prevención especial, la prevención general y la reparación.

Por último resalta dos dogmas básicos de la obra: la legalidad y la proporcionalidad, basados en los motivos esenciales de justicia y utilidad.

Se resaltan, por esta corriente de la doctrina, los valores de la obra de Lardizábal, bien por lo antes dicho; por su equilibrio entre lo extranjero y lo nacional (72); por su "atisbo" a una concepción sociológica del delito (73).

a.b.a.c. El reformador frente al revolucionario

En algunos autores se destaca de la obra de Lardizábal su carácter mesurado, pausado, de pensador, de mayor sensatez; en fin, como dice Rivacoba, su "manía de pensar", frente a la desmesura y la pasión de la obra de Beccaría (74).

En sí, se plantean dos formas de pensar diferentes de la época, siendo estos autores sus "representantes" más típicos y geniales, Lardizábal del "pensamiento penal de la Ilustración", Beccaría del "pensamiento penal revolucionario" (Rivacoba, 1.964, p. 51).

a.b.a.d. Lardizábal, un ilustrado

Una gran cantidad de autores se limitan a hacer en sus obras, una mención del carácter ilustrado de Lardizábal y a anotar alguno de los argumentos antes recogidos.

En estos autores el tema es detallado a título de información histórica más que como un intento de fundamentación y estudio de la obra de Lardizábal.

Se parte en estas obras del reconocido carácter de ilustrador de Lardizábal y se difunde dicha información en cuanto elemento explicativo de la Ilustración jurídico penal española.

a.b.a.e. Lardizábal, una copia de Beccaría

Una corriente minoritaria es la que sostiene que Lardizábal realiza una copia de la obra de Beccaría (75).

Ya se anotan rasgos de esta crítica en Blasco Fernández sobre un argumento idéntico de Tomás Moro que aparece, sin cita, en la obra de Lardizábal (1.957, ps. 73ss).

Igualmente anota Tomás y Valiente la reproducción fiel hecha por Lardizábal, de ciertos trozos de Beccaría, sin cita alguna (1.969, p. 25).

a.b.b. Importancia atribuída a su obra

a.b.b.a. Posiciones realzadoras

Para la mayoría de los autores la obra de Lardizábal, como máximo representante de la Ilustración española, tiene gran importancia.

En un primer nivel, se destaca ya desde Sempere y Guarinos la importancia que la obra había tenido entre los españoles por su gran aceptación (1.969, T.3, p. 177).

En un segundo aspecto, es destacada por ser un reflejo del movimiento ilustrador en España; es su obra el "vehículo" por el que penetran las ideas de las teorías revolucionarias penales (Dorado, 1.906, p. 133),

En un tercer nivel, se resaltarán de la obra, su incidencia en la reforma legislativa; siendo para algunos la aportación más importante en este orden (Prieto Sanchís, 1.985, p. 326) y para otros haber influido en la codificación de 1.822 (76).

En cuarto lugar, encontramos argumentos sobre su influencia directa en la dulcificación y abolición de las penas siendo, entonces, su obra la que "asesta el golpe definitivo" a la tortura (Jiménez de Asúa, 1.964, p. 840), y argumentos que destacan su importancia en cuanto la obra es la base de la cultura penal y penitenciaria española y el origen de un movimiento de reforma social y legislativo (Jiménez de Asúa, 1.964, p. 857).

a.b.b.b. Posiciones matizadoras

No obstante no todos los autores serán tan pródigos al determinar la influencia de la obra de Lardizábal. Para un sector de la doctrina su importancia es matizada.

Así, Antón Oneca considera que la obra de Lardizábal fue "olímpicamente" ignorada en la codificación. No obstante le ve una importancia secundaria en cuanto su libro sirve para insertar las ideas de la Ilustración en "el tronco de la tradición nacional" (1.965a, p. 265).

Rivacoba parte de recoger lo expuesto por Sampere y Guarinos sobre la "gran aceptación" de la obra entre los españoles pero concluye reconociendo la poca incidencia de la obra en la codificación del 22, "en resumen bien escasa fue su influencia en aquél texto penal" (1.964, p. 92).

Sainz Cantero, reconoce la incidencia de la obra en España pero fuera de ella pasa desapercibida (1.970, p. 120).

Para Cerezo Mir, la obra fracasa debido a su carácter moderado que no consultaba los aires revolucionarios de la época (1.976, p. 96).

b. Los "prácticos"

b.a. Sus obras y sus autores.

Para un sector de la doctrina penal española, el movimiento teórico de la ilustración está también integrado por un grupo de autores, más juristas que políticos, que escriben unas series de obras, en su mayoría prácticas criminales, en las que se plasman igualmente los postulados de la Ilustración.

Aparecen así nombres como Marcos Gutierrez, Vizcaino Pérez, Menéndez Valdez, Vilanova y Mañez, quienes serán destacados al lado de Lardizábal como representantes de la Ilustración jurídico penal española.

Se destacan entonces estos autores y sus obras en cuanto son el reflejo de las ideas ilustradas en general (Cerezo Mir, 1.976, p.92); bien por su similitud con los planteamientos de Beccaría (Prieto Sanchís, 1.985,

p. 327), o bien por su semejanza con la obra del propio Lardizábal.

b.b. Importancia atribuida.

La importancia atribuida a estas obras y sus autores está, íntimamente relacionada con la importancia general del movimiento ilustrador, ya que ellos son vistos como parte integral de éste.

Su incidencia se asimila a la de otros autores, así "La influencia de Marcos Gutierrez se hizo sentir, como la de Lardizábal en el inicio del movimiento codificador" (Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, p. 108).

2. Importancia del movimiento ilustrador.

Para la doctrina penal en España , al igual que para el resto de Europa (77), el movimiento ilustrador es el determinante de las transformaciones jurídico penales y constituye por lo tanto, su elemento explicativo fundamental.

Se resaltaré la incidencia de la obra de Lardizábal tanto en el proceso de abolición de penas como en la codificación (78).

"Las ideas de la Ilustración provocan reformas o proyectos en la legislación del despotismo ilustrado.." que conducen a ..."la abolición de la pena de muerte o del tormento, o a planes generales de humanización..." (Antón Oneca, 1.949, ps. 38s).

"A los monarcas del despotismo ilustrado se debe la iniciativa de la reforma penal conforme a las ideas de los filósofos de la Ilustración..."

"Leopoldo de Toscana,...alteró desde sus raíces el sistema penal al abolir la pena de muerte" (Antón Oneca, 1.949, p. 47).

"Los filósofos políticos del Siglo XVIII tienen el crédito de haber substituido gradualmente, las prisiones por penas corporales y capital".

"Los gobiernos que se dejaron influir por la nueva filosofía crearon sistemas penales incorporados a las ideas de Beccaria" (Sellín, 1.968, ps. 581 y 583).

"En 1.789... se da un paso adelante,..., en la humanización de la pena suprema: la guillotina, un aparato que <<sin sufrir, hace saltar la cabeza en un abrir y cerrar de ojos>>".

Con la guillotina y el planteamiento iluminista desaparecen progresivamente las prácticas crueles (García Valdés, 1.975, ps. 16 y 23).

3. El fracaso.

Para la doctrina penal, el movimiento ilustrador fracasa; bien en su vertiente pietista, triunfa el utilitarismo; como en su versión garantista los retrocesos políticos lo hacen fracasar (79).

Un fracaso que en el caso español será fundamentado, por la corriente política, en el regreso al absolutismo con Carlos IV y Fernando VII; en la reacción que generó los excesos de la Revolución Francesa (Sarrailh, 1.979, ps. 710s), y en el nacionalismo que despierta la invasión napoleónica (Sanchez Agesta, 1.954, p. 42).

En síntesis, si retomamos los argumentos dados podemos sintetizar la explicación de la doctrina penal, en general y en particular en España, sobre la reforma jurídico penal de la Ilustración, en dos temáticas básicas: el "humanitarismo" reformista y el fracaso.

Así por un lado un movimiento ideológico cuya gran preocupación es "lo humanitario" (pietista o garantista) logra incidir en la práctica legislativa y penitenciaria del Antiguo Régimen, obteniendo implantar una serie de principios y prácticas que limitan al Estado, proporcionan libertad, seguridad jurídica, igualdad y dulcifican la penalidad mediante la abolición y restricción de las penas crueles de la época. Se dan, con ella, las bases de un nuevo Derecho Penal que de ahora en adelante seguirá movido por ese elemento "humanitario", por su afán de garantías.

Este movimiento ideológico está representado en España por dos elementos básicos, un primer grupo de autores "teóricos", fundamentado en la gran influencia de los autores extranjeros y su correlato español cuyo máximo representante es Lardizábal; y un segundo grupo de autores "prácticos", juristas que refuerzan el primer discurso .

Aparece así completa una primera argumentación, que concreta los objetivos, sujetos, medios y resultados que explican la reforma.

No obstante, este movimiento humanitarista fracasa, bien por la imposición del utilitarismo o bien por las características del sistema penal posterior. Con este fracaso, la ideología humanitarista se transforma en ideal que guiará la búsqueda de un "mejor" o "real" Derecho Penal garantista.

NOTAS AL CAPÍTULO I

(1) Por característica entendemos aquellos elementos que permiten identificar un fenómeno; y por principios aquellas pautas que guían el desarrollo de un determinado proceso.

(2) Compartimos en este sentido la afirmación de Domínguez Ortiz de que la Ilustración no es susceptible de ser encerrada en una definición precisa (1.976, p. 497).

(3) Cambios que para Virto se miden, en su entidad real, por los criterios y la trascendencia que tuvieron en la configuración del Derecho Penal. (1.984, p. 18).

(4) Para una mayor extensión véase Tomás y Valiente, 1.969, ps. 218ss.

(5) Entre otros Antón Oneca, 1.949, T I, p. 486; 1.964, p. 415; Mir Puig, 1.985, ps. 620 y 630; Agudelo, 1.986, p. 288; Cattaneo, 1.983, p. 28; Maurach, 1.962, p. 54; Sainz Cantero, 1.970, p. 46.

(6) En este sentido Agudelo, 1.986, p. 288; Rodríguez Morullo, 1.978, p. 39.

(7) En este sentido, entre otros, Agudelo, 1.986, p. 288; Von Liszt, 1.914, p. 357; Jiménez de Asúa, 1.964, p. 760; Maurach, 1.962, p. 54; Sainz Cantero, 1.970, p. 46; Virto, 1.984, p. 15; Rodríguez Morullo, 1.978, p. 39; Gualart, 1.977, p. 79.

(8) Véase Antón Oneca, 1.949, p. 45; Agudelo, 1986, p. 300; Rodríguez Morullo, 1.978, p. 39.

(9) Cf. Antón Oneca, 1.949, p. 45; Rodríguez Morullo, 1.978, p. 40.

(10) Véanse, entre otros, Pacheco, 1.842, p. 19; Von Liszt, 1.914, p. 355 ss. Cattaneo, 1.983, ps. 11 s; Bustos, 1.980, p. 102; Maurach, 1.962, p. 54; Virto, 1.984, p. 12.

(11) Entre otros, Jiménez de Asúa, 1.964, ps. 263s; Pessina, 1.919, p. 139; Von Liszt, 1.914, p. 357; Mezguer, 1.935, ps. 51s.

(12) "El derecho se seculariza, he ahí el principio. El resto deriva de ello" (Yvon Belaval, 1.985, p. 203).

(13) Von Liszt, 1.914, ps. 354s; Monzón, 1.985, ps. 81ss; Prieto, 1.985, p. 294; Yvon Belaval, 1.985, p. 203.

(14) Mezguer, 1.935, p. 51; Bustos y Hormazábal, 1.982, p. 10.

(15) Entre otros, Cuello Calón, 1.980, p. 61; Von Liszt, 1.914, p. 357; Pessina, 1.919, p. 138; Mir Puig, 1.985, ps. 78 s. 630; Bustos, 1.984, p. 438; Maggiore, 1.971, p. 81; Radzinowicz, 1.968, p. 11; Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, ps. 59 y 61; Cattaneo, 1.983, p. 7; López Ricorezo, 1.955, p. 5; Maurach, 1.962, ps. 54 s; Pavón V, 1.955, ps. 19s; Prieto Sanchis, 1.985, p. 259; Stampa Baum, 1.953, p. 18; Virto, 1.984, p. 15.

(16) En este sentido, Antón Oneca, 1.965, p. 266; 1.944, p. 48; Jiménez de Asúa, 1.964, ps. 263 y 247; Pessina, 1.919, p. 138; Prieto Sanchis, 1.985, p. 295; Maggiore, 1.971, p. 81.

(17) En este sentido Saldaña Q, 1.914, passim; Cuello Calón, 1.980, p. 63; Pacheco, 1.842, passim; Jiménez de Asúa, 1.964, p. 247; Rovira, 1.916, p. 145.

(18) Rossi, 1.872, p. 39. En este mismo sentido Antón Oneca plantea como paradójica la legislación de la época 1.965b, p. 488.

(19) En este sentido Bustos, 1.984, ps. 46ss; Mir Puig, 1.985, p. 62.

(20) Véase Mir Puig, 1.985, p. 62; Agudelo, 1.986, p. 307; Sainz Cantero, 1.970, p. 53.

(21) Véase Mir Puig, 1.985, p. XXXVI; Radzinowicz, 1.968, p.11; Maurach, 1.962, p. 55; Prieto Sanchis, 1.985, p. 295.

(22) No se quiere decir con ello que no se reconozcan, en el planteamiento ilustrado, elementos de política criminal ya que como afirma Bustos, éstos están integrados en él y sólo con el desarrollo posterior de la doctrina penal, estos ámbitos se separarán en zonas diferentes en los que para unos el aspecto dogmático será el objeto principal a desarrollar y, para otros será sólo un elemento adicional (1.983, T.I, ps. 30s).

(23) En este sentido Antón Oneca, 1.965, p. 266; Prieto Sanchis, 1.985, p. 295; Von Liszt, 1.914, p. 357; Radzinowicz, 1.968, p. 10; Maurach, 1.962, p. 54.

(24) Puig Peña, 1.969, T.I, p. 87; Agudelo, 1.986, p. 307.

(25) Antón Oneca, 1.949, p. 33; 1.944, p. 37; Jiménez de Asúa, 1.964, p. 263; Bustos, 1.983, T.I, p. 16.

(26) En igual sentido Sainz Cantero, 1.970, p. 47; Blasco Fernández, 1.957, p. 42.

(27) " Es un pensamiento crítico-negativo en cuanto se opone al orden existente," y "...lo positivo se contrapone de manera radical a lo 'crítico' del pensamiento anterior". Bustos, 1.984, p. 121.

(28) Pacheco, 1.842, ps. 21ss; Pessina, 1.919, ps. 90 y 138; Bustos, 1.983, T.I, ps. 27ss; Jescheck, 1.978, p. 132; Puig Peña, 1.969, T.I, p. 26.

(29) Así, Cattaneo, afirma "...si possono distinguire due <<animes>>... da un lato l' <<anima>> più ampiamente morale, che esprime il sentimento umanitario, la preoccupazione per il valore dell'uomo nei diritti penale; dall'altro l'<<anima>> più specificamente politica, che esprime una esigenza e una preoccupazione di tipo utilitaristico" (1.983, p. 8).

(30) "La desaparición del fundamento teológico obliga a buscar en la pena una finalidad de utilidad humana..." (Prieto Sanchís, 1.985, p. 294).

"La desvinculación del derecho penal, de la teología, debida a la filosofía de la ilustración, su <<secularización>>... convierten en fecunda la discusión sobre 'fin' y 'justificación' del derecho penal" (Maurach, 1.962, p. 54).

(31) En este sentido, Mir Puig, 1.985, p. 72; Bustos, 1.984, p. 49; Agudelo 1.986, p. 307; Pavón V, 1.955, p. 18; Cerezo Mir, 1.976, p. 89; Jiménez de Asúa, 1.964, ps. 263s; Sainz Cantero, 1.970, p. 53.

(32) Agudelo, 1.986, p. 288; Antón Oneca, 1.949, p. 49; Cattaneo, 1.983, p. 28.

(33) Véase Antón Oneca, 1.944, p. 35; Agudelo, 1.986, ps. 288 y 307; Prieto Sanchís, 1.985, p. 315; Sainz Cantero, 1.982, p. 79; Virto, 1.984, p. 17; Rivacoba, 1.964, p. 70; Camargo H, 1.959, p. 66; Rodríguez Devesa, 1.981, p. 165; Roxin, sf (1.981), p. 100.

(34) Busto, 1.984, p. 67; Gualart, 1.979, p. 80.

(35) Para mayor amplitud véase Bustos, 1.984, ps. 67ss.

(36) En este sentido véase Puig Peña, 1.969, p. 10; Mir Puig, 1.985, p. XXXVI; Bustos, 1.984, p. 68; Beristain, 1.985, p. 28; Sainz Cantero, 1.982, p. 89; Rivacoba, 1.964, p. 70; Camargo H, 1.959, ps. 65s.

(37) Sobre este aspecto se puede ver en el Fuero Juzgo:

"El fazedor de las leyes deve fablar poco...é non deve dar iuyzio dubdoso, mas lano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley..." Lib., I, Tit., I, VI, p. 3)

"Ca las leyes non quieren seer formadas por sofisma, nin por disputación, mas por fuerza del derecho. Ca la ley non deve ser fecha en contienda, mas deve seer fecha por razon..." (Lib. I, Tit., II, p. 4).

"La ley deve seer manifiesta, é non deve ninguno seer engannado por ella..." (Lib. I, Tit., II., IV., p. 5).

"Et por ende nos que queremos guardar los comendamientos de Dios, damos leyes en en semble para nos, é para nuestros sometidos á que obedezcamos nos, é

todos los reyes que vinieren despues de nos, é todo el pueblo que es nuestro reino..." (Lib. II, Tit., I. II, p. 8).

"Que tod omene deve saber las leyes...

Toda sciencia por derecho desama ignorancia, ca escripto es..." (Lib. II., Tit., I, III, p. 8).

"Ningun iuez non oya pleitos, sino los que son contenidos en las leyes..." (Lib. II, Tit., I, XI, p. 14).

(38) Antón Oneca, 1.965, p. 264; 1.944, p. 35; Mir Puig, 1.985, p. 84; Cereso Mir, 1.976, p. 89; Prieto Sanchis, 1.985, p. 301; Virto, 1.984, p. 17.

(39) Cuello Calón, 1.980, p. 61; Cerezo Mir, 1.976, p. 73; Mezguer, 1.935, p. 50; Antón Oneca, 1.949, p. 33; Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, p. 59; Beristain, 1.985, p. 28; Prieto Sanchis, 1.985, ps, 287 y 295; Sainz Cantero, 1.970, p. 45; Zaffaroni, 1.981, p. 74; Rodríguez Devesa, 1.981, p. 91.

(40) Puig Peña, 1.969, p. 81; Mir Puig, 1.985, ps. XXXVI y 62; Radzinowicz, 1.968, ps. 14 y 22; Beristain,

1.985, p.28; Bettiol, en Cattaneo, 1.983, p. 8 ; Arroyo de las Heras y Muñoz Cuesta, 1.986, p. 61; Prieto Sanchis, 1.985, p. 295; Sainz Cantero, 1.982, p. 79; 1.970, p. 45.

(41) Pacheco, 1.848, p. 19; Cuello Calón, 1.919, ps. 173s; 1.980, p. 61; Jiménez de Asúa, 1.964, p. 247; Rovira, 1.916, p. 145; Saldaña, 1.914, p. 387; Sellín, 1.968, p. 584.

(42) Cuello Calón, 1.980, p. 61; Pacheco, 1.948, p. 19.

(43) Supra, p. 22

(44) Supra, p. 22

(45) Sainz Cantero, 1.976, T.II, p. 79; Cerezo Mir, 1.976, ps. 88s; Maurach, 1.962, p. 68; Polaino, 1.974, p. 100; Muñoz Conde, 1.985, p. 46; Bustos, 1.984, p. 67; y en general las posiciones garantistas.

(46) En igual sentido, Mir Puig, 1.985, p. 79; Gimbernat, 1.971, ps. 91ss; Bloch, 1.980, p. 93 ; Badaloni N, 1.985, ps. 204s; López Ricorezo, 1.955, p. 5; Maurach, 1.962, p. 63.

(47) Beristain, 1.985, p. 28, en igual sentido, Sainz Cantero, 1.976, p. 80; Agudelo, 1.986, p. 311; Mezguer, 1.935, p. 50; Radzinowicz, 1.968, p. 6.

(48) Al respecto véase Valla Lorenzo, 1.986, ps. 43ss.

(49) Bloch, 1.980, p. 93, pone de relieve el pensamiento de Feuerbach que definía el derecho penal como una suma de derechos y no de prohibiciones.

(50) Antón Oneca, 1.949, p. 49; Sainz Cantero, 1.970, p. 45; Polaino, 1.974, p. 94; Muñoz Conde, 1.985, ps. 46s; Pavón, 1.955, p. 17; Pessina, 1.919, ps. 137s; Bustos, 1.984, p. 13; Agudelo, 1.986, p. 308; Virto, 1.984, p. 15; Bloch, 1.980, p. 53.

(51) En igual sentido, Radzinowicz, 1.968, p. 6.

(52) Cuello Calón, 1.980, p. 58; Pavon, 1.955, ps. 16s; Rovira, 1.916, ps. 117ss.

(53) En este sentido Gimbernat, 1.971, ps. 90ss; Bustos, 1.984, ps. 64s; Mir Puig, 1.985, p. 77.

(54) Véanse Gimbernat, 1.971, p. 95; Muñoz Conde, 1.985, ps. 36s.

(55) Muñoz Conde, 1.985, p. 37; Mir Puig, 1.985, p. 73; Bustos, 1.984, p. 49; Cordoba Roda, 1.977, p. 56.

(56) Muñoz Conde, 1.985, p. 37; Bustos, 1.984, ps. 49ss.

(57) Mir Puig, 1.985, p.3.

(58) Muñoz Conde, 1.985, p. 46; Gimbernat, 1.971, p. 106.

(59) En este sentido Mir Puig, 1.985, ps. 53s. Igualmente véase Torío, 1.986, p. 668.

(60) Así, Torío, 1.986, p 665; Bustos, 1.982, ps. 65ss.

(61) En lo penal véase Sainz Cantero, 1.970, p. 111; Rivacoba, 1.964, p. 95; en general Domínguez Ortiz, 1.976, p. 476.

(62) La obra de Beccaría se tradujo en 1.774 por Antonio de las Casas; la de Bentham en 1.820, por Ramón Salas; y la de Filangieri en 1.787 por Jaime Rubio.

(63) A tal punto se habla de la influencia francesa que Mestre nos cuenta que los Borbones se expresaban ordinariamente en frances, y la alta sociedad española centraba su ideal en imitar la moda y formas culturales francesas. 1.978, p. 68.

(64) Así mismo lo reconoce la Comisión; "...La Comisión confiesa ingenuamente que ha tomado muchas cosas del código frances, así como de las obras de Bentham, de Filangieri, de Bexon, y de los demás que ha tenido a mano". En el Diario de sesiones, 1.821, T.2, p. 924.

(65) Véase Tomás y Valiente, 1.964, p. 25.

(66) Manuel de Lardizábal y Uribe, nace en la Hacienda de San Juan del Molino, en la provincia de Taxcala, en el obispado de la Puebla de los Angeles, en México, el 22 de diciembre de 1739. Realizó sus estudio primarios en el Colegio de San Ildefonso, luego estudió Bellas Letras y Filosofía y comenzó estudios de jurisprudencia en el mismo centro.

Se traslada a España con su hermano Miguel y en 1761 cursó derecho en la Universidad Mayor de Valladolid. Ocupó diversos puestos como el de Abogado de la Chancillería y de los Reales Consejos, miembro de la

Academia de la Lengua Española, en 1777 fue nombrado Secretario perpetuo de la misma; Asociado a la Junta de tres Consejos de Castilla, encargado de formar y extender el "nuevo Código" criminal (88). Oidor de la Real Chancillería de Granada, Fiscal de la Sala de Alcaldes de la Corte y Fiscal del Supremo de Castilla, Consejero y Camarista. Desterrado de Madrid en 1794 junto con su hermano por influencia de Godoy en Carlos IV, restituído en sus derechos y cargo por Fernando VII en 1814. Véase en general Javier Piña 1.984, ps. VII. ss.

Escribe dos obras, el Discurso sobre la legislación de los visigodos y formación del Libro o Fuero de los jueces y su versión castellana preliminar a la nueva edición del Fuero Juzgo de la Real Academia de España ; y el Discurso sobre las penas contraído a las leyes criminales de España, para facilitar su reforma. En Doval Gerardo, 1.914, p. 86.

(67) En este sentido, Bernaldo de Quirós, 1.944, p. 84; Sainz Cantero, 1.970, p. 114; Cerzo Mir, 1.976, p. 93; Rivacoba, 1.964, p. 23; Doval, Gerardo, 1.914, p. 89; Rodríguez Morullo, 1. 978, p. 41; Bustos, 1.984, p. 137. Antón Oneca, 1.949, T.1, p. 33.

(68) Se refiere a la obra de Cesar Cantú, 1.885, Beccaria y el Derecho Penal, París, Firmin Didot.

(69) Que resalta como el primer filósofo criminalista a Séneca; el primer tratado el de Castro; la existencia de Ciencia Penal española desde 1.574; el primer proyecto de código penal el de Lardizábal y luego una lista de las originalidades de su obra. 1.914, ps. 363ss. al igual que en la introducción a la obra de Massaveu.

(70) En términos generales ya se había referido a ello, Antón Oneca, 1.949, p. 34; en igual sentido véase Rivacoba, 1.964, ps. 46ss; y Bernaldo de Quirós, 1.944, p. 23.

(71) Más desarrollado se encuentra este aspecto en Antón Oneca, 1.949, ps. 34s; también es resaltado por Sainz Cantero, 1.970, p. 114; y Puig Peña, 1.969, p. 33.

(72) Quintano Ripolles, 1.958, p. 57; Salillas, 1.919, T.1, ps. 142s.

(73) Garrido, 1.947, p. 357; Rivacoba, 1.964, ps. 66s.

(74) Véase Rivacoba, 1.964, ps. 23ss; Arroyo y Muñoz, 1.986, p. 106.

(75) Sánchez Tejarina, 1.945, p. 57.

(76) Véase Sainz Cantero, 1.970, p. 120; Arroyo y Muñoz, 1.986, p. 108; Puig Peña, 1.969, p. 34.

(77) Supra, ps. 35ss

(78) Supra, ps. 69s

(79) Véase Cuello Calón que se refiere al "completo" fracaso, 1.980, p. 63.

C A P Í T U L O I I .

POSICIONES CRÍTICA DEL PLANTEAMIENTO

'HUMANITARIO' DE LA DOCTRINA PENAL SOBRE LA

ILUSTRACIÓN JURÍDICO PENAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En este capítulo hemos recogido las posiciones que consideramos sirven de base para formular las diversas críticas que desde campos externos a la doctrina penal se han desarrollado sobre sus postulados en cuanto a la explicación e interpretación de la Ilustración jurídico penal en general, y a la cárcel en particular como su principal efecto.

Siendo el objeto principal de nuestro trabajo, el análisis sobre el fenómeno español en concreto, hemos limitado el marco teórico de este capítulo a las posiciones básicas de Rusche y Kirchheimer, y Foucault; siendo conscientes de que se dejan de lado elementos importantes de análisis traídos por otros autores; pero considerando que la recepción y análisis de las diversas posiciones que el tema ha suscitado es un trabajo de una envergadura tal que sobrepasa los límites del presente trabajo y le restarían claridad al objeto central de éste. No obstante, intentaremos subsanar, de algún modo, este recorte mediante la introducción de algunos de los elementos de estas obras directamente en los análisis que efectuaremos en los capítulos siguientes.

Se pretende con este capítulo, presentar los planteamientos que sirven de cimientos para una ampliación del campo temático de la discusión sobre la explicación e interpretación del desarrollo de los métodos punitivos, en concreto en el período de la Ilustración.

II. POSICIÓN ECONÓMICA (1).

A. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Para esta posición, el anterior discurso humanitario no tiene en cuenta el aspecto histórico-social de la pena. Por ello todas las teorías de la pena que en él se han producido, no pueden explicar el porqué de la introducción de los diversos métodos punitivos (pena de muerte, tormentos, galeras, deportación, cárcel, etc.). Este tipo de planteamiento parte de considerar la pena como un ente existente en sí mismo, independiente de la evolución histórica y con finalidad propia.

Esta actividad de los teóricos del derecho penal, no sólo no ha contribuido a solucionar la cuestión de la transformación de los métodos punitivos, sino que además han ejercido una influencia negativa en general. Ya que , con su dogma de la necesidad de la pena, "han considerado la pena como una entidad eterna e inmutable" (Cf., p. 2).

Así, lo que hacen los autores de la doctrina penal, es tomar una etapa concreta del desarrollo social, y esa realidad, parcial y particular; como puede ser el elemento humanitario en el ámbito penal del siglo XVIII, es hipostatada en una teoría penal; transformando, entonces, esa parcela de realidad en "la realidad" total.

Por eso, cuando las condiciones sociales permitieron efectuar análisis históricos (2), estas teorías jurídico penales lo desarrollaron, principalmente, sobre la pena, considerada como ente en sí, y no sobre sus métodos, sobre sus diversas formas.

De lo que resultó, "una acumulación de datos supuestamente ligados por la noción de que ellos significaban el progreso" (Cf., p. 3).

Para realizar, entonces, un estudio sociológico más adecuado y fructífero de los sistemas punitivos es preciso, primero, quitar el velo ideológico y la apariencia jurídica, a las instituciones que se encargan de la ejecución penal.

Como punto de partida, hay que destruir el binomio delito-pena. Se debe dejar de identificar (3) la pena como una simple consecuencia del delito; la pena no es sólo un elemento negativo de contramotivo para desestimular al delincuente.

Para estos autores, la pena debe ser entendida "como fenómeno social, independiente de los conceptos jurídicos y los fines". No quieren decir con ello, que no cumple la pena unos fines concretos. Lo que niegan es que los métodos punitivos puedan ser entendidos sólo con relación a los fines (Cf., p. 3).

Como un claro ejemplo de esta insuficiencia explicativa traen la imposibilidad de entender el desarrollo de las instituciones militares o de un ejército particular (refiriéndose al nazi), sólo a través de sus propósitos.

Por lo tanto, para los autores, "La pena como tal no existe; existen sólo sistemas punitivos concretos y prácticas determinadas para el tratamiento de los criminales" (Cf., p. 3).

Con este punto de partida, los autores se proponen ver las causas del desarrollo y las transformaciones, al igual que los fundamentos para elegir, los métodos punitivos concretos, en situaciones históricas específicas; y en particular, ver en que medida este desarrollo de los métodos punitivos está determinado por las relaciones sociales fundamentales.

Se parte de la hipótesis de trabajo de que "Cada sistema de producción tiende al descubrimiento de métodos punitivos que correspondan a sus relaciones productivas" (Cf., p. 3).

Por esto se debe buscar la explicación del origen y desarrollo de los diversos métodos punitivos, en las fuerzas económicas y fiscales que determinan dichas relaciones.

Un análisis de este tipo no pretende ignorar los fines de la pena, sino relativizar su importancia y

determinarlos como un "factor condicionante negativo".

Esto es, que mientras la sociedad considere que mediante la aplicación de una pena puede alejar al sujeto de la realización del delito; como condición negativa, se adoptarán; entre los diversos métodos punitivos con que se cuente determinados, principalmente, por los factores económicos; sólo aquellos métodos que, por su naturaleza, disminuyen las condiciones actuales de existencia de las clases menos favorecidas; a fin de que se produzca dicho efecto intimidatorio.

Este es el nivel participativo, que le otorgan Rusche y Kirchheimer, al fin intimidatorio de la pena dentro del proceso explicativo y de determinación de los sistemas punitivos. Este elemento negativo encontrará sus formas concretas en las transformaciones de la estructura social.

O sea que, en una sociedad en la que la pena se imponga como elemento intimidatorio, mediante ésta consideración del fin de la pena, sólo podemos entender el que se escoja un método punitivo que realmente, dentro de las condiciones actuales del sujeto,

representen un menoscabo de ellas; pero no podrá explicarse cuál de todas las formas punitivas que producen ese menoscabo es la o las escogidas. Puede explicarse, entonces, porqué la pena de muerte y la cárcel son, en ciertas condiciones, métodos aptos penalmente, por su carácter intimidatorio; pero no puede explicar porqué se rechaza uno y se implanta el otro.

"Sólo el desarrollo específico de las fuerzas productivas permiten la introducción o el rechazo de las sanciones que le corresponden" (Cf., p. 4). Esa lucha de fuerzas productivas, motor absoluto en el esquema de análisis de los autores, es el que en últimas determina qué métodos se aplican y cuáles se rechazan.

Ahora bien, como factor condicionante positivo están las estructuras sociales.

Para que los métodos punitivos potencialmente determinados puedan incorporarse "la sociedad debe encontrarse en posición de incorporarlos como parte de la totalidad social y económica del sistema" (Cf., p. 4).

De esta forma, la esclavitud, el feudalismo, el mercantilismo, son sistemas económicos que condicionan

positivamente la elección de los métodos punitivos.

Una economía de esclavitud, con fuerza de trabajo escasa, no puede rechazar la esclavitud como forma punitiva.

Una economía feudal, en la que no se pueda continuar con la utilización de la esclavitud y no se encuentre otro medio de utilización de la fuerza de trabajo de los reclusos, recurre a la pena de muerte y a los castigos corporales.

Una economía mercantilista, con fuerza de trabajo escasa, recurre a métodos de utilización de la fuerza de trabajo del reo como las casas de corrección.

Una sociedad productora de mercancías, en la que no se utilice la fuerza de trabajo carcelaria, "la elección de los métodos punitivos es predominantemente influida por intereses de tipo fiscal" (Cf., p. 5).



B. DESARROLLO ANALÍTICO.

Inician los autores analizando el desarrollo del tratamiento de los pobres desde comienzos del siglo XVI, en el que la abundancia de fuerza de trabajo, generó un aumento considerable de la mendicidad, que refleja un deterioro general de las condiciones de vida en las ciudades. Esto lleva a promulgar leyes que consideraban la mendicidad como un comportamiento delictivo, aplicándoles, esporádicamente, severas medidas que incluían la pena de muerte. Un sistema punitivo basado en la eliminación numérica del problema. Sin que con ello, obviamente, se resolviera el problema de la mendicidad como tal.

Con la disminución de la fuerza de trabajo disponible, disminución de la población a fines del siglo XVI, se presenta un cambio en el tratamiento de los pobres.

Se da lo que será un "lento pero seguro" proceso de transformación, en la que la fuerza de trabajo potencial representada por la población marginal, será tomada en cuenta para su utilización. "Estos cambios constituyeron el resultado no de consideraciones humanitarias, sino de

un cierto desarrollo económico que revela el valor potencial de una masa de material humano a entera disposición del aparato Administrativo" (Cf., p. 25).

Estas condiciones económicas serán las que vayan indicando el nuevo camino de la legislación frente a los pobres. Con la escasez de la fuerza de trabajo, ya no se buscará la eliminación de la mendicidad a través de su criminalización (pena de muerte), sino que se buscará su utilización.

Al analizar los cambios de los diversos métodos punitivos, desvelan que el cambio de la pena de muerte, su abolición por la de galeras, deportación, cárcel; responde a un aspecto directamente económico. La pena de muerte será substituída por estas penas en la medida en que la fuerza de trabajo disponible se necesite y pueda ser utilizada en esas actividades.

Por lo tanto, en cuanto se requería fuerza de trabajo para las galeras, esta pena substituirá la pena de muerte, pero no en forma genérica sino sólo para aquellos sujetos aptos para dicho oficio.

"La adopción a finales del siglo XVII, de un método más humano de represión a la vagancia, la institución de

las casas correccionales constituyó, también, el resultado de un cambio en las condiciones generales económicas" (Cf., p. 46)).

A pesar de ser imposible determinar el éxito económico de las casas de trabajo, es indudable que el móvil determinante de ellas era la posibilidad de obtener lucro. Se daban ya argumentos en pro de la substitución de la pena de muerte por la de las casas de trabajo, argumentos netamente económicos (p. 55).

"La barbarie del sistema penal fue considerada cada vez más odiosa por la civilización, pero lo que los filántropos y la difusión del iluminismo no pudieron llevar a cabo, fué logrado rápidamente por el valor financiero de las casas de corrección" (Cf., ps. 56s).

"La institución de las casas de corrección no constituyó ni el resultado del amor paterno ni el sentimiento público de solidaridad para con los desposeídos y desgraciados; por el contrario formaba parte del desarrollo capitalista." (Cf., p. 58).

Las casas de corrección son ante todo, un establecimiento manufacturero que produce a bajo costo.

Sus bajos salarios y su adiestramiento de trabajadores, traen grandes ventajas al desarrollo del modo de producción capitalista.

"Las ventajas morales y materiales de la pena de detención 'moderna' provienen de que los reclusos son conducidos de la perversidad a la piedad, del vicio a la virtud, ... del ocio ... al trabajo útil" (Cf., p. 58).

Los móviles ideológicos no son los determinantes del cambio y ello se demuestra en la forma como las doctrinas religiosas contrarias (católicos y luteranos) colaboran entre sí en sus argumentaciones en pro del trabajo y de las casas de corrección.

"Los textos de los decretos y ordenanzas muestran claramente que la substitución de la pena de muerte por el trabajo de las galeras fue resultado de la necesidad de más remeros y no de consideraciones de tipo humanitario." (Cf., p. 66).

Del mismo modo, la pena de deportación jugó idéntico papel que la de galeras en tanto se requería fuerza de trabajo para las nuevas colonias y "Sólo cuando el transporte de criminales dejó de ser un negocio

beneficioso, los colonos se dieron cuenta de que constituía una práctica vergonzosa..." (Cf., p. 71).

Por último, igual suerte corre el análisis de la pena de cárcel, que para estos autores, encuentra su origen en las casas correccionales y hospitales generales.

Ya existían antecedentes de la utilización de la fuerza de trabajo de los presos, en vez del enriquecimiento personal de los guardianes. Pero, "el sistema moderno de prisión como método de explotación del trabajo e ..., como forma de adiestramiento de la fuerza de trabajo de reserva" se debe a la casa de corrección. (Cf., p. 73).

"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..." (Cf., p. 76).

C. ELEMENTOS ADICIONALES A DESTACAR.

Fuera de estos elementos estructurales, como aspecto central del análisis de Rusche y Kirchheimer, es preciso destacar algunos elementos planteados por los autores en su análisis, elementos que, de alguna manera, serán aplicables al desarrollo de los capítulos siguientes.

En primer lugar, se destaca por estos autores, la utilización de las doctrinas de Lutero y Calvino, en las que se encuentra soporte ideológico para la exaltación del trabajo (p. 41).

"Se pretendía con esta fundamentación que el esfuerzo y las privaciones a que se sometían las clases dominantes fueran aceptadas aún más intensamente por las clases inferiores" (Cf., p. 42). Se hicieron, por tanto, todos los esfuerzos posibles para absorber la fuerza de trabajo, no sólo en su incorporación inmediata sino "resocializándola" para su futura "voluntaria" incorporación a él. No se concebía que se rechazaran esas máximas sociales sobre el trabajo. "Fueron necesarias medidas más extremas como las casas de corrección, instituciones en donde los remisos se vieron obligados a conducir su vida cotidiana conforme a las necesidades de

la industria." (Cf., p. 47).

Este nuevo ideal del trabajo, reportó un inmenso espacio de poder al empresario, que se convirtió en juez moral, frente a los demás, con capacidad de definir e imponer las reglas de conducta y su propio hábito de trabajo.

Otro elemento a tener en cuenta es como la escasez de fuerza de trabajo influía, igualmente, de manera determinante en la estrategia militar y sus métodos de reclutamiento y disciplina. Implantándose las levadas forzosas y el reclutamiento de criminales.

Los Jueces y encargados de prisiones, "fueron consultados sobre la capacidad física y no moral de los convictos para desarrollar tareas de tipo militar. De este modo el ejército comenzó a ser considerado como una especie de organización penal..." (Cf., p. 32).

La utilización en las cárceles del personal militar retirado, que se obtenía a bajo costo, fue el origen de la introducción del orden y la disciplina militar en dichas instituciones.

"Un gran alboroto se originó a raíz del militarismo en las cárceles prusianas, pero no puede olvidarse 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 habían realizado esta labor de manera tan eficiente, se transformó en regla y luego en ley, que solamente los hombres que hubieran estado en dicha institución podían ser administradores de las cárceles" (Cf., p. 130).

Así mismo, se destaca en esta obra, la incidencia determinante de la escasez de fuerza de trabajo en la educación. Su principio fundamental sería la preparación del niño conforme a las necesidades del mercado (p. 37).

Otro aspecto interesante en la obra, es la consideración que se hace de la función judicial en la época frente al desarrollo de los métodos punitivos.

Para los autores, la amplia facultad punitiva de que disponían los jueces, fue lo que preparó el camino para una ampliación de las prácticas penales del encerramiento en casas de corrección (p. 77).

El incremento de condenas en las casas de corrección, no responde a que se de cumplimiento estricto a una ley específica ni a que se modifiquen las leyes generales en tal sentido, este incremento responde a la generalización de la práctica judicial del encerramiento desarrollada por los jueces, con base en su arbitrio judicial.

Este tipo de administración de justicia, basado en la discrecionalidad del juez, "...significaba frecuentemente ventajas materiales para las clases más pobres..." (Cf., p. 86).

Por último, cabe destacar la caracterización del nuevo sistema punitivo, implantado por la codificación de 1.810, cuyo "rasgo más notable es el exceso de severidad" con un interés puramente estigmatizador. "En resumen, castigos excesivos, bárbaras mutilaciones y penas injustas...constituyeron sus características centrales" (Cf., p. 115).

"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 1.810 y el bávaro de 1.813, 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" (Cf., p. 117).

D. EL ILUMINISMO JURÍDICO PENAL.

En el análisis del período de la Ilustración, que es el que nos ocupa, el planteamiento de estos autores, representa una apertura del campo del debate.

Para estos autores, el debate ya no se plantea en el interior del derecho penal, entre las posiciones humanitaristas, sino que el campo de análisis se traslada al ámbito histórico-social. No explica ya la reforma desde unos principios que corresponden a un espíritu sentimentalista o racionalista. Se explica relacionando la reforma de los sistemas punitivos de la época con elementos de estructura social, ajenos a la proclamada ideología humanitaria.

Para Rusche y Kirchheimer, en el período ilustrador se presentan dos movimientos distintos e independientes (p. 86) que se van desarrollando de forma paralela. Por un lado, está la agitación, que trae la adopción de la cárcel como forma general para todo tipo de delito (p. 85), que se daba contra la ineficacia y crueldad de las penas, contra la naturaleza misma de las penas, y que concernía, principalmente, a las clases inferiores. Por otro lado, existía un movimiento contra la indeterminación de las penas y la arbitrariedad en la administración de justicia, que concernía, principalmente, a la burguesía que en su camino de ascenso al poder buscaba seguridad. La burguesía, entonces, "...estaba más interesada en la plenitud, celeridad y seguridad de la justicia penal que en su severidad" (Cf., p. 91); siendo la disminución de la severidad de la pena una "medida práctica de defensa", ya que con ello se conseguía evitar el movimiento social contra las clases propietarias que venía ocurriendo en las ejecuciones de la pena de muerte (p. 90).

Las corrientes filosóficas de la época fundadas en la pasión por las matemáticas y el deseo y búsqueda de seguridad de la burguesía, llevaron a identificar la justicia con la calculabilidad (p. 87). Así, lo justo se convierte en un valor matemático y en un valor ético-

moral. La pena necesaria es justa en cuanto es sólo la requerida en el cálculo para su finalidad y es a la vez la única justificada, la única éticamente aceptable.

Pero estos dos movimientos, a pesar de ser independientes, van a aparecer recogidos y unificados en el discurso de la Ilustración jurídico-penal. Discurso que así conformado, se convierte en tema político central.

Las bases, entonces, de este nuevo sistema de penalidad, el carcelario; están en el mercantilismo, y su promoción y elaboración teórica está en el discurso de la Ilustración. Un discurso desarrollado, principalmente, por sujetos pertenecientes a la clase burguesa (p. 91).

Así, el discurso de la ilustración proclamará, de manera formal, la igualdad de todos frente a la ley, anunciada como aspecto humanitario y que pregona una suavidad de las penas; y de manera material, el interés de la burguesía en su seguridad, enfocado hacia la búsqueda de la definición precisa y el perfeccionamiento de los métodos de procedimiento penal.

Se confunden, entonces, en este discurso, postulados diferentes como son la suavidad y la legalidad; la proporcionalidad de la pena junto al arbitrio judicial.

Confluyen en dichos discursos, todo el sector crítico del régimen existente. Las inquietudes de las clases inferiores y superiores se ven "unificados" en este discurso. Unión que será sólo en el plano temático, ya que sólo representa los intereses de la clase burguesa.

Por ello, a lo largo de todo el discurso ilustrador a cada planteamiento de reforma de derechos materiales, se unirá uno en el orden procesal.

Así, todas las demandas en nombre de la humanidad y el progreso debían beneficiar al conjunto de las clases por igual, pero en la práctica se demostró que no. A las clases pobres les fueron negados sus derechos fundamentales (p. 93).

La unión que conforma este discurso, esta dada por un hecho económico histórico: "El sistema productivo durante el período de surgimiento de la burguesía como clase, que debió hacer frente a una escasez de fuerza de trabajo" (Cf., p. 86).

Por lo tanto, sólo en cuanto esos principios humanitarios pregonados en el discurso de la ilustración, coinciden con esas necesidades económicas, es que se encuentra un terreno apropiado para la reforma (p. 99). En otras palabras, no es el sentimiento humanitario o el interés de limitar el poder punitivo del Estado, lo que va a permitir, por sí sólo, la transformación del sistema punitivo. Son las fuerzas de producción que integran el sistema social, los diversos componentes de la estructura económica, los que van a incidir de manera fundamental en dicha transformación.

E. INCIDENCIA EN EL DEBATE.

Con este planteamiento, se abre entonces, una nueva zona en el debate hasta ahora planteado. La reforma de los sistemas punitivos la instauración del sistema carcelario, la humanización del Derecho penal no pueden ser explicados a partir de un sentimiento piadoso ni incluso de un pensamiento limitador del poder punitivo del Estado. Sólo en la medida en que se tengan en cuenta las fuerzas económicas en pugna, es posible entender estos fenómenos.

Se pone de manifiesto que existe una vinculación real entre la estructura social y la pena. La pena no será explicada a través de planteamientos humanitarios, en ninguna de las variantes que hemos visto. La pena será explicada, principalmente, en términos de estructuras económicas. Los planteamientos humanitarios tendrán incidencia, en la medida en que refuercen estas estructuras.

Se plantea, sobre la base de la existencia de ese vínculo entre la estructura y la pena, una alternativa, que pasa por la consideración de las condiciones económico-sociales concretas en que se encuentra el individuo, frente a la lucha contra la delincuencia.

El derecho penal, en este período del siglo XVIII, que pasa de ser un instrumento privado a un instrumento público de dominación (4), no puede ser considerado en su desarrollo y perfeccionamiento sino éso, el perfeccionamiento de un instrumento tal. Sólo la lucha de las fuerzas de producción tienen capacidad para la resolución de los conflictos que de ella surgen y no un instrumento de dominación de sus resultantes.

En resumen: La posición de estos autores, en lo que nos interesa para este trabajo, se puede esquematizar dentro de los siguientes consideraciones.

Se niega la existencia de una pena como ente eterno y abstracto, de una penalidad en términos absolutos. Sólo existen métodos punitivos concretos, prácticas determinadas para tratar a los delincuentes, y es sobre esos métodos concretos sobre los que se debe hacer un análisis histórico.

Estos métodos punitivos, estas prácticas concretas no son la consecuencia directa y necesaria del delito, estos vienen determinados por las fuerzas productivas y se explican por la estructura social de cada sistema, bien en cuanto los beneficios que reporte o por sus ventajas fiscales.

Los métodos punitivos vienen condicionados, positivamente, por los sistemas de producción concretos y de forma negativa por su carácter intimidador, en cuanto la finalidad sea preventiva.

El discurso ilustrador es en parte el sustento teórico de la implantación del sistema punitivo carcelario, implantación llevada a cabo por las fuerza productivas concretas de la época y condicionada por un sistema económico determinado.

Un discurso que une dos movimiento de diferente contenido temático y social, representando formalmente los intereses de las clases desprotegidas y realmente los de las clase burguesa.

Y que encuentra un terreno fértil en la medida en que coincide con las necesidades económicas de la época.

Así, el contenido de la reforma está dado por el contenido propio de ese sistema económico burgués que la habilita; y logra imponerse, en la medida en que coincidía en su propósito, mediante el planteamiento ideológico, con las fuerzas de sectores populares.

III. POSICIÓN POLÍTICA (5).

A. PLANTEAMIENTO GENERAL.

Este planteamiento desarrollado por Foucault no se presenta, exclusivamente, como una visión crítica frente al postulado humanitario de la Ilustración o como un nuevo enfoque y explicación del desarrollo e implantación de los métodos punitivos y en particular de la cárcel.

El autor elabora un estudio crítico mucho más amplio. Para él la temática central es ver como la producción de verdades interfiere en la forma como los hombres se gobiernan a si mismos y a los demás. Esto es, como se interrelaciona un campo de producción de verdades, una historia de la verdad, toda una historia de las ideas, en fin, una genealogía del saber; con el campo de la determinación y gobierno de los hombres, con el ámbito de la reglamentación de sus comportamientos, con todo el cuerpo político, o sea, con la anatomía política del cuerpo.

En este tipo de trabajo, se presentan, por tanto, elementos de muy diversas índoles y análisis de diversos aspectos que no todos tocan directamente con nuestra temática (6).

Es preciso para la comprensión de nuestro análisis de la obra de Foucault, Vigilar y Castigar, presentar una visión global de ella, a fin de establecer los diversos conceptos que utiliza (7).

Un punto inicial del análisis de la obra de Foucault, es el rechazo de la consideración tradicional de la incompatibilidad entre el poder y el saber, o su relación inversa en cuanto que el poder vuelve loco (1.981, p. 34).

De igual forma debe rechazarse la existencia de un sujeto de conocimiento abstracto, con capacidad de determinar la realidad, en referencia a unas estructuras económicas que le son dadas (1.981, p. 34; 1.984a, ps. 31ss).

No puede pensarse que la relación de un sujeto con la verdad, su relación de conocimiento, es velada, oscurecida, por las condiciones de existencia, por las relaciones políticas, en suma, por la 'ideología',

puestas desde el exterior de éste sujeto de conocimiento, quien se conserva en su capacidad de conocimiento, por así decirlo, 'puro'.

Para Foucault, como veremos, esas condiciones de existencia, esas condiciones políticas, no actúan en el medio de esa relación, sujeto de conocimiento-objeto (verdad), oscureciéndola o velándola. Esas condiciones políticas, actúan directamente en el sujeto y constituyen " aquello a través de lo cual se forman los sujetos de conocimiento y, en consecuencia, las relaciones de verdad" (Cf., 1.984a, p. 32).

"El conocimiento es siempre una cierta relación estratégica en la que el hombre está situado" (Cf., 1.984a, p. 30)

Por ello el conocimiento nunca es total y absoluto, sino parcial, oblicuo, perspectivo; no por la naturaleza conflictiva del hombre sino por la naturaleza política del conocimiento, por su naturaleza estratégica.

Para llevar a cabo su estudio, o un estudio como éste, el autor propone cuatro precauciones metodológicas:

No analizar las formas de poder en sus espacios centrales, sino en los extremos, en los espacios locales, en los niveles más lejanos, relaciones entre padre e hija, funcionario, ciudadano, en fin, el análisis de los micropoderes, su microfísica.

No ver el poder en términos de intención o decisión sino en su campo de aplicación, de ejercicio, allí donde es implantado y donde se producen los efectos de realidad. Esto es " antes de preguntarnos cómo aparece el soberano en lo alto, intentar saber cómo se han... materialmente construido los sujetos..." (Cf., 1.979, p. 143).

Tampoco ver el poder como instrumento de dominación de masas y homogéneo, de uno o unos sobre otros. Sino de algo que sólo funciona en cadena.

No ver por tanto, un poder central que se va extendiendo; sino un poder que viene de abajo hacia arriba, un poder ascendente. Ver, entonces, no quien lo posee sino sus técnicas, sus tácticas, su funcionamiento, y luego ver como se colonizan, se utilizan por mecanismos más generales y formas de dominación global (1.979, ps. 144ss).

No ver, por último, el poder como formador de ideologías, sino como elaboración de instrumentos efectivos de formación y de acumulación de saber (1.979, p. 147).

Para Foucault, en los siglos XVII y XVIII se produce un cambio en la mecánica del poder (1.979, p. 148). Y es este cambio el que quiere analizar, ver en que consiste y como funciona, cual es la nueva técnica del poder a partir de dicho cambio.

El autor tiene, pues, su propia concepción de lo que es el poder:

"...por poder hay que comprender, primero, la multiplicidad de las relaciones de fuerza inmanentes y propias del dominio que se ejercen, y que son constitutivas de su organización; el juego que por medio de luchas y enfrentamientos incesantes las transforma, las fuerza, las invierte; los apoyos que dichas relaciones de fuerza encuentran las unas en las otras, de modo que formen cadena o sistema, o, al contrario, los corrimientos, las contradicciones que aislan a una de otras; las estrategias, por último, que las tornan efectivas, y cuyo dibujo general o cristalización

institucional toma forma en los aparatos estatales, en la formulación de la ley, en las hegemonías sociales. La condición de posibilidad de poder, en todo caso el punto de vista que permite volver inteligible su ejercicio (hasta en sus efectos más 'periféricos' y que también permite utilizar sus mecanismos como cifras de inteligibilidad del campo social), no debe ser buscado en la existencia primera de un punto central, en un foco único de soberanía del cual irradiarían formas derivadas y descendientes; son los pedestales móviles de las relaciones de fuerza los que sin cesar inducen, por su desigualdad, estados de poder pero siempre locales e inestables" (Cf., 1.984b, ps. 112s).

De esta concepción particular de poder se derivan una serie de consecuencias importantes a tener en cuenta:

-La omnipresencia del poder se entenderá no en cuanto abarque todo el conjunto de relaciones sino en cuanto que viene de todas ellas, de todas partes (1.981, p. 33 y 1.984b, p. 114).

"Toda relación de fuerza implica en cada momento una relación de poder y cada relación de poder reenvía,

(como a su efecto y condición de posibilidad) a un campo político del que forma parte. Decir que <<todo es político>> quiere decir esta omnipresencia de las relaciones de fuerza y su inmanencia en un campo político" (Cf., 1.979, ps. 158s).

Pero esta omnipresencia, este no poder estar 'fuera' del poder no quiere decir que se está irremediabilmente atrapado (1.979, p. 170).

-El poder no es una instancia externa que prohíba o reconduzca; sino que es inmanente y efectúa, internamente, su función productora.

-No es pues, una imposición que viene de instancias superiores; viene de abajo.

-Es el resultado de un cálculo; de una serie de miras y objetivos.

"Pero ello no significa que resulte de la oposición o decisión de un sujeto individual; no busquemos el estado mayor que gobierna su racionalidad; ni la casta que lo gobierna, ni los grupos que controlan los aparatos del Estado, la racionalidad del poder es la de las tácticas a menudo muy explícitas en el nivel en el

que se inscriben -civismo local de poder-, que encadenándose unas a otras, solicitándose mutuamente y propagándose, encontrando en otras partes sus apoyos y su condición, dibujan finalmente dispositivos de conjunto; ahí, la lógica es aún perfectamente clara, mientras, las miras descifrables, y, sin embargo, sucede que no hay nadie para concebirlas y muy pocos para formularlas: carácter implícito de las grandes estrategias anónimas, casi mudas, que coordinan tácticas locuaces cuyos "inventores" o responsables frecuentemente carecen de hipocresía" (Cf., 1.984b, ps. 115s).

No puede pensarse que el poder le pertenece a la burguesía y esta reprime a la clase trabajadora; entendiendo la lucha de clases como lucha contra esa represión. Para el autor el poder es una parte compleja de la estructura del que "no sabemos quien lo tiene exactamente, pero sabemos quien no lo tiene" (Cf., 1.984c, p. 15).

El discurso es como un juego político de preguntas-respuestas del que se extrae un saber e implica el ejercicio de un poder, contiene una estrategia correspondiente. (1.984a, p.15).

Con unas relaciones de poder provenientes, principalmente, de la vigilancia y el control; de la confesión como forma generalizada. Utilizando un doble procedimiento discursivo:

"...le pedimos que diga la verdad (pero como es el secreto y escapa a sí mismo, nos reservamos el derecho de decir nosotros la verdad finalmente iluminada, finalmente descifrada de su verdad); y le pedimos que diga nuestra verdad o, mejor, le pedimos que diga la verdad profundamente enterrada de esa verdad de nosotros mismos que creemos poseer en inmediatez de la conciencia. Le decimos su verdad, descifrando lo que él nos dice de ella; él nos dice la nuestra liberando lo que se esquivo. Desde hace varios siglos, con ese juego se constituyó, lentamente, un saber sobre el sujeto" (Cf., 1.984b, ps. 87s).

De esta manera, el hombre se convierte en objeto de saber, saber que se obtiene mediante el ejercicio del poder; saber que a su vez confiere poder. Existe pues una interrelación entre estas instancias de saber y poder. Entre " las técnicas de saber y las estrategias de poder no existe exterioridad alguna"... son "focos locales de poder-saber" (Cf., 1.984b, ps. 119s).

No hay, por tanto, un sujeto de conocimiento preestablecido que por adquirir un saber determinado logre un poder de dominación frente a los otros. El poder-saber, esas tácticas y estrategias que se reúnen, refuerzan y apoyan, son las que determinan el conocimiento.

El autor recoge los planteamientos de Nietzsche, para quien el conocimiento no es algo que está en la naturaleza humana, es algo 'inventado', es "el resultado del juego, el enfrentamiento, la confluencia, la lucha y el compromiso entre los instintos". Es entonces, el resultado de un largo compromiso. (Cf., 1.984a, p. 22).

Así, tanto el sujeto que conoce como los objetos a conocer, son efectos de esas relaciones de poder-saber. No existe un sujeto de conocimiento abstracto que produzca un saber útil o reactivo al poder. Son las luchas, los procesos de saber-poder los que determinan ese conocimiento en sus formas y dominios (1.981, ps. 30s).

En este proceso discursivo, con la confesión como principal instrumento, es donde se produce la verdad (8).

"Estamos sometidos a la producción de la verdad desde el poder y no podemos ejercitar el poder más que a través de la producción de la verdad" (Cf., 1.979, p. 140).

Por ello, el poder no cesa de indagar, de preguntar, de observar; institucionaliza la pesquisa, la profesionaliza, la recompensa. Se produce de igual forma verdad que riqueza.

Estamos sometidos, igualmente, a la verdad en cuanto que ésta hace ley.

Se configura así, un triángulo, poder, verdad, derecho; que ha sido el objeto, principal, del estudio del autor (1.979, p. 139).

Foucault, intenta ver cómo a partir de la producción de la verdad, de esa manera de dividir lo verdadero y lo falso, entendida como la producción "de ámbitos en los que las prácticas de lo verdadero y de lo falso pueden a la vez ser reguladas y pertinentes" (Cf., 1.982, ps. 66s) (9); los sujetos se regulan a sí mismos y a los demás.

Se trata de ver, cómo estos discursos de verdadero-falso y sus prácticas, producen en el sujeto códigos de regulación de su conducta, cómo se traduce en reglas de comportamiento; primero a nivel micro, extremo, local, y luego cómo son capturados, utilizados por mecanismos superiores de dominación.

Esta es la historia que Foucault desea escribir, una genealogía del saber relacionada con la tecnología política. Su problema " consiste en saber cómo se gobiernan los hombres (a sí mismos y a los demás) a través de la producción de la verdad" (Cf., 1.982, p. 66).

Para realizar este estudio, el autor centra su análisis, al menos en lo que nos interesa para este trabajo, en unas prácticas, en unos sistemas de prácticas, que se concretan en el segregación o encerramiento.

Intenta, descubrir cómo se inscriben en esas prácticas o en esos sistemas de prácticas, unas "racionalizaciones", el papel que desempeñan y los efectos que produce.

Ver en esas prácticas determinadas el campo de saber que genera y su relación con la determinación y formación de los sujetos de conocimiento (1.984a, p. 14).

No hay, una reducción en el objeto de análisis en la obra del autor, como el mismo lo considera, "Querer tratar de manera específica las relaciones entre tecnología de poder y genealogía de los saberes no es una manera de impedir a los demás que analicen los terrenos vecinos; equivale más bien a invitarles a hacerlo" (Cf., 1.982, p. 52).

Existe, más bien, una doble ampliación. Por un lado se extiende ese nuevo campo de análisis representado por la obra de Rusche y Kirchheimer, en cuanto no es, principalmente, el ámbito socio-económico el que nos proporciona todos los elementos necesarios para la explicación suficiente del fenómeno del desarrollo de los sistemas punitivos; sino que ahora se traslada al campo político, pero a un campo político tan extenso que en su concepción omnipresente pueden extraerse elementos de análisis desde cualquier campo social. Planteando lo que el autor denomina la "desmultiplicación causal" (1.982, ps. 61s) (10).

Por otro lado, se extiende también el campo analítico en cuanto no propugna el estudio en el centro del campo político y en concreto en las instituciones o grupos sociales dominantes; por el contrario para el autor el análisis debe partir de los extremos, de los sectores más locales de las relaciones de poder, de su microfísica, para luego si, ir desarrollando un análisis ascendente.

Lo que pretende la obra Vigilar y Castigar, es ver cómo en los siglos XVII y XVIII hubo un gran desbloqueo tecnológico de la producción del poder.

"...en esa época tuvo lugar lo que podría llamarse una nueva <<economía>> de poder, es decir, unos procedimientos que permiten hacer circular efectos de poder de un modo a la vez continuo, ininterrumpido, adaptado e <<individualizado>> en el campo social entero" (Cf., 1.982, p. 137).

Una nueva economía política en la que resultaba más rentable (en términos de economía-política) vigilar que castigar. (1.979, p. 88).

Un análisis de las prácticas sociales de control y vigilancia en el siglo XIX permite ver el desarrollo de un nuevo campo de saber del hombre , del individuo normal y anormal y cómo este nuevo dominio de saber no le fué impuesto a un sujeto concreto de conocimiento; sino que originó un nuevo sujeto de conocimiento.

"Hay que cesar de describir siempre los efectos de poder en términos negativos: "excluye", "reprime", "rechaza", "censura", "abstrae", "disimula", "oculta". De hecho, el poder produce; produce realidad; produce ámbitos de objetos y rituales de verdad. El individuo y el conocimiento que de él se puede obtener corresponden a esta producción." (1.981, p. 198).

B. ASPECTOS CONCRETOS DE LAS PRÁCTICAS PUNITIVAS DEL SIGLO XVIII

1. El cambio del sistema punitivo.

En este apartado veremos en forma concreta el análisis sobre las prácticas punitivas que realiza Foucault, principalmente, en su obra Vigilar y Castigar.

Para éste autor, en el siglo XVIII se realiza un cambio en los métodos punitivos, cambio que tradicionalmente ha sido explicado mediante postulados que lo atribuyen "demasiado fácilmente y con demasiado énfasis a una 'humanización' que autorizaba a no analizarla". (Cf., 1.981, p.15)

Comienza la obra con la descripción de dos estilos penales diferentes: el suplicio y el empleo del tiempo (encerramiento), la diferencia entre ellos, para el autor, es la redistribución de la economía del castigo.

Para el estudio concreto de estas prácticas punitivas, el autor establece cuatro reglas:

-De forma similar a la propuesta de Rusche y Kirchheimer, en esta obra no debe centrarse el estudio de los mecanismos punitivos en su aspecto 'represivo'; sino que deben tenerse en cuenta los aspectos positivos de éste. Es decir considerarse el castigo como una "función social compleja" (1.981, p. 30).

-Los métodos punitivos utilizados en un momento dado no pueden ser explicados como consecuencias de unas

reglas de derecho; sino como técnicas específicas del campo del poder. Tácticas políticas (1.981, p. 30; 1.979, p. 154).

-No se puede considerar la historia del derecho penal separado de la historia de las ciencias humanas.

-Por último, considerar si ese cambio de objeto en el castigo, si esa 'nueva' consideración del "alma" en el castigo y con ella la obtención e inserción de un saber, no corresponde a una nueva forma de 'dominación'.

Entre las diversas transformaciones que ocurren en los sistemas punitivos de la época, codificaciones, institucionalizaciones, la finalidad correctiva de la pena, etc., el autor centra su atención en la sustitución del suplicio.

La eliminación del suplicio se sintetiza en cuanto desaparece el cuerpo como blanco mayor de la represión penal, y se extingue la sombría fiesta punitiva (1.981, p. 16).

Es, pues, un fenómeno en el que intervienen dos procesos, cada uno con su cronología y sus razones.

El primero, la desaparición del espectáculo punitivo. El ejercicio penal pasa a ser un nuevo acto de procedimiento, de simple administración. Deja, lentamente, de ser teatro.

Ya el ritual en que se representa la fuerza del soberano sometiendo a las fuerzas de su retador, de su enemigo, no ejerce las funciones deseadas.

El rito que cierra el delito, no sólo pierde su fuerza sino que produce efectos ambiguos.

- Se iguala o sobrepasa en salvajismo el castigo frente al delito.

- Se habitúa al espectador a la ferocidad de dichas acciones.

- Se evidencia la frecuencia de los delitos.

- Se identifica al verdugo como criminal, y al juez como asesino.

- Se despiertan sentimientos de compasión y admiración y solidaridad frente al reo.

El sistema punitivo tiende a invertir el procedimiento hasta el momento utilizado, abandonando la oscuridad del juicio y la publicidad de la ejecución por un nuevo sistema; en el que el juicio sale a la

claridad, habrá publicidad en los debates, en tanto que, la ejecución pasará a la sombra.

El castigo tiende, pues, a pasar al sector oculto del proceso. "abandona el dominio de la percepción casi cotidiana, para entrar en el de la conciencia abstracta; se pide su eficacia a su fatalidad, no a su intensidad visible; es la certidumbre de ser castigado, y no ya el teatro abominable, lo que aparta del crimen; la mecánica ejemplar del castigo que cambia sus engranajes (1.981, p. 17).

Ya no es el empleo de la violencia del soberano contra su enemigo y retador; ahora es "un elemento de si mismo al que no tiene más remedio que tolerar, pero del que le es difícil valerse" (Cf., 1.981, p. 17). La pena es, entonces, un mal necesario.

Existe una redistribución del escándalo y de la luz. Ahora es la condena la que marca al individuo, por ello la publicidad de los debates y de la sentencia. El escándalo ahora es lo que hizo el individuo y sale a la luz. La ejecución, la parte avergonzante, pero necesaria de la justicia, se tiende a confiar a otros y bajo secreto. Se oculta, entonces, lo que se hace con el delincuente (11).

En este primer proceso, intervienen como factores incidentes, principalmente, las manifestaciones populares frente a la nueva administración de los ilegalismos. Se busca por tanto evitar los sentimientos que despierta, mediante la transformación del espectáculo de violencia pública como manifestación de poder, en la que se expresa el triunfo del poder del soberano y en ello radica su satisfacción; por la ejecución de una pena (verguenza 'necesaria') que no es otra cosa que el cumplimiento de una penosa obligación del soberano.

El segundo proceso, el relajamiento de la acción sobre el cuerpo del delincuente.

"No tocar ya el cuerpo, o lo menos posible en todo caso, y eso para herir en él algo que no es el cuerpo mismo" (Cf., 1.981, p. 18).

La relación existente entre castigo y cuerpo cambia de los suplicios a las penalidades modernas (cárcel, presidio, trabajos forzados, deportación, etc.).

En éstas últimas, el cuerpo pasa a ser un instrumento o un intermediario, si se interviene ahora

sobre él encerrándolo y haciéndolo trabajar no es tanto para mortificar a su cuerpo en sí, como para privar al individuo de una libertad considerada como derecho y como bien. El castigo deja de ser sobre el cuerpo físico del sujeto para convertirse en una economía de derechos suspendidos, ya no se infieren tormentos, ahora se suspenden derechos (1.981, p. 18).

Como efecto de esto, un ejército de técnicos ha venido a reemplazar al verdugo: vigilantes, médicos, capellanes, psiquiatras, psicólogos, educadores, etc.

"Por su sólo presencia junto al condenado cantan a la justicia la alabanza de que aquella tiene necesidad: le garantizan que el cuerpo y el dolor no son los objetivos últimos de su acción punitiva" (Cf., 1.981, p. 19).

Así, el médico agente del no dolor, aparecerá al lado del funcionario, agente de la muerte, en las modernas formas de ejecución; que desde su proceso de desarrollo con la guillotina, son testigos de este doble proceso de desaparición del teatro punitivo, anulación del dolor.

En el desarrollo de estos dos procesos, el autor considera importante, tener en cuenta factores como la distorsión entre la la ley y la práctica punitiva de la época; así mismo lo que señala Rossi sobre la severidad penal de la legislación de la codificación; tener en cuenta, igualmente, los avances y retrocesos políticos. En fin, son procesos que no han concluido.

Esta atenuación de la severidad de la pena, ha sido considerada por la mayoría de los autores como un cambio en su aspecto cuantitativo, menor crueldad, mayor humanización. Pero, para Foucault existe un cambio en el objeto. Se da un nuevo contenido al objeto "crimen". En él se castigan no sólo las acciones determinadas en la ley, se castigan así mismo pasiones, instintos, anomalías. "...se castigan las agresiones pero, a través de ellas las agresividades" (Cf., 1.981, p.25).

El juez no sólo juzga sino que aprecia la 'normalidad' del sujeto. Y no será el único que realiza esta nueva actividad, aparece una gran lista de técnicos.

El juicio del psiquiatra no responde sobre la responsabilidad sino sobre la peligrosidad.

La posibilidad de inscribir las infracciones en un campo de objetos sobre los que se pueda desarrollar conocimiento científico y la fundamentación y justificación a los mecanismos de castigo legal para que intervengan en el campo no sólo de las infracciones, sino de los individuos, de lo que han hecho y pueden hacer, son los efectos de este desplazamiento en el objeto. Este suplemento del 'alma' que en apariencia es explicativo, y limitador es de hecho "anexionista" (1.981, p. 26).

Por ello la sentencia que condena o absuelve no sólo es en juicio de culpabilidad, es a su vez un juicio de 'normalidad'.

En fin, con el nuevo sistema penal, los jueces juzgan otra cosa que los delitos y no son los únicos que juzgan. "la operación penal entera se ha cargado de elementos y personajes extrajurídicos" (Cf., 1.981, p. 29).

"Bajo la benignidad cada vez mayor de los castigos, se puede descubrir, por lo tanto, un desplazamiento de su punto de aplicación, todo un campo de objetos recientes, todo un nuevo régimen de la verdad y una

multitud de papeles hasta ahora inéditos en el ejercicio de la justicia criminal. Un saber, unas técnicas, unos discursos 'científicos' se forman y se entrelazan con la práctica del poder de castigar" (Cf., 1.981, p.29).

Este conjunto de técnicas y estrategias son las que integran lo que el autor denomina "cuerpo político" y es sobre éste conjunto de elementos reales de los focos de poder-saber sobre el que se constituye todo un campo de conocimiento, o sea, una "anatomía política" (1.981, p. 35).

Cuerpo político configurado por "un conjunto de elementos materiales y de los tácticos que sirven de armas, de relevos, de vías de comunicación y de puntos de apoyo a las relaciones de poder y de saber que cercan los cuerpos humanos y los dominan haciendo de ellos unos objetos de saber" (Cf., 1.981, p. 35).

Se trata, pues, de considerar estas prácticas penales no como efecto de unas teorías jurídicas, sino como un apartado de esta anatomía política.

Este cuerpo, cercado, inmerso en las relaciones de poder, va unido a su utilización económica mediante relaciones complejas y recíprocas.

"El cuerpo sólo se convierte en fuerza útil, cuando es a la vez cuerpo productivo y cuerpo sometido" (Cf., 1.981, p. 33) (12).

Este sometimiento no se obtiene sólo por medio de violencia o de ideología, puede ser calculado, medido, organizado, "técnicamente reflexivo".

"Es decir que puede existir un "saber" del cuerpo que no es exactamente la ciencia de su funcionamiento y un dominio de sus fuerzas que es más que la capacidad de vencerlas: este saber y este dominio constituyen lo que podría llamarse la tecnología política del cuerpo" (Cf., 1.981, p. 33)

El estudio de su microfísica, de sus mecanismos, de sus efectos, parte de que el poder no se conciba como propiedad, y sus efectos como una 'apropiación', que no es un "privilegio" adquirido y conservado de las clases dominantes; sino que es una estrategia, sus efectos de dominación responden a unas disposiciones, tácticas, maniobras, unas "redes de relaciones siempre tensas".

"En suma, se trata de estudiar la metamorfosis de los métodos punitivos a partir de una tecnología política del cuerpo donde pudiera leerse una historia común de las relaciones de poder y de las relaciones de objeto. De suerte que por el análisis de la benignidad penal como técnica de poder, pudiera comprenderse a la vez cómo el hombre, el alma, el individuo normal o anormal han venido a doblar el crimen como objeto de intervención penal y cómo un modo específico de sujeción ha podido dar nacimiento al hombre como objeto de saber para un discurso con estatuto "científico" (Cf., 1.981, ps6. 30s).

2. La reforma.

Para Foucault, lo que hemos venido denominando como la reforma penal no es producto exclusivamente de los "reformadores" entendidos como los autores ilustrados. Para él la reforma surge de diversos puntos y uno de los aspectos importantes a tener en cuenta aparte de estos teóricos, son los magistrados y juristas que actúan desde el interior del sistema penal.

La reforma estará por tanto, configurada, al menos, por dos elementos importantes a considerar: los "grandes

reformadores", los teóricos de la ilustración, que realizan la reeleboración teórica del nuevo proyecto; y un sector, no mayoritario, de magistrados que opera desde el interior del sistema punitivo, que busca un cambio en el ejercicio de juzgar que permita por si sólo ejercer su poder, un cambio en la economía del poder, regulando mediante su actividad los excesos de poder y liberándose de las presiones políticas, económicas y sociales a que están sometidos.

Estos dos elementos van a tener como punto de coincidencia, su estrategia: la economía política. (1.981, ps, 85s).

Para este análisis, el autor parte de la consideración del suplicio como un ritual en el que se enfrentan las fuerzas del soberano contra las del delincuente, su retador y enemigo.

Es, por tanto, un ritual judicial y militar, ya que es el mismo acero el que vence al delincuente como a los enemigos del reino. 1.981, p. 55).

Esta práctica judicial, arraigada fuertemente en la época, se constituye a su vez como realizadora del poder

y reveladora de la verdad (mediante la confesión) (1.981, p. 60).

El cuerpo es el lugar en que se miden las fuerzas retador-soberano; y a su vez ampara la relación verdad-poder que se mantiene en el centro de los mecanismos punitivos (1.981, p. 60).

Entre las diversas razones que intervienen en la transformación de ésta pena "que no sentía vergüenza de ser atroz", por unos castigos más "humanos". Foucault analiza particularmente las reacciones ambiguas que despertaba este ritual en las clases populares.

El pueblo tiene derecho y quiere participar en la verificación del espectáculo; pero a su vez, puede impedir la ejecución, arrancar de las manos del verdugo a un reo. Los sentimientos de compasión, exaltación y solidaridad con los criminales fue un sentimiento cada vez más general. Estos sentimientos ambiguos, junto al problema de la eficacia: castigar mejor, se convirtieron en un problema político a considerar (1.981, ps. 64ss).

Había, pues, que castigar diferente, cambiar el ritual de enfrentamiento de fuerzas.

a. Los reformadores.

a.a Externos.(13)

Estos reformadores del siglo XVIII, fueron los primeros en denunciar este doble peligro, el exceso de poder del soberano y el infrapoder popular con sus connotaciones de rebelión. Se precisa castigo y no venganza.

Existe una necesidad de castigar sin suplicios que "...se formula en primer lugar como un grito del corazón o de la naturaleza indignada: en el peor de los asesinos una cosa al menos es de respetar cuando se castiga: su 'humanidad'" (Cf., 1.981, p. 78).

Este hombre 'descubierto' en el criminal es colocado por los reformadores, como límite del derecho de castigar: "frontera que legitima el poder de castigar". Es aquella zona del hombre que no debe ser modificada. Marca el límite puesto a la venganza del soberano. Por ello, el hombre que los reformadores han opuesto al despotismo del patíbulo, es también un hombre-medida; no de las cosas, sin embargo, sino del poder" (Cf., 1.981, p. 78).

El programa de los reformadores se puede caracterizar en su variedad de métodos punitivos, su preocupación correccional, la publicidad, la proporcionalidad de la pena determinada por la naturaleza del castigo, en fin, "todo un arte de castigar inspirado en la Ideología" (Cf., 1.982, ps. 38s).

Este proyecto teórico, trata de establecer toda una serie de parejas opuestas, signos-obstáculos, para eliminar el beneficio del delito, signos-obstáculos que deben cumplir unos requisitos como la inmediatez en su representación; debe existir más fuerza en el obstáculo que en el delito; debe tener un término, general y ampliamente conocido; debe producir sus mayores efectos de representación frente a los terceros, así, el trabajo público es bueno por lo que produce y por los signos que representa; debe ser pública, más que el espectáculo punitivo, en la ley se lee el castigo, así, la publicidad del castigo deja de producir terror y se convierte en un libro abierto.

Estos signos-obstáculos, son el nuevo arsenal de penas determinado por los reformadores, penas que por lo tanto requieren la inmediatez entre el binomio delito-

pena; su determinación la dá la naturaleza del delito, ya no es arbitraria.

Mediante esta simbología, los reformadores pretenden dotar al sistema punitivo de un instrumento "económico, eficaz, generalizable a través de todo el cuerpo social" (Cf., 1.981, p. 98).

Las reglas, principales de esta 'semiotécnica' son:

-Regla de la cantidad mínima. El mínimo necesario de obstáculo, que apenas supere los beneficios del delito, para desestimular al delincuente. Un Derecho penal mínimo.

-Regla de la identidad suficiente. La eficacia de la pena está en la representación que de ella se tenga no es su padecimiento. Un Derecho penal simbólico.

-Regla de los efectos latentes. La pena debe obrar principalmente en los delincuentes potenciales. Un Derecho penal preyetivo general.

-Regla de la certidumbre absoluta. Cada delito debe ir asociado por la seguridad de la imposición de la

pena. Nadie debe escaparse a su aplicación. El problema se transforma en un problema de policía. Un Derecho penal de la seguridad jurídica.

-Regla de la verdad común. El establecimiento de los hechos y sujetos debe estar conforme a los procedimientos de obtención de la verdad en general.

-Regla de la especificación óptima. Para establecer los signos-obstáculos correspondientes, se requiere un código exhaustivo y explícito de los delitos. La individualización, aparece como el objetivo de todo código adaptado (1.981, ps. 98ss).

Se obtiene pues una serie de castigos, básicamente, conformados por penas como la expulsión o deportación; la exclusión de la sociedad civil mediante la vergüenza el escándalo y la humillación; la reparación del daño, mediante el trabajo forzado; y el talión (1.984a, ps. 94s).

Un arsenal que no sólo va a aparecer plasmado en los diversos textos, sino además en los códigos en los que de alguna manera participan estos reformadores (1.984a, p. 95).

En esta reelaboración teórica que se fundamenta en principios como el de secularización; el principio de utilidad social; una definición clara y precisa de las leyes (1.984a, ps. 92s); se da a su vez, una nueva definición del criminal que deja de ser un enemigo del soberano y pasa a ser enemigo de la sociedad y su hecho no es ya un reto de fuerzas sino un daño social (1.984a, p. 93).

Un cálculo del daño, según su naturaleza, un cálculo de la pena, la menor necesaria, constituye un aspecto básico en el proyecto de los reformadores.

a.b Internos (14)

Ahora bien, otro aspecto integrante de este proyecto reformador se encuentra en un proyecto más político, una nueva estrategia en el poder de castigar, realizada desde el interior mismo del sistema punitivo.

En este nuevo estadio, Foucault, analiza el fenómeno de la 'benignidad' de las penas.

Aunque en un comienzo se ha atribuido a los autores ilustrados la labor de la imposición de esta benignidad

de las penas en el sistema punitivo; es preciso tener en cuenta un doble aspecto histórico que obliga a revisar dicha adjudicación de forma tan directa.

Se presenta, inicialmente, un cambio en la organización interna de la delincuencia. Los delitos de sangre y agresiones físicas disminuyen y parecen ser substituídos por delitos contra la propiedad. Se pasa de una delincuencia de masas, de grandes bandas a una criminalidad más disociada, una delincuencia más de "flecos y de márgenes"; que revela un desplazamiento de los ilegalismos.

Así, pues, en el transcurso del siglo XVIII un suavizamiento en los crímenes antes que en las leyes, que incluso en algunos momentos aumentan su severidad (1.981, p. 80).

Esta transformación va unida, a otros fenómenos de fondo contemporáneos como la elevación general de nivel de vida, aumento demográfico, aumento de riquezas y propiedades, y la "necesidad de seguridad que es una de sus consecuencias (Foucault, 1.981, p. 80).

"De hecho, la derivación de una criminalidad de sangre a una delincuencia de fraude forma parte de todo un mecanismo complejo, en el que figuran el desarrollo de la producción, el aumento de las riquezas, una valorización jurídica y moral más intensa de las relaciones de propiedad, unos métodos de vigilancia más rigurosos, una división de zonas más ceñidas de la población, unas técnicas más afinadas de localización, de captura, de información: el desplazamiento de las prácticas ilegalistas es correlativo de una extensión y de un afinamiento de las prácticas punitivas" (Cf., 1.981, ps. 81s).

Lo que se proyecta aquí, es menos un respeto nuevo a la humanidad del reo que una tendencia a "una justicia más sutil, y más fina, a una división de zonas más estrechas en el cuerpo social" (Cf., 1.981, p. 82).

Más que debilidad o crueldad, lo que se denuncia es una mala economía del poder. Exceso de poder de la jurisdicciones inferiores, exceso de poder de los acusadores, exceso de poder de los jueces, exceso de poder del soberano. En fin, un exceso que como central podría calificarse de "sobrepoder".

Pero, un exceso que es denunciado más como irregularidad que como abuso del poder de castigar (1.981, p. 82).

Por tanto, no se trata de fundar un nuevo derecho de castigar a partir de principios más equitativos; se trata de establecer una nueva economía del poder de castigar (1.981, p. 85); aumentando sus efectos y disminuyendo sus costos políticos.

Unos juristas que querían, mediante su actividad, ejercer su poder, libres de la soberanía absoluta del príncipe, libres de la pretensión de legislar, libres de las presiones económicas, liberados de los privilegios, independientes de las relaciones de propiedad. En fin, querían mediante las prácticas judiciales, regular, adecuar el mecanismo punitivo, que adolecía de las irregularidades del sobrepoder e infrapoder.

"La coyuntura que vio nacer a la reforma no es, por lo tanto, la de una nueva sensibilidad, sino la de otra política respecto de los ilegalismos".

Las capas sociales desprotegidas, gozaban de un espacio de tolerancia, "conquistado por la fuerza o la obstinación", espacio que constituía una condición

necesaria para su subsistencia.

Estos ilegalismos populares, convivían a su vez con ciertos ilegalismos de la burguesía , que requería violar las disposiciones aduaneras, reglas de corporaciones, reglas de competencia económica, etc; y que de alguna forma se apoyaban entre sí. Así, al burgués le interesaba el no pago de impuestos en general (1.981, ps. 87ss; 1.984c, p. 60).

Estos ilegalismos, necesarios para las clases pobres, constituían elementos integrales de la vida política y económica de la sociedad.

Pero en la segunda mitad del siglo XVIII, se dá un desplazamiento en estos ilegalismos, el aumento de la riqueza y el crecimiento demográfico conducen a los ilegalismos populares a recaer no sobre los derechos sino sobre las cosas y por tanto habían de ser castigados.

Era necesario no sólo protegerse del sobrepoder del soberano sino además controlar los ilegalismos populares hasta ahora tolerados.

Frente a las nuevas condiciones económicas, a las ansias de seguridad de la burguesía, la acumulación de 'stocks' de mercancías; era necesario controlar e incluir dentro del sistema punitivo todas estas prácticas ilícitas. "Es preciso que las infracciones estén bien definidas y seguramente castigadas" (Cf., 1.981, p. 91).

En el sometimiento de este infrapoder, con el desarrollo de la sociedad capitalista, la economía de los ilegalismos se ha reestructurado, se han separado los ilegalismos sobre los derechos y sobre los bienes. Estos últimos que serán los castigados pasan a ser utilizados por las clases bajas; el de los derechos, que puede eludirse su castigo dentro de la misma ley, será utilizado por la burguesía. Esto se refleja incluso en la propia administración de justicia, en la que los ilegalismos de los bienes serán tramitados ante tribunales ordinarios y los de los derechos ante tribunales especiales, en los que se presentaran componendas, transacciones y multas atenuadas.

Es en este punto de conjunción entre sobrepoder e ilegalismos en que se desarrolla la reforma.

Esta lucha , en el interior del sistema, por "la delimitación del poder de castigar se articula directamente sobre la exigencia de someter el ilegalismo popular a un control más estricto y más constante" (Cf., 1.981, p. 93).

La humanidad de la pena no es más que la regla que se da a este régimen de castigar como medida con la que se fijan los límites a uno y otro extremo.

b. El contenido.

De esta forma, aparecen repetitivamente dos elementos en todas las reivindicaciones de una penalidad suavizada: humanidad-medida. "Es como si el siglo XVIII hubiera abierto la crisis de esta economía y propuesto para resolverla la ley fundamental de que el castigo debe tener la "humanidad" como "medida", sin que se haya podido dar un sentido definitivo a ese principio" (Cf., 1.981, ps. 78s).

Así, si se miran estos dos elementos de la reforma , aparece una "coincidencia estratégica notable" (1.981, p. 82). Se advierte de un lado una nueva estrategia que busca una adecuada economía del castigo y por otro lado,

la "reforma" sus elaboraciones teóricas no son otra cosa que la prolongación política o filosófica de esta estrategia (1.981, p. 86).

Este es, entonces, el punto de partida donde pueden colocarse de un lado un proyecto político "de la exacta división en zonas y rastrillado de los ilegalismos, el generalizar la función punitiva" y por otro lado, el proyecto "de delimitar, para controlarlo, el poder de castigar." (Cf., 1.981, p. 106).

Y si bien la reforma como planteamiento teórico y como estrategia del poder de castigo, reside en estos dos puntos -humanidad medida-, su estabilidad práctica estará en el acento marcado del control de los ilegalismos, que se dió durante varios años.

Así, sobre la apariencia de suavidad de las penas y disminución de la arbitrariedad, se oculta una realidad subterránea en la que existe un cambio en la economía tradicional de los ilegalismos y una coacción rigurosa para mantener dicho cambio.

Hay, pues, una nueva administración de los ilegalismos pero no un intento de suprimirlos (1.981, p. 93). "En suma, construir una nueva economía y una nueva

tecnología del poder de castigar: tales son, sin duda, las razones de la reforma penal del siglo XVIII" (Cf., 1.981, p. 94).

Esta estrategia formulada bajo la teoría contractualista, traslada la venganza del soberano sobre su retador a la defensa social como fundamento del derecho de castigar. La moderación de las penas que aparece como un " grito" de los propios reformadores, es un recurso que conlleva consigo un principio de cálculo no es una sensibilidad, una humanidad en abstracto, es una economía, una humanidad-medida, es una humanidad reguladora necesaria de los efectos de poder; es una humanidad dada por la racionalidad económica que debe indicar la pena y la técnica depurada de aplicarla. "'Humanidad' es el nombre respetuoso que se da a esta economía y a sus cálculos minuciosos" (Cf., 1.981, p.96).

Ahora bien, lejos de este proyecto especulativo reformador, aparecen en la práctica, otras formas de individualización antropológicas como la reincidencia, los crímenes pasionales, que más que mirar al sujeto autor del hecho se detienen en el sujeto criminal.

Igualmente, de este punto de partida de la reforma, de ese proyecto político, se desprenden dos líneas de objetivación del sujeto.

Por un lado, la nueva denominación del delincuente como enemigo de todos, genera un interés de 'todos' en perseguirle, en identificarle, en determinar ese "monstruo", que con el desarrollo futuro será el "anormal"; de esta forma el sujeto pasa a ser una objetivación científica y de "tratamiento" correctivo. Este aspecto, no obstante, tendrá sólo un desarrollo considerable a partir del siglo XIX.

Por otro lado, la necesidad de medir, desde dentro, los efectos del poder punitivo, lleva a la prescripción de unas técnicas, a la implantación de unos mecanismos, de organización de campos de prevención, de cálculos de intereses delito-pena, de puesta en circulación de signos-obtáculos para obtener representaciones, de construcciones de horizontes de certezas y verdades, en fin, aumento de penas a variedades cada vez más finas. Conduce todo ello a una segunda objetivación de delitos y delincuentes. Esta, por estar motivada desde el interior del sistema y por estar apoyada en el discurso de los ideólogos, que con los intereses,

representaciones y signos daban una serie de recetas generales para el ejercicio de la justicia; tiene un desarrollo más acelerado: las codificaciones, las definiciones de delitos, las clasificaciones de delincuentes, el sistemas de fijación de penas, el establecimiento de reglas procesales, la definición del papel del magistrado.

Así, por debajo de esta humanización, se encuentra toda una serie de reglas que exigen la 'suavidad' como una economía calculada del castigo; pero además, por otro lado, se pide también el desplazamiento del objeto del castigo, ya no se actúa sobre el cuerpo mismo, sino que se actúe sobre el 'espíritu' o "más bien un juego de representaciones y de signos circulando con discreción pero necesidad y evidencia en el ánimo de todos" (1.981, p. 105).

La reforma, así estructurada, queda suspendida, desplazada por una nueva anatomía política, que vuelve a entrecuzar esta dos líneas de objetivación. (1.981, p. 107).

3. El sistema carcelario.

La prisión como mecanismo general de castigo no sólo no corresponde al programa de la reforma, sino que además parece incompatible con él (1.981, ps. 118s).

Se adopta un sistema diferente al proyectado en un plazo relativamente corto y prácticamente sin justificación teórica (1.984a, ps. 95s).

Como elementos introductorios podemos tener en cuenta que lo que el autor denomina sistema carcelario, no es sólo el recinto carcelario, el personal en el incluido y los reglamentos que lo rigen. Para él éste sistema comprende: "el suplemento disciplinario de la prisión, elemento de sobrepoder; la producción de una objetividad, de una técnica, de una "racionalidad" penitenciaria, elemento del saber conexo; la prolongación de hecho, ya que no la acentuación de una criminalidad que la prisión debía destruir, elemento de la eficacia invertida; en fin, la repetición de una "reforma" que es isomorfa, no obstante su "idealidad", al funcionamiento disciplinario de la prisión, elemento del desdoblamiento utópico." (Cf., 1.981, p. 276).

^ \ sí mismo, es importante tener en cuenta que para el autor este nuevo sistema se fundamenta en un proyecto de transformación del individuo. Y como tal, como transformación de individuos se centra en dos aspectos básicos: para una transformación útil del individuo, éste debe ser docil y productivo. Se busca, por tanto, obtener la mayor docilidad posible y su mayor productividad.

Antes de ver en que consiste este nuevo sistema y como se produce su cambio, veamos los niveles de inserción de éste cambio a nivel social.

a. Los realizadores.

Dentro del análisis de Foucault, se pueden diferenciar varios niveles de lo que podríamos denominar 'participes' de esta nueva transformación.

Por un lado se ubica el sector militar y sectores técnicos de la disciplina de la sociedad.

"Mientras los juristas o los filósofos buscaban en el pacto un modelo primitivo para la construcción o la reconstrucción del cuerpo social, los militares, y con

ellos los técnicos de las disciplinas, elaboraban los procedimientos para la coerción individual y colectiva de los cuerpos." (Cf., 1.981, p. 174).

Por otro lado, desde la segunda mitad del siglo XVIII, se forman en la sociedad una serie de grupos particulares, de diferentes estratos sociales, cuya finalidad era la de obtener el orden y establecer métodos para conservarlo.

Así, comunidades religiosas -cuaqueros, metodistas, etc.- organizaban sus propios reglamentos y establecían su propia policía; y se dedicaban a la asistencia y vigilancia.

Posteriormente, asociaciones ya no estrictamente religiosas pero cercanas a ellas, realizan organizaciones de tipo similar, "Sociedad por la reforma de las Maneras", "Sociedad de la Proclamación", "Sociedad para la Supresión del Vicio", etc.

Así mismo, se organizan sociedades de auto defensa, de carácter paramilitar, "La Infantería Militar de Londres" , "La Compañía de Artillería", asociaciones particulares, externas al poder central y que se

encargaban de hacer reinar el orden, político, penal, etc, en barrios, poblados, ciudades.

También, se desarrollan asociaciones económicas como las "Sociedades de Amigos del País", que buscaban tanto proteger del bandolerismo y del pillaje, como la organización del comercio y de la producción.

Este conjunto de asociaciones, respondía a una serie de necesidades demográficas, de urbanización, económicas, acumulación de riquezas, de bienes, y transformaciones políticas.

Aunque su finalidad anunciada era la de organizarse y proteger dicho orden, en realidad estas asociaciones pretendían evadirse del poder judicial. Por ello, se proponían reformas morales, atacaban la embriaguez, la prostitución, etc.

"Son, pues, más que nada grupos de autodefensa contra el derecho y no tanto grupos de vigilancia efectiva" (1.984a, p. 105).

Pero estos mecanismos fueron perdiendo su base popular y fueron, paulatinamente, invadidos por los estratos altos de la sociedad que transformaron su

contenido. Pasando a ser mecanismo de refuerzo de la autoridad penal.

De esta forma, los mecanismos de control moral, que inicialmente pretendían evadirse de la acción jurídica, pasan así a ser mecanismos integrales del poder, convirtiéndose en mecanismos más amplios de dominación. (1.984a, ps. 101ss).

En Francia, igualmente interviene una práctica extrapenal la "lettre-de-cachet", que consistía en una carta del soberano autorizando a un pariente, marido o patrón, etc, a encarcelar a un sujeto hasta nueva orden. De este instrumento hacían bastante uso los esposos, los padres, y los patronos para resolver los conflictos laborales, generalizándose, así, la práctica carcelaria (1.984a, ps. 107ss).

b. La transformación.

A partir de un análisis de los modelos carcelarios que se desarrollaron en la época, Foucault extrae algunos elementos básicos que los integran como son: la determinación última de la pena conforme a la conducta

del recluso, el trabajo obligatorio y la vigilancia permanente.

Entre estos modelos carcelarios y los castigos propuestos por los reformadores, se encuentran ciertas similitudes: estan ideados no para borrar el delito sino para evitarlo, programados hacia el futuro; no son mecanismos de expiación sino de corrección; exigen procedimientos para singularizar la pena, duración, intensidad, etc.

"En su esquema general, los modelos más o menos derivados del Rasphuis de Amsterdam no se hallaban en contradicción con lo que proponían los reformadores. Se podía incluso pensar a primera vista que no eran sino su desarrollo" (Cf., 1.981, p. 132).

Pero la disparidad estaba en el procedimiento de acceso del individuo. Ya no se dirige a las representaciones, que exigen la publicidad. Sino que ahora, el aparato de la penalidad correctiva se dirige al cuerpo; y al 'alma' en cuanto asiento de los hábitos. "El cuerpo y el alma como principios de los comportamientos" (Cf., 1.981, p. 133).

Son diferentes igualmente sus instrumentos, ya no seran los signos-obstáculo, ahora se emplea el ejercicio, el horario, el empleo de tiempos, movimientos obligatorios, etc.

No se pretende, en fin, restituir el sujeto de derecho, volver al sujeto dentro del pacto; sino fabricar el sujeto obediente, el individuo sometido a hábitos, a reglas, sometido a una autoridad que se ejerce continuamente.

Esto, que en principio no aparece más que como una diferencia 'especulativa' ya que en ambos se trata de formar individuos sometidos, adquiere relevancia por las consecuencias capitales que representa, entre las que se destaca la formación de saber que se desprende de esta técnica del control.

Así, en el transcurso del siglo XVIII, se tienen tres maneras diferentes de ejercer el poder de castigar. Por un lado, el monárquico, donde el castigo es un ceremonial, con sus marcas rituales, su venganza; por otro lado, los juristas reformadores donde el castigo es un procedimiento para restablecer sujetos de derecho, con sus signos, sus representaciones, su publicidad; por

último, el proyecto carcelario, donde el castigo es una técnica de coerción del individuo, con sus ejercicios, sus rastros, sus hábitos, su vigilancia, su clasificación.

Es esta última tecnología política la que se impone en el desarrollo de la penalidad.

La teoría legalista de los reformadores es "...duplicada en un primer momento y posteriormente encubierta por el panoptismo que se formó al margen de ella, colateralmente." (Cf., 1.984a, p. 118).

Beccaria "no vió como nacía a un lado y fuera de esa justicia estatizada procesos de control que acabarían siendo el verdadero contenido de la nueva práctica penal" (1.984a, p. 101).

Estas nuevas prácticas miran más el control y la reforma psicológica de los individuos que la defensa de la sociedad.

La penalidad del siglo XIX, pasa a ser, entonces, un problema de control, un problema de policía. Aparecen unidas policía y justicia. (1.981, ps. 97s).

El Panóptico de Bentham es la presentación esquemática de esta sociedad del control social. Representa no sólo una utopía de sociedad y de un tipo de poder sino además, una forma de saber apoyado en el exámen, y en la vigilancia constante.

En la segunda mitad del siglo XVIII, "el soldado se ha convertido en algo que se fabrica; de una pasta uniforme, de un cuerpo inepto, se ha hecho la máquina que se necesitaba; se han corregido poco a poco las posturas; lentamente una coacción calculada recorre cada parte de su cuerpo, lo domina, pliega el conjunto, lo vuelve perpetuamente disponible, y se prolonga en silencio, en el automatismo de los hábitos; en suma, se ha "despojando al campesino" y se le ha dado el "aire de soldado." (Cf., 1.981, p. 139).

En la edad clásica se había descubierto al cuerpo como objeto y blanco del poder, se tenía toda una teoría general de la educación que busca la docilidad, los ejemplos militares, escolares, religiosos sobre el asunto son muy reveladores. Pero en el siglo XVIII estos esquemas de docilidad tenían algunas novedades, en la escala del control, en el objeto del control y la

modalidad de este; se trabajaría al cuerpo no en masa sino en sus partes, se buscaría la economía, la eficiencia en los movimientos, una coacción más sobre las fuerzas que sobre las representaciones y sería una coacción permanente.

"A estos métodos que permiten el control minucioso de las operaciones del cuerpo, que garantizan la sujeción constante de sus fuerzas y le imponen una relación de docilidad-utilidad, es a lo que se puede llamar las 'disciplinas'."(Cf. 1.981, p. 141).

En el siglo XVIII las disciplinas han llegado a ser un método generalizado, que explora todo el cuerpo humano desarticulándolo, descomponiéndolo y rearmándolo, toda una "anatomía política" que es a la vez una mecánica del poder.

La disciplina aumenta, por tanto, la fuerza productiva del cuerpo y minimiza su fuerza política, produce cuerpos productivos pero sometidos, lo que se produce a través de una observación minuciosa del detalle y una consideración política de éste. Se logra un control de la individualidad.

Así como la estrategia permite entender la relación política-guerra como forma de conducción de los Estados; la táctica permite comprender la relación ejército-política como forma de mantener la ausencia de guerra entre la sociedad civil. Del mismo modo, mientras los filósofos y juristas se preocupaban por un modelo para la reconstrucción del cuerpo social, los militares y los técnicos de las disciplinas desarrollaban los modelos para la coerción individual y social. (1.984, ps. 137s).

La vigilancia como parte integral del poder disciplinario, se extenderá también de forma amplia en el siglo XVIII. Esta vigilancia jerarquizada, traerá un poder que responderá más a las leyes de la física. "Poder que es en apariencia tanto menos 'corporal' cuanto que es más sabiamente 'físico'." (Cf. 1.981, p. 182).

Las disciplinas serán pues un poder que busca "enderezar conductas", es un poder que no excluye individuos sino que los "fabrica". Es un poder modesto y permanente. Su éxito se debe a la utilización de instrumentos simples: la vigilancia jerarquizada, la sanción normalizadora con su procedimiento: el examen.

Su campo de acción será, entonces, la inobservancia y la desviación, busca más 'normalizar' al individuo que reprimirlo.

Esta es una penalidad que se opone abiertamente a una penalidad judicial, busca diferenciar individuos, dividirlos.

"El funcionamiento jurídico-antropológico que se revela en toda la historia de la penalidad moderna no tiene su origen en la superposición de la justicia criminal de las ciencias humanas y en las exigencias propias de esta nueva racionalidad o del humanismo que llevaría consigo; tiene su punto de formación en la técnica disciplinaria que ha hecho jugar esos nuevos mecanismos de sanción normalizadora." (Cf. 1.981, p. 188).

La vigilancia y la normalización, en un sentido exigen la homogeneidad, pero a su vez individualizan al permitir la desviación, comprendiéndose su fácil funcionamiento en un sistema con igualdad formal.

El examen combina estas dos técnicas, es una vigilancia que "clasifica, califica y castiga" (Cf. 1.981, p. 189). Con el examen se logra que el poder pase

de la visibilidad a la sombra. Deja tras si un archivo documental que permitirá estudiar los fenómenos individuales y colectivos. Con él cada individuo es un "caso".

Con las disciplinas se invierte el eje de individualización política, ya la mayor individualización no estará en quien detenta el poder, sino por el contrario, como mayor sea el grado de vigilancia mayor será el grado de individualización de los sujetos sometidos al poder, permaneciendo en la sombra quienes lo ejercen. Se individualizará más por desviaciones que por hechos señalados, así el niño, el enfermo, el loco, el delincuente, etc.

"El individuo es sin duda el átomo ficticio de una representación "ideológica" de la sociedad; pero también es una realidad fabricada por esa tecnología específica de poder que se llama disciplina." (Cf. 1.981, p. 198).

En esta época se da un cambio en la función de la disciplina, antes la disciplina tenía una función negativa, "disciplina-bloqueo", ahora la disciplina juega un papel positivo, "disciplina-mecanismo".(1.981, p. 212).

Las disciplinas son ahora instrumentos de fabricar individuos útiles y se propagan en toda la sociedad invade todo el campo social; da lugar a la policía que legitima una vigilancia constante de la sociedad. Se da la tendencia de disciplinar los aparatos existentes y de multiplicar las instituciones disciplinarias. En una palabra lo que podría llamarse la sociedad disciplinaria (15).

Esta inclusión de la disciplina en la sociedad no desplaza las demás tácticas del poder, las invade, las atraviesa, las liga entre sí, las descalifica a veces, pero permite prolongar los extremos del poder hasta extremos más sutiles. "Garantiza una distribución infinitesimal de las relaciones de poder." (Cf. 1.981, p. 219).

Esta formación de la "sociedad disciplinaria" responde a varios aspectos históricos de diversa índole, económicos, políticos, jurídicos, científicos, demográficos, etc.

Se trata de organizar las multiplicidades humanas, respondiendo a tres criterios: realizar un ejercicio del poder lo menos costoso posible, lograr la mayor intensidad y establecer la relación óptima entre estas

dos, osea, "...aumentar a la vez la docilidad y la utilidad de todos los elementos del sistema." (Cf. 1.981, p. 221).

Esto responde a una coyuntura histórica, el gran crecimiento demográfico del siglo XVIII y la transformación del aparato de producción, el surgimiento de una nueva clase, unas nuevas instituciones políticas, etc. Los mecanismos de control anteriores fueron insuficientes frente a estos nuevos factores. Se introduce entonces este nuevo elemento que viene a cambiar el principio de "exacción-violencia" por el principio "suavidad-producción, provecho" (1.981, p. 222).

Serán necesarios los dos aspectos coyunturales, acumulación de hombres y acumulación de capital para el desarrollo de ésta técnica del poder. La disciplina tendrá que aumentar lo útil de la multiplicidad y reducir lo inútil de ellas.

El ascenso de la burguesía al poder como la instauración de un marco jurídico explícito, en su parte oscura encuentra explicación en la implantación de la disciplina. Así, en tanto que en el aspecto formal se permite a las voluntades del pueblo confirmar la

soberanía, en el lado oscuro dicha voluntad política ya estaba sometida por las disciplinas, constituyendo estas disciplinas el subsuelo real de las libertades formales. Por ello "Las luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas." (Cf. 1.981, p. 225).

Estas disciplinas que aparecen como infraderechos, son a su vez contraderechos, las disciplinas dividen, clasifican y en los extremos excluyen; se constituyen en la contrapartida de las normas jurídicas que redistribuían el poder.

La prisión no nace con los nuevos Códigos, como institución para la producción de cuerpos útiles y dóciles, surgirá allí, desde fuera, antes que la ley la considere como la pena por excelencia. Con ella se marcan dos momentos importantes: uno respecto a la historia de la justicia penal: su acceso a la 'humanidad' y otro respecto a la historia de los mecanismos disciplinarios: la colonización de la institución judicial.

Se tiene por tanto, por un lado una justicia que se proclama igualitaria y por el otro una sujeción disciplinaria que la atraviesa, un doble elemento jurídico-económico, que evidencia un castigo

"igualitario" y absolutamente mensurable; y técnico-disciplinario, que evidencia el papel de transformación de individuos.

Aunque ya en el siglo XIX se conozca su novedad, ha surgido tan cercana al funcionamiento mismo de la sociedad, mediante unas prácticas tan adecuadas a ésta, que han hecho olvidar los demás medios propuestos por los reformadores del siglo XVIII. (1,981, p. 234).

Surge así, como una evidencia, que a pesar de sus transformaciones y su temprana crítica está ahí, y "no se 've' por qué remplazarla" (Cf., 1.981, p. 234)

Evidencia en cuanto en una sociedad en la que la libertad es un bien que tienen 'todos' su privación es un castigo "igualitario".

Evidencia, económico-moral, en cuanto permite una cuantificación adecuada de tiempo para cada delito.

Pero igualmente evidencia en cuanto se funda en los aparatos de transformación del individuo, poder; y permite la creación de un saber del individuo. Poder-saber.

"La prisión: un cuartel un tanto estricto, una escuela sin indulgencia, un taller sombrío; pero en el límite, nada de cualitativamente distinto. Este doble fundamento -jurídico económico de una parte, técnico disciplinario de otra- ha hecho aparecer la prisión como la forma más inmediata y más civilizada de todas las penas. Y es este el doble funcionamiento que le ha dado inmediatamente su solidez" (Cf., 1.981, p. 255).

"En suma, el encarcelamiento penal, desde el principio del siglo XIX, ha cubierto a la vez la privación de libertad y la transformación técnica de los individuos." (Cf., 1.981, p. 255).

Así pues, desde fines del siglo XVIII, se busca someter los ilegalismos, que en el Antiguo Régimen subsistían unos al lado de los otros, ilegalismos estos que han tomado dimensiones diferentes por los cambios de la época, tales como las luchas de los regímenes políticos, la resistencia a la industrialización, formas especializadas de delitos dadas las nuevas leyes de propiedad.

Si se admite que el aparato penal está destinado a reducir las infracciones que la ley previamente define y

que la prisión es su instrumento para lograrlo. Hay que admitir, igualmente, su fracaso.

Ahora bien, si lo que se mira es para qué sirve el 'fracaso' de la prisión, para que son útiles todas esas disfunciones que se critican, desde un inicio, a la cárcel. "Sería preciso entonces suponer que la prisión, y de una manera general los castigos, no están destinados a suprimir las infracciones; sino más bien a distinguirlas, a distribuirlas, a utilizarlas... La penalidad sería entonces una manera de administrar los ilegalismos" Cf., 1.981, p. 277).

La delincuencia como ilegalismo se verá atravesada por las disciplina, recortada, individualizada y controlada; confiriendole un papel instrumental dentro de los demás ilegalismos.

"La afirmación de que la prisión fracasa en su proposito de reducir los crímenes, hay que sustituirla quizá por la hipótesis de que la prisión ha logrado muy bien producir la delincuencia, tipo especificado, forma política o económicamente menos peligrosa -en el límite-utilizable de ilegalismo." (Cf. 1.981, p. 282).

Esta producción, tampoco puede ser entendida como logros absolutos y para siempre. Simplemente, son tácticas que se van desplazando (1.981, p. 291).

La vigilancia que autoriza la delincuencia permitirá un control permanente a la sociedad. Se establece una cadena disciplinaria. "Tu acabarás en presidio, puede decir la menor de las disciplinas y la más severa de las prisiones dice al sentenciado a perpetuidad: yo advertiré la menor desviación de tu conducta." (Cf. 1.984, p. 306).

Lo carcelario, entonces, "naturaliza" el poder punitivo y legaliza la vigilancia, la disciplina. Borra lo violento del castigo y lo arbitrario de la disciplina.

Con él, se logra la gran "economía" que se buscaba en el siglo XVIII para regular la acumulación y gestión útil de las multitudes humanas (1.981, p. 310).

Aquí el alma ya no es la ilusión de los teólogos, tiene una realidad concreta producida permanentemente por el funcionamiento del poder, que sujeta a un aparato de producción y controla durante toda su existencia a los sujetos que vigila, educa, corrige, etc. No es que

se haya substituido esta alma ilusión por un sujeto real. "El hombre de que se nos habla y que se nos invita a liberar es ya en sí el efecto de un sometimiento mucho más profundo que él mismo " ... "el alma prisión del cuerpo" (1.981, p. 36).

Un sometimiento basado en el detalle, en el examen, en el hábito. "La penalidad perfecta que atraviesa todos los puntos, y controla todos los instantes de las instituciones disciplinarias, compara, diferencia, jerarquiza, homogeiniza, excluye. En una palabra, normaliza".

NOTAS AL CAPÍTULO II

(1) Se desarrolla la obra de Rusche y Kirchheimer, 1.986, Pena y estructura social.

(2) Para los autores la capacidad histórica viene determinada por las necesidades sociales, en especial por "la necesidad de defender la integridad ideológica de la institución punitiva". Por ello en la teoría clásica, retribucionista, racionalista, iluminista, hay pocas oportunidades para el análisis histórico (p. 2)

(3) Identificación en que tanto énfasis se hace en las obras de los autores ilustrados, que como beneficio de la prontitud de la pena es que "... más fuerte y más duradera será en el ánimo del hombre la asociación de estas dos ideas, delito y pena; al punto de que insensiblemente se considerarán la una como causa y la otra como efecto necesario e indefectible" en Beccaría 1,987, p. 46.

(4) Para los autores este cambio se desarrolla, principalmente, con base en tres motivos fundamentales: a) el incremento de las funciones disciplinarias de los señores feudales sobre sus vasallos; b) la lucha de la

autoridad central en la concentración del poder extendiendo su jurisdicción; y c) el más significativo, el interés fiscal, ya que la Administración de Justicia criminal significaba una importante fuente de ingresos.

(5) Se desarrolla la obra de Michel Foucault, básicamente, 1.981, Vigilar y castigar. Se tienen en cuenta también, 1.979, Microfísica del poder; 1.984a, La Verdad y las formas jurídicas; 1.984b, Historia de la sexualidad; 1.984c, Un dialogo sobre el poder y 1.982, La imposible prisión.

(6) Por ello, nuestro análisis sobre la obra es parcial y selectivo, en la medida que hemos intentado extraer de sus obras las consideraciones que son utilizables en nuestro trabajo, dejando de lado otras no menos importantes pero que se salen de los límites de éste.

(7) No sobra advertir que esta abstracción de conceptos, en concreto en la obra de este autor, por su gran complejidad, es peligrosa y da lugar a grandes imprecisiones. Por ello, hacemos reserva del uso de estos conceptos, aquí establecidos, a este trabajo en concreto, ya que una utilización ajena sin consultar el contexto de la obra podría dar lugar a serias

distorsiones. Igualmente, es preciso hacer una llamada de atención en cuanto al tratamiento integral que aquí damos a la obra de Foucault, que aunque en apariencia pueda conectarse con una cierta continuidad temática, plantea una serie de problemas, que no podemos tratar en este trabajo, a este respecto puede verse Cotesta, 1.976, p. 443.

(8) esto en las sociedades occidentales (1.984b, p. 73).

(9) para ello piélese en los ejercicios matemáticos como prácticas para comprender sus verdades.

(10) Para Foucault el estudio histórico debe basarse en la eventualización, que consiste inicialmente en la ruptura de las evidencias. Por ello la desmultiplicación causal se fundamenta en analizar los eventos en los múltiples procesos que los constituyen; disminuir la fuerza explicativa de las evidencias y apreciar las eventualidades como un "poliedro de inteligibilidad" sin número de caras definido y que nunca concluye en su construcción. Con lo que se constituye todo un polimorfismo de elementos, de relaciones, de ámbitos de referencia.

(11) Este aspecto es importante tenerlo en cuenta porque de él sacará Foucault, argumentos explicativos de porqué se acepto casi sin discusión la cárcel como pena generalizada. Ya que los reformadores (teóricos y prácticos-magistrados-) le debían este favor de ser ella la que asumiese ese vergüenza penal; aquí cárcel o sistema carcelario (término más adecuado) estará integrado por esos 'otros' a quienes se les traslada esta función (profesionales- militares- buurguesía).

(12) Esta interrelación jugará igualmente un papel central dentro del análisis del autor, ya que en las practicas del encerramiento encuentra los fundamentos de esa potenciación de fuerzas productivas y esa dominación de fuerzas políticas efecto que se logra con el dispositivo disciplinario.

(13) Externos al aparato judicial. Los llamados propiamente "reformadores".

(14) Sujetos que actúan desde el interior del sistema punitivo.

(15) No quiere decir esto que se disciplinó a los franceses (1.982, ps. 47ss).

C A P Í T U L O I I I

DEBILIDAD EXPLICATIVA DEL DISCURSO PENAL

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El objeto de este capítulo es revisar críticamente los diferentes elementos explicativos utilizados en la visión de la reforma de la ilustración española, por parte de la doctrina penal con el fin de mostrar cómo la argumentación de dicha doctrina adolece de deficiencias tanto en su intento de describir las características y principios de los sistemas penales correspondientes al Antiguo Régimen y al período siguiente; como en la explicación de sus transformaciones. Por claridad sistemática utilizaremos un esquema similar al desarrollado en el capítulo primero.

En esta revisión se incluyen tanto postulados de la doctrina crítica como elementos históricos.

II. REVISION CRÍTICA DE LAS CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS DADOS POR LA DOCTRINA PENAL

En términos generales se pueden extraer dos deficiencias en este aspecto del discurso penal, una

referente a sus fuentes y otra referente a la reducción de elementos de análisis.

En primer lugar, si se miran los escritos de la doctrina penal, el origen de las afirmaciones contenidas en el discurso penal sobre las características y principios de los sistemas penales del Antiguo Régimen y de la Ilustración, parecieran provenir, principalmente, de las obras de los propios autores Ilustrados, y preferentemente de los extranjeros.

Por lo que el objeto de análisis se configura, por parte de doctrina penal, con base en la descripción que de la realidad hace el movimiento de la Ilustración y no con base en la realidad misma. Sin realizarse, por su parte, un estudio de verificación de estas descripciones.

Así, ya desde este nivel serían objetables los elementos con que trabaja la doctrina penal para caracterizar el sistema penal del Antiguo Régimen y el sistema penal que lo substituyó; dado que con estas fuentes sólo se podría llegar a identificar las características e ideales de los autores ilustrados analizados, deficiencia en las fuentes que producirá, como veremos, algunos vicios en la interpretación de la

doctrina penal.

En segundo lugar, se da por parte de la doctrina penal una reducción de los elementos explicativos de tales realidades, concentrándose, principalmente, en el elemento teórico, su programa, su implantación y su fracaso; olvidando que las transformaciones de ese período histórico se explican, también, en atención a una prácticas, que como veremos, pueden considerarse independientes del programa de la Ilustración.

A. ASPECTOS CRÍTICOS DE LA VISIÓN PENAL

1. El Antiguo Régimen

Inicialmente, extraña en el análisis de la doctrina penal sobre el Antiguo Régimen, la ausencia de principios o elementos que permitan comprender el sistema penal de dicho período.

Esta ausencia encuentra una explicación en cuanto que, si sólo se toma como fuente primaria las obras de los ilustrados, éstas no destacaban sino el aspecto crítico y caótico de dicho sistema, sin que de ello se

puedan extraer elementos que logren determinar como y por que se llegó a una situación histórica como la del Antiguo Régimen.

Diferentes son, por ejemplo, los estudios que se basan en otras fuentes como el de Tomás y Valiente que acude directamente a la legislación, y ya nos trae diversos principios legislativos existentes en el Antiguo Régimen para determinar la responsabilidad del sujeto (1.969, ps. 295ss), o estudios como el Rusche y Kirchheimer que vinculan ese sistema penal con un régimen de producción determinado, o el de Foucault, que lo vincula con una tecnología de poder concreta.

a. La severidad de las penas

Si se mira desde el ámbito simplemente legal, la caracterización de la doctrina penal sobre el Antiguo Régimen parece acertada.

En general, cuando se hace referencia al sistema penal del Antiguo Régimen se habla de una lista de castigos corporales, incluidos, en particular, en la legislación española en las Siete Partidas; se trae una gama bastante llamativa que permite resaltar su

crueldad. Así, encontramos los suplicios, la pena de muerte, los tormentos, el látigo de siete colas, la rueda, etc.

Ahora bien, esta fuente no nos proporciona elementos suficientes para caracterizar de cruel el sistema penal del Antiguo Régimen, sino sólo, si acaso, su legislación.

Para lograr una caracterización tal, habría que recurrir a un estudio histórico de verificación de las prácticas penales concretas y establecer la aplicación de sus métodos punitivos.

En España, dentro de los indicios con que contamos, pareciera que no se pueda concluir, al menos de forma tan categórica, que las prácticas punitivas correspondiesen a las legales, ni que el sistema penal realmente aplicado fuese sustancialmente basado en los métodos punitivos que la doctrina penal pone como base de dicho sistema.

Ello puede verse ya en algunos escritos penales, en los que se admite que el tormento estaba prácticamente en desuso (Antón Oneca, 1.965a, p. 226); o en los que

señalan que a pesar de que la legislación contemplase penas típicas del siglo X, en la práctica las que se imponían correspondían al propio siglo XIX (Dorado, 1.906, p. 135).

En igual sentido encontramos el testimonio de Lardizábal, que afirma que ya en la práctica ni se quema, ni se saeta, ni se descuartiza, no hay rueda, ni mutilaciones, ni marcas, y se hace poco uso del tormento (ps. 72, 186s, 191, 285), en general una legislación en desuso (ps. 15 y 72s).

b. Concentración del poder

Si bien es cierto que a nivel europeo en general esta característica aparece con un cierto respaldo histórico, en el caso español, creemos que debe ser matizado en atención a la existencia de fenómenos políticos particulares, tales como la guerra de Sucesión o como el proceso de integración de los diferentes reinos que configuran a España.

Por ello, esta característica más que ser una connotación existente, un poder absoluto real es un proceso que se está desarrollando en la época y

desconocerlo traería una reducción en los elementos analíticos, en cuanto implica el desconocimiento de las demás fuerzas políticas o al menos una relativización de ellas; y en cuanto conlleva a considerar que la concentración del poder es un interés exclusivo de la monarquía absoluta (1).

c. El arbitrio judicial

La visión absolutamente negativa que da la doctrina penal de la función de los jueces en el Antiguo Régimen, debida a la amplitud en su campo de acción, es otra consideración que será relativizada por algunos autores.

Este aspecto, críticamente destacado por los autores ilustrados, dado su interés en la seguridad jurídica; parece ser recogido integralmente por la doctrina penal, sin una profundización histórica concreta al respecto. Se plantea, entonces, como un sistema negativo en sí mismo sin considerarse dónde y cómo opera.

No obstante, algunos autores plantean otra visión de la función judicial en éste período.

Al respecto, Sánchez Agesta opina que con el arbitrio judicial, "... se define el derecho a no ser castigado sin ser oído, sin ser confrontado con el acusador y a no ser juzgado por persona distinta del juez nombrado por el Rey. Estos beneficios, que todavía no se podían calificar estrictamente de <<derechos>>, presuponen la protección de un bien humano: la seguridad frente a acusaciones y juicios arbitrarios; la paz y una justicia pública del Rey, frente a la venganza o al castigo arbitrario del señor feudal. Un deseo de seguridad que los hombres, juzgaban como un bien individual y un bien necesario para la convivencia de la comunidad..." (1.981, p. 226).

Rusche y Kirchheimer plantean cómo, en muchos casos, ese poder discrecional del juez servía para la defensa de las clases menos privilegiadas (1.984, p. 86).

Debe tenerse en cuenta, por tanto, cómo en el momento histórico concreto ese instrumento, en la práctica, era el que habilitaba la transformación de los métodos punitivos (2).

No puede considerarse el arbitrio judicial como una característica objetivamente negativa dentro del sistema penal del Antiguo Régimen. Sería preciso determinar a qué intereses beneficiaba dicha crítica y la promoción de un sistema basado en esa seguridad judicial; establecer la importancia del papel que en la España del siglo XVIII jugaba el arbitrio judicial en la protección de los estamentos menos privilegiados de la sociedad frente a los constantes abusos de las capas superiores.

Así, si en general puede aceptarse el postulado de que el sistema penal del Antiguo Régimen, y con él el arbitrio judicial, presentaban una situación de absoluta indefensión del acusado (Gallego Díaz, 1.985, p. 39) es importante, además de resaltar su cambio, determinar su contenido, establecer los elementos que en él intervienen, si éste se produjo por las víctimas del sistema penal directamente, o por un sector que se solidariza con el acusado o por intereses diversos y difusos en relaciones sociales o políticas más complejas, y si este cambio legal representó o no una real garantía para todos los estratos de la sociedad.

2. La Ilustración

En este apartado encontramos, inicialmente, un problema global, que hace referencia al tratamiento diferente que se da de los objetos a comparar -Antiguo Régimen e Ilustración-.

Por un lado, parece claro que cuando la doctrina penal habla del Antiguo Régimen hace referencia a un período historiográfico determinado. Y pretende, por tanto, recoger las características del sistema penal de aquella realidad histórica.

Pero cuando se habla de la Ilustración la doctrina penal no es tan clara. Pareciera que el discurso penal se refiere más a un movimiento, a una corriente de pensamiento, a una serie de ideas o ideales de reforma. Se pretende, entonces, plantear las características de este proyecto ilustrado, más que plantear las características reales de un sistema penal en un período histórico subsiguiente.

Se esta comparando en este análisis una 'realidad', las pretendidas características de un ser histórico, el sistema penal del Antiguo Régimen; con una 'idealidad',

las características de un deber ser histórico, el ideal de reforma de la Ilustración jurídico-penal.

Este aspecto no sería problemático si se considera la Ilustración sólomente como un esquema 'ideal' de derecho penal a desarrollar. El problema se presenta cuando la doctrina penal une indistintamente aspectos parciales de la realidad con aspectos de la 'idealidad' a fin de presentar una realidad, su realidad histórica.

La doctrina penal, en la caracterización y concreción de los principios de la Ilustración, realiza una descripción del programa, del ideario de ese movimiento. Su labor consiste, principalmente, en un análisis de las obras de los autores en que se plasma ese ideal reformador.

Esta diferente consideración entre el Antiguo Régimen y la Ilustración como fenómenos históricos se refleja en el anuncio que la doctrina hace del triunfo de ese ideal (3), afirmación que no se puede realizar sobre una realidad.

De esta forma, la realidad del período Ilustrado que la doctrina penal nos quiere mostrar está integrada de

forma indistinta por aspectos reales: cambios de las penas, elaboración de las codificaciones; y aspectos ideales: se consagra la libertad, la igualdad, la fraternidad; en sí, se humaniza el derecho penal. Este conjunto así presentado es el sustrato histórico que desarrolla la doctrina penal.

No obstante, este nuevo tratamiento, esta identificación e integración del programa ilustrado con la realidad, presenta una serie de problemas como la falta de claridad que necesariamente se presenta en estas obras penales, al momento de concretar los fenómenos reales propios del período ilustrado, su principio, su fin, sus elementos.

Así mismo, la poca claridad se da respecto de la cuestión referente a si en la Revolución Francesa es donde se concreta la reforma o si por el contrario es lo que marca su fin.

Adicionalmente, aparecen otros problemas con la explicación que da la doctrina penal; en cuanto por un lado plantea la implantación de un sistema penal fundamentado en planteamientos 'humanitarios', y de otro lado se denuncia esa realidad sobre contenidos antagónicos como el rigor y dureza de sistema penal

codificado (4).

Ante estos problemas, la doctrina penal encuentra una 'digna' salida proclamando el fracaso de la Ilustración. De un lado, explica lo adverso de la realidad; y del otro, vuelve nuevamente al campo de la 'idealidad' el planteamiento ilustrado. Pero ahora, cuenta con un ideal 'mejorado', un ideal cuya 'bondad' ha quedado demostrada históricamente, en cuanto logró acabar con el abuso y la crueldad del Antiguo Régimen. Un ideal, por tanto, que debe ser desarrollado y consagrado mediante una adecuada Ciencia Penal.

1. Características

a. La secularización.

Si consideramos la secularización desde el punto de vista ideológico, o sea, como ideal a desarrollar, es difícil plantear su origen en la Ilustración, ya que desde el Renacimiento existen planteamientos de dicha ideología, en el que se hace una llamada al hombre a asumir su posición central como ente privilegiado de la creación; donde se busca y se reclama su espacio

político frente a la naturaleza en general y frente al hombre mismo. En este sentido hay obras tan significativas como las de Bacon, Newton, Hobbes, etc.

b. La humanización.

Este es uno de los aspectos en que encontramos mayor reflejo de la utilización de las fuentes indirectas, en particular de los autores de la ilustración, por parte de la doctrina penal.

Este aspecto de la humanización debe matizarse en diversos aspectos:

En primer lugar, si se considera como cambio cuantitativo, las premisas comparativas del análisis del derecho penal son relativas, por un lado ni la situación de los métodos punitivos, en la práctica, correspondían a los 'cruels y barbaros' que describe la doctrina penal; ni el sistema penal posterior se suavizó, al menos de forma tan categórica como se anuncia, en el período posterior.

Rossi refiriéndose al período codificador de 1820-26. dice: "es una verdad admitida hoy generalmente, que

sin el derecho del perdón y las piadosas mentiras del jurado, la administración de justicia criminal no sería en Inglaterra más que una horrible carnicería" (1.872, p. 39).

En este mismo sentido Antón Oneca plantea que la severidad de las penas no desaparece y encuentra paradójico que la legislación de 1.822, "en vez de darse para dulcificar la represión... se dió en buena parte para asegurarla frente a la delincuencia política, cohibiendo el arbitrio judicial, habituado en demasía a la indulgencia, que podía ser peligroso para el gobierno" (1.965b, p. 488).

Proal, habla de los errores deplorables y de las penas excesivas a que se llegó con este nuevo sistema (5).

En segundo lugar, esta suavización, esta humanización, tanto en su plano de formulación ideal como en su plasmación real debe ser matizada en cuanto a las transformaciones cualitativas que ello comporta, conforme al análisis de Foucault. Esto es, en cuanto si la disminución de la severidad de la pena se realiza a través de un mecanismo que reporta un aumento de

control, o sea, que funcione como una economía de ilegalismos (hombre-medida) y como tecnología de poder (la disciplina).

En este nivel se interrelacionan, entonces, los diversos puntos que hemos destacado hasta el momento, un problema de fuentes, autores ilustrados o legislación y una implantación de esa parcela de realidad como la realidad. El resultando es una visión de la época que debe ser matizada.

c. La limitación del poder.

La consideración de la limitación del poder, como característica propia del período ilustrado, parte de un reduccionismo de las fuerzas políticas de la época y considera como fuerzas políticas suficientes por sí solas para la producción de estas transformaciones, tanto al monarca en el período del Antiguo Régimen, como a los teóricos ilustrados en el período siguiente, dejando de lado las demás fuerzas políticas, y desconociendo los conflictos sociales.

Al no consultarse las estructuras socio políticas de la época, se presenta un proceso lineal de imposición monárquica, por un lado, y de imposición de ideales, por otro, que evidencian su debilidad explicativa.

Por otro lado, en lo que respecta al aspecto concreto de la limitación del poder punitivo, la presentación que hace la doctrina penal es resaltada en su aspecto negativo-positivo; es decir, se destaca sólo como carácter negativo frente a la actividad del Estado, limitador, con su correlativo aspecto positivo frente al individuo, liberador.

No obstante, consideramos importante, igualmente, destacar la otra cara de la moneda, su aspecto positivo-negativo; esto es, el aspecto fundamentador de la intervención del Estado, acudiendo al axioma de la necesidad de la pena (liberador), y restringiendo la actividad del individuo (limitador).

Este doble aspecto, en parte, nos lo describe Maurach: "La época de la Ilustración influye en un doble aspecto... una amplia humanización del derecho penal: el poder estatal de la época de las luces, lleno de una sincera voluntad de asistencia, pretende tutelar a sus

súbditos. El derecho penal adquiere por ello el carácter de 'derecho de policía', rigurosamente ordenancista" (1.962, p. 54).

d. Limitación del juez

En este aspecto debería considerarse las apreciaciones que Rusche y Kirchheimer traen al analizar la situación inglesa, en cuanto que la verdadera administración de la justicia penal se desarrolló, en el período codificador, en términos diferentes a los anunciados en el programa de la reforma. Negando en últimas la administración de justicia a las clases inferiores, por los costos del procedimiento; la función represora de los magistrados rurales frente a la que eran demasiado débiles las clases proletarias. La función protectora de la propiedad por parte de una administración de justicia en manos de las clases propietarias.

En general "En la práctica judicial de la época, los derechos fundamentales de que cada ciudadano inglés era titular, eran negados a los pobres" (Rusche y Kirchheimer, 1.984, p. 93).

2. Los Principios

En general, las críticas que se presentan en este aspecto de la visión penal hacen referencia al origen de los diversos principios atribuidos al pensamiento ilustrado. Aspecto en el que nuevamente surge el problema de la consideración de la ilustración, y por ende sus principios como un planteamiento ideológico o como la concreción histórica de éste a nivel legal y práctico.

Otras críticas que se han efectuado sobre éstos principios hacen ya referencia, principalmente, al contenido mismo de estos principios y al seguir considerándolos como fundamentación del Derecho Penal (6).

3. Importancia atribuida

Para la doctrina penal el movimiento ilustrador es la fuerza que llevó a cabo las transformaciones del sistema penal.

Esta consideración puede matizarse desde dos puntos de vista:

En primer lugar, en un nivel general, se cuestiona si una ideología cualquiera tiene capacidad suficiente para explicar las transformaciones en la realidad (7).

En un segundo nivel, que es el que más nos interesa, con esta reducción de fuerzas, se excluyen del campo explicativo los aspectos políticos, económicos y sociales de la época, incluso dentro del propio campo jurídico penal no podemos pretender conocer, mediante la explicación que realiza la doctrina penal, la evolución de los diversos métodos punitivos.

La transformación del sistema penal se plantea mediante un gran salto en el que de un sistema con dominio absoluto del monarca, marcado por la crueldad, se llega a uno caracterizado por la humanidad y en el que el poder monárquico es limitado.

III. REVISIÓN DE LOS ELEMENTOS EXPLICATIVOS

Otro aspecto importante a tenerse en cuenta, se refiere a los elementos con que la doctrina penal pretende explicar la Ilustración jurídico penal española (el discurso teórico y el fracaso).

A. RELATIVIZACIÓN DEL MOVIMIENTO TEÓRICO EN ESPAÑA.

Antes de desarrollar este aspecto es conveniente recordar que la doctrina penal configura este elemento teórico (base de su explicación en el ámbito español) en tres componentes principales, a saber: por un lado, el discurso extranjero; por otro lado, el discurso nacional y por último, las obras de 'prácticos' que engrosan la producción teórica.

1. El reducido ámbito de incidencia del discurso extranjero

Parece innegable que el movimiento teórico ilustrado extranjero tuvo incidencia en España, pero ésta debe matizarse teniendo en cuenta lo limitado del sector social al que llegó, teniendo en cuenta el nivel de analfabetismo que debía existir en la época, la posición política que representaban dichas obras excluyendo todo pensamiento en favor de la Nobleza y el Clero y el riesgo que representaba su lectura frente al Santo Oficio (8).

Dadas las características restrictivas, se puede afirmar que las ideas de estos teóricos extranjeros llegaron sólo a un grupo selecto de la sociedad.

De esta forma, la acción de la Inquisición que "actuó como verdadero muro de contención" frente a las ideas ilustradas provenientes de Europa y la inmovilidad legislativa de la época en España (Virto, 1.984, p. 14) dejan ver lo reducido del ámbito de influencia directa de dicho discurso.

En lo penal puede asimilarse la consideración general que hace Alcázar Molina, "...la realidad fue que el alentar reformador no fue lo suficientemente robusto y fuerte para mantenerse, ni para incorporarse a la vida nacional" (1.927, p. 81).

2. Falta de representatividad del discurso nacional.

(visión crítica de la obra de Lardizábal).

Lardizábal más que un representante de los intereses de la ilustración es un representante de los intereses monárquicos de la época en España y refleja en su pensamiento y actitud los deseos y las necesidades de la monarquía en el poder.

Esta consideración se puede entrever ya en algunos autores españoles que se ven precisados a diferenciar entre Lardizábal y Beccaría presentándolos como dos representantes de movimientos diferentes (aunque en principio no antagónicos), por un lado Beccaría un revolucionario, y por el otro Lardizábal, un ilustrado (9).

Ahora bien, si aceptamos a Beccaría como un verdadero representante de la ilustración, la labor de encajar a Lardizábal dentro de este pensamiento es muy relativa.

La escasa incidencia que le reconocen algunos autores a su obra no se debe, pues, tanto a que es una obra 'tardía' (10) sino a que sus postulados son 'moderados', 'pausados' en sí, poco o nada representativos de ese pensamiento "revolucionario" propio de la ilustración (11).

Tal como lo reconoce la comisión codificadora del 22 cuando dice: "Desconfiando de hallar grandes auxilios en nuestras obras legales..." (12).

Esta actitud se puede ver reflejada en la crítica genérica que en su época efectuaba un "afrancesado" emigrado que escribía bajo el seudónimo de Filópatro: "..... esa misma ilustración, como inmadura y sin contacto alguno con la práctica, vino a dar de sí frutos más amargos todavía que la ignorancia misma. Porque los que por vez primera tomaron en sus manos los Lokes, los Voltaires, los Helvecios... y quisieron amalgamar sus doctrinas con el inmenso fórzago de nuestros indigestos códigos indigestaron también sus estómagos mentales." (13).

Esta consideración, crítica frente a la visión que la doctrina penal tiene de Lardizábal, se puede argumentar bajo dos aspectos diferentes, sus actitudes y su obra.

a. Sus actitudes.

Las actividades de Lardizábal se pueden ver desde una cierta óptica como un reflejo de servilismo y compromiso con los ideales monárquicos.

Así, se ven indicios de ello en las obras que se refieren a Lardizábal en términos como los de Rivacoba

que nos dice que "...la razón, la filosofía, la moderación, equilibrio, etc... a las claras están denotando su inserción en el Antiguo Régimen y su mentalidad y su ideario ilustrado" (1.964, p. 65).

En este sentido es muy significativa la obra de Rivacoba, ya que en su análisis de la actitud de Lardizábal, plantea la actitud 'regresiva' de estos reformadores españoles que al verse conducidos a las experiencias 'revolucionarias' francesas "se adherían a la reacción y acababan negándose a sí mismos..." (1.964, p. 29).

Así, Lardizábal es considerado como un apegado a la tradición y al pasado (Rivacoba, 1.964, ps. 29s); un "conservador moderado" (García Pérez, 1.974, p. 255), un sujeto influenciado por su cargo (López Riocerezo, 1.955, p. 6) (14), o como el utilizador de un discurso que no tiene nada que ver con sus convicciones políticas (Virto, 1.984, p. 23).

Una consideración más personalizada que política nos la da Tomás y Valiente cuando nos dice "...sabido es que la defensa de unos privilegios de los que uno mismo participa suele hacer a los hombres inconsecuentes con

las últimas derivaciones de su propia ideología." (1.969, p. 325).

Más categórico es aún Delval quien afirma que Lardizábal "sostiene la ideología de la Monarquía absoluta" (1.980, p. 173).

Actitudes como la que Blasco nos refiere al resaltar su aparición entre los patriotas que se alzan contra Napoleón y se niegan a reconocer otro monarca que Fernando VII (1.957, p. 30).

O el hecho más claro de este apego a la monarquía el haber integrado Lardizábal la comisión que debía realizar una lista, para el monarca, de los funcionarios conocidos como 'afrancesados' (Artola, 1.976, p. 267), "una delicada función que hoy llamaríamos de depuración de funcionarios" (Rivacoba, 1.964, p. 27).

b. Su obra.

La obra de Lardizábal tampoco es representativa de este elemento teórico reformador que trae la doctrina; ya que en ella se pueden ver algunos aspectos disfuncionales a esta aplicación, tales como el no estar

claramente determinadas las características con las que la propia doctrina penal identifica el pensamiento ilustrado; no representar una propagación de las ideas de Beccaría sino una crítica de ellas y, por último su actividad es un trabajo técnico elaborado sobre las necesidades monárquicas concretas de la época.

b.a. Lardizábal no es propiamente un ilustrado.

Entre las características que la doctrina penal resalta del pensamiento de la Ilustración se pueden considerar la siguientes: el espíritu eminentemente crítico frente al sistema reinante; un rechazo a los privilegios de la Nobleza; un fundamento del derecho de castigar basado en una ruptura frontal del lazo de unión entre lo jurídico y lo religioso; una abolición de las desigualdades ante la ley; una crítica a los métodos punitivos de la época por su crueldad; un rechazo total al arbitrio judicial.

En la obra de Lardizábal no se dan estos elementos, al menos de forma tan clara como para poder ser erigido como el principal representante de este pensamiento en España.

No se encuentran los elementos críticos con que se ha caracterizado tan claramente a la ilustración, su obra está invadida más por un espíritu técnico y consejero que por un espíritu crítico.

La posición de Lardizábal se refleja en su obra, por un lado apoya la progresiva centralización del poder en manos del monarca, que es para él la condición que permitted extinguish la barbarie, hizo retornar la razón y la humanización en los sentimientos y las costumbres de los pueblos (ps. 13ss); pero por otro lado, plantea el mantenimiento del 'estatus' privilegiado que tiene la nobleza (15).

Tampoco implica su obra una crítica al sistema penal en general, ya que en muy pocas ocasiones hace mención a aspectos actuales, y se limita a dar las pautas para adaptar una legislación en desuso, a unas nuevas condiciones de sensibilidad y costumbres del pueblo. No se busca por tanto un cambio en la legislación para que con su humanización se transforme una práctica cruel, se proponen y fundamentan unos principios para adecuar una legislación a un sentimiento y costumbre, a unas prácticas ya humanizadas que chocan con unas leyes que no se aplican.

No constituye, por ello, el "grito" de denuncia de los ilustrados (16), es más un planteamiento técnico de adaptación de una legislación para adecuarla a la realidad.

No crítica, siquiera, la legislación por su crueldad: "...las leyes penales que establecieron nuestros mayores,..., no merecen... la nota de crueles, porque las circunstancias del tiempo pedían toda severidad y eran proporcionadas al carácter... propio .. á ... las naciones de Europa." (p. 12).

No obstante, " Destruídas estas principales causas, que fomentaban la dureza y ferocidad en las costumbres, volvió la razón a ejercer su imperio sobre los hombres, y todos los adelantos, que hacia en la sociedad, eran otros tantos pasos que esta daba para llegar a la humanidad, civilización y cultura..." (p. 14).

Es por esta ambivalencia que las leyes quedaron sin uso alguno, lo que es "...señal cierta de la transformación que había experimentado la sociedad" (ps. 14ss). Ahora, por tanto, sólo era preciso adecuar técnicamente y no políticamente la legislación a esta realidad.

Por otro lado, aunque en cierto aspecto se puede apreciar una crítica contra la nobleza como generadora de la barbarie y crueldad anterior (ps. 8ss). En el tratamiento punitivo concreto defiende el 'estatus' y la diferencia del noble con los demás hombre con base en su dignidad y honor (17).

En tercer lugar, no hay una crítica a la religión ni a los religiosos, sino que por el contrario hay grandes defensas (18). La facultad de determinar y regular los métodos punitivos que tiene el monarca proviene de Dios, los hechos que atentan contra la religión (19) en cuanto que "...ésta es el vínculo más fuerte y el más firme apoyo a la sociedad..."(p. 98) deben ser castigados penalmente. Existe, además, en su obra frecuentes argumentaciones de fundamentación claramente religiosas (20).

Se declara abiertamente en contra de la igualdad de todos ante la ley, "Un noble no debe ser castigado con el mismo genero que un plebeyo..." (p. 144).

Tampoco es partidario de una rigurosa restricción del arbitrio judicial en lo que plantea una posición moderada.

Por último, no considera los diversos métodos punitivos en concreto inadecuados o crueles, quizá con la única excepción del tormento, de escaso uso en España (p. 285).

La pena de muerte está plenamente justificada para Lardizábal (ps. 164ss).

Igualmente está justificado el presidio, aunque aboga por la propagación de las casas de corrección que tiene menos vicios que el primero. Este tipo de pena es apto para casi todo tipo de delito, aspecto en el que coincide con el pensamiento ilustrado (ps. 197ss).

Es partidario, igualmente, de la pena de azotes excepto para los nobles dado que es degradante para su posición (ps. 195s).

Encuentra, en el destierro una pena muy adecuada a la nobleza (ps. 218s) y el entrañamiento para los "eclesiásticos discolos" (21).

La pena de infamia la encuentra adecuada pero si es poco frecuente y aplicada a poca gente.

La pena pecuniaria la considera adecuada a los delitos para los que se corresponda de acuerdo a su naturaleza pero sin llegar a la confiscación de la que no es partidario, salvo que existan "otras razones superiores..." por las que se deba mantener. (p. 241).

En el aspecto en que más se compromete es en la lucha contra el tormento (ps. 243ss), en el que se enfrenta al padre de las Casas y otros religiosos.

b.b. Lardizábal critica a Beccaría.

El Discurso de Lardizábal aparecen formalmente similar a la obra de Beccaría y muchos argumentos son extraídos de ella; no obstante, éllo no nos permite afirmar que Lardizábal sea un propagador de las ideas de Beccaría, un "Beccaría español". Por el contrario Lardizábal no comparte las ideas básicas planteadas por éste.

Un primer nivel en que se puede apreciar esto nos lo dan ya autores que afirman que Lardizábal sólo cita a Beccaría para criticarlo (Prieto Sanchis, 1.985, p. 326) (22), con la única excepción en la que acoge la

propuesta sobre regular, con una norma general, en el caso de que se contemple el aspecto premial del complice delator. (p. 130).

Un segundo nivel en el que se puede analizar este aspecto se da en el plano material del contenido de las proposiciones, en el que Lardizábal crítica los postulados fundamentales de Beccaría:

Critica el contrato social y las consecuencias que de ello extrae Beccaría (ps. 31s).

No establece la capacidad de limitar la actividad punitiva del Estado que plantea la obra de Beccaría. Para Lardizábal este aspecto limitador es más oscuro, parece dejarse a un deber ser, moral o ético-religioso, de gobernar conforme a "los fines de su institución y con el objeto, que se propusieron los hombres en el establecimiento de la sociedad". (ps. 171s).

El monarca por la facultad dada directamente por Dios, de escoger los medios punitivos tiene una "superioridad legítima sobre todos los ciudadanos" facultad que por ningún medio pueden restringir o moderar los inferiores (p. 171).

En igual sentido, y sólo enunciados para no extendernos demasiado, encontramos en la obra de Lardizábal elementos contrarios a la igualdad ante la ley (23), la secularización del Derecho Penal (ps. 98s), la sociedad como unión accidental (p. 25), la erradicación absoluta del arbitrio judicial (p. 76).

No pretendemos, con estas afirmaciones, reducir el objetivo de la obra de Lardizábal a una simple crítica de la obra de Beccaría pues, como afirmamos anteriormente, no creemos que la inspiración de su obra venga dada, aún en forma negativa, por la obra de Beccaría.

Ahora bien, la similitud formal de estas obras, frente a su disparidad material, se puede comprender si se tiene en cuenta el estilo frecuente que se utilizaba en la época en España para esta labor crítica en la que se retorcián los argumentos ajenos hasta tal punto que se usaban para fundamentar los postulados contrarios (Sánchez Agesta, 1.957, p. 56).

Prueba de esta utilización retórica por parte de Lardizábal se aprecia en la forma como el autor

desarrolla la fundamentación sobre el origen y facultad de establecer las penas que tiene el monarca (ps. 24ss). En un primer desarrollo da la impresión, como en toda la obra, de que comparte, o mejor explica, a su manera, la idea del contrato social como fundamento del Derecho Penal que trae Beccaría. No obstante, cuando ya ha concluido que el origen de la pena se encuentra en dicho contrato, comienza a retorcerse el argumento para llegar a que la facultad de determinar los medios punitivos viene de Dios; extremo precisamente que quiere erradicar Beccaría.

Esto mismo parece decirnos Tomás y Valiente cuando nos llama la atención en que Lardizábal 'curiosamente' utilizará argumentos de Beccaría para demostrar asuntos diferentes (1.969, p. 400).

Este giro lingüístico permite que un discurso, que plantea inicialmente una ruptura entre el poder monárquico y el divino, sea desviado para que sirva como refuerzo de su vínculo. Se obtiene, por tanto, que unos planteamientos, que han ganado adeptos no puedan ser identificados con un único movimiento de reforma; o sea, que ideas como la del contrato social no se vean incompatibles con la idea de la delegación divina del poder. Esta clase de utilización retórica es la impresión

que nos deja la obra de Lardizabal frente a la obra de Beccaría.

b.c. La obra de Lardizabal como propuesta de resolución de las inquietudes monárquicas

En 1.776 se efectúa una consulta real al Consejo (24); en la que se pide reflexionar e informar sobre el estado actual de otras consultas anteriores en los siguientes aspectos:

1. Si la pena de muerte puede conmutarse por otra de duración, con ejemplo permanente, enmienda, utilidad y beneficio público según el trabajo realizado.

2. La conservación o abolición del tormento.

3. Si se puede conmutar el presidio por otras penas para evitar la deserción a los Moros.

4. El remplazo de las Galeras, ya extintas, por una reclusión con trabajo.

5. La elaboración de una recopilación en materia penal.

Con base en esta consulta, el Consejo otorga comisión a Lardizábal para que desarrolle lo pertinente respecto al quinto punto.

Lardizábal concluye su encargo (25) y a partir de dicha experiencia se dedica a la realización de su Discurso.

Una obra que se reduce a desarrollar los aspectos que preocupan a su monarca, reflejados en la consulta de 1.776, asuntos como la pena, su naturaleza, la facultad de determinar y las clases de métodos punitivos son, las principales preocupaciones de la obra de Lardizábal. Dejando de lado otros asuntos como los delitos que aparecen en la obra de Beccaría.

Es más un trabajo técnico en el que pretende dar algunos consejos sobre los aspectos que inquietan al rey, en el que se desprende de la connotación política de la obra de Beccaría; que una obra de protesta.

La motivación de la obra de Lardizábal no está, pues, en la obra del Beccaría sino en la consulta de su monarca.

Un consulta real, en la que no se puede desconocer la similitud, discursiva, con las preocupaciones de Beccaría (26), refleja la necesidad monárquica de encontrar métodos punitivos que permitan unificar la práctica penal con su legislación.

La línea directriz de esta consulta está basada ya en las penas privativas de la libertad y el trabajo del recluso. Todo ello acompañado del mismo discurso 'humanitario', propio de la época.

Estos rasgos generales serán igualmente la guía constante de la obra de Lardizábal.

Con todo, es preciso concluir que el discurso ilustrado español, representado por Lardizábal, es poco representativo para ser tomado como aspecto configurador de esta fuerza de transformación de la realidad penal de la época; su discurso 'moderado' representa una fuerte restricción para los sectores más radicales de la reforma e incluye, de cierta forma, los sectores opuestos.

No consideramos, entonces, que el elemento teórico nacional representado por Lardizábal tenga al fuerza

suficiente para explicar, por sí solo las transformaciones del sistema penal en la época. Con lo que se evidencia aun más la debilidad explicativa del discurso de la doctrina penal.

3. El carácter no propiamente ilustrado de los prácticos

El tercer elemento con que la doctrina penal integra el aspecto teórico está conformado por las obras de autores 'prácticos', que vienen presentadas como refuerzo de la propagación de estas ideas y como reflejo del afán codificador (27).

Cuando se miran estas obras se ve en ellas que no sólo no se concretan en ellas las ideas ilustradas, sino que su actividad más que responder a un deseo codificador se queda en la instancia previa de la recopilación.

a. Los prácticos no refuerzan la reforma ilustrada

En cuanto a este primer aspecto no encontramos ninguna posición personal asumida por los autores de la que se pueda afirmar que sus ideas corresponden a la

Ilustración.

Si bien es cierto que su discurso se desarrolla dentro de los mismos términos lingüísticos que los anteriores, no aparecen claramente establecidas sus posiciones políticas frente a los problemas tratados.

En la obra de estos autores, la crítica que se realiza se hace frente a los diversos abusos que se comenten en la aplicación de las normas existentes y no contra las normas, que en sí mismas no presentan fallos ni son crueles (28).

No plantean sus obras una denuncia contra el sistema penal tal como está integrado, los fallos y los abusos se dan a niveles particulares de aplicación indebida de las normas existentes.

Para ellos, entonces, lo que se precisa es una buena recolección de las normas vigentes que sirvan de guía a los funcionarios encargados de aplicarlas, a fin de evitar el uso de normas abolidas o la aplicación arbitraria en casos con normas existentes concretas.

Por tanto, más que una reforma de la legislación lo que se precisa es una recopilación de las existentes y a ello es a lo que se dedican (29).

Entre de las consideraciones que realizan estos autores, se revela un contenido quizá más 'moderado' incluso que la obra de Lardizábal, en las que los argumentos de fundamentación religiosos son incluso más directos.

Acogiéndose en general las ideas contractualistas en cuanto al origen de la penalidad, explican el desarrollo de la penalidad con argumentaciones religiosas como Adán y Eva, considerados como los primeros criminales y luego su descendencia. Para imponer esta pena, está inicialmente el juez que recibe su poder de forma mediata de Dios e inmediata del Rey.

Aparte de esta posición básica similar a Lardizábal, en cuanto a la combinación contractual y divina del poder punitivo, la obra de estos autores se distancia mucho de los que podríamos denominar la crítica iluminista y pasan a describir lo que en la legislación está vigente sin pronunciarse críticamente sobre ello.

Así, por ejemplo, Vilanova y Mañes se refiere al arbitrio judicial que encuentra plasmación legal y fundamento en la urgencia (p. 7).

O con el tormento, en el que plantea los argumentos en pro y en contra no encontrando, en definitiva, porqué puede ser cruel siendo legal (p. 331).

Así se manifiestan, al igual que Lardizábal, conformes a casi todo tipo de penalidad muerte, suplicios, tormentos, siempre que estos sean usados conforme a la ley (30).

Las obras de estos autores más que asemejarse a una codificación o sistematización se elaboran como una recopilación (32).

En general, se refleja en estas obras las características que Tarello expone para clasificar todo un sector de autores prácticos de la época que pretendía dar a conocer la legislación existente, mediante la recolección de las diversas disposiciones a fin de evitar el arbitrio judicial y lograr mayor eficacia (33). Así, una finalidad de simplificación y cumplimiento de la ley. Una actitud que beneficiaba la

seguridad jurídica que tanto buscaba la burguesía (1.976, p. 203).

En este mismo sentido, Rivacoba considera que Marcos Gutierrez "... con todos sus aires de modernidad y sus afanes de avanzada, no pasa de ser un práctico, un "práctico tardío" ya. Independiente del "Discurso" que le añade, su obra versa sobre el antiguo y anticuado derecho positivo aún vigente, pero ya caduco, que estaba reclamando su substitución" (1964, p.91). "Buscaban sus autores <<poner orden en la ignorancia e incertidumbre que generalmente se parecen en esta materia>>" (Virto, 1.984, p. 14).

Para evaluar la incidencia que pudo tener esta obra recopiladora, sería preciso ver las prácticas concretas de la época, a fin de determinar los casos concretos en que se logró esta eficacia y se evitó con éllo, el uso de un arbitrio en concreto perjudicial, labor de la que no tenemos información de su desarrollo.

No se encuentran en estas obras las características ilustradas propias de una labor codificadora, de pretender la primacía de esta codificación como ley en sí; el tratamiento sistemático de su recopilación, y la

idea de que representaba una mejor disciplina por suplir las lagunas y componer las antinomias (Tarello, 1976, ps. 192 y ss).

No son, entonces, los prácticos otra cosa que los recopiladores con cierta finalidad de cambio del uso del derecho, que recogen una normativa formalmente vigente pero realmente obsoleta.

Nuevamente, no encontramos en estas obras la fuerza suficiente que explique las transformaciones de la época, con lo que se evidencia la debilidad explicativa de la doctrina penal del elemento teórico como factor fundamental de esta explicación.

B. EL FRACASO COMO RECURSO EXPLICATIVO

El otro gran elemento con que la doctrina penal explica la transformación del sistema penal de la ilustración española es su fracaso.

Como ya hemos visto, el fracaso es un recurso utilizado por la doctrina penal que le permite por un lado, explicar cómo la transformación del derecho penal,

basada en un movimiento caracterizado por una finalidad humanitaria, genera una realidad punitiva que es calificada de "horrible carnicería" (34); por otro lado, explicar el porqué, el sistema penal que de allí surge, llega en su desarrollo a dar cabida a planteamientos como los de la escuela de Kiel y por último permite rescatar como idealidad a conseguir y plasmar los principios de ese derecho penal humanitario

De esta forma, el fracaso, fundamentado bien en el triunfo de las doctrinas utilitaristas sobre las humanitaristas o bien sobre las adversidades políticas de la época, logra complementar el proceso explicativo y la ideología "humanitaria" se transforma en ideal, en utopía, en el mejor de los casos positiva que guiará siempre la búsqueda de un "mejor" o "real" Derecho Penal garantista.

No queda claro, en el discuso penal, como si por un lado se proclama la implantación de este derecho penal, la concreción de sus principios, la dulcificación, la racionalización, su secularización. ¿En qué radica su fracaso?

No obstante, este fracaso no hace más que diferir en el tiempo el debido desarrollo de la ciencia penal allí naciente. Los postulados de la Ilustración, sus características y principios pasan nuevamente de ser la realidad de la época, a ser la idealidad a conseguir, a plasmar mediante los diversos mecanismos de la ciencia penal, su dogmática, su política criminal, etc.

En síntesis, la doctrina penal parte de la consideración de unos hechos jurídicos, que se ubican históricamente en la segunda mitad del siglo XVIII y parte del siglo XIX, tales como la codificación, la restricción del arbitrio judicial, el cambio en los métodos punitivos.

Estos hechos los valora positivamente mediante la comparación del período histórico del Antiguo Régimen (36).

"...la Ilustración ,..., tenía ya cumplida su misión: demostrar que los rigores del antiguo régimen no eran necesarios, sino contraproducentes." (Antón Oneca, 1.965b, p. 495).

A partir de estos hechos y del pensamiento ilustrado, la doctrina penal "crea" su propia realidad. Esta realidad que presenta la doctrina está compuesta, a nuestro entender, por aspectos 'reales' (codificación, transformación de los métodos punitivos) y por aspectos 'ideales' (humanización, suavización, igualdad).

Al integrar de esa forma la realidad, la doctrina penal confunde, en su provecho argumentativo, fenómenos como la codificación, la transformación de los métodos punitivos, etc., como elementos exclusivos del programa ilustrador, a fin de poder unir, de forma necesaria y evidente, que si hubo codificación y transformaciones penales, hubo igualmente humanización y dulcificación.

NOTAS AL CAPÍTULO III

(1) Al respecto véase Tomás y Valiente, 1.976, p. 407.

(2) En este sentido Rusche y Kirchheimer, 1.984, p. 77;
Rodríguez Devesa, 1.970, p. 807.

(3) Supra, ps. 50s.

(4) Infra, p. 200.

(5) Proal, 1.893, *passim*.

(6) Véase en general la obra de Baratta 1.986.

(7) Tema que por su complejidad y ajenidad a nuestro
tema no entramos a considerar.

(8) Véase Torío, 1.971, *passim*; igualmente, Calabró,
1.966, ps. 102ss.

(9) Supra, p. 67.

(10) Su obra aparece 10 años después de la de Beccaría.

(11) En este sentido Delval, 1.980, p. 174.

(12) Diario de Actas y discusiones de la Cortes Extraordinarias de 1.821, T.I., p. 17.

(13) fragmento "Al futuro restaurador de la libertad", citado por Rivacoba. 1964, p.99.

(14) En sentido similar Calabro, 1.966, p. 118.

(15) Véase p. 114.

(16) Ver supra, p. 38.

(17) Un ejemplo de ello lo constituye el hecho de que reserva el destierro para personas distinguidas por su nacimiento y su empleo. p. 219.

(18) Véase ps. 37, 39 y 98ss.

(19) Un claro ejemplo de esto se puede apreciar en los argumentos con que justifica la pena de muerte en los que acude a lo que "expresamente" mande Dios (p. 184).

(20) No queremos decir que todos fuesen ateos pero si ajenos a fundamentar lo penal con lo religioso.

(21) tengase en cuenta que ya Carlos III había expulsado a los jesuitas.

(22) Esto se puede verificar en la obra, ps 76, 99, 167ss, 177s; otras críticas se pueden ver en las ps. 32 y 111. En igual sentido, Arroyo de la Heras y otro, 1.986, p. 106, que afirma que entre los autores hay ideas diferentes e incluso contradictorias.

(23) En este sentido véanse ps. 144, 214 y 219.

(24) Sempere y Guarinos, 1.969, t.3, ps. 172ss.

(25) Al respecto véase Casabó, 1.969, ps. 313ss.

(26) En este sentido Calabro, 1.966, p.115; Delval, 1.980, p. 170.

(27) Supra, ps. 71ss.

(28) en este sentido Vilanova y M p. 345.

(29) Tal como lo anuncian ellos en sus obras Vilanova y M, p. VIIIs; Vizcaino P, 1.979.

(30) Vilanova ps. 331, 416;

(29) Tarello diferencia dos tipos de recopiladores, unos que desarrollan su labor a principios del siglo XVIII, en la que se hace una simple acumulación de disposiciones; y otros cuya labor se desarrolla en la segunda mitad del siglo XVIII, cuyo trabajo de recopilación viene acompañado de una cierta intención de reforma, basada en la búsqueda del cumplimiento de las normas, para lo cual las daban a conocer. 1.976, p. 203.

(32) Tarello, 1.976, ps. 192ss.

(33) Supra, ps. 200s.

(36) Una visión del Antiguo Régimen predeterminada negativamente por las características dadas en las obras ilustradas.

C A P I T U L O I V

OTROS ELEMENTOS DE LA REFORMA PENAL DE LA

ILUSTRACIÓN ESPAÑOLA