

## CAPÍTULO VIII

### ENCUADRAMIENTOS IDEOLÓGICOS GENERALES EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

#### SECCIÓN A: SENTIDO DE ESTE ANÁLISIS.

Cuando analizamos someramente las ideologías de las legislaciones penales latinoamericanas y las comparamos con la propia de los Derechos Humanos, hemos realizado una tarea de corte trasversal y reducida a los textos penales, pero aislada de su concreto contexto histórico en cada país y de su incidencia en la ideología total del sistema penal. Esta segunda tarea es de vital importancia para descubrir la historia misma de las vicisitudes de los Derechos Humanos en cada sistema penal nacional, como capítulo básico para una general visión de las formaciones ideológicas nacionales de los Derechos Humanos. En rigor, esta tarea está en buena parte pendiente de realización. Debe ser el necesario resultado de pacientes investigaciones en cada país y de una especie de reconstrucción de la "visión de los vencidos", es decir, la visión de los marginados y, en general, de los que sufrieron la acción del sistema. No puede llevarse a cabo sin una clarísima idea de la historia política, social y económica de cada pueblo. Sin embargo, sin esta tarea que resulta ciclópea, el diagnóstico acerca de cada uno de nuestros sistemas penales en relación con los Derechos Humanos sería sólo una visión superficial, que se limitaría a un simple catálogo de constatación de fenómenos más o menos conocidos, pero no nos explicaría por qué se limitan esos Derechos, cómo se generaron esas limitaciones y, por ende, nos impediría saber por qué se mantienen y, finalmente, cómo puede reducirse en función de la reducción de sus condicionamientos reales.

Por supuesto que esta tarea no puede llevarse a cabo en un trabajo de la naturaleza de la presente investigación que, desde el comienzo, hemos definido como una tarea de “encuadramiento” o de marco general de referencia. Sin embargo, creemos oportuno señalar las pautas más amplias por las cuales creemos que una labor semejante debiera realizarse, en forma ejemplificativa y con las ineludibles limitaciones de medios de que disponemos. Para ello, hemos escogido un sumario análisis de esta naturaleza sobre los sistemas penales de México y Argentina que, por supuesto, estarán necesitados de ser completados y corregidos generosamente en los respectivos países, para llegar a ser lo que esperamos que —en un futuro no lejano— pueda llevarse a cabo en toda el área, esto es, *un verdadero análisis histórico-ideológico de cada sistema penal*. La parte que sigue de nuestro documento no es más que un rudimentario esbozo de esa tarea, reducido sólo a dos países del área.

No ignoramos que la lectura ideológica que ensayamos es tan necesaria como “molesta”, porque generalmente suele vivenciársela como un deterioro de cierto “esencialismo” penal. Los intelectuales de nuestros países se hallaron siempre ávidos de definiciones de identidad, y dado que en algún momento entendieron como insuficiente el análisis existencial o existenciario, nos hemos dado a la tarea de buscar nuestras “esencias”, o sea, más o menos lo que Gaos caracterizó como confrontación o paso entre la “filosofía del mexicano” y la “filosofía de lo mexicano”<sup>1</sup>, que, prácticamente, puede repetirse en cada uno de nuestros países.

El “esencialismo”, o sea, la búsqueda de nuestro “ser nacional”, casi siempre es una legítima defensa frente a la permanente agresión a nuestra originalidad por la innegable fuerza de las culturas centrales industrializadas o de capitalismo avanzado, que tienden y pretenden imponerse universalmente. Esto hace que demasiado a menudo, la urgencia esencialista introduzca en la “esencia” lo que no pasa de ser un mero accidente histórico (siempre que se admita la validez filosófica de tales “esencias” en forma independiente de la “existencia”). Al iluminar desde otros ángulos las leyes penales, el análisis ideológico pone en descubierto la accidentalidad de ciertos

<sup>1</sup> José Gaos, *En torno a la filosofía mexicana*, México, 1980, p. 80.

fenómenos imbricados en nuestras historias nacionales y abre una revaloración de los mismos, no siempre del todo positiva y a veces francamente negativa, la que ocasionalmente no resulta agradable.

No obstante, por incómoda que sea, insistimos en que esa lectura es ineludible si realmente se desea instrumentar una política criminal —o “criminológica”, como la llamaba el maestro Quiróz Cuarón— orientada conscientemente hacia la realización de los Derechos Humanos.

Dadas las advertencias señaladas acerca de las inevitables limitaciones de este ensayo, resulta obvio que en el presente intento son más importantes las preguntas que las respuestas. Lo más rescatable de las respuestas es que no pueden ser simplistas (atribuidas únicamente a ignorancia, mezquindad, inadvertencia, superficialidad, etc.). En cuanto a la voz “ideología”, insistimos en que se emplea en el mismo sentido no peyorativo que señalamos desde el primer informe de esta investigación.

## SECCIÓN B: EL SISTEMA PENAL DE MÉXICO.

1. *Los antecedentes veracruzanos y federales.*— Los límites que anticipadamente hemos trazado a este trabajo nos impiden una reconstrucción total de la ideología penal mexicana, que requeriría una paciente investigación *in situ*, pues habría menester de múltiples fuentes de información de las cuales carecemos. De cualquier manera, no es posible ignorar que en México ha habido siempre una fuerte estratificación social que la Revolución trató de reducir o paliar, pero que campea crudamente a lo largo de toda la historia, sin atenuante alguno, al menos hasta 1910.

No cabe duda de que, en tales circunstancias, la “ideología práctica” del sistema penal, es decir, lo que se ha llamado el “sistema penal subterráneo”<sup>2</sup>, cobra una importancia fundamental para la comprensión de la función del sistema. Sin embargo, por las circunstancias apuntadas no estamos en condiciones de valorar dicho sistema subterráneo, ni tampoco de analizar el sistema penal “paralelo” es decir, el que con pre-

<sup>2</sup> Ver Lola Aniyar de Castro, en: *Sistemas penales*, cit., ps. 233 y ss.

texto contravencional, administrativo o correctivo, minimiza la infracción, degradándola de su condición de delito, pero librándola a una mayor arbitrariedad judicial, administrativa o privada, lo cual redundaba en un control social más eficaz y selectivo (clasista)<sup>3</sup>.

En este último aspecto cabe acotar que México, al igual que casi todos los países latinoamericanos, tuvo tempranamente una ley de peligrosidad sin delito, que en un juicio sumario y administrativo permitía imponer a los "vagos" una pena de hasta cuatro años de servicio en ejército o marina o su destino a la colonización (una forma de relegación). Es la ley del 3 de marzo de 1828, cuyo art. 6 hacía consistir la vagancia en ociosidad o falta de dedicación al trabajo útil y honesto<sup>4</sup>. Si bien parece que este sistema no tuvo en México la importancia efectiva que alcanzó en otros países —como, por ejemplo, en la Argentina— sería necesario indagar qué formas concretas asumió el sistema penal paralelo, que —sin duda— ha existido.

En cuanto a la codificación penal misma, nos ocuparemos de los textos veracruzanos y del Distrito Federal principalmente, aunque en este sentido creemos que ello es suficiente, puesto que a través de ellos pasa la columna vertebral de la historia de la legislación penal de México<sup>5</sup>. No nos ocuparemos aquí del primer antecedente veracruzano en detalle, puesto que éste no llegó a cobrar trascendencia nacional y su experiencia jurídica no está suficientemente investigada. Tampoco ha sido, en general, una obra de aclimatación original de una ideología, sino que ha seguido el modelo español. El *Bosquejo general de Código Penal para el Estado de México*, de 1831<sup>6</sup>, al igual que el primer código penal mexicano, que fue el de Veracruz de 1835<sup>7</sup>, seguían fielmente al código penal de la

<sup>3</sup> Ver E. R. Zaffaroni, sobre este fenómeno, en: *Criminología crítica*, I Seminario, Medellín, 1984, p. 108.

<sup>4</sup> Ver Miguel S. Macedo, *Apuntes para la historia del Derecho Penal Mexicano*, México, 1931, p. 256.

<sup>5</sup> Cfr. Moisés Moreno H., *Der Finale Handlungsbegriff und das mexikanische Strafrecht*, Bonn, ps. 45 y 46.

<sup>6</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, 1, México D.F., 1979, p. 15.

<sup>7</sup> Ídem, p. 23; *Derecho Penal Contemporáneo*, U.N.A.M., México D.F., n° 1, 1965.

España liberal de 1822<sup>8</sup> que prácticamente no tuvo vigencia en su patria de origen. Cabe observar que en 1849, al restablecerse su vigencia en Veracruz<sup>9</sup> se introdujo un sistema de “conmutación” obligatoria y facultativa (obligatoria para penas que no excediesen de seis meses y facultativa —concedida por el Superior Tribunal— cuando no excediesen de dos años), que es el primer sistema de sustitutivos penales. No obstante, no creemos que sea prudente idealizar este lejano antecedente de los sustitutivos, puesto que el art. 6 del decreto del 15 de diciembre de 1849 da una idea bien gráfica del funcionamiento real del sistema penal: “Mientras las cárceles sean inseguras, podrán los jueces usar de grilletes, grillos, cepos y esposas para asegurar a los reos de delitos o faltas graves”. Esta misma “conmutación” (o sustitución) no dejaba de ser, en algún sentido, la consagración de un privilegio, porque seguramente que su mayor ámbito de aplicación era la multa sustitutiva, que únicamente podrían pagar quienes tuviesen capacidad pecuniaria.

Cabe recordar que en una época bien posterior y con mayor estabilidad, el sistema de sustitutivos del código penal federal de 1871, que era más generoso según la letra de la ley, operó en la práctica de modo bien selectivo, lo que nos da la clave del sentido social que pudo tener la introducción del sistema veracruzano de 1849.

El proyecto de José J. Tornel de 1851-1852 no llegó a ser considerado y ni siquiera fue tomado seriamente en cuenta, a estar a lo que expresó amargamente su autor<sup>10</sup>. Su carácter ideológicamente conservador, que se pone de manifiesto en los “delitos contra la religión” (arts. 191 a 204), contrasta con la limitación de la pena máxima privativa de libertad a diez años, sólo excepcionada por la “retención” (hasta que cumpliera dos años de buena conducta), aunque se compatibiliza con el sostenimiento de la pena de muerte. Con este proyecto comienza a perfilarse una tendencia platónica dirigida al control social de contención intimidatoria por clasifica-

<sup>8</sup> *Código Penal Español*, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el Rey y mandado promulgar en 9 de julio de 1822, Madrid, Imprenta Nacional, 1822.

<sup>9</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, cit., ps. 24 y 25.

<sup>10</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, cit., p. 110.

ción de los infractores en disciplinados e indisciplinados. Esta tendencia volverá a aparecer en otro momento político, bajo ropaje análogamente correccionalista-eliminativo, aunque con pretexto pragmático y en cierta forma puede decirse que se conserva hasta hoy en la legislación mexicana, pese a que el peligrosismo la desdibuja en gran medida.

El código penal más liberal fue, sin duda, el de Veracruz de 1868, obra de Fernando J. Corona<sup>11</sup>. En este texto desaparecen los delitos contra la religión, como era lógico en su marco político, y es abolida la pena de muerte (art. 77: "La pena capital en el Estado no se impondrá por delito alguno sujeto a su competencia"). No cabe duda acerca de que su sistemática le debe muchísimo al código español de 1848-1850<sup>12</sup>, aunque resulte políticamente paradójico. Sin embargo, Corona tuvo el buen tino de tomar de la simplificación del farragoso código de 1835 —español de 1822— que había hecho Tornel, el sistema de penas, suprimirle la pena de muerte, los delitos contra la religión (insostenibles después de las Leyes de Reforma y de la definitiva quiebra del partido conservador) e introducir el sistema de conmutación de penas corporales por pecuniarias, en forma mucho más amplia que el de 1849, puesto que sólo exceptuaba los delitos graves contra la vida y la integridad física. La conmutación se hacía sobre la base de los días que le restaban cumplir al condenado, aproximándose bastante al día de multa, puesto que entre un máximo y un mínimo diarios, el juez establecía el valor de cada día de forma que excediera el 25% de la renta real o de la renta potencial<sup>13</sup>. Aunque no sabemos de dónde extrajo exactamente este sistema, cabe pensar que Corona dispuso de obras con información comparada, como la de Pacheco<sup>14</sup> por ejemplo, que le permitieron conocer el código de Brasil o, al menos, el

<sup>11</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, cit., p. 187.

<sup>12</sup> Ver *Código Penal de España*, edición oficial reformada, Madrid, Imprenta Nacional, 1850.

<sup>13</sup> Sobre la técnica actual del día de multa y el sistema alemán de renta real y el austríaco de renta potencial, Hans Heinrich Jescheck, *Die Geldstrafe als Mittel moderner Kriminalpolitik in rechtsvergleichender Sicht*, en "Fest. f. Würtenberger", Berlin, 1978, p. 257 (trad. en "Revista Penal Argentina").

<sup>14</sup> La primera edición de Pacheco fue en 1850.

de Portugal. Es evidente que conocían por la época el código portugués porque lo cita profusamente cinco años más tarde José María Lozano<sup>15</sup>, aunque no citan al código imperial del Brasil, que dio origen al sistema<sup>16</sup>.

En cierto sentido, el Código Corona se acerca ya al texto pragmático con esos correccionalistas ecos de Martínez de Castro, pero muestra una tendencia liberal sumamente sana, especialmente en cuanto a la multa sustitutiva, pese a que no creemos que ésta haya podido llevarse muy eficazmente a la práctica. No nos es posible determinarlo ahora con certeza, pero en forma directa o mediata ejerce una influencia sobre Corona el sentido pragmático de Pellegrino Rossi, vulgarizado parcialmente por Ortolan, pero —a la vez— una marcada vocación igualitaria traducida en la multa sustitutiva —por influencia brasileño-portuguesa— y una notoria flexibilización de las penas relativamente rígidas de su modelo sistemático español de 1848-1850. Aunque no haya sido un texto liberal-contractualista, es decir, retributivo en sentido puro, no cabe duda de que el Código Corona fue el código penal más liberal del siglo pasado en México, más acorde con la ideología de la Constitución de 1857 que el propio código federal de Martínez Castro.

2. *El Código Juárez o Martínez de Castro (1871).*— En realidad, México no ha tenido nunca un código penal de corte retributivo-contractualista. Nada es más inexacto que señalar al código de 1871 como un texto “clásico” en el sentido tradicional de un texto talional, como pudo ser, en cierta forma, el francés revolucionario o el sistema de penas fijas del código imperial del Brasil. Macedo, por el centenario, afirmaba que el código de 1871 “aceptó el sistema desenvuelto por Ortolan, cuyas bases son la justicia absoluta y la utilidad social combinadas, y la del doble objeto, ejemplar y correctivo, de

<sup>15</sup> José María Lozano, *Derecho Penal Comparado o el Código Penal del Distrito Federal y Territorio de la Baja California*, México, 1874, p. 484.

<sup>16</sup> Cfr. Rivacoba-Zaffaroni, *Siglo y medio de codificación penal en Iberoamérica*, Valparaíso, 1980.

la pena”<sup>17</sup>. Sin embargo, el Código Martínez de Castro tiene un origen mucho más complejo, en el cual se combinan los elementos pragmáticos y de justicia idealista de Rossi —a quien cita reiteradas veces— con el pragmatismo de Bentham, recibido en parte directamente y en parte por una considerable influencia del Código de Livingstone para Louisiana, que si bien era un desarrollo original, cabe recordar que Livingstone había partido de la ideología benthamiana.

La genealogía del Código de 1871 debe mucho a Livingstone en forma directa e indirecta: la sistematización de la parte general es del código español de 1848-1850, que —como se sabe— receipta una gran influencia del Código del Imperio del Brasil que —a su vez— había recibido importantes aportes de Livingstone. La idea correccionalista que plasma en su sistema de penas tiene un claro sentido benthamiano, aunque es posible que haya receiptado algunas ideas de Röder, pese a que no se lo cita en forma expresa y, en general, las traducciones más importantes de este autor fueron contemporáneas o posteriores. No es justo Macedo cuando afirma que el código de 1871 se reduce casi al aporte sincrético de Ortolan, todo ello sin contar con que el propio Ortolan no fue, en este sentido, todo un creador, sino un sintetizador práctico y —en último análisis— pragmático, pues cuando se planteaba el caso de optar entre ambas finalidades de la pena —corrección moral o ejemplarización— optaba por la segunda, “porque actúa sobre todos, en tanto que la corrección moral sólo actúa sobre uno, sobre el que se aplica la pena”<sup>18</sup>.

De cualquier manera, no puede ignorarse que en el Código de 1871 hay, por vía directa o indirecta, una marcada tendencia *pragmática utilitarista con acento correccionalista*. No escapa a nadie que el pragmatismo utilitarista es una forma de positivismo, como lo señalan Abbagnano en lo filosófico<sup>19</sup> y León Duguit en lo jurídico, cuando afirmaba que era un positivismo al que se añadía un “cálculo de rendimiento”<sup>20</sup>. Sólo

<sup>17</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, cit., 2, p. 9.

<sup>18</sup> J. Ortolan, *Résumé des éléments de droit pénal*, Paris, 1874, p. 180.

<sup>19</sup> N. Abbagnano, *Historia de la filosofía*, Barcelona, 1973, III, p. 255.

<sup>20</sup> L. Duguit, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, 1924.

en este sentido puede admitirse la presencia de componentes positivistas en el texto legal de 1871<sup>21</sup>. La instrumentación de las medidas preventivas responde a esta tendencia, del mismo modo que la libertad preparatoria recibe ecos indirectos del correccionalismo, siendo de recordar a este respecto que Carrara enfrentaba su posición liberal con el correccionalismo de Röder (vocero penal del idealismo de Krause) y no con los positivistas italianos, que son posteriores. Martínez de Castro recibió los elementos ideológicos previos al positivismo criminológico, que apenas aparecería en forma sistemática años más tarde, con *L'uomo delinquente* de Lombroso, en 1876. Si bien ya en los primeros años de la independencia mexicana hubo un aporte frenológico, y con razón se señala hoy a Gall como el más importante antecedente lombrosiano; Martínez de Castro no menciona para nada este antecedente y no creemos que haya hecho mella en su formación exclusivamente jurídica.

En repetidas ocasiones se ha afirmado y demostrado que no existió una "escuela clásica", sino que ésta es una denominación inventada por Ferri para agrupar a todos los contradictores del positivismo penal<sup>22</sup>. Pues bien: a la hora de identificar ideológicamente un código, decimos muy poco si nos reducimos a calificarlo de "clásico". Si por "liberal" —que tampoco es mucho decir— identificamos la ideología del ascenso de la burguesía europea, en términos del paradigma contractualista<sup>23</sup>, el código de 1871 no tiene nada que ver con ello: no es kantiano ni criticista, es más bien *pragmático utilitarista*, aunque le lleguen algunos elementos aislados del correccionalismo krausista. Nada tiene que ver con el correccionalismo en la consideración de la pena de muerte, y prueba de ello es el difícil equilibrio que hace Martínez de Castro para justificar la supervivencia de esta pena, rechazando la tesis de quienes entendían que la Constitución la sostenía únicamente en razón de la inseguridad de las prisiones o en su carencia, pero

<sup>21</sup> Celestino Porte Petit, *Evolución legislativa penal en México*, México, 1965, p. 26.

<sup>22</sup> Veremos luego que Teja Zabre —en 1931— reconocía también que no era más que una denominación cómoda.

<sup>23</sup> Cfr., por ejemplo, Massimo Pavarini, *Introduzione a... la criminologia*, Firenze, 1980 (hay traducción castellana de Ignacio Muñagorri, con el título de *Poder y dominación*, México, 1983).

que no exigía un real “sistema penitenciario”. Martínez de Castro la mantuvo con el argumento de que la Constitución exigía para su abolición un verdadero “sistema penitenciario”<sup>24</sup>. Obsérvese el curioso sofisma que hay en esto: la tesis constitucionalista de su vigencia en tanto se crearan cárceles para seguridad, puede tener cierto asidero en una necesidad pasajera, pero el refinamiento de postergar su abolición hasta que no se estableciera un régimen penitenciario correccional completo, importaba —en la práctica— la postergación indefinida de la abolición y llevaba a que los condenados pagasen con la vida una supuesta deficiencia del Estado, que no era ya pasajera o coyuntural, sino crónica.

Con el texto de 1871 se vuelve a la tradición de Tornel: clasificación de los infractores en *disciplinados* (a los que se les tiende el “puente de oro” para que se les reduzca la pena por “buena conducta” y se les anticipe la salida) e *indisciplinados* a los que elimina (pena de muerte) con propósito intimidatorio. Sólo que el platonismo penal de Martínez de Castro no responde a una idea religiosa de tradición conservadora, sino a la necesidad de privilegiar una tutela: la de la propiedad.

Es sabido que el orden de los bienes jurídicos en la parte especial tiene un sentido ideológico: primero fue el Decálogo, luego el Estado ocupó el lugar de Dios (Napoleón) y, por la vertiente liberal, pasó el hombre a primer término (Feuerbach). Pues bien, Tornel encabezaba su “parte especial” con los delitos contra la religión, es decir, con el Decálogo, que respondía a la tendencia absolutista (Código español de 1850, código portugués), pero Martínez de Castro lo hacía con los delitos contra la propiedad. Se pensó que en un Estado liberal debía encabezarse con los delitos contra la libertad, pero no recordamos código en el mundo que encabece su parte especial con los delitos contra la propiedad: el lugar que ocupaba Dios en el proyecto Tornel, —y en el Código español de 1850— lo ocupa la propiedad en el código de 1871. Tampoco hay delitos “contra la moral” que no “perturben el reposo público”<sup>25</sup>, dice Martínez de Castro. Pero no parece destacarse en primer

<sup>24</sup> Ver *Leyes Penales Mexicanas*, 1, 344, en igual sentido, Lozano, ob. cit., p. 439.

<sup>25</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, 1, 354.

plano la dignidad humana, que no permite la tipificación de acciones que no afecten a terceros, sino que, si bien esto se menciona, siempre el argumento va acompañado del esgrimido por Bentham acerca de las dificultades prácticas que su punición acarrearía, que parece ser decisivo. En la nueva versión del conservadorismo que se plasma en el texto del cuerpo de leyes de 1871, estos hechos no afectan los bienes jurídicos que el mismo trata de tutelar. Por el contrario, puede verse la santa indignación de Martínez de Castro cuando, en el seno de la Comisión, Lafragua, con argumentos sumamente avanzados, propuso como atenuante "pertenecer el delincuente a la clase más desvalida de la sociedad". Lafragua estaba proponiendo la co-culpabilidad con argumentos de raíz revolucionaria (Marat), y Martínez de Castro —que arrastró tras de sí a los restantes integrantes de la Comisión— respondió con conceptos de déspota ilustrado: "si se admitiera esa circunstancia como atenuante, habría que aplicarla en todos los casos, porque casi todos los delitos se cometen por la clase a que se refiere la fracción propuesta. El remedio de los delitos no es sólo disminuir las penas, sino multiplicar los medios de instruir al pueblo, principalmente en la moral"<sup>26</sup>.

Si tuviésemos que esquematizar ideológicamente los textos que se suceden entre 1831 y 1871, diríamos que el ensayo de 1831 y el *código veracruzano de 1835* son una tentativa de implantar una ley que venía con prestigio y sello liberal; el *proyecto Tornel* (1851-1852) es un texto conservador teocratizante que divide platónicamente a los infractores entre corregibles en plazo corto y medio e incorregibles a los que se debe eliminar ejemplarizadamente; el *código Corona* (1868) atempera notoriamente la tendencia de Tornel y trata de realizar en marcada medida los ideales liberales e igualitarios de la Constitución de 1857; el *código de 1871* retoma la clasificación de Tornel con sentido pragmático y destaca sistemáticamente la tutela de la propiedad.

3. *El marco histórico de la ideología del Código de 1871.*— Dice Gaos que los principales momentos de importación filosófica en México fueron la importación jesuítica en el siglo XVIII, la liberal en la primera mitad del siglo XIX, la positivista

<sup>26</sup> *Leyes Penales Mexicanas*, 1, 289.

en la segunda mitad del siglo XIX y los antipositivistas espiritualistas en las primeras décadas de este siglo<sup>27</sup>. Si encuadramos dentro de este esquema la evolución ideológica de la codificación, diríamos que el código veracruzano de 1835 responde a la importación liberal de la primera mitad del siglo pasado; el proyecto Tornel a la reacción filosófica conservadora contra la misma; el código Corona a su asentamiento nacional (sería el fenómeno originario del efecto de la recepción de una ideología importada); y el código de 1871 aparecería como una reacción neo-conservadora de marcado positivismo filosófico.

Parece una contradicción señalar al código de 1871 como un texto liberal y positivista al mismo tiempo, porque quiere enmarcarse en la Constitución de 1857 —liberal— y porque el positivismo criminológico aún no había aparecido. Sin embargo, hay en él una “forma” liberal que cubre un marcado positivismo *filosófico* orientado hacia la tutela de la propiedad.

Los autores del Código de 1871 no podían escapar al clima intelectual de la época. La Comisión comenzó a trabajar en 1868. El 16 de setiembre de 1867, en Guanajuato, había pronunciado su famosa *oración cívica* Gabino Barreda. Para Barreda —que seguía a Comte— el liberalismo era una etapa transitoria en el camino hacia el progreso. El liberalismo era la etapa “destructiva” en que las fuerzas del “progreso” enfrentaban a las del “retroceso” pero, una vez que vencen, es necesario establecer el “orden positivo”. Este “orden” no se puede establecer sobre la base del respeto a los principios de la Constitución de 1857. El liberalismo comenzaba a considerarse una utopía. Ya se perfilaba el anhelo del “buen dictador”; ya se hablaba claramente afirmando que el pueblo mexicano no estaba preparado para esa libertad, que era utópica. Es evidente que la burguesía mexicana ya estaba en el poder y que no admitiría que nadie la desplazase de él; al igual que en cualquier parte, la ideología de que se había valido para obtener su posición hegemónica ya no le servía para mantenerse en ella, sino todo lo contrario, debía desembarazarse rápidamente de ella y pronto lo haría, aliándose y rodeando a su “buen dictador”. El porfirismo sería la consolidación de

<sup>27</sup> José Gaos, ob. cit., p. 51.

ese poder y el código de 1871 un idóneo instrumento del "orden" de la nueva burguesía mestiza, que se consideraría a sí misma como la única "progresista", frente al conservadurismo de los criollos aristócratas y a la ineptitud del indígena.

Ese clima del encumbramiento del positivismo comteano hace nacer el código de 1871, que había de seguir vigente durante el período más complejo de los dos últimos siglos. Nació acunado por el positivismo comteano de Barreda, pero crecerá bajo el signo spenceriano de Justo Sierra, será adulto con el "orden" de los "científicos" de Limantour y envejecerá en pleno período posrevolucionario.

Si seguimos el curso del positivismo filosófico mexicano, veremos que la factura del código de 1871 respondió a las necesidades de la ideología de la época<sup>28</sup>. Hacia 1878 se iniciará el gran movimiento "científico" de Sierra y su grupo. Esta corriente se distanciará de la de Gabino Barreda, porque se apoyará en una versión spenceriana del positivismo y no en la comteana original. El adelanto material, la educación científica laica, serán los pilares fundamentales del orden. La libertad vendrá luego, como resultado natural del progreso, conforme al modelo anglosajón. No era tolerable para estos autores la libertad "social" anárquica de la Constitución de 1857, porque nuestros pueblos no habían sido educados para ella, como los anglosajones. La libertad sin el progreso material no era admisible, sino que —por el contrario— se produciría su advenimiento sólo como resultado del progreso material. En tanto, postulaban como necesario un poder ejecutivo fuerte, una centralización administrativa, es decir, un orden, que no garantizaba la Constitución liberal.

Como todos sabemos, se trataba de un movimiento conservador, aunque no lo fuere en el antiguo sentido del conservador católico. Como tal, chocaba con los viejos liberales defensores de la Constitución de 1857. La posición de este nuevo conservadurismo de los "científicos" era tan enemiga de los derechos liberales como la del antiguo; sólo que el antiguo los negaba en función de un paraíso de ultratumba y éste los negaba en función de un paraíso en el futuro lejano.

<sup>28</sup> Nos guiamos en este análisis, fundamentalmente, por Leopoldo Zea, *El positivismo en México: nacimiento, apogeo y decadencia*, México, 1943, (última reimpresión: 1984).

Si en este panorama queremos ubicar los textos de los códigos penales y sus respectivas funciones, no resulta difícil hacerlo: el código de 1835 es producto de la impronta liberal, como primer producto de la importación, que cristaliza después de la Constitución de 1857 en el Código de Corona (1868). El proyecto Tornel (1851-1852) es una manifestación de la vieja ideología conservadora, en tanto que el Código de 1871 responde al espíritu del positivismo filosófico que embebía el ambiente de su tiempo y que primero se manifiesta con el impulso comteano de Gabino Barreda y luego con el spenceriano de Justo Sierra.

El programa de Justo Sierra abarcaba, como capítulo fundamental, una amplia campaña de educación pública. Sierra no era racista, justo es decirlo, sino que el "atraso" lo atribuía a la falta de educación. Su elitismo era teóricamente pasajero. Consideraba que Porfirio Díaz era un gobernante ideal, pero también un accidente, alguien que podía ser reemplazado, sin mayor esfuerzo, y que debía ser controlado por un poder judicial independiente, para evitar la caída en el despotismo. En realidad, el discurso de los "científicos" era el discurso a la medida de la clase media mexicana. El liberalismo era denunciado como el instrumento de lucha para desplazar al viejo privilegio conservador, pero una vez que se había superado el estado teocrático (lo que Barreda había señalado en América con la derrota de Maximiliano, que era la expresión del retroceso); era necesario asegurar el proceso y desembarazarse de las libertades anárquicas de la Constitución de 1857. Si la Constitución de 1857 era inaplicable, lo lógico era adaptarla a la realidad, sincerarse, para evitar la hipocresía. En definitiva, con los "científicos" se pretende lo que luego volveremos a oír en múltiples oportunidades en Latinoamérica: una tentativa de aproximación entre lo teórico y la realidad, pero por vía de aceptar teóricamente la realidad como fatal y necesaria, racionalizándola. No se trata de un sano realismo, en procura de la modificación de una realidad injusta, sino de la aceptación de la realidad injusta como necesaria e inevitable. Recuérdense las airadas protestas de los representantes de este grupo cuando el presidente de la Cámara de Diputados propuso la abolición de la pena de muerte. Recientemente, ésta ha sido también en el ámbito jurídico la característica de la

llamada “ideología” de la seguridad nacional<sup>29</sup> y nada muy diferente postula la ultra-derecha criminológica norteamericana (el llamado “nuevo realismo criminológico”).

Sin embargo, es sabido que la burguesía o clase media suele tener en toda Latinoamérica una vocación suicida. Su avidez de poder y —especialmente— de poder económico no conoce límites y genera conflictos internos e interclasistas francamente ruinosos para sus intereses. Porfirio Díaz no necesitaba llevar a cabo la campaña de educación para sostenerse ni para captar voluntades, pues el viejo conservadorismo no tenía ningún poder. De allí que Justo Sierra fuera separado de la conducción ideológica del sector hegemónico. A Porfirio Díaz no le servía para nada la tesis de quienes pretendían controlarlo con un poder judicial independiente y dedicar inmensos recursos a la instrucción pública.

En ese momento se produjo una quiebra dentro de la alta clase media hegemónica, en la cual un sector reducido de la misma desplazó al originario grupo ideológico de los “científicos” de Sierra y fue el políticamente identificado como “científico” en el futuro. Este grupo financiero se consolidó sobre un cambio de la estructura social mexicana. Nos estamos refiriendo al proceso de concentración de tierras en latifundios, que tuvo lugar por medio de los famosos deslindes, en los que las tristemente célebres compañías “deslindadoras” se quedaban con la parte del león y compraban el resto a bajísimo precio. Al amparo de la ley de colonización del 31 de mayo de 1875<sup>30</sup> y de la ampliación de las ventajas para las compañías deslindadoras del 15 de diciembre de 1893, se provocó la desventura de los pequeños propietarios, una agudización de la explotación inhumana del trabajador rural, la desaparición de la propiedad comunal indígena y la consiguiente concentración de la tierra productiva en inmensos latifundios.

Si bien el pretexto fue la colonización, la verdad fue que la escasísima competitividad del pequeño propietario frente a

<sup>29</sup> Esto lo destaca —en cuanto a la política criminal de seguridad nacional— Emilio García Méndez, en un reciente trabajo aún inédito, que fue su tesis en Saarbrücken.

<sup>30</sup> Nos basamos —fundamentalmente— en los datos de Víctor Manzanilla Schaffer, *La reforma agraria*, en “México - cincuenta años de revolución”, México, 1961, III, p. 225.

la exención impositiva y a la mano de obra barata de las grandes compañías, eliminó el mercado. La hacienda porfiriana, con sus sistema de tienda de raya, obligaba a los trabajadores —peones acasillados— a la permanencia indefinida de su familia en la hacienda, en un sistema de producción análogo a la esclavitud. Guardias privados y autoridad policial completaban el panorama y montaban un sistema penal paralelo rural, o sea una forma de control punitivo paralelo ejercido sobre toda la población agraria mexicana. Frente a la realidad de un sistema de cárceles, castigos corporales y penas impuestas por las compañías o sus administradores, el código de Martínez de Castro cedía su puesto a esta represión paralela, de modo que no regían sus normas sobre la mayor parte de la población, teniendo en cuenta la distribución poblacional de la época, en especial el bajísimo porcentaje de clase popular en los sectores urbanos.

4. *El proyecto de reformas de 1912.*— En rigor, el porfirismo no quiso cambiar su Código de 1871, pues para nada obstaba a este control social, que en buena parte escapaba al mismo<sup>31</sup>. Era imposible formalizar institucionalmente este control de la población rural. La pretensión de Justo Sierra en 1892 era totalmente ingenua pues nadie podía desear sinceramente ajustar las instituciones a la realidad, dado que eso hubiese implicado poco menos que reconocer jurídicamente la esclavitud en México. Era lógico que el grupo que detentaba el poder económico jamás podía aceptar la ideología neoconservadora de Sierra y su grupo, como tampoco la podía aceptar el propio don Porfirio, salvo en forma circunstancial y por razones de táctica política. El racismo era lógico en tales circunstancias, pues lleva a un inmovilismo fatalista —por biológico— que se adecua mucho más a los requerimientos del *establishment*.

No podemos saber qué grado de sinceridad había en las declaraciones del ministro de fomento en 1887, cuando pos-

<sup>31</sup> El porfirismo tuvo incluso su monumentalidad bibliográfica penal, en un curioso alarde tipográfico extraordinario, como fue la obra de Antonio A. de Medina y Ormaechea, *La legislación penal de los pueblos latinos*, Imprenta Nacional, México, 1899.

tulaba la inmigración europea y mostraba como ejemplo los Estados Unidos y el Cono Sur latinoamericano<sup>32</sup>.

De cualquier manera, hay allí una tácita manifestación racista, que se extrema en la disparatada tesis de Bulnes, enunciada en 1899, que afirmaba la existencia de tres civilizaciones, una superior, que era la del "trigo", y dos inferiores, que eran la del "maíz" y la del "arroz"<sup>33</sup>. Esta tesis "gástrica" parece vincularse a la famosa frase de que el hombre "piensa lo que come", del burdo materialismo biológico de Moleschott<sup>34</sup>, inspirador de Lombroso.

La consecuencia lógica del racismo es la negación de toda idea democrática y la sacralización de la estratificación social en castas, aunque no se la haya expresado abiertamente, por explicable pudor político o por conveniencia estratégica. De cualquier manera, aunque no se hiciese de ello un discurso manifiesto "hacia afuera", sirvió incuestionablemente "hacia adentro" del propio sector hegemónico y de sus aliados, como discurso de justificación. Tuvo la ventaja, por otra parte, de que su grosero materialismo ateo lo distinguiese del antiguo conservadorismo católico. Sólo algún ideólogo descolgado podía expresarlo abiertamente "hacia afuera", lo que en modo alguno convenía, pues su exposición pública hubiese generado conflictos tan insalvables como inútiles. Para nada necesitaba la clase hegemónica del porfirismo un "sinceramiento biológico" en la legislación penal, puesto que el racismo funcionaba eficazmente en la práctica, bajo la cobertura de una generosa constitución liberal y de un código penal pragmático-correccionalista. De cualquier manera, ni el discurso de justificación —darwinista— ni las ideologías de los grupos "científicos" desplazados —entre el positivismo com-

<sup>32</sup> Manzanilla Schaffer, ob. cit., p. 231.

<sup>33</sup> Francisco Bulnes, *El provenir de las naciones latinoamericanas ante las recientes conquistas de Europa y Norteamérica (estructura y evolución de un continente)*, México D. F., "El pensamiento vivo de América", s. f. (1940?). (La primera edición es de 1899). Las ideas racistas fueron bastante comunes en el positivismo latinoamericano, al respecto: Leopoldo Zea, *Pensamiento positivista latinoamericano*, Caracas, 1980; Oscar Terán, *América Latina: positivismo y nación*, México, 1983.

<sup>34</sup> Jac. Moleschott, *La circulación de la vida. Cartas sobre la fisiología en contestación a las cartas sobre la química*, de Liebig, trad. de A. de Ocina y Aparicio, Madrid, 1881.

teano y spenceriano— ni el discurso jurídico —liberal—, corrían el riesgo de dar la base al antiguo enemigo, que era capaz de oponerle una ideología.

En este panorama, en setiembre de 1903, la Secretaría de Justicia e Instrucción Pública designó una “Comisión Revisora del Código Penal” presidida por Miguel S. Macedo, destacado abogado del grupo “científico”<sup>35</sup>. La Comisión, luego de largas alternativas, terminó su labor el 11 de junio de 1912<sup>36</sup> que se publicó en 1914<sup>37</sup>. Estas fechas indican claramente que la comisión culmina su labor al amparo del régimen usurpador del asesino de Madero y Pino Suárez, es decir, en el “huertismo”. En realidad, la lectura del trabajo de Macedo y el texto proyectado ponen de manifiesto que las reformas no pasaban de ser un ejercicio intelectual que renovaba un tanto la fachada del texto de Martínez de Castro, con algunas imprevistas llamativamente represivizantes, como el aumento de punición para la asociación ilícita (se nos ocurre que en esas penas agravadas se sugería incluir unos cuantos nombres que hoy honran varias calles y avenidas mexicanas). Este tímido intento tecnocrático fue la póstuma expresión penal del grupo de los “científicos”, cuyas principales reformas consistían en la organización de campamentos y colonias penales, medidas contra la embriaguez y el alcoholismo e introducción de la condena condicional.

Nuestra ratificación de la firme convicción de que el sistema penal tiene una realidad que está totalmente distanciada del discurso jurídico y que es necesario redimensionar la importancia de los sistemas penales paralelos, porque suelen configurar una forma mucho más eficaz de control social, viene a confirmarse una vez más con la constatación de que Porfirio Díaz y los “científicos” pudieron cambiar la estructura agraria mexicana, concentrando la propiedad en unas cincuenta empresas (más de la mitad extranjeras), y establecer un grupo hegemónico fortísimo, arrasando cualquier oposición y resis-

<sup>35</sup> Emilio Portes Gil, *Sentido y destino de la Revolución Mexicana*, en “México - cincuenta años de revolución”, México, 1961, III, ps. 477 y ss.

<sup>36</sup> Celestino Porte Petit, op. cit., ps. 28 y 29.

<sup>37</sup> Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Leyes Penales Mexicanas*, 2, México, 1979, p. 7.

tencia política durante décadas y reduciendo la población rural a condiciones de servidumbre y “cuasi-esclavitud”, sin tocar casi la letra del Código de 1871 ni de la Constitución de 1857.

5. *La legislación procesal penal y su ideología.*— En 1869, Juárez sancionó la Ley de Jurados Populares para el Distrito Federal. Esa ley seguía una general tendencia primaria de la legislación procesal penal de casi toda Latinoamérica, que en una primera impronta liberal posterior a la emancipación, trató de establecer el proceso acusatorio con instituciones análogas a las anglosajonas y, especialmente, el jurado popular. No obstante, en casi todos los países esta tendencia se fue revirtiendo hasta caer en un procedimiento cada vez más inquisitorio, con una enorme injerencia de órganos dependientes del poder ejecutivo y, finalmente, con la reducción del plenario a una simple formalidad que tiene muy poco de “juicio”. Ya vimos que en esto hay una neta influencia bonapartista, bien contraria a la tendencia acusatoria propia del liberalismo: el ejecutivo reúne las pruebas y el poder judicial se va limitando cada vez más a constatar si con las mismas está probado el hecho, lo cual debe hacer conforme a una tabla de valor preestablecida, a calificarlo y a cuantificar la pena, que se encarga de hacer cumplir también el poder ejecutivo.

El 15 de setiembre de 1880, Porfirio Díaz y su secretario de justicia, Ignacio Mariscal, promulgan el primer código para el Distrito Federal, que entra en vigencia el 1 de noviembre de ese año<sup>38</sup>, que era obra del propio Mariscal, de Manuel Dublán y de Pablo Macedo<sup>39</sup>. Es innegable la influencia que sobre este texto ejerció la ley de enjuiciamiento criminal española de 1872. Como es natural, el sistema de este código es sumamente inquisitivo en la instrucción, que autorizaba la incomunicación y prescribía la defensa terminada la indagatoria. De cualquier manera, la indagatoria era judicial (art. 394) y el juicio por jurados se prescribía para cualquier caso en que la pena media excediese de dos años, lo cual hacía del jurado

<sup>38</sup> *Código de Procedimientos Penales*, México, Librería Central, 1880.

<sup>39</sup> Cfr. Sergio García Ramírez, *Curso de Derecho Procesal Penal*, México, 1974, p. 78.

una institución de amplia aplicación. En este sentido, el texto procesal de 1880 parece seguir bastante de cerca la ley de enjuiciamiento española de 1872, en su texto anterior a la reforma de 1875, que prácticamente suprimió todas las formas acusatorias. Si bien este texto contenía un régimen de libertad provisoria bastante privilegiante para las personas adineradas, no puede en modo alguno ser considerado un texto inquisitorio, debido, justamente, a la amplia incorporación del jurado.

Catorce años después, el 6 de julio de 1894, se sanciona otro texto<sup>40</sup> cuyos autores fueron Rafael Rebollar, Pedro Miranda, F.G. Fuente y Agustín Borges<sup>41</sup>. En general, introducía algunas reformas técnicas, pero mantenía las características del texto de 1880, en especial, la amplitud del jurado y su carácter acusatorio.

Estos textos, debido a las disposiciones que establecían una instrucción común para los delitos leves y graves, hacían que en los delitos leves, es decir, los que más interesan para la criminalización por generadores de desviación secundaria, el proceso fuese mucho menos garantizador, pues ya se veía en ellos el plenario escrito, o sea, la falta de un verdadero juicio.

En 1903, se sanciona la primera ley orgánica del ministerio público, que lo organiza como cuerpo y pone en sus manos la acción penal<sup>42</sup>. En el orden federal, la primera ley orgánica es de 1908.

6. *La Constitución de 1917 y la reforma penal de 1929-1931.*— Al triunfo de la Revolución de 1910 siguen las alternativas que culminan en el Congreso Constituyente de Querétaro en 1917. Es obvio que la caída de Porfirio Díaz y del usurpador Huerta tuvieron lugar como resultado de una dramática lucha popular, pero, inmediatamente, un sector de la burguesía mexicana, revolucionario sólo por desplazado del poder despótico del otro sector porfirista, quiso minimizar el significado de la Revolución. Ambas tendencias se enfrenta-

<sup>40</sup> *Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales*, edición del "Boletín Judicial", México, 1894.

<sup>41</sup> García Ramírez, (ob. y loc. cit.).

<sup>42</sup> Cfr. Carlos Franco Sodi, *El procedimiento penal mexicano*, México, 1957, p. 53.

ron en todos los campos y también en el Congreso Constituyente. Sin embargo, como lo señala Mario de la Cueva, "la Revolución había sido obra de los campesinos y los principios del Plan de Ayala formaban parte del alma del pueblo mexicano"<sup>43</sup>, por lo que la Constitución de 1917 no fue un mero remozamiento de la Constitución de 1857, sino una auténtica novedad constitucional a nivel mundial, que consagró por vez primera y en toda su extensión en una carta fundamental los que hoy llamamos "Derechos Humanos culturales, económicos y sociales", inaugurando la tendencia que en el derecho comparado se conocería después como "constitucionalismo social". Es penoso que se repita —incluso en Latinoamérica— que el constitucionalismo social nació en Weimar.

Del texto constitucional de 1917 surge una "antropología constitucional" que responde acabadamente a lo que recién se universalizaría en 1948, a través de la Declaración Universal de Derechos del Hombre. Éste es un tema que requiere una profundización que escapa a los estrechos límites de este modesto lineamiento, pero *está fuera de toda duda —pues lo revela el análisis más superficial— que esta concepción constitucional del hombre es absolutamente incompatible con las concepciones antropológicas de las distintas vertientes positivistas sostenidas por los ideólogos del porfirismo y sus antecesores* (del positivismo comteano de Gabino Barreda, del pragmatismo utilitarista ecléctico —con ecos correccionalistas— de Martínez de Castro, del positivismo spenceriano de Justo Sierra y del positivismo veladamente biologista —racista— de los últimos "científicos").

No obstante, aquí tiene lugar otra de las paradojas de la ideología legislativa penal mexicana: el primer código penal de la Revolución Mexicana trata de plasmar la ideología penal acorde con los postulados filosóficos de los "científicos" y, lo más curioso, es que la mayoría de los críticos le objetó que no llegó a realizar plenamente la ideología positivista, por carencias técnicas —excesivo casuismo y extensión y proliferación de definiciones—, pero básicamente no se le objetaba la ideología en sí misma<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Mario de la Cueva, *La Constitución Política*, en "México - cincuenta años de revolución", cit., III, p. 39.

<sup>44</sup> Ver distintas opiniones en Porte Petit, ob. cit., ps. 34 a 36.

El Código Penal de 1929 fue sancionado sin exposición de motivos, la que fue elaborada posteriormente por José Almaraz y publicada en junio de 1931, cuando ya el código había sido reemplazado. En ese extenso trabajo, Almaraz intentó demostrar, justamente, que su texto se compadecía perfectamente con los postulados positivistas<sup>45</sup> y dedicó el resto de su vida a defender esta posición y su obra<sup>46</sup>.

La más rescatable de las innovaciones de Almaraz —que nada tiene que ver con el positivismo— fue la adopción del sistema brasileño del día de multa (que otros llaman “nórdico”) y que, como vimos, en cierta forma había sido ya adoptado por el Código de Corona para Veracruz<sup>47</sup>. Cualquiera sea la valoración que se haga de ese código en cuanto al resto, no interesa mayormente si logró o no plasmar la ideología del positivismo penal ferriano y garofaliano; lo que importa es que, sin duda, quiso hacerlo y puso Almaraz en ello su mayor empeño. La Revolución sancionó, como primer código penal, un texto que quería realizar la ideología penal correspondiente a la filosofía de los “científicos” y que, por otra parte, la declaraba expresa y claramente su autor: de allí la paradoja ideológica.

El 15 de diciembre de 1929 entraba en vigencia el Código Penal de Almaraz. Exactamente un año después, el 15 de diciembre de 1930, se firmó un anteproyecto de Código Penal con una “exposición de motivos” que no es tal, pues sólo consta de una página en la cual se señalan los lineamientos a que se atuvo la comisión revisora, que indica que es un mero anteproyecto que se presenta, para recibir observaciones. Sin embargo, poco más de dos semanas más tarde, el 2 de enero de 1931, se sancionó sobre la base de este texto el nuevo código penal, aún hoy vigente en el Distrito y Territorio Federales. El Código Penal de 1931 carecía también de exposición de

<sup>45</sup> Ver *Leyes Penales Mexicanas*, cit., 3, México, 1979, ps. 9 a 119.

<sup>46</sup> Cfr. Luis Garrido, *José Almaraz*, en “Ensayos Penales”, México, 1952, ps. 28 y ss.

<sup>47</sup> Ver *Leyes Penales Mexicanas*, cit., 3, arts. 82 a 100 en ps. 133 y 134, y exposición de motivos en ps. 74 a 76. Ya antes lo había aceptado en los trabajos de una comisión reformadora veracruzana en 1923, como lo destaca Almaraz (ob. cit., p. 75). Sobre estos trabajos, Zaffaroni, *El Proyecto Almaraz-Echegaray-García Peña* (1923), en “Revista Jurídica Veracruzana”, octubre-diciembre de 1969.

motivos<sup>48</sup>. No obstante, en el Congreso Jurídico Nacional reunido en México en mayo de 1931, Alfonso Teja Zabre presentó una exposición de motivos en nombre de la comisión, cuyos restantes integrantes eran José López Lira, José Ángel Ceniceros, Luis Garrido y Ernesto G. Garza<sup>49</sup>.

La exposición de Teja Zabre es un documento sumamente interesante. Rechaza expresamente el dogmatismo positivista, revalora parcialmente la llamada "escuela clásica", reconoce que ésta no existe sino que es una denominación cómoda, postula un eclecticismo pragmático, repudia el materialismo monista del positivismo y su determinismo mecanicista, recuerda las más actuales desmentidas científicas de tales postulados (menciona expresamente a Einstein), reconoce como principales fuentes el código de 1871, los trabajos de reforma de 1912 y el código de 1929, admite que la ley penal es un instrumento de clase y —en un momento dado— ensaya cierto análisis materialista histórico, admite como posible filiación escolar la de la llamada "terza scuola" (aunque limitadamente), y concluye en que el texto es casi de transición. "Más que construir un edificio de legislación —dice— lo que he intentado es limpiar y preparar el terreno para que la reforma se haga más sabiamente y con más capacidad y discernimiento. Importa poco que nuestra orientación sea llamada neopositivista o más o menos "acentuadamente" positivista. Lo que importa mucho es el resultado práctico y la influencia doctrinal y social"<sup>50</sup>.

Lo curioso de las exposiciones de Almaraz y Teja Zabre —que fueron contemporáneos— es que ninguna de ellas hace referencia al espíritu de la Constitución de 1917 y en ambas parece que nada hubiese pasado en México. Ambos citan autores europeos en número considerable. Almaraz manejaba bibliografía alemana en lengua original (había sido diplomáti-

<sup>48</sup> Pareciera ser que sus autores no tuvieron tiempo de hacerla, pues los acontecimientos los desbordaron y la sanción acelerada da toda la impresión de ser una decisión política al margen de ellos mismos. Es una cuestión sobre la que sería necesario investigar. Lo cierto es que el apresuramiento obligó a introducir una serie de reformas inmediatas a título de "erratas" (cfr. Porte Petit, ob. cit.).

<sup>49</sup> Ver la nota al anteproyecto, su texto, la exposición de Teja Zabre y el texto original en *Leyes Penales Mexicanas*, cit. 3, ps. 239 y ss. Amplia información sobre este texto reúne Porte Petit, ob. cit., p. 40.

<sup>50</sup> Ob. cit., p. 304.

co en Berlín y frecuentó las clases de Franz von Liszt). Teja Zabre demostraba manejo de ideas filosóficas, pero su exposición es bastante desordenada y contradictoria, como si se encontrara estupefacto ante la proliferación de ideas dispares y se inclinase por un eclecticismo que, por último, admite que pueda ser calificado de neopositivista. Distinguía adecuadamente entre el marxismo ideológico y metodológico y resaltaba la necesidad de encuadrar económicamente el fenómeno criminal, pero no extraía de ello ninguna consecuencia práctica. Ignoramos si esta disquisición proviene de una lectura o conocimiento de Bonger. Lo cierto es que Teja Zabre, al igual que Almaraz, pasa por alto la transformación política operada en la sociedad mexicana y la transformación social programada en la Constitución de 1917. El discurso de ambos no sale de lo interno del discurso jurídico —salvo tangencialmente para señalar carencias mexicanas— y cuando lo hace, ampliamente en el caso de Teja Zabre, es para referirse a ideologías generales europeas.

Pese a la inteligente y confusa defensa de Teja Zabre, que aspiraba a asignar al código de 1931 una ideología ecléctica, lo cierto es que se trata de un texto, no ya neopositivista, sino demasiado positivista. Esta filiación ideológica la toma fundamentalmente del código de 1929 y aunque se opera un cambio de nombres, esto no debe llamarnos a engaño.

El código conserva el largo listado de sanciones que proviene del texto de 1871, sin especificar cuáles son penas y cuáles “medidas de seguridad” (art. 24). Esto implica que admite la distinción a nivel teórico, pero las trata unitariamente, como si fuesen todas “sanciones” (teoría unitaria de las consecuencias jurídicas del delito). Es un código sumamente riguroso, que admite la pena de prisión de hasta cuarenta años (art. 25). Se inclina por el sistema de reincidencia “ficta” y “genérica”, pero le asigna mayor efecto agravante a la reincidencia “específica”, aunque el efecto agravante de la reincidencia, en ambos casos, es descomunal (de uno a dos tercios en la genérica y en la específica, de dos tercios hasta el doble de la pena). La comisión de otro delito dentro de los diez años convierte al hombre en “habitual”. En la fórmula legal de la inimputabilidad no se eximía de responsabilidad a los enfermos mentales ni a los sordomudos. Los menores permanecen sometidos a medidas penales. Se autoriza la “retención” hasta

por la mitad más del tiempo de la pena, en razón de una valoración hecha por el ejecutivo sobre la base de una ficción de autorización judicial previa, cuya comisión no obsta a la misma. El art. 52, que señala el criterio para la individualización punitiva y que está tomado casi a la letra del art. 41 argentino de 1921, no logra desbaratar los incuestionables caracteres positivistas de este código. Pese a que Teja Zabre insiste en que se abandona el tipo de autor, la clasificación de los "responsables" en primarios, reincidentes genéricos, reincidentes específicos, habituales, cuerdos y enfermos mentales, mayores y menores, demuestra lo contrario, sin lugar a dudas.

7. *La reforma penal de 1929-1931 y el pensamiento mexicano de su tiempo.*— Cabe preguntarse si esta filiación positivista de los códigos de 1929 y 1931 responde a una tónica general positivista del pensamiento mexicano de los años veinte. La respuesta debe ser rotundamente negativa. El pensamiento penal de los años veinte permanece vinculado a un pensamiento ya pasado en México y cuidadosamente aislado de las corrientes mexicanas de su tiempo. Ni siquiera Teja Zabre, quien demuestra el mayor vuelo filosófico, parece superar en mucho el eclecticismo decadente de los últimos años de Justo Sierra y en ningún momento hace referencia a ningún pensador mexicano de su tiempo.

Pese a que ya en años anteriores se había manifestado la repulsa al positivismo, en 1910, con las conferencias en el Ateneo de la Juventud, quedaba claro que el camino del pensamiento mexicano era otro muy diferente. En ese mismo año de 1910, Antonio Caso impartía su primer curso libre de la Universidad y Vasconcelos, desde el Ateneo, hacía la crítica al pensamiento de Gabino Barreda. Se despertaba del sueño de la "seguridad" de la materia. Con Bergson se afirmaba que la materia estaba en constante caída y la vida en constante ascenso. Al intelectualismo se le oponía un anti-intelectualismo, al que Caso buscaba poner un límite y reconocía el origen de la moral en el libre albedrío. El ilustre dominicano Pedro Henríquez Ureña sumaba su voz a la de los mexicanos de la "Generación del Ateneo" o "del Centenario"<sup>51</sup>.

<sup>51</sup> Ver la descripción del ocaso del positivismo y del surgimiento de esta generación que hace Leopoldo Zea, ob. cit., ps. 441 y ss.; el docu-

Es importante apuntar que Caso representa una versión vernácula del existencialismo, especialmente en su opúsculo de 1916, *La existencia como economía y como caridad*, que se ha señalado como una notoria anticipación a Marcel<sup>52</sup>. El interés por Grecia venía de años antes y Vasconcelos había avanzado más lejos, hasta escudriñar el pensamiento indio<sup>53</sup>.

Por otra parte, nada hubo nunca más opuesto a la intención de nuestros pueblos que el positivismo. En casi todos nuestros países se combatió por la independencia con el liberalismo contractualista y luego, ya asentada la oligarquía trepadora, se sostuvo con el orden reclamado por el positivismo. Sin embargo, por aislado que estuviese un pensador latinoamericano, si conserva un mínimo de sensibilidad, al percibir las conmociones sociales no puede menos que sufrir la influencia de lo que —en realidad— somos: un conjunto de cosmovisiones marginadas (indígenas; andaluces, gallegos y otros españoles; portugueses, todos de los segmentos más humildes de sus pueblos; judíos conversos; africanos; marginados europeos del siglo XIX y del actual; otros inmigrantes; asiáticos, etc.) que se han ido acumulando a lo largo de casi medio milenio y aún más —contando con que hubo conquistas y marginación prehispánica— y que están generando en nuestro continente un fermento de todas las grandes religiones y cosmovisiones del mundo en nuestros sectores y clases populares, que rigen conforme a ellas sus existencias cotidianas, sin que hagan mella en tales convicciones las teorizaciones racionalizantes del saber oficial. Ésta es nuestra realidad latinoamericana y nuestra identidad como latinoamericanos: *somos portadores de un fermento sincrético de todas las cosmovisiones del saber milenario en un territorio inmenso, en el cual casi todos nos comprendemos lingüísticamente*. Pero ese fermento sincrético no lo percibimos en el saber oficial sino en la sabiduría milenaria

---

mento incuestionable de este cambio son las *Conferencias del Ateneo de la Juventud*, México, 1910.

<sup>52</sup> Cfr. José Gaos, ob. cit., p. 53.

<sup>53</sup> José Vasconcelos, *Estudios indostánicos*, Madrid, 1922. En general, puede decirse de los filósofos de esta generación que procuraban recuperar una tradición cristiana, aunque rechazando cuidadosamente la influencia institucional católica (cfr. Fernando Salmerón, *Los filósofos mexicanos del siglo XX*, en: "Estudios de Historia de la Filosofía en México", México, 1980, ps. 249 y ss.).

de nuestros marginados. No somos tan jóvenes como se nos quiere hacer creer. Quizá seamos de los más viejos, pero lo nuevo y original es el fenómeno de nuestros pueblos, su combinación increíblemente rica de "saberes" y cosmovisiones<sup>54</sup>.

Aquella generación mexicana del centenario se había lanzado a buscar esa identidad mexicana y latinoamericana. Percibió claramente que no podía haber nada más opuesto a ella que el positivismo. Quizá en quien más claramente se percibe este impulso sea en Vasconcelos. Se equivoca en su *Raza Cósmica* y en su *Indología*, porque plantea la cuestión como racial, oponiendo al mito de la raza pura superior el de la superioridad del mestizaje, pero tiene unas intuiciones geniales y sumamente válidas cuando reivindica los trópicos, vuelve su mirada a Oriente, piensa Latinoamérica como una unidad. Era lógico que la intelectualidad argentina —perfeccionista, enciclopédica y europeizante— lo criticase<sup>55</sup>.

Es verdad que Vasconcelos generalizaba demasiado aceleradamente, que frecuentemente sostenía teorías peregrinas, que no daba un acertado marco económico a sus observaciones, que lo "cósmico" no será la "raza" —que se ha vuelto un concepto difuso e inútil— sino nuestra propia América, el maravilloso sincretismo cultural de nuestras ramas marginadas, que Vasconcelos —con su inocultable odio a Emiliano Zapata, por ejemplo, y su pareja vocación burguesa— no llegaba a captar en los latidos del pueblo. También es verdad que por estas razones le faltó fuerza, que se perdió, y que después de 1930 comenzó a sostener tesis inauditas: antes de llevar su antipositivismo hasta calar en lo popular, prefirió desviarlo y refugiarse en él al amparo de lo reaccionario<sup>56</sup>. Pero no corresponde aquí valorar su pensamiento posterior a 1930 —que ningún

<sup>54</sup> Piénsese en fenómenos tan complejos como el analizado por J. Lafaye, *Quetzacoátl y Guadalupe, la formación de la conciencia nacional en México*, México, 1983.

<sup>55</sup> Ver por ej., la crítica ácida e injusta en buena medida de uno de los más inteligentes filósofos argentinos, Alejandro Korn, *Obras*, La Plata, 1939, II, p. 297.

<sup>56</sup> Por más que los elementos reaccionarios ya estuviesen en su pensamiento anterior, nos parece indudable que hay en él dos épocas: No creemos que la presencia de estos elementos sirva para negarlo como lo prefiere José Joaquín Blanco (*Se llamaba Vasconcelos. Una evocación crítica*, México, 1980).

servicio prestó a nuestra “América Cósmica”—sino demostrar con su caso que ya antes de 1930 el pensamiento mexicano había abierto rumbos muy diferentes del positivismo y que ya jamás volverían a él los filósofos mexicanos.

Esta mayor percepción popular y cultural de los filósofos mexicanos es lo que ingenuamente, desde su ambiente pragmático, les criticó un pensador norteamericano, imputándoles un sobrenaturalismo peligroso al pretender caracterizar al mexicano mediante conceptos fundamentalmente metafísicos y religiosos que delatarían una predilección por el más allá y una correlativa indiferencia por el más acá<sup>57</sup>.

Pese a que todo esto ya era manifiesto en la década del veinte, nada se percibe en los trabajos expositivos de los códigos de 1929 y de 1931 y menos aún en sus articulados. Contra todo el clima filosófico del México revolucionario, se afilian al positivismo, en forma más o menos espuria, según imputaciones de sus críticos, en una suerte de pugna acerca de cómo debía respetarse la pureza del positivismo penal.

Si bien el pensamiento filosófico mexicano no era original —como ya hemos visto— en cuanto a creador de “filosofías” originarias, y no tenía un desarrollo que ofreciese un verdadero sistema en que se pudiese asentar el pensamiento penal, ello no es razón suficiente para que éste último eligiese justamente el camino ideológico más alejado de las corrientes filosóficas predominantes en la época y, lo que es más extraño, precisamente la versión penal que había sostenido al porfirismo. Obviamente, sería muy simplista una explicación fundada en las limitaciones de la filosofía mexicana de los veinte, que tampoco eran tan enormes.

En este sentido, es necesario señalar la particularidad del fenómeno respecto de casi todo el resto de Latinoamérica: en México —consideramos— el pensamiento tenía más originalidad, en los años veinte, en el sentido de que se esforzaba más conscientemente por rechazar el positivismo filosófico y aproximarse a las intuiciones del saber milenario popular. Ha sido necesario que pasaran muchos años y muchas catástrofes para que, desde el propio centro, nos hablaran de la falsedad

<sup>57</sup> La crítica es de Patrick Romanell y creemos que le responde acertadamente José Gaos, ob. cit., p. 93.

rotunda de la superioridad del pensamiento de la sociedad industrial y para que pensadores como Sartre denunciaran sus atrocidades —recordemos el prólogo a Franz Fanon— y para que Roger Garaudy revalorara ese “saber milenarismo”<sup>58</sup> en cuya búsqueda estaba Vasconcelos medio siglo antes (y pese a su “perdida” posterior). La intelectualidad del resto de Latinoamérica aún se espantaba de las “demagogias populistas”, y ese espanto fue el que, por influencia de las mismas, no pudo superar Vasconcelos: no podía superar el franco rechazo burgués latinoamericano por todo lo popular; pero México no le permitía volver al positivismo, y su mecanismo de huída fue el refugio en la utopía del pasado, en la idealización reaccionaria colonial. Pero el gran torbellino del pensamiento mexicano había roto los moldes manipuladores de las dos ideologías que quisieron contenerlo: la conservadora, manipulando su vocación antropológica trascendente, y la positivista, manipulando el rechazo de la anterior manipulación con la negación de la vocación trascendente. Ninguna de ambas logró contener este torrente que hunde sus raíces en el gran “saber” popular y, si bien desordenadamente, precipitadamente, asistemáticamente, este torrente había sido interpretado en buena medida por la generación del centenario y no podía el pensamiento penal de los años veinte ignorar un fenómeno tan evidente, sin una explicación válida de otra naturaleza.

8. *La función de la legislación penal de 1931.*— No podemos olvidar la magnitud del drama humano que fue la Revolución Mexicana<sup>59</sup>. Este drama tuvo necesariamente su dimensión económica. Un prestigioso economista, al analizar el crecimiento económico mexicano hace veinticinco años, lo dividía aproximadamente en seis etapas: 1) período anterior a la Revolución (1895-1910); 2) asentamiento del nuevo régimen (1910-1921); 3) reconstrucción (1921-1929); 4) depre-

<sup>58</sup> Roger Garaudy, *Apelo aos vivos*, Rio de Janeiro, 1981.

<sup>59</sup> Los datos que hemos consultado no coinciden totalmente, pero pareciera señalarse que provocó casi dos millones de muertes y casi otro tanto de emigrados, principalmente a los Estados Unidos. La emigración debía ser enorme, a juzgar por la importancia que se le asignaba al tema en la campaña electoral de 1929 (cfr. Hugo Pineda, *José Vasconcelos*, México, 1975).

sión económica mundial (1929-1934); 5) aceleración del crecimiento (1934-1945) y 6) consolidación del crecimiento<sup>60</sup>. Sería menester agregar hoy la séptima etapa, correspondiente a la crisis actual. En el *período prerrevolucionario* (1895-1910) el crecimiento era del 2,9% anual y de 1,6% por habitante, con disminución de producción agropecuaria y aumento de la minera. En el *período de asentamiento de la Revolución* (1910-1921) se resintió notoriamente la economía, el crecimiento fue sólo del 0,7% anual, pero la catástrofe fue tan terrible que el producto por habitante, debido al descenso en términos absolutos de la población, aumentó en un 1% anual. En el *período de reconstrucción* (1921-1929), el producto nacional aumentó muy relativamente (1,7% anual), aunque el aumento por habitante fue muy leve. En el *período de crisis mundial* (1929-1934) el descenso del producto nacional fue tremendo, al punto que en 1932 era inferior al de 1910. En 1933 comienza la recuperación y en 1934 era aún un 4% inferior al de 1929. Hay un *período de rápido crecimiento* (1934-1945), al que sigue un *período de consolidación* (a partir de 1945) que en los quince años siguientes arroja un crecimiento del 5% anual que, teniendo en cuenta la tasa de crecimiento poblacional, importa un aumento del 2% anual por habitante<sup>61</sup>.

Este crecimiento se traduce en una cierta tendencia a aumentar la movilidad social, pero nos demuestra que la Revolución Mexicana ha debido enfrentar problemas sumamente serios y que las huellas del programa constitucional de Querétaro no se siguen por arte de magia, sino en función de un esfuerzo considerable de todo el pueblo mexicano. Cabe consignar que la tasa de crecimiento vegetativo de la población es de las más altas del continente (en el período 1970-1977 superaba el 3% junto a Honduras, Nicaragua, El Salvador y Venezuela)<sup>62</sup> y que —aproximadamente— a partir de 1950 se intensifica la concentración urbana. Si bien se calcula que entre 1900 y 1960 ha disminuído el porcentaje de población correspondiente a la clase popular en general, de un 91,1% en

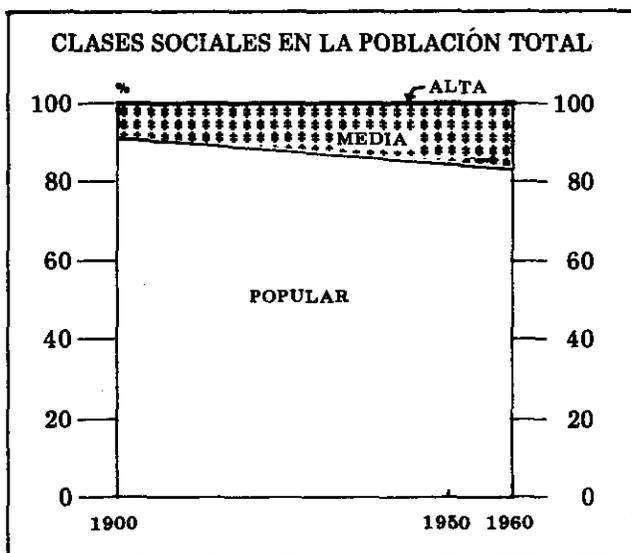
<sup>60</sup> Enrique Pérez López, *El producto nacional*, en "México - cincuenta años de revolución", 1, p. 569.

<sup>61</sup> Ob. cit., 576.

<sup>62</sup> Kidron-Segal, *Atlas del estado del mundo*, Barcelona, 1982, 3.

1900 a un 82,4% en 1960, cabe consignar que en las ciudades ha ascendido, siendo la clase popular urbana un 16,3% en 1900 y un 32,3% en 1960, de la población total urbana (se nota un crecimiento acelerado entre 1950 y 1960, un 3,3%)<sup>63</sup>.

Estos datos, respecto de la movilidad social, nos muestran una concentración urbana considerable con aumento de clase popular urbana y disminución de la rural, que —en general— tiende a aumentar lentamente el porcentaje de la clase media y a reducir el de la popular, en una progresión que, simplificada, se ha graficado del siguiente modo<sup>64</sup>:



Todos conocemos las dificultades del crecimiento en la última década en Latinoamérica y el fenómeno de enorme concentración urbana mexicana. No hemos actualizado los datos ni nos ocupamos de ellos, porque la aproximación histórica nos llevaría a juicios opinables sobre política actual o cercana en el tiempo, que no nos corresponde formular.

<sup>63</sup> Cfr. Arturo González Coscó, *Clases y estratos sociales*, en "México - cincuenta años de revolución", México, 1961, II, ps. 29 y ss.

<sup>64</sup> Ídem, p. 61.

Al tiempo de sancionarse los códigos de 1929 y 1931, se produce en el Distrito Federal un aumento de criminalización para casi todos los delitos —salvo lesiones— que llega a su máxima escala en el robo: entre el decenio 1927-1936 y el de 1937-1946 se incrementa del 18,94% al 31,10%<sup>65</sup>. Entre 1940 y 1977 se observa un aumento del número de criminalizados de todos los delitos, siendo de observar en casi todos un pico o aceleración al promediar la década del cincuenta, que coincide con la aceleración del porcentaje de la clase popular urbana. Los picos más notorios tienen lugar en la criminalización del abuso de confianza y de los delitos sexuales<sup>66</sup>. Pasado ese momento, el ritmo es más o menos sostenido y creemos que razonable, en relación con la concentración urbana aceleradísima, principalmente en el Distrito Federal.

A la luz de estos datos nos encontramos con que estos códigos se elaboraron en años en que el aumento del ingreso por habitante era muy bajo y que incluso sufría una terrible caída que, como siempre en esos casos, llega a tener consecuencias desesperantes en los sectores urbanos marginales, que crecían aceleradamente por efecto del fenómeno de urbanización. Este código de 1931 debe presidir un sistema penal de riguroso control de sectores populares en permanente aumento en las zonas urbanas, en el curso de un proceso que, sobre todo en el momento de su nacimiento, era particularmente crítico. Un incremento del delito urbano, con algunos picos de modalidad rural en las ciudades (recuérdese el de criminalización de delitos sexuales en los cincuenta), está señalando la necesidad de una criminalización urbana. *Lo cierto es que la ideología penal positivista llega a la ley mexicana en el momento económico más difícil del siglo, en que la recuperación económica incipiente después de la década trágica, se vio abruptamente interrumpida por la gran crisis mundial de 1929.*

Este es, a nuestro juicio, el hilo conductor de la explicación de la particular represividad del código penal de 1931 y de que sus autores recurriesen a la ideología penal represiva

<sup>65</sup> Cfr. Alfonso Quiróz Cuarón, *La criminalidad en la República Mexicana*, México, 1958, p. 34.

<sup>66</sup> Cfr. Instituto Nacional de Ciencias Penales, *Distribución, tendencia y ritmo de la criminalidad en la República Mexicana, período 1940-1977*, México, 1982, especialmente gráficas de ps. 168 a 183.

que tenían más a la mano, pasando por alto que era la del grupo depuesto por la Revolución y haciendo caso omiso de la filosofía posrevolucionaria. Se reclamaba un texto represivo, más o menos claro y con un mínimo grado de coherencia, que eliminara las penas hasta cierto punto benignas del código de 1871, y era necesario instrumentarlo rápidamente. Almaráz se demoró de 1925 a 1929 y cuando ya era urgente se sancionó un texto que respondía a las necesidades, pero que por su extensión y preciosismo teórico no era manejable en su tiempo, sin contar con que introducía un sistema de multa que podía volverse contra el propio sector hegemónico. Esto explica la vertiginosa labor de reemplazo, ya en plena crisis económica, y la no menos alucinante velocidad de sanción del texto de 1931. Se trata de años difíciles, en que se concentra el poder en el ejecutivo, del que ya dependía directamente el ministerio público por la Constitución de 1917. En 1928, sobre el comienzo del período más crítico, se le trasfiere la facultad de designar los jueces y, en 1934, al final de este período, pierden la inamovilidad los jueces, cuyo mandato se limita a seis años, lo que —en general— se mantuvo en 1951, con la salvedad del acuerdo de la Cámara de Diputados<sup>67</sup>. La originaria inamovilidad constitucional, vigente desde 1923, y el nombramiento por el Congreso, no respondían a la tendencia a la centralización del control que obedecía a la crisis prolongada originada por la guerra y continuada por la crisis mundial. Por esos mismos años se prolonga el período presidencial a un sexenio y se centraliza administrativamente el Distrito Federal.

En definitiva, la labor de los codificadores de 1931 fue la de quienes se vieron obligados a ignorar la filosofía mexicana del momento y a disimular un tanto la que adoptaban para responder a un fenómeno crítico pasajero. Leyendo entre líneas la exposición de Teja Zabre, parece reflejarse esta realidad. No creo que le haya faltado sinceridad —y no hay motivo para creerlo— cuando consideraba que el código era transitorio, cuando reconocía que el derecho penal era clasista y destacaba que aún no se había hallado la forma de viabilizar normativamente esa realidad, concluyendo en que la prevención

<sup>67</sup> Cfr. Raúl Carancá y Trujillo, *La administración de justicia*, en "México - cincuenta años de revolución", México, 1961, III, ps. 117 y ss.

nunca vendría por la vía de la represión, sino de la transformación social.

Sin embargo, en nuestra América Cósmica, nada hay más permanente que lo provisorio. Cuando se concentra poder es muy difícil desconcentrarlo. La concentración de poder es fácil, pero la descentralización no se produce por cesión gratuita, sino por lucha. El poder que se concentra en situaciones excepcionales no se desconcentra en forma automática, en las —más o menos— normales<sup>68</sup>. En 1930, Teja Zabre no hubiese soñado que el código de 1931 llegaría a emparejar en tiempo de vigencia al de Martínez de Castro. Los constituyentes de Querétaro tampoco se hubiesen imaginado que, once años después, el legislativo perdería la función de nombrar a los jueces y ya no la recuperaría plenamente, como tampoco que la inamovilidad se perdería unos años después, pese a ser un reclamo de Sierra a Díaz que reactualizaría luego el Partido Liberal.

A nuestro juicio, en los datos y en la forma que antecede está la clave de la lectura de la entronización de la ideología positivista en la legislación mexicana y de su total incompatibilidad con la ideología de la Constitución de 1917 y con el pensamiento filosófico mexicano —mucho más acorde con ella— como también su carácter relativamente espurio, producto de la inocultable “mala conciencia” de quienes se vieron precisados a echar mano de esa ideología en una situación particularmente crítica, casi en una situación de estado de necesidad justificante. Hombres de la talla de Almaraz, Garrido, Ceniceiros y Teja Zabre no eran ignorantes ni desinformados ni se enamoraban de la primera teoría que caía ante su vista. El propio presidente Postes Gil era hombre de considerable formación y con clara perspectiva de la ideología revolucionaria. La legislación penal del 30 no es producto de ingenuidad sino de necesidad, pero ello no obsta, por cierto, al reconocimiento de su ideología positivista y a su incompatibilidad con la concepción antropológica constitucional y revolucionaria de 1917 y con la filosofía mexicana de este siglo.

Análogo al proceso de represivización de la ley penal fue el de la legislación procesal penal. La legislación Almaraz se

<sup>68</sup> Cfr. Gene Sharp, *Poder, luta e defesa. Teoria e prática de ação não-violenta*, São Paulo, 1983.

completó con el “Código de organización, competencia y procedimientos en materia penal” de 1929, cuya autoría correspondía al propio Almaraz, a Luis Chico Goerme y a J. Guadalupe Maynero. Ya en ese texto se restringía la intervención de los jurados, conforme al texto constitucional, y, en 1931, se sancionó al código procesal vigente, que fue obra de José Ángel Ceniceros, Alfonso Teja Zabre, Carlos L. Ángeles, José López Lira, Luis Garrido y Ernesto G. Garza. La intervención del jurado, desde 1929, quedó reducida a los delitos cometidos por funcionarios y a los cometidos por medio de la prensa contra el orden público o contra la seguridad exterior o interior de la nación, pero el código de 1931 siguió la línea del texto de 1894, sólo que materializando en México lo que en España se había hecho en 1875. El código de 1894 —como el de 1880— seguía de cerca, tal como lo hemos dicho, la ley española de 1872, que establecía el juicio por jurados conforme al modelo francés de 1850. En 1875, por decreto, se suspendió todo lo relativo a juicio oral y por jurados y quedó únicamente el procedimiento escrito<sup>69</sup>, es decir, lo peor. Exactamente lo mismo fue lo que sucedió en 1929-1931 en México, es decir, se eliminó la etapa del verdadero “juicio” dejando el formalismo del plenario escrito, que rige hasta el presente.

Paralelamente, una seria confusión conceptual se fue generando y repitiendo —creemos que hasta el presente— en torno del ministerio público. Es ampliamente conocida la crítica de Venustiano Carranza a la institución de los jueces instructores y al uso arbitrario de sus facultades. Esta crítica llevó a revalorar la función del ministerio público al punto de que la convención de Querétaro le asigna una función descollante, que se reglamenta en la primera ley orgánica, promulgada por el mismo Carranza en 1919. Sin embargo, no parece que hubiera sido la intención de Carranza que las arbitrariedades de los jueces de instrucción pasasen al ministerio público, y, menos aún, al poder ejecutivo, hasta el punto de que la “figura decorativa” —como se lo había llamado en el anterior proceso— pasase a ser el propio juez, generándose por décadas muy serias dudas acerca de la existencia de algún remedio para el ca-

<sup>69</sup> Cfr. Alfredo Vélez Mariconde, *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Córdoba, 1956, I, p. 136.

so en que el ministerio público no ejerza la acción penal, pues la jurisprudencia negó al amparo idoneidad para ello<sup>70</sup>.

9. *La orientación ideológica de los textos posteriores a la reforma de 1929-1931.*— Desde la sanción del código de 1931 hasta la actualidad ha tenido lugar una profusa labor legislativa penal en México, ya sea de proyectos como de códigos a nivel estatal. No nos resulta posible, por razones de espacio, dedicar aquí atención a todos ellos<sup>71</sup>, aunque creemos que sería necesario un análisis de este tipo sobre sus líneas comunes y sus diferencias. De cualquier manera, lo importante es la tendencia general y las posibles proyecciones actuales. Ante la necesidad —impuesta por tales limitaciones de espacio— de seleccionar uno o dos textos representativos en este sentido, nos decidimos por las del proyecto de 1979 para Veracruz y del código de 1980 para el mismo Estado. Esta elección responde a que —en el primero— participaron distinguidos penalistas ajenos al Estado o de peso nacional y a que Veracruz parece haber sido siempre pionera en materia de codificación penal.

Del análisis de ambos textos resulta que la legislación penal mexicana no parece tender a recuperarse del positivismo peligrosista que viene padeciendo desde la reforma de 1929-1931, pese al mejoramiento de técnica legislativa que se observa en los textos. Sin duda que, en buena medida, ha contribuido a ese mejoramiento de nivel técnico-legislativo y de lenguaje jurídico, la importante y tesonera obra legislativa y doctrinaria de Celestino Porte Petit y, en los últimos años, de Sergio García Ramírez. No obstante, ideológicamente se permanece en el pecado original de la reforma peligrosista de 1929-1931 y su mejor técnica, al atenuar este aspecto, corre

<sup>70</sup> Cfr. Carlos Franco Sodi, ob. cit., p. 46.

<sup>71</sup> Los más significativos son, por cierto, los que se incluyen en los tomos 3 y 4 de las *Leyes Penales Mexicanas*, cit.: Código de Defensa Social del Estado de Veracruz-Llave de 1944; Código Penal para el Estado de Veracruz de 1948; anteproyectos de Código Penal para el Distrito y Territorios Federales en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal de 1949 y 1958; Proyectos para Veracruz y Baja California de 1954; Código Penal del Estado de México de 1961; Código Penal del Estado de Michoacán de 1962; Código Penal Tipo para la República Mexicana de 1963; Código Penal para el Estado de Guanajuato de 1978 (este último en ob. cit., tomo 5).

el peligro de derivar en una tecnocracia legislativa con las mismas consecuencias que el llamado "Código Penal Tipo Latinoamericano".

La afirmación que antecede y que se funda en los referidos textos veracruzanos, se basa en las siguientes observaciones a aspectos que son claramente definitorios:

a) En ambos textos parece admitirse el error directo de prohibición invencible sólo como atenuante. Como alternativa se admite una medida de seguridad que procura la incorporación social. Obviamente, parece estar dirigida a personas de cultura indígena. Así entendidas sus disposiciones (art. 17 del proyecto y 18 del código), se estaría *violando el principio de que no hay pena sin culpabilidad* y se estaría consagrando un *etnocentrismo penal* sin límite. La medida sólo se justificaría en un caso gravísimo y para impedir su repetición, pero no para privar al hombre de su cultura diferenciada, que sería violatorio del respeto a las culturas indígenas y continuación de una ideología colonizadora. (Hay un recurso técnico para hacer una interpretación diferente: como la ley se refiere a "ley penal" puede sostenerse que se está aludiendo en ella al llamado "error de punibilidad" y no al error directo de prohibición que habría que resolver sin mención legal expresa. Es claro que ésta no ha sido la intención del legislador, sino que es una salida para el intérprete que no quiera caer en interpretaciones violatorias de normas de mayor jerarquía.)

b) El proyecto penaba los actos preparatorios, es decir, acciones que no ponían el bien jurídico en peligro o, en otras palabras, la mera posibilidad de reconocimiento inequívoco de voluntad. Su punición desaparece en el Código, lo que es plausible.

c) Ambos textos (art. 21) caen en un preciosismo técnico muy poco claro al procurar prever la tentativa omisiva, lo que hacen con una expresión equívoca: "comienzo de inejecución".

d) El proyecto (art. 23) insiste en su tendencia subjetivante al prever la tipicidad de la tentativa inidónea. El Código la suprime, lo que es altamente positivo.

e) La reincidencia se prevé en ambos textos como "ficta" y se requiere que "indique tendencia antisocial". Aparte de que el concepto mismo de reincidencia resulta incompatible con el principio *non bis in idem* y con el respeto al principio de culpabilidad de acto, la referencia a la "tendencia antiso-

cial", si bien se emplea para restringir la reincidencia ficta pura y simple, es totalmente nebulosa.

f) El máximo de la prisión llega a treinta años, lo que es excesivo, a la luz del daño psíquico irreversible que sufre toda persona sometida a institucionalización por tal período. Se viola el derecho a la integridad psíquica y el principio de humanidad de las penas. Se triplica el máximo del código de Corona.

g) El proyecto prevé la multa con el sistema del día de multa, pero el código vuelve al sistema de suma total. Ideológicamente importa el rechazo de un sistema de multa que puede afectar a la clase media.

h) Ambos textos mencionan expresa y destacadamente la peligrosidad en la cuantificación, sin establecer límite en cuanto a su importancia cuantificadora de pena.

i) Se mantiene la enorme extensión de la punibilidad con la posibilidad de tipicidad culposa de cualquier delito. El proyecto ensaya una tímida restricción en materia de daños, que el código suprime. La fórmula para su punición es completamente arbitraria, de modo que viola los principios de legalidad y de racionalidad de la pena.

j) La acumulación de penas en el concurso real puede llegar hasta treinta años, lo que parece procurar una relevancia intimidante en delitos contra la propiedad de pequeña entidad. Cuatro robos sin violencia alguna pueden ser penados con treinta años de prisión. La pena pierde legalidad ante tan arbitrario margen de apreciación judicial (de seis meses a treinta años).

k) Se mantiene la diferencia entre concurso real e ideal, y, en virtud de ello, porque en el primero hay pluralidad de delitos y de penas, se consagra la acumulación. No se explica por qué no se respeta el criterio en el concurso ideal: si sólo hay un delito y una pena, no hay razón para aumentar la escala.

l) Algo análogo puede decirse respecto del delito continuado.

ll) La reincidencia tiene consecuencias sumamente rigurosas en el proyecto: se agrava la pena con la mitad más del máximo o con una "medida" en forma vicariante de esa mitad o en forma de doble vía, además de ella. Esta tendencia, que responde al criterio ideológico de clasificar personas en "disciplinadas" e "indisciplinadas", se lleva en el texto del código

hasta un límite de increíble inconstitucionalidad: cualquier reincidente, por cualquier delito, puede ser penado con prisión hasta treinta años, según su "peligrosidad". No hay otro código en el mundo en que la tendencia se lleve a ese límite.

m) El código dispone que se revoque la libertad condicional cuando el sujeto "llegase a causar peligrosidad". Aparte de ser una nueva referencia a la peligrosidad, la expresión es ilógica o incomprensible: si la peligrosidad es la probabilidad de algo futuro, no se entiende cómo puede causarse.

n) Para conceder la suspensión condicional de la ejecución, una vez más los textos se remiten a la peligrosidad y lo más grave es que en este caso se refieren a "peligrosidad social".

ñ) El texto proyectado autorizaba una "retención" de hasta los dos tercios de la pena, violando su legalidad en idéntica forma el código del Distrito. Esta disposición desaparece en el código.

En síntesis, estas pocas observaciones, sumadas a que ninguno de ambos textos incorpora en forma amplia sustitutivos de pena privativa de libertad ni articulan mecanismos de intermediación o de desjudicialización, señalan una marcada tendencia a un derecho penal subjetivista, de voluntad y de autor, claramente peligrosista con referencias a peligrosidad (incluso no penal), lo que no hace más que reafirmar el anclaje ideológico positivista que señalamos antes. Incluso la incorporación limitada de sustitutivos para penas cortas y la paralela posibilidad de que las penas se extiendan hasta treinta años (aún por reiteración de delitos de escasa o mediana gravedad) y la enorme agravación por reincidencia, indican la afiliación a la tendencia clasificadora platónica que proviene del proyecto de Tornel.

10. *¿Por qué se mantiene la ideología del positivismo penal en México?* — El positivismo en la reforma de 1929-1931 fue casi una necesidad, pero ¿cómo se explica que se sostenga después de casi sesenta años de iniciada dicha reforma? La respuesta a esta pregunta es la clave de muchas otras respuestas. No puede pasarse por alto la pregunta anterior, u obviársela con explicaciones simplistas. La filosofía mexicana no volvió al positivismo. Los penalistas mexicanos han estado siempre informados de lo que sucede en otros países. Muchos de ellos se han formado en el extranjero. Nadie puede caer en la simpli-

cidad o en la injuria de atribuirles ignorancia ni falta de información. El nivel técnico es bueno. En cuanto a su ideología, no cabe duda de que son hombres democráticos. ¿Cuál es el misterio? Por supuesto que se trataría de un "misterio" si el planteo lo formulásemos a ese nivel, es decir, al del círculo intelectual penalista de México. Carecería de respuesta racional.

La única fuente de respuesta posible y racional puede hallarse en el marco de un planteo más amplio, es decir, vinculando esta subsistencia a la estructura de poder. No obstante, a este nivel también pueden ensayarse respuestas simplistas. Una de éstas sería la imputación de mala fe que pretende reducir el significado de la Revolución a un simple discurso. Según ésta, la Revolución declamaría una antropología y se orientaría con otra de signo contrario. Lo curioso es que esta respuesta sería proporcionada al unísono por la derecha reaccionaria y por la izquierda más o menos radicalizada, lo cual la hace sospechosa. La sospecha se acrecienta si pensamos que, en el supuesto de mala fe, no hubiese sido necesario proclamar a gritos el peligrosismo, pues con echar mano de un instrumento represivo, que recoge lo peor de todos los idealismos, como es el Código Penal Tipo Latinoamericano, se hubiese podido salir del paso, contando con que ese expediente vendría cubierto por una respetable fachada "científica". Además, si la mala fe fuese la tónica general, no es posible creer —en contra de toda experiencia histórica— que un régimen se sostenga más de setenta años apoyado en la mala fe.

La cuestión parece un tanto más compleja. En principio, creemos que parte del camino transitado por la Revolución. La Revolución Mexicana ha elegido un camino que, por debajo de sus particularidades bien diferenciadas, tiene grandes coincidencias con otros movimientos populares nacionales latinoamericanos: no ha combatido el capitalismo ni ha tratado de derrumbarlo; trató, en vez, de controlar y canalizar sus efectos hacia el desarrollo nacional, sobre la base política de un movimiento policlasista<sup>72</sup>. Es en esa perspectiva que, en la década del cincuenta, se aceleró la concentración urbana y se estabilizó un alto índice de producto nacional. Era el

<sup>72</sup> Cfr. León Enrique Bieber, *En torno al origen histórico e ideológico del ideario nacionalista populista latinoamericano*, Colloquium Verlag, Berlin, 1982.

“despegue” industrial, después de largos años de crisis. A la crisis causada al aparato productivo por la década trágica, siguió la crisis mundial y, cuando se estabilizaba el ingreso, se produjo la concentración urbana industrial. En tanto, focos de resistencia ultraderechista y de sectarios de la misma orientación —que entre otras cosas dieron muerte a Obregón<sup>73</sup>— provocaron un clima poco propicio para manifestaciones espiritualistas a nivel oficial, lo que también pudo ser aprovechado por algunos ideólogos trasnochados para un cierto renacer positivista-pragmático. Además, el poder se había concentrado y ya señalamos la dificultad que generalmente hay para revertir este proceso. En México se produce la concentración, presidida por un texto represivo de ideología positivista (1929-1931) en un momento de grave crisis prolongada por décadas. En el momento en que se emerge de esa crisis, pudo contribuir a sostener esa ideología la circunstancia de que eran años de guerra mundial (es el momento en que se sanciona la ley que introduce el delito de “disolución social”) y, luego, adviene la recuperación y el crecimiento económico, con la concentración urbana acelerada y la necesidad de controlar los sectores urbanos marginados —cuyo porcentaje crecía, como vimos— lo que en cualquier momento de la historia, por regla general, suele traducirse en una represivización del sistema penal, por la urgencia de disciplinar para el trabajo industrial a los nuevos habitantes de la ciudad y de contener a quienes en ella no hallan ubicación.

Creemos que esa es la explicación al fenómeno del sostenimiento de la ideología positivista, que no pasa por ninguno de los simplismos que anteriormente hemos rechazado, sino por una perspectiva más compleja y vinculada a la general orientación del poder: elección de un movimiento popular policlasista por la “domesticación” y aprovechamiento vernáculo de la situación de capitalismo periférico, en orden a obtener el mejor resultado de una ubicación desventajosa; situaciones críticas prolongadas que frenan el crecimiento del producto por décadas; crecimiento acelerado de la población y concentración urbana en el momento del crecimiento, con rápido incremento de marginación urbana; focos sectarios de

<sup>73</sup> Ver las interesantes observaciones y relatos de Quiróz Cuarón-Maynez Puente, *Psicoanálisis del magnicidio*, México, D.F., 1965.

resistencia que provocaron un clima ideológico aprovechable por trasnochados ideólogos positivistas.

11. *Síntesis.*— 1) El código veracruzano de 1835 representa la importación directa de una ideología que venía señalada como liberal.

2) El proyecto Tornel para Veracruz es la respuesta conservadora a esa ideología, en el que se perfila una clara división platónica entre “disciplinados” e “indisciplinados” y pasa a primer término de tutela la “religión del Estado”.

3) El código Corona para Veracruz, posterior a la Constitución de 1857, es ya un producto originario de la implantación vernácula de la ideología liberal, aunque contiene elementos no retributivos. En México no hubo un código penal retributivo puro.

4) El código de Martínez de Castro (1871) retoma de Tornel la clasificación en disciplinados e indisciplinados, en función del neoconservadorismo del positivismo filosófico y lo instrumenta en forma que el prioritario lugar de la “religión del Estado” en Tornel lo ocupa la propiedad en 1871. Es un texto pragmático con ecos correccionalistas, menos adecuado a la Constitución de 1857 que el Código Corona.

5) El porfirismo pudo manejarse con el código de 1871, que coincidía en gran medida con la filosofía de los “científicos”. Sumó a ello un sistema penal paralelo como puntal de la concentración latifundiaria que provocó. La única reforma que se proyectó fue más un remozamiento tecnocrático que una propuesta novedosa.

6) La Revolución proyecta su reforma penal (1929-1931) en el peor momento de crisis económica de la historia mexicana, que coincide con una concentración del poder en el ejecutivo. La reforma es francamente positivista, aunque en cierta medida trató de disimular esta ideología en su versión de 1931, puesto que era incompatible con la antropología constitucional de 1917 y con la filosofía mexicana de ese tiempo. Obviamente, responde a un estado de necesidad transitorio.

7) Esta tendencia positivista se mantiene hasta el presente, pese a la mayor calidad en la técnica legislativa de los nuevos códigos y proyectos. Ello no obedece a ningún fracaso o frustración de la antropología constitucional revolucionaria de 1917, sino a la sucesión de circunstancias negativas que no

fueron propicias para su desplazamiento (crisis, concentración urbana, aumento de la marginación urbana).

8) En cuanto a su perspectiva futura de desplazamiento, dependerá de la capacidad de integración solidarista de la sociedad para superar el condicionamiento económico negativo a nivel internacional o trasnacional.

#### SECCIÓN C: EL SISTEMA PENAL ARGENTINO.

1. *El sistema penal hasta 1886.* — Desde que cesa el ejercicio del poder español en el territorio argentino (1810) hasta 1886, en que se sanciona el primer código penal por el Congreso de la Nación, pasan tres cuartos de siglo, de los cuales sólo en los últimos diez años se registran codificaciones penales a nivel de entidades federativas o provincias. En 1865 se registra el primer proyecto de código penal y en 1876 recibe la primera sanción provincial. La circunstancia señalada coloca a la Argentina en el último lugar en cuanto a los países latinoamericanos que se dieron su código penal independiente. El fenómeno llama seriamente la atención, puesto que, en tanto que Brasil y Bolivia sancionan sus textos en 1830, la Argentina apenas encara su primer proyecto treinta y cinco años más tarde. Hubo una tentativa frustrada llevada a cabo por un ciudadano francés para el gobernador Dorrego, en la provincia de Buenos Aires, en 1829, pero que no tuvo ninguna significación<sup>1</sup> y no llegó a concretarse, siendo prácticamente una curiosidad histórica. Esta carencia de proyectos demuestra claramente que no se sintió tal necesidad por parte de los sectores hegemónicos de la primera sociedad independiente.

Si bien tiene lugar en la Argentina una complicada lucha civil que se prolonga hasta dar lugar a la Confederación, de cuyas relaciones exteriores se encargaba el gobernador de Buenos Aires, y recién en 1853 la Convención Constituyente de Santa Fe sanciona la Constitución nacional aún vigente, sin que ello siquiera ponga fin al estado de lucha interno, puesto que inmediatamente se segrega la provincia de Buenos Aires, en

<sup>1</sup> Hay una reproducción facsimilar con noticia preliminar de Ricardo Levene, Guret Bellemare, *Plan general de organización judicial para Buenos Aires*, Buenos Aires, 1949.

tanto que la capital de la República se instala en la ciudad de Paraná, situación que permanece hasta 1860, en que Buenos Aires derrota a las fuerzas de la Confederación y se consolida la unión a través del predominio de los intereses del puerto de Buenos Aires, a lo largo de este proceso hubo una intensa labor de codificación constitucional, e incluso desde 1859 la provincia de Buenos Aires sancionó su código de comercio<sup>2</sup>. Esto demuestra claramente que la llamada "anarquía" no fue la causa de este atraso en relación a los restantes países, sino que la verdadera causa se hallaba en la falta de necesidad por parte de los sectores hegemónicos.

En la Argentina había tenido lugar una desordenada promulgación de normas parciales locales, pero, en definitiva, se hallaba vigente la legislación colonial, básicamente la *Recopilación* de 1680<sup>3</sup>, tal como lo señalaba el art. 93 de la ley 49 del 14 de setiembre de 1863: "Los delitos contra la Nación no previstos en esta ley y los comunes sujetos a la jurisdicción nacional, serán castigados conforme a los códigos que forman el derecho común de las provincias, con la moderación en las penas que ha introducido la práctica de los tribunales"<sup>4</sup>. Esa ley es —precisamente— la que tipificó los delitos federales, es decir, los que debían ser juzgados por la justicia federal, constando de 94 artículos y careciendo de parte general de modo que —conforme a la trascrita disposición del art. 93— los delitos ordinarios o comunes seguían rigiéndose por el derecho indiano. La ley responde a la necesidad del grupo porteño de imponer sus normas en todo el territorio nacional, particularmente porque debía enfrentar levantamientos como el del general Ángel Vicente Peñaloza<sup>5</sup>. La ley 49 se limitó, pues, a cumplir este cometido, de modo que se desentendía del resto.

La explicación de este fenómeno sólo puede hallarse en la estructura de la sociedad patria: sabemos que la independencia en toda América Latina no significó la independencia de

<sup>2</sup> Carlos Malagarriga, *Derecho Comercial*, t. I.

<sup>3</sup> Sobre ella, Ricardo Levene, *Historia del Derecho Argentino*, Buenos Aires, 1945, ts. I y II, ps. 135 y ss.; Abelardo Levaggi, *Historia del Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1978, ps. 17 y ss.

<sup>4</sup> *Colección de leyes y decretos sobre justicia nacional*, publicación oficial, Imprenta del "Comercio del Plata", Buenos Aires, 1863.

<sup>5</sup> Ver José María Rosa, *Historia Argentina*, Buenos Aires, 1974, t. VII, ps. 18 y ss.

todos, sino sólo de los sectores hegemónicos criollos, cuyos intereses chocaban con los de la metrópoli española. La sociedad argentina seguía siendo la misma sociedad agraria precapitalista, en que las condiciones de explotación de la tierra anunciaban el latifundio futuro, todo en un territorio enorme y con muy baja densidad de población. Los sectores hegemónicos, terratenientes y comerciantes del puerto y “doctores” de sus familias, debían controlar a la mayoría marginada, mestiza, y, en especial, al mestizo “revoltoso” y levantisco, que había hecho su experiencia en los ejércitos de la independencia o de las luchas civiles o que había sabido de sus glorias; se trataba, fundamentalmente, de controlar al *gaucho*.

El gaucho —dice Martínez Estrada— no fue “ni un tipo racial, ni una subclase del campesino. Es el campesino, y su denominación como gaucho obedeció a ciertas peculiaridades, que en una parte del campesinado se acentuaron por contingencias muy diversas. El gaucho es el pobre, el trabajador sin oficio especializado, que hubo de buscarse la vida desempeñando las faenas propias de nuestra incipiente industria pastoril. No puede haber duda de que se trataba del mestizo, engendrado en los azares de la marcha del conquistador o del colono, estableciérase o no en un paraje. Pero el tipo social más que étnico se perfila cuando comienzan a constituirse las castas de los hacendados y los militares y a codificarse el rango de las personas por su estirpe o posición económica. Entonces van quedando desclasificados, fuera de los grupos que se condensan por afinidades propias de rango o de intereses; y en calidad de parias, como también se les ha designado, peregrinan por los campos, a caballo, mezclados con los animales mostrencos más que con las personas”<sup>6</sup>.

El control social por parte de estos sectores minoritarios en rápido ascenso prefería manejarse con el amplio campo de arbitrariedad que le concedía una legislación compleja, farragosa y reformada al gusto de los tribunales (al pretender compatibilizarla con la Constitución de 1853 o, anteriormente, con los principios republicanos) y, por otra parte, disponía, y siempre siguió disponiendo, de un efectivo y certero sistema penal paralelo, que le permitía caer sobre cualquier persona

<sup>6</sup> Ezequiel Martínez Estrada, *Muerte y trasfiguración de Martín Fierro*, México, 1948, I, p. 237.

vulnerable por medio de resoluciones policiales tomadas por el juez de paz y el comisario, en función de disposiciones de los códigos rurales, que fueron completados en 1869 con una ley de levas promulgada por el gobernador Castro en la provincia de Buenos Aires.

Durante la colonia habían sido competentes para entender en las faltas rurales los Alcaldes de Hermandad, cuyas facultades pasaron a los jueces de paz (en la provincia de Buenos Aires, en 1821, con facultades que se extendieron a casi todas las faltas en 1823 y se ampliaron notablemente en el código rural de 1865)<sup>7</sup>. Este sistema de códigos rurales y levas fue el “estado peligroso sin delito” que funcionó durante muchos años eficazmente y que, incluso, siguió operando después de la codificación, transformado —como luego veremos— en legislación contravencional. Tenía la doble ventaja de la arbitrariedad, la falta de cualquier género de formalidades y que en ningún momento se corría el riesgo de criminalizar a ninguna persona “respetable”. Su eficacia intimidante y controladora era mucho mayor que la de cualquier código y, por ello, no se hacía necesario —y hasta era indeseable— una codificación penal, que sólo se produjo parcialmente en 1860 mediante la ley 49, por la necesidad del puerto de imponerse al interior en las materias federales, pero cuidándose de no abarcar los delitos ordinarios.

El dominio hegemónico de la oligarquía portuaria de Buenos Aires se lograba mediante las leyes federales, que podían imponerse frente a cualquier intento levantisco provinciano, y mediante las contravenciones rurales y las levas, que podían ejercer violencia sobre los gauchos molestos y, al mismo tiempo, permitir que su criminalización sirviese para acabar con el indio, que era el otro enemigo potencial, y al que —a partir de 1878— aniquiló sistemáticamente. La situación, desde el punto de vista del marginado, está claramente expuesta en el poema nacional, por José Hernández: “La ley se hace para todos/ más sólo al pobre le rige./ La ley es tela de araña,/ en mi ignorancia lo explico,/ no la tema el hombre rico,/ nunca le tema

<sup>7</sup> Cfr. Estanislao de Urraza, *De las faltas o contravenciones en “La Ley”*, 28/8/43. Sobre la situación en el siglo pasado en otras provincias: Agustín Alvarez, *La policía; contravenciones y penas policiales en Mendoza*, 1888; *Reglamento para las autoridades y policía de campaña*, Corrientes 1879; *Colección de ordenanzas de policía*, San Juan, 1871.

el que mande,/ pues la ruempe el bicho grande/ y sólo enrieda a los chicos./ Es la ley como la lluvia/ nunca puede ser pareja./ El que la aguanta se queja,/ pero el asunto es sencillo;/ la ley es como el cuchillo,/ no ofiende a quien lo maneja”.

En este clima, los sectores hegemónicos de Buenos Aires se refuerzan con su ideología, que ya venía dominando desde mediados de siglo: el positivismo. No eran los constituyentes de 1853 los que mandaban en el país, sino un nuevo poder, que a partir de 1860 se centraliza cada vez más en Buenos Aires. Es el momento que corresponde al discurso de Gabino Barreda en México: en la Argentina, la caída de Juan Manuel de Rosas se consideró como el final de la etapa “destructiva” contra la que se había alzado la bandera del liberalismo, y desde Buenos Aires se debía imponer la etapa del orden. La diferencia que existe con México es que Barreda consideraba finalizada esa etapa con la caída de Maximiliano en tanto que en la Argentina lo fue con la caída de Rosas: Maximiliano era un emperador austríaco sostenido por el ejército francés de Napoleón el pequeño; Rosas —con todos sus defectos— era el gobernador porteño que resistió al bloqueo anglo-francés. De allí que el positivismo haya sido mucho más despersonalizante para la Argentina que para México.

Uno de los pensadores argentinos más claro a este respecto —que ya en nuestro siglo fue el crítico más duro del positivismo— resume en pocos párrafos la influencia positivista: “Se liga a esta influencia el desarrollo económico del país, el predominio de los intereses materiales, la difusión de la instrucción pública, la incorporación de masas heterogéneas, la afirmación de la libertad individualista. Se agrega como complemento el despegue de la tradición nacional, el desprecio de los principios abstractos, la indiferencia religiosa, la asimilación de usos e ideas extrañas. Así se creó una civilización cosmopolita, de cuño propio, y ningún pueblo de habla española se despojó como el nuestro, en forma tan intensa, de su carácter ingénito, so pretexto de europeizarse”<sup>8</sup>. Más adelante, agregaba: “Esta orientación positiva impuesta a la vida del pueblo argentino tiene sus antecedentes en intereses que ya actuaron en el movimiento de su emancipación política, pero su acentuación decidida y excluyente después de Caseros no

<sup>8</sup> Alejandro Korn, *Obras*, volumen III, La Plata, 1940, p. 192.

surge como una exigencia del alma nacional, sino como una negación de ésta. Fue una imposición de sentimientos e ideales exóticos por una minoría dominante; no fue el desarrollo lento y espontáneo de gérmenes inorgánicos preexistentes en un proceso biológico normal. Se provocó así de modo violento un cambio esencial, al cual se sacrificaron las condiciones de existencia de nuestras clases populares, incapaces de adaptarse, víctimas de un verdadero naufragio étnico”<sup>9</sup>.

El acento del positivismo argentino se va haciendo spenceriano. Aunque se mezclan en él elementos dispares, esos acentos se van haciendo claros. El propio Sarmiento se manifiesta en este sentido, aunque con matices más marcadamente racistas, en su obra inconclusa sobre las razas en América. Son claras sus afirmaciones sobre la inferioridad del indio y del negro, aunque a veces no se sabe bien si la considera genética o culturalmente “superable”<sup>10</sup>. De cualquier forma, es manifiesto su elitismo blanco.

Es sabido que el spencerismo no caía en los excesos racistas de Gobineau —que más tarde serían los de Rosenberg— sino que combinaba el pesimismo fatalista con un optimismo a largo plazo, que permitiría la modificación evolutiva de la naturaleza humana y de las instituciones sociales. De este modo, se convertía en un argumento anti-esclavista, pero —al mismo tiempo— en una justificación para el colonialismo. Con toda razón señala el profesor de antropología de Columbia que no es necesario insistir especialmente “en lo útil que una posición como ésta podía resultar para un imperio en el que no se ponía el sol. Presagiada ya en la política colonial, resultaba una perfecta racionalización del *statu quo* de la conquista”<sup>11</sup>.

Pocas dudas pueden haber de que la Argentina formaba parte del plan imperialista inglés del siglo pasado y que la inversión en un país con grandes posibilidades de producción de carnes y cereales, en el que se podía cambiar la población “inferior” por europeos “superiores” respondía a sus intere-

<sup>9</sup> Idem, p. 193.

<sup>10</sup> Domingo Faustino Sarmiento, *Conflicto y armonías de las razas en América*, en “Obras Completas de Sarmiento”, Buenos Aires, 1953, tomos XXXVII y XXXVIII.

<sup>11</sup> Marvin Harris, *El desarrollo de la teoría antropológica. Una historia de las teorías de la cultura*, Madrid, 1983, p. 116.

ses. Las inversiones inglesas en la Argentina, tanto en ferrocarriles como en otras actividades vinculadas a la producción de alimentos, fueron enormes y con gran beneplácito de la minoría portuaria, al tiempo que se fomentaba la inmigración masiva. La magnitud de esas inversiones fue tal que las dificultades argentinas desencadenan la primera gran crisis del sistema capitalista. El profesor de economía de Poitiers, Maurice Niveau, describe el fenómeno en estos términos: "La expansión de los años 1886-1890 se caracteriza... en Gran Bretaña y Europa por el aumento de sus inversiones exteriores y de sus exportaciones. Las insuficientes salidas interiores incitan a los inversores a construir en el extranjero nuevas líneas de ferrocarriles y a buscar nuevos mercados. De 1873 a 1886, las inversiones británicas en el exterior se habían reducido; por el contrario, de 1886 a 1890 los capitales de la City se invierten principalmente en América del Sur"... "Una nueva crisis alcanza a Gran Bretaña y Europa en 1890 y se extiende hasta 1896"... "La plaza de Londres es alcanzada en 1890 por la quiebra parcial de la casa Baring. Esta casa, que había invertido importantes capitales en la Argentina, se encuentra en dificultades a raíz de las malísimas cosechas y de una revolución en este país. Baring no puede vender sus títulos argentinos ni puede tomar a préstamo ofreciendo como garantía unos títulos depreciados. La intervención del Banco de Inglaterra y la solidez de los centros financieros de la City permiten movilizar las sumas necesarias para salvar la casa Baring. Con ello se evita que estalle el pánico. Esta crisis londinense afecta a Nueva York debido a la detención de las exportaciones de capitales ingleses y, sobre todo, a la retirada de los capitales invertidos que lleva a la salida de oro americano"<sup>12</sup>.

Ésta es la estructura del poder y el funcionamiento del control inherente al mismo, en el período en que, con hartazgo, se inicia la codificación penal de los delitos de competencia ordinaria, que comienza el mismo año en que se sanciona la ley de delitos federales y culmina veintiseis años más tarde.

a) La primera fase se abre con el código de Carlos Tejedor.

<sup>12</sup> Maurice Niveau, *Historia de los hechos económicos contemporáneos*, Barcelona, 1977, ps. 155 y 156.

Por ley del 6 de junio de 1863 se autorizó al Poder Ejecutivo para designar a los redactores de los distintos códigos y, por decreto del 5 de diciembre de 1864 se designó a Carlos Tejedor para redactar el proyecto del código penal. El 30 de diciembre de 1865, Tejedor elevaba al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública “la primera parte del proyecto de código penal”, destinada a “contener las disposiciones generales que se aplicaban a todos los actos culpables”, hallándose dividida en dos libros: “el primero se ocupa de la formación del delito, cómo ha de castigarse la tentativa, según que esté más o menos próxima del crimen consumado, cómo debe castigarse la culpa en sus diferentes grados y, en oposición con el crimen voluntario, cómo deben castigarse las diferentes clases de complicidad y auxilio, en oposición con la complicidad del autor principal, de qué modo en fin debe el juez proceder en caso de concurso de crímenes y de reincidencia. El segundo trata de las penas, sus diferentes clases, duración y efectos, causas que eximen de ellas, que las atenúan o agravan, y modos de extinguirse y de arbitrarlas”. En su nota confiesa el autor haber seguido “principalmente el Código de Baviera”, y destaca que aún era menester estudiar la institución del sistema penitenciario “y crear los establecimientos”, razón por la cual no suprime la pena de muerte, con lo cual se adelantan en la Argentina los curiosos argumentos que se repiten en México: una deficiencia del Estado justifica la muerte de sus ciudadanos.

Aunque Tejedor agregó extensas notas a su proyecto, creyó igualmente oportuno insistir, en la nota de elevación, en la cuestión de la pena. “He conservado también —dice— el libre arbitrio de los jueces, pero encerrado dentro de los límites que deben circunscribirlo, de tal modo que todas las penas, aún extraordinarias en la acepción doctrinaria de la palabra, *poena extraordinem*, sean penas legales. Un crimen o un delito es más o menos punible según que ha sido concebido o consumado con más o menos perversidad, o según que ha causado más o menos peligro, violado más o menos deberes sociales. Para llegar al establecimiento de esta proporción, he determinado en la mayor parte de los casos un máximo y un mínimo, dentro de cuyos límites los tribunales podrán aumentar ó disminuír el cuanto de la represión penal; y en esta aprecia-

ción misma, he trazado e impuesto reglas a la conciencia de los magistrados”<sup>13</sup>.

El 2 de enero de 1866 se dispone por decreto su publicación y distribución. La sistemática de la primera parte sigue —en general— las huellas del código bávaro de Feuerbach<sup>14</sup>.

La segunda parte del proyecto se publicó en Buenos Aires con fecha 1867, y con las mismas características tipográficas y de estilo que la primera<sup>15</sup>.

En ella renunció Tejedor a la sistemática de Feuerbach en cuanto a la separación en dos secciones de los crímenes y los delitos, prefiriendo agrupar ambos en orden a bienes jurídicos, para cuya sistematización siguió también el modelo bávaro, encabezando el listado con los delitos contra la vida.

Si bien Tejedor cita varios textos legales en sus notas (códigos brasileño, peruano, boliviano, español, francés, napolitano, toscano, de Louisiana) no cabe duda que la influencia predominante es la del código de Baviera, tal como lo expresa claramente en su nota de elevación: “Siguiendo principalmente al código de Baviera, he creído que debía ser extenso en la exposición de estas disposiciones...”<sup>16</sup>.

Dada la desidia legislativa, el proyecto de Tejedor no fue considerado por el Congreso, y, en tanto, las provincias lo fueron sancionando —con ligeras modificaciones— hasta que entró en vigencia el primer código nacional.

La primera provincia que lo sancionó fue La Rioja, el 14 de agosto de 1876<sup>17</sup>; con posterioridad lo sancionaron las si-

<sup>13</sup> *Proyecto de Código Penal para la República Argentina trabajado por encargo del Gobierno Nacional por el Dr. Don Carlos Tejedor*, Parte Primera, Buenos Aires, 1866, ps. I y III.

<sup>14</sup> La frecuente falta de coincidencia en los vocablos, algunos de los cuales resultan sensiblemente alterados, se debe a que Tejedor se valió de la traducción francesa de Ch. Vatel, *Code Penal du Royaume de Bavière*, Paris, 1852.

<sup>15</sup> Pese a que la publicación oficial de esta segunda parte lleva consignado el año 1867 (p. 219, ob. cit.), se señala que la nota de elevación de la segunda parte está datada el 31 de enero de 1868 (cfr. Moisés Nilve, *La vigencia del proyecto Tejedor como código penal de las provincias argentinas*, en “Rev. Penal y Penit.”, año X, 1945, ps. 35 y ss.).

<sup>16</sup> *Proyecto*, p. I (nota de elevación al Ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, del 30 de diciembre de 1865).

<sup>17</sup> Era corriente afirmar que la primera sanción había sido la de la provincia de Buenos Aires, hasta que la investigación de García Basalo

guientes provincias: Buenos Aires, el 29 de octubre de 1877; Entre Ríos, el 29 de marzo de 1878; San Juan, el 26 de julio de 1878; Corrientes, el 15 de noviembre de 1878; San Luis, el 21 de noviembre de 1878; Catamarca, el 6 de diciembre de 1878; Mendoza, el 14 de abril de 1879; Santa Fe, el 1 de setiembre de 1880; Salta, el 10 de noviembre de 1880 y Tucumán, el 28 de mayo de 1881<sup>18</sup>. De esta manera, fue código vigente en casi todo el territorio<sup>19</sup> y por ley del Paraguay, del 21 de julio de 1880, fue sancionado como código de esa República<sup>20</sup>.

b) Presentado el proyecto de Carlos Tejedor, el Congreso de la Nación sancionó la ley 250 del 16 de octubre de 1868, por la que se autorizó al Poder Ejecutivo para nombrar una comisión examinadora integrada por tres abogados cuyo informe debía ser enviado al Congreso en las primeras sesiones de 1869. Por decreto del 10 de noviembre de 1868 se designó a Marcelino Ugarte, José Roque Pérez y Manuel Quintana, pero después de sucesivos reemplazos, la comisión quedó integrada por Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y José Agustín García, quienes el 3 de enero de 1881 elevaron su trabajo<sup>21</sup>. Es notorio que la comisión cumplió con más de una década de atraso y, además, se excedió en su mandato, puesto que en lu-

---

esclareció que fue La Rioja (Juan Carlos García Basalo, *Estado penal y penitenciario del país durante la presidencia de Avellaneda*, en "Revista del Círculo del Personal Superior del Servicio de Penitenciario Federal", año I, n° 1, julio de 1978, ps. 35 y ss.).

<sup>18</sup> Cfr. García Basalo, loc. cit.

<sup>19</sup> Únicamente no tuvo vigencia en Córdoba, donde el 11 de agosto de 1882 se sancionó el proyecto de Villegas, Ugarriza y García, y en Jujuy y Santiago del Estero, que conservaron la legislación española y patria hasta la sanción del primer código federal (cfr. García Basalo, ob. cit.).

<sup>20</sup> Ver Antonio A. de Medina y Ormaechea, *La legislación penal de los pueblos latinos*, México, 1899, p. 40.

<sup>21</sup> Por decreto del 7 de noviembre de 1868 se designó a José Roque Pérez, Marcelino Ugarte y Manuel Quintana; a la muerte de Pérez, por decreto del 18 de julio de 1871 se designa a Vicente Fidel López; por fallecimiento de Ugarte, el decreto del 27 de setiembre de 1872 designó a Antonio E. Malaver; por decreto del 9 de febrero de 1873 se nombró a Sixto Villegas en reemplazo de Malaver (todos los decretos llevan la firma de Sarmiento y Avellaneda); el 5 de noviembre de 1874, por renuncia de López, se nombra a Andrés Ugarriza (decreto de Avellaneda y Leguizamón); el 11 de diciembre de 1877, por renuncia de Quintana, se nombra a Juan Agustín García.

gar de examinar el proyecto Tejedor, procedió a redactar un nuevo proyecto de código penal, cuya más importante innovación consiste, quizá, en la eliminación del criterio tripartito, suprimiendo la distinción entre crímenes y delitos.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García introduce disposiciones de derecho penal internacional y toma en cuenta el principio real o de defensa. Contiene un título preliminar y dos libros y consta de 349 artículos<sup>22</sup>.

El proyecto de Villegas, Ugarriza y García abandonó la ordenación bávara, aproximándose a la española de 1870, que era —con variantes— la del código imperial del Brasil de 1830. En general, receptaba una clara influencia del código español de 1870.

La parte especial de ambos textos ya nos revela en su sistemática una profunda diferencia ideológica: el código Tejedor la sistematizaba en la siguiente forma: Libro Primero: De los crímenes y delitos privados y sus penas. Título Primero, *De los crímenes y delitos contra la vida*; Título Segundo, *De las lesiones corporales*; Título Tercero, *De los crímenes y delitos contra la honestidad*; Título Cuarto, *De los matrimonios ilegales*; Título Quinto, *De los delitos contra el estado civil de las personas*; Título Sexto, *De los delitos contra las garantías individuales*; Título Séptimo, *De las injurias y calumnias*; Título Octavo, *De los delitos contra la propiedad*; Libro Segundo: De los crímenes y delitos públicos y sus penas. Título Primero, *De los crímenes y delitos contra la seguridad interior y el orden público*; Título Segundo, *De los crímenes y delitos peculiares a los empleados públicos*; Título Tercero, *De las falsedades*; Título Cuarto, *De los crímenes y delitos contra la religión*; Título Quinto, *De los crímenes y delitos contra la salud pública*.

El texto de Villegas, Ugarriza y García suprimía la división entre delitos públicos y privados, y sistematizaba los tipos en siete títulos, I, Delitos contra el orden público; II, Delitos de los funcionarios; III, Falsedades; IV, Delitos contra las personas; V, Delitos contra las garantías individuales; VI, Delitos contra el orden de las familias y la moral pública y VII, Delitos contra la propiedad.

<sup>22</sup> Proyecto de Código Penal presentado al Poder Ejecutivo Nacional por la Comisión nombrada para examinar el proyecto redactado por

Aquí se revelan dos tendencias opuestas: la preeminencia de la vida humana o la del Estado; la estructura de la coacción psicológica liberal de Feuerbach o el retribucionismo del despotismo ilustrado combinado con el pragmatismo de Bentham del texto español. Cabe preguntarse cuáles pudieron ser las motivaciones de Tejedor, un hombre del puerto, para elegir el modelo bávaro de 1813, texto que en su tiempo implicaba la contrapartida del modelo napoleónico. Quizá se trate de una simple elección personal de Tejedor, procedente de la incuestionable impronta liberal del texto bávaro, porque, sin duda, Tejedor no conoció la teoría de Feuerbach ni tuvo nunca acceso a sus obras, que hasta la fecha no han sido traducidas. La lógica indica que la minoría portuaria hubiese debido inclinarse por el texto español o por uno que le fuese próximo, pues era preferible una orientación ilustrado-pragmática a una más genuinamente liberal. Prueba de esta preferencia fue el sentido que toma la "revisión", que termina proyectando un texto análogo al español, como correspondía al espíritu de "orden" que se quería imponer en la República, al tiempo que llegaban los capitales ingleses y los inmigrantes europeos que mejorarían la "raza". Es posible que aquí la decisión personal de un autor haya sido providencial. De cualquier manera, Tejedor se había cuidado de no incluir las contravenciones en su texto (el modelo bávaro no lo hacía) y también los autores del texto de 1881, de modo que el sistema penal paralelo seguía operando plenamente.

c) En la sesión de la Cámara de Diputados de la Nación, del 23 de octubre de 1885, se dio lectura a un breve despacho de la comisión de códigos, en el que proponía la sanción del código de Tejedor, con las modificaciones que su miembro informante expondría. El miembro informante fue el diputado Solveyra quien comenzó poniendo de manifiesto que la comisión decidió unánimemente postular la sanción del texto de Tejedor con reformas y descartar al de 1881, respecto del cual decía que en él "no hay unidad, hay falta de filosofía, hay

---

*el Dr. D. Carlos Tejedor, compuesta de los Dres. Sisto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García, Buenos Aires, Imprenta de "El Nacional", 1881.*

confusiones grandes, divisiones erradas, que no podían servir de base a la confección de un código”<sup>23</sup>.

Las razones que han movido a este informe que tan radicalmente rechazaba el texto de 1881 no creemos que hayan sido ideológicas. El texto de Tejedor tenía ya años de vigencia por vía de sanción provincial y los diputados habían consultado a los jueces. Creemos que el hábito judicial fue el que en definitiva triunfó, puesto que no había argumentos de peso para preferir un texto cuyas bases teóricas se ignoraban, dada la falta de acceso a las obras en que su autor desarrollaba su pensamiento. No obstante, el tratamiento del tema fue postergado y recién un año después, el 15 de noviembre de 1886, con intervención personal del Ministro de Justicia, —Filemón Posse— obtuvo la media sanción de la Cámara de Diputados<sup>24</sup>. Ante la posibilidad de que el Senado demorase su tratamiento, el propio ministro Posse acudió al Senado y solicitó su aprobación, que fue resuelta con inusitada rapidez, a libro cerrado y sobre tablas, el 25 de noviembre de 1886, siendo promulgado por la ley 1920, del 7 de diciembre de 1886, entrando en vigencia el 1 de marzo de 1887<sup>25</sup>.

La estructura del primer código nacional fue la siguiente:

El Libro Primero, *Disposiciones generales*, constaba de 93 artículos, divididos en dos secciones. La Sección Primera, *Delitos y personas responsables*, se subdividía en seis títulos; I, *Voluntad criminal, delitos consumados y frustrados*; II, *De la tentativa*; III, *De la culpa o imprudencia*; IV, *De los autores principales*; V, *De los cómplices* y VI, *Encubridores*. La Sección Segunda también comprendía seis títulos: I, *De las penas en general*; II, *Clases de penas, su duración, ejecución y efectos*; III, *De las causas que eximen de pena*; IV, *De la atenuación de las penas*; V, *De la agravación de las penas* y VI, *De la prescripción*.

<sup>23</sup> Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, 1885, ps 719 a 742.

<sup>24</sup> Congreso de la Nación, Cámara de Diputados, 1886, 2, ps. 734 a 750.

<sup>25</sup> *Código Penal de la República Argentina. Edición Oficial*, Buenos Aires, Imprenta de Sud-América, 1887.

El Libro Segundo, *De los delitos y sus penas*, abarcaba del art. 94 al 299 y se hallaba dividido en dos secciones. La Sección Primera, *De los delitos y sus penas*, comprendía ocho títulos: I, *Delitos contra las personas*; II, *Lesiones corporales*; III, *Delitos contra la honestidad*; IV, *Matrimonios ilegales*; V, *Delitos contra el estado civil de las personas*; VI, *Delitos contra las garantías individuales*; VII, *De las calumnias e injurias* y VIII, *De los delitos contra la propiedad particular*. La Sección Segunda, *Delitos políticos y delitos peculiares a empleados públicos*, comprendía cuatro títulos: I, *Delitos contra la seguridad interior y el orden público*; II, *De los delitos peculiares a los empleados públicos*; III, *De las falsedades* y IV, *Delitos contra la salud pública*.

El sistema de penas quedó configurado de la siguiente manera: 1º, muerte; 2º, presidio por tiempo indeterminado; 3º, presidio, desde tres a quince años; 4º, penitenciaría por tiempo indeterminado; 5º, penitenciaría desde tres a quince años; 6º, prisión de uno a tres años; 7º, arresto de un mes a un año; 8º, destierro de uno a seis años; 9º, inhabilitación absoluta, perpetua y temporal; 10º, inhabilitación especial, perpetua y temporal y 11º, multa.

Cabe preguntarse a qué se debió la inusitada urgencia del poder ejecutivo para obtener la sanción de este texto, cuyo trámite había demorado veintitrés años. Es sugestivo que la urgencia la haya puesto el ministro de justicia de Juárez Celman, a un mes de asumir éste la presidencia y a fines del año en que se incrementaban considerablemente las inversiones británicas que sufrirían el revés financiero de 1890, que provoca el colapso y caída del gobierno de Juárez Celman. Daría la impresión de que el crecimiento de las inversiones exigía cierto grado de seguridad, que no podía garantizarse con un código provincial y procedimientos arbitrarios. La arbitrariedad que había servido a la minoría portuaria para el control social de la marginación parece que ya no era útil, porque no ofrecía las garantías que requerían los inversionistas.

En el orden procesal, la desidia había sido pareja a la penal. El inc. 11º del art. 67 de la Constitución nacional había dispuesto, en 1853, el juicio por jurados, disposición que se mantiene vigente hasta la fecha. Sin embargo, la impronta liberal llegó hasta allí. La arbitrariedad criminalizante permitía una mayor selectividad y, por ende, la minoría no necesitaba

ningún orden procesal garantizador y, menos aún, juicios públicos y con jurados. El único intento sincero parece haber sido el que se llevó a cabo en el gobierno de Sarmiento, que en cumplimiento de la ley que promulgara el 6 de octubre de 1871, encomendó el 16 de noviembre de ese año a Florentino González y Victorino de la Plaza un proyecto de ley de jurados para causas criminales federales, que éstos elevaron al ministro Nicolás Avellaneda el 23 de abril de 1873, con una extensa exposición, fundada en Livingstone y en las instituciones anglosajonas<sup>26</sup>. Por supuesto que ese texto no fue sancionado.

En 1882, es decir, al año siguiente del proyecto de 1881, el poder ejecutivo encomendó a Manuel Obarrio y Emilio R. Coni la redacción de un proyecto de Código de Procedimientos. Coni renunció y el proyecto fue elaborado por Obarrio, quien lo elevó a mediados de ese año. El proyecto de Obarrio fue revisado por una comisión integrada por Onésimo Leguizamón, Filemón Posse y Juan E. Barra, la que se expidió el 28 de julio de 1884, siendo elevado al Congreso, donde la Comisión de Códigos lo estudió, teniendo en cuenta el texto elaborado en 1885 para la provincia de Buenos Aires por el propio Obarrio, Antonio Malaver y Juan J. Montes de Oca. Fue sancionado mediante la ley 2372 del 17 de octubre de 1888, entrando en vigencia el 1 de enero de 1889<sup>27</sup>.

El código de 1888, que es el que aún rige en la Capital Federal y en lo federal, es un texto que se aleja al máximo del precepto constitucional. Se inspira en la ley de enjuiciamiento española reformada por el decreto de 1875, es decir, en el peor momento procesal de España, con un proceso totalmente escrito, en el cual el juicio se convierte en una ficción buro-

<sup>26</sup> *Proyecto de ley sobre el establecimiento del juicio por jurados y de Código de Procedimiento Criminal en las causas de que conoce la justicia nacional. Redactados por la Comisión nombrada al efecto en cumplimiento de la ley de 6 de octubre de 1871 e informe en que dicha comisión exponen las razones que sirven de fundamento a las disposiciones contenidas en los expresados proyectos*, Buenos Aires, Imprenta y Librería de Mayo, 1873.

<sup>27</sup> Cfr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Ricardo Levene (h.), *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1945, I, p. 112; el proyecto de 1882 se publicó como *Proyecto de Código de Procedimientos en Materia Penal para los Tribunales Nacionales de la República Argentina redactado por el Doctor D. Manuel Obarrio*, Buenos Aires, Imprenta de La Nación, 1882.

crática. Es un texto inquisitorio, con pruebas legales, secreto del sumario, incomunicación del detenido, en que la policía judicial depende del poder ejecutivo y la defensa es obligatoria después de la indagatoria, que siendo confesoria, hace plena prueba si el cuerpo del delito está probado por otro medio directo y en cuyo "plenario" escrito no es necesario reproducir las pruebas del sumario. En líneas generales, es el proceso que aún subsiste, con división entre juez instructor y de sentencia en los delitos ordinarios de la ciudad de Buenos Aires, y juez único en lo federal. Las contravenciones pasó a juzgarlas directamente el Jefe de Policía, con lo cual se institucionalizó el sistema penal paralelo en forma aberrante.

2. *La represivización del sistema penal.*— a) En 1895 tiene lugar el segundo censo poblacional nacional, que arrojó el saldo de 4.000.000 de habitantes, de los cuales 1.700.000 eran población urbana y 2.300.000, rural. De los cuatro millones, más de un millón eran extranjeros, entre los que había 500.000 italianos y 200.000 españoles. Entre la masa inmigrante, que eran los desplazados o marginados de Europa, que no hallaban aún suficiente ubicación por la lentitud o retraso de la acumulación de capital en Italia y España, también llegaban los socialistas y anarquistas. El inmigrante, llamado a superar la "inferioridad racial", había traído sus ideologías de las luchas sociales europeas, y en 1891 se crea la Federación de Trabajadores de la República Argentina, de fugaz existencia. En 1896 se crea el partido socialista; en 1901 la Federación Obrera Argentina, de la cual se separan los socialistas en 1903, creando la Unión General de Trabajadores y dejando la anterior en manos exclusivas de los anarquistas. En 1902 se sanciona la llamada "ley de residencia" —nº 4414— propuesta por el senador Miguel Cané, que autorizaba la expulsión de cualquier extranjero por el poder ejecutivo, como también la posibilidad de impedir su ingreso. La inconstitucionalidad de la ley fue señalada por el propio Congreso (el senador Mantiña), en el que, por cierto, desempeñó un triste papel Joaquín V. González, a la sazón, ministro de Roca<sup>28</sup>.

<sup>28</sup> Sobre esta ley, Francisco Durá, *Naturalización y expulsión de extranjeros*, Buenos Aires, 1911, ps. 173 y ss.

b) El 30 de junio de 1910, Figueroa Alcorta promulga la ley 7029, llamada "ley de defensa social", contra los anarquistas, que era tan inconstitucional como la anterior. Se trataba de una primera versión del "estatuto de seguridad" que reprimía delitos ya penados o creaba otros no sancionables y atribuía a todo competencia federal. Las críticas contra esa ley fueron fortísimas, siendo de mencionar las de Rodolfo Moreno (h.) y la de Julio Herrera<sup>29</sup>; y siendo oportuno destacar que la propia Corte Suprema no aceptó en su momento la extensión arbitraria de la competencia federal. Esta ley y la de "residencia" constituyen un notorio avance de la teoría de la "seguridad nacional".

c) Contemporáneamente a la "ley de residencia" discutió la Cámara de Diputados —en 1900— un proyecto de reformas al código penal, que fue aprobado con la presencia presionante del ministro de justicia de Roca, Osvaldo Magnasco, y que el Senado demoró hasta 1903, introduciéndole algunas reformas y siendo aprobado por ese cuerpo con la oposición firme de Julio Herrera. La Cámara de Diputados aceptó las reformas del Senado y la promulgó Roca, en la ley 4189 de ese año<sup>30</sup>.

La referida reforma de 1903 introdujo la deportación en cuatro artículos sin número, que intercaló entre los arts. 70 y 71 del texto de 1886, consistiendo en la "relegación por tiempo indeterminado en un paraje adecuado que designará el poder ejecutivo", pena que se impone como accesoria de la última condena y que podía redimirse con quince años de buena conducta. Requería como presupuesto: dos condenas a presi-

<sup>29</sup> Rodolfo Moreno (h.), *La seguridad social*, en "Revista de Ciencias Políticas", 1910; Julio Herrera, *Anarquismo y defensa social*, Buenos Aires, 1917; es interesante la tesis de Cirilo Pavón, *La defensa social*, Buenos Aires, 1913.

<sup>30</sup> Ver el texto de la ley en el mismo *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*, sección "Leyes sancionadas", ps. VIII-XIV; *Código Penal de la República Argentina y ley de reformas de 22 de agosto de 1903*, edición oficial, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1903, p. 197; Emilio Gouchon, *Código Penal de la República Argentina; proyecto de nueva edición*, Buenos Aires, 1904, p. 156. El trámite de las discusiones parlamentarias puede verse en: Congreso Nacional, *Diario de sesiones de la Cámara de Diputados*, 1900, I, 269-295; 299-348; 350-368; 370-378; 964-985; 987-1013; 1022-1024; 1045-1064; 1065-1082; 1084-1095; 1102-1117; *Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores*; período de 1903, Buenos Aires, 1904, 69, 111-147, 149-206.

dio; una a presidio y otra a penitenciaría; tres a penitenciaría; cuatro, de las cuales una fuese a presidio; cinco, de la que una fuese a penitenciaría, o seis, a cualquier pena corporal. Es, pues, la reforma que introdujo la deportación, de claro origen francés bonapartista.

Cabe consignar que en 1885, cuando se hacía sentir la presión por el "orden" y siendo también presidente Roca, se sancionó la ley 3335, que disponía que las condenas a reincidentes debían cumplirse en los territorios del sur. Recién en 1886, por decreto se resolvió que ese territorio fuese Tierra del Fuego. La cárcel funcionó, pero con dimensiones muy pequeñas, hasta que el 15 de setiembre de 1902, es decir, también con el orden roquista y contemporáneamente a la "ley de residencia" y a la reforma de 1903, se coloca la piedra fundamental de lo que fue el tristemente célebre presidio nacional de Ushuaia<sup>31</sup>.

d) Era evidente que el "orden" roquista debía imponerse, no ya sólo a los gauchos o criollos marginados, sino también a los inmigrantes. Como es lógico, se importó prestamente la ideología de control de los países de Europa, de los cuales los inmigrantes eran sus marginados. Esa ideología plasmó en la criminología y en la psiquiatría<sup>32</sup> de la minoría portuaria y prestamente surgieron aquí los seguidores fieles de Lombroso y de las teorías de la degeneración<sup>33</sup>. El positivismo penal italiano se enseorea del pensamiento argentino e, incluso, los "progresistas" de la época lo comparten. Cabe recordar, por ejemplo, las palabras de José Ingenieros en el prólogo a una obra de Eusebio Gómez, en la cual bajo el rubro de la "mala vida", circulan desde prostitutas y homosexuales hasta curas y monjas: "Toda la gama de la degeneración, en sus formas corrosivas y antisociales, desfila en las páginas de este libro, como si al conjuro de un maléfico exorcismo se hubiesen convertido en pavorosa realidad los más sórdidos ciclos de un infierno dantesco. Son los parásitos de la escoria social, los fronterizos del delito, los comensales del vicio y la deshonra, los

<sup>31</sup> Cfr. Armando Braun Menéndez, *Ushuaia*, en "Revista Penal y Penitenciaria", III, 1938, ps. 167 y ss.

<sup>32</sup> Sumamente documentado al respecto, el estudio de Hugo Vezetti, *La locura en la Argentina*, Buenos Aires, 1983.

<sup>33</sup> Recuérdese a Luis María Drago, *Los hombres de presa*; ensayo de antropología criminal, Buenos Aires, 1888.

tristes que se mueven acicateados por sentimientos anormales: espíritus que llevan la fatalidad de herencias enfermizas o sufren la carcoma inexorable de las miserias ambientes”<sup>34</sup>. En pleno esplendor del centenario, Enrico Ferri en persona es uno de los intelectuales invitados, y lejos de confraternizar con los socialistas argentinos —con quienes polemiza— se deja halagar por la oligarquía porteña<sup>35</sup>.

Esta tendencia positivista se compagina perfectamente con las tesis racistas de la oligarquía porteña y comienza el necesario control del “orden” contra los productos de una “raza que no salía de la edad media al trasladarse a América y que absorbió en su sangre una raza prehistórica servil”<sup>36</sup> y contra los inmigrantes degenerados que llevaron a Arturo Ameghino a propugnar una psiquiatrización masiva para preservar la raza, coronando una ideología psiquiátrica que se inicia con Meléndez<sup>37</sup>.

e) Sin embargo, parecen perfilarse a estas alturas dos tendencias ideológicas, que a veces se confunden, pero que son aún diferenciables. Mueve a confusión la circunstancia de que algunos personajes oscilan entre ambas, pero olvidando lo anecdótico, hay ya dos corrientes. Por un lado, un *autoritarismo* que, primero, pretende imponer el código español de 1870 —proyecto Villegas, Ugarriza y García— y el código procesal español en su versión de 1875 (Obarrio), y que luego se afilia decididamente al positivismo y proporciona un manto de legalidad a la “ley de residencia”, a la de “defensa social”, a la deportación de 1903 y al penal de Ushuaia, que mantiene las contravenciones a nivel policial y que completa su racismo anti-criollo con un racismo contra el inmigrante degenerado. Por llamarla de alguna manera, puede decirse que es la línea del “roquismo penal”.

Por otro lado, se perfila una *línea liberal* que habrá sido elitista y confusa, pero que tuvo cierta innegable coherencia. Es la que comienza con la elección de Tejedor por el código

<sup>34</sup> Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires*, Buenos Aires, 1908.

<sup>35</sup> La polémica desatada por esas visitas de Ferri y sus alternativas, en Folco Testena, *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina*, Buenos Aires, 1911.

<sup>36</sup> Sarmiento, *Obras*, cit., vol. XXXVIII, p. 405.

<sup>37</sup> Cfr. Vezzetti, ob. cit.

de Feuerbach, el rechazo del modelo español, el proyecto de jurados de Florentino González y Victorino de la Plaza, y que desemboca en el proyecto que en 1891 elaboran Rodolfo Rivarola, Norberto Piñero y José Nicolás Matienzo<sup>38</sup> en la que cabe incluir a Rodolfo Moreno (h.) —que rechaza la ley de “defensa social”— y a Julio Henera, que hace lo mismo y se opone en el Senado roquista a la reforma de 1903.

El proyecto de código penal de Rivarola, Piñero y Matienzo era un texto que seguía la línea originaria de Tejedor, la superaba técnicamente, receptaba las influencias de los códigos entonces recientes de Zanardelli y de Holanda, preveía un libro de contravenciones e introducía la libertad condicional. No obstante, aparece proyectada en él la pena de deportación, en base a la ley francesa de 1885. Es obvio que la primera idea fue la del establecimiento de la “cárcel-fábrica” para entrenar a los inmigrantes y a los criollos, idea a la cual respondió la creación de la penitenciaría nacional, que fue iniciada en 1872 y concluida en 1877<sup>38 bis</sup>, pero luego se advirtió, al cundir la tesis de la degeneración, que era necesaria la segregación total y, para ello, nada mejor que la deportación al sur, recientemente arrebatado al indio.

En 1895, Lisandro Segovia, por su cuenta, redacta un proyecto privado, cercano al de 1891, en el que introducía la condena condicional<sup>39</sup>.

Es interesante señalar que ambas líneas se enfrentaron en la Cámara de Diputados, al discutirse el 13 de junio de 1900, lo que luego fue la reforma de 1903. El diputado informante fue Juan Antonio Argerich, quien en una extensa exposición —harto mediocre jurídicamente— sostuvo la necesidad de aumentar el rigor de las penas (con citas de Ferri), la desincriminación del duelo, la conveniencia de mantener la pena de muerte (con argumentos de corte intimidatorio) y criticó el

<sup>38</sup> Piñero-Rivarola-Matienzo, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina, redactado en cumplimiento del decreto del 7 de junio de 1890 y precedido de una exposición de motivos por los Dres. ...*, Buenos Aires, Taller Tipográfico de la Penitenciaría Nacional, 1891, ps. 5 a 7. Hubo una segunda edición en 1898, ordenada por decreto del presidente José Evaristo Uriburu y al cuidado de Rodolfo Rivarola.

<sup>38 bis</sup> Ver Luis D. Varela, *La cuestión penal*, Buenos Aires, 1876.

<sup>39</sup> Lisandro Segovia, *Proyecto de Código Penal*, en “Revista Jurídica y de Ciencias Sociales”, Buenos Aires, 1895, ps. 65 a 221.

Proyecto de Piñero, Rivarola y Matienzo. Argerich criticó al proyecto de 1891 lo que tenía de verdaderamente ponderable: la unificación de la legislación penal federal y ordinaria, la previsión sobre faltas, la unificación de penas privativas de libertad, la admisión de la *exceptio veritatis* en ciertos casos de injurias, etc. Con citas de Ferri, y sin dejar de apuntar de paso: “a veces dudo si tenía razón Garófalo cuando quería que se entregase esta ciencia al dominio de los naturalistas”, defendiendo el sistema de reformas parciales, ejemplificando con los casos de Francia, Portugal, Hungría y Japón. El diputado Olivera tomó la defensa del proyecto de Rivarola, Piñero y Matienzo y el diputado Sánchez atacó al positivismo. Cullen le atribuyó incoherencia al despacho de la comisión; defendiendo también el proyecto de 1891. La discusión se prolongó en las sesiones del 15 y del 20 de junio; y en la del 22 del mismo mes, bajo la presión que implicaba la asistencia del Ministro de Justicia —Osvaldo Magnasco— se aprobó el proyecto de la comisión en general, postergándose su consideración en particular hasta agosto del mismo año<sup>40</sup>.

3. *El camino hacia una relativa liberalización (el código de 1921).*— El “roquismo penal” había triunfado en toda la línea con la reforma de 1903 y coronó su triunfo con la ley de “defensa social” de 1910. Un código procesal inquisitorio cerraba el círculo, haciendo juez contravencional al jefe de la policía, al que la ley de juegos le permitía allanar domicilios sin orden judicial. No había libertad condicional ni condena condicional.

El 19 de diciembre de 1904, por decreto de Quintana, se designa una comisión para la elaboración de un nuevo proyecto de código penal. La integraban Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano Gacitúa, Norberto Piñero, José María Ramos Mejía y, como secretario, José Luis Duffy.

La comisión se apoyó en un anteproyecto de parte general que Rivarola publicó en 1905, que suprimía la pena de muerte (sustituyéndola por presidio) y el destierro, establecía la libertad condicional y sustituía las penas cortas privativas

<sup>40</sup> Congreso Nacional, *Diarios de Sesiones de la Cámara de Diputados*, año 1900, I, ps. 269 a 295, 299 a 348, 350 a 368 y 370 a 378.

de libertad por multa. La comisión elevó su proyecto al ministro de Justicia el 10 de marzo de 1906<sup>41</sup> y el Poder Ejecutivo lo remitió al Senado, que nunca lo trató. El estudio crítico más profundo lo llevó a cabo Julio Herrera<sup>42</sup>, pero no tuvo ningún eco legislativo. En 1904, el diputado Emilio Gorchon había presentado un proyecto de condena condicional que no fue tratado. El régimen se mantenía inmovible, con su legislación represiva cuidándose de los anarquistas por un lado, y de los radicales revolucionarios por el otro, mientras se preparaba para una apertura electoral dado que la presión radical creaba condiciones de inestabilidad —con sus sucesivas tentativas revolucionarias— que no eran del agrado de los inversores. En esas condiciones se llega a 1916, en que asume el primer presidente electo por voto secreto y obligatorio, es decir, que no procedía del fraude electoral. En ese mismo año, el diputado Rodolfo Moreno (h.) reflota el proyecto de 1906, le introduce algunas reformas y lo presenta a la Cámara<sup>43</sup>. Rivarola, Herrera y Moreno eran conservadores, es decir, no pertenecían al partido radical que había triunfado en 1916, pero, como hemos dicho, eran —en política criminal— partidarios de la línea liberal. El proyecto de 1906 había sido completado años después por un proyecto de código procesal, elevado al Ministerio de Justicia y publicado en 1913 y que siguió igual destino que el de código penal<sup>44</sup>. Era un texto en el que se introducía el juicio oral, muy superior al inquisitivo vigente. Moreno no reflotó este texto sino que se limitó al código penal.

<sup>41</sup> *Proyecto de Código Penal para la República Argentina; redactado por la Comisión de Reformas Legislativas constituida por decreto del Poder Ejecutivo de fecha 19 de diciembre de 1904*, Buenos Aires, Tipografía de la Cárcel de Encausados, 1906, 114 ps.

<sup>42</sup> Julio Herrera, *La reforma penal*, Buenos Aires, 1911.

<sup>43</sup> Cámara de Diputados de la Nación, *Proyecto de Código Penal para la República Argentina, presentado por el señor diputado Dr. Rodolfo Moreno (h.)*, Buenos Aires, Talleres Tipográficos de L. J. Rosso y Cía., 1916, 178 ps.

<sup>44</sup> República Argentina, *Proyecto de Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal, la de la Capital y la de los Territorios, presentado por la comisión compuesta por los Dres. Ramón Méndez, M. A. Montes de Oca, Pedro F. Agote y secretario José Luis Duffy*, Publicación oficial, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, Buenos Aires, 1913.

El proyecto de 1906, con las escasas reformas introducidas por Rodolfo Moreno (h.), fue motivo de una encuesta, y conforme a los resultados de la misma, se elaboró lo que se conoce como proyecto de 1917 que, luego de diversas alternativas, entre las que se destaca la tentativa del Senado de mantener la pena de muerte (el Senado era conservador), fue aprobado por el Congreso de la Nación el 30 de setiembre de 1921 y promulgado como ley 11.179 por el presidente Yrigoyen y el ministro Salinas<sup>45</sup>.

El texto de 1921 es prudente, escueto, mantiene la línea del Código Tejedor, introduce la condena y la libertad condicionales, y —bajo ningún concepto— puede considerárselo positivista, es decir, que se sustrajo a la influencia de los académicos de la época, que representaban al más puro positivismo peligrosista. De allí que fuera materia de duras críticas universitarias, tales como la de Juan P. Ramos, Jorge Eduardo Coll, Luis Jiménez de Asúa, etc.<sup>46</sup>. Lo más criticable del texto fue el sostenimiento de la pena de deportación que, a partir de entonces, se quiso interpretar como una “medida de seguridad”, al estilo del proyecto suizo de Stooss.

Sin duda, este texto significó un respiro para el sistema penal represivo en extremo del anterior régimen. Sin embargo, no pasó de un simple respiro, porque para nada se alteró el proceso penal, que siguió con el viejo código inquisitorio de 1888 y con las contravenciones a cargo de la policía.

4. *Las tentativas de represivización.*— A partir de 1923 arrecian los proyectos de “estado peligroso”, que se van frus-

<sup>45</sup> Esta tramitación en detalle, en: *Código Penal Argentino sancionado en 30 de setiembre de 1921*, edición recopilada y ordenada por C. Raffo de la Reta, texto revisado y anotaciones marginales por Antonio De Tomaso, prólogo de Rodolfo Moreno (h.), Buenos Aires, 1921; y en *Código Penal de la Nación Argentina, ley 11.179, con las modificaciones de las leyes 11.221 y 11.309*, edición oficial, Buenos Aires, Talleres Gráficos de L. J. Rosso y Cía., 1924.

<sup>46</sup> Luis Jiménez de Asúa, *El Código Penal Argentino y los proyectos reformadores ante las modernas direcciones del derecho penal*, Buenos Aires, 1943; Juan P. Ramos, *Prólogo* al anterior; Juan P. Ramos, en Raffo de la Reta-De Tomaso, ob. cit., I, ps. 221 a 281; Jorge Eduardo Coll, en el mismo, ps. 308 a 352; Juan P. Ramos, *Conferencias sobre el derecho penal argentino pronunciadas en la Universidad de Roma entre el 10 y el 23 de enero de 1929*, Buenos Aires, 1929.

trando sucesivamente. En 1930 un golpe de Estado derroca al gobierno constitucional de Yrigoyen y establece la "ley marcial", fusilando *in situ* a quien se sorprendiera cometiendo un delito. La crisis de 1929 afectó grandemente a la Argentina y la oligarquía recuperó el control político total del país a través del golpe del 6 de setiembre de 1930. Se inicia un período de gobiernos elegidos mediante fraudes o proscripciones, que culminará en otra intervención militar en 1943. En el curso de esos trece años hay una tentativa de represivización general del código penal, mediante un proyecto que remitió el poder ejecutivo el 29 de noviembre de 1932 y fue discutido en el Senado en 1933, que lo aprobó, introduciendo la pena de muerte por electrocución, estado peligroso, agravación de penas, etc.<sup>47</sup>. El proyecto no fue considerado por la Cámara de Diputados.

Los proyectos de estado peligroso sin delito fueron rechazados y, por lo general, se considera esto como un triunfo de la línea liberal. Sin embargo, pese a que —en general— es cierto, cabe observar que el poder ejecutivo no necesitó nunca en la Argentina acudir al estado peligroso sin delito, pues le basta valerse de las contravenciones, que juzgan sus propios funcionarios y que constituyen el mejor sistema de estado peligroso sin delito. Por otra parte, la región más conflictiva del país es la provincia de Buenos Aires, en la cual rige un código procesal de 1915<sup>48</sup> que permite que la policía provincial reciba declaración del detenido, a la cual se concede el valor probatorio de una indagatoria judicial. En 1935 se publicó un proyecto de código procesal para la provincia bonaerense que prohibía la indagatoria policial y establecía el juicio oral que, naturalmente, no tuvo sanción<sup>49</sup>.

El sector positivista no permanecía inactivo tampoco en cuanto al código penal y así fue como, en 1936, se encomien-

<sup>47</sup> José Peco, *La reforma penal en el Senado de 1933*, Buenos Aires, 1936.

<sup>48</sup> Provincia de Buenos Aires, *Código de Procedimiento Penal, sancionado en enero 13 de 1915, Edición Oficial*, Taller de impresiones oficiales, La Plata, 1915.

<sup>49</sup> Ministerio de Gobierno de la Provincia de Buenos Aires, Comisión de Reformas en Materia Procesal, Carcelaria y de Menores, Eusebio Gómez-Rodolfo Moreno, *Proyecto de Ley, Código de Procedimientos en Materia Penal*, La Plata, Taller de impresiones oficiales, 1935.

da a Jorge Eduardo Coll y a Eusebio Gómez un nuevo proyecto de código, que elevan en 1937<sup>50</sup>, de neto corte positivista, que no fue considerado. Mucho más moderado por la ideología liberal de su autor, fue el proyecto de José Peco de 1941<sup>51</sup>.

En general, puede afirmarse que se opera un estancamiento en la legislación penal, producto de que la existente resultaba suficientemente idónea para el control social que pretendía el sistema político, que retomaba los cauces del país agroexportador en manos de una minoría terrateniente e ilustrada. En el plano ideológico seguía dominando el positivismo, que en uno de sus peores alegatos llega a afirmar la necesidad de combatir la "degeneración", pues los degenerados ya son una masa que domina al mundo y, especialmente, a la Argentina, que reconoce un elemento básico étnicamente pobre y en la que los aportes migratorios compensatorios fueron una ilusión<sup>52</sup>. Sin embargo, ya el peligrismo había recibido un fuerte golpe<sup>53</sup> y se publicaba la primera exposición del derecho penal argentino de corte dogmático neokantiano<sup>54</sup>, aunque no se alejaba del peligrismo en cuanto a la pena, porque aún permanecía vinculada al positivismo alemán de Liszt.

Sin embargo, un movimiento independiente se viene anunciando desde las provincias. En realidad, el embate contra el positivismo lo inicia en su versión dogmática Soler en Córdoba, y en 1940, Córdoba sanciona un nuevo código procesal, con plenario oral, que contrasta vivamente con el inquisitivo del puerto y de la provincia de Buenos Aires<sup>55</sup>. Además, se

<sup>50</sup> *Proyecto de Código Penal para la República Argentina; redactado en cumplimiento del decreto del 1 de setiembre de 1936 y precedido de una exposición de motivos por los Dres. Jorge Eduardo Coll y Eusebio Gómez*, Buenos Aires, Talleres Gráficos de la Penitenciaría Nacional, 1937.

<sup>51</sup> José Peco, *Proyecto de Código Penal; exposición de motivos presentado a la Cámara de Diputados de la Nación Argentina; el 25 de setiembre de 1941*, La Plata, 1942. Hay una edición de la Imprenta del Congreso de la Nación, de 1943.

<sup>52</sup> Francisco de Veyga, *Degeneración y degenerados; miseria, vicio y delito*, Buenos Aires, 1938, p. 29.

<sup>53</sup> Sebastián Soler, *Exposición y crítica de la teoría del estado peligroso*, Buenos Aires, 1929.

<sup>54</sup> *Derecho Penal* de Sebastián Soler, que aparece a fines de la década del 30.

<sup>55</sup> Jorge A. Clariá Olmedo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, 1960, t. I.

van sancionando códigos contravencionales provinciales que judicializan las contravenciones. En la Capital y en la provincia de Buenos Aires, sin embargo, se va notando una progresiva represividad de la jurisprudencia. *Comienza a marcarse un fenómeno que se irá agudizando paulatinamente; el control social se represiviza en el puerto y, en particular, en la provincia de Buenos Aires, donde se concentran los mayores focos de marginación urbana.*

5. *El lanzamiento industrial y la concentración urbana.*— En la segunda mitad de la década del cuarenta, comienza un rápido proceso de concentración urbana, particularmente en la ciudad de Buenos Aires, y de paralelo desarrollo industrial. El gobierno peronista protagoniza esta etapa hasta su caída, en 1955. En cuanto a la legislación penal, no produjo ningún cambio fundamental. En el gobierno militar 1943-1946 se había sancionado el decreto ley 20.942/44, ratificado por la ley 12.997, que atenuaba el régimen de la deportación, poniéndole un límite al permitir la libertad condicional. En 1954, la ley 14.394 estableció un nuevo régimen para los menores. Por lo demás, el código penal de 1921 pasó prácticamente intacto, pese a dos tentativas de reforma integral, constituídas por el proyecto del poder ejecutivo que elaborara Isidoro De Benedetti (1951)<sup>56</sup> y por el del 1953, que —en definitiva— fuera redactado por Ricardo Levene (h.)<sup>57</sup>. Ambos textos eran de corte positivista más atenuado que el de 1937 y no fueron considerados por el Congreso.

En el orden procesal, en la Capital Federal permaneció también inalterado el código de 1888, pese a un proyecto de reemplazo por un texto análogo al de Córdoba. Sin embargo, en varias provincias se fueron sancionando códigos o reformas que establecieron el juicio oral, extendiendo el modelo de Córdoba.

En cuanto al ordenamiento contravencional de la ciudad de Buenos Aires, el poder ejecutivo hizo amplio uso de las fa-

<sup>56</sup> República Argentina, Ministerio de Justicia de la Nación, *Código Penal; proyecto del Poder Ejecutivo*, Buenos Aires, Dirección General de Publicaciones, Biblioteca y Archivo, 1951.

<sup>57</sup> Se reprodujo a multicopiador y no registró entrada en el Congreso.

cultades de legislar por edictos del jefe de la policía federal, fortaleciéndose por este medio el control social urbano, en términos verdaderamente autoritarios. Una legislación contra el agio y la especulación y el control sobre sectores contestatarios de la clase media, llevaron a criminalizar a algunas personas de estos sectores, lo que no tenía precedentes. El fortalecimiento de la policía federal en Buenos Aires llegó al extremo de establecerse un "código policial" que creaba tribunales policiales "análogos" a los militares, para juzgar a los miembros de ese cuerpo, que fue imitado por varias provincias, pero que casi no llegaron a funcionar.

En el plano penitenciario fue donde se registraron los mayores cambios. La ley penitenciaria de 1933 fue reglamentada por decreto del 14 de noviembre de 1947, en el que se estableció la progresividad del régimen de ejecución penal. La reglamentación del referido decreto fue todo un plan penitenciario, que se concretó en la supresión del penal de Ushuaia (cuya despoblación comenzó de inmediato, hasta agotarse en 1952), la creación de la escuela penitenciaria de la Nación en 1948, la concesión de las primeras "salidas transitorias" en 1952 —como forma real de progresividad— y la aplicación de un régimen de disciplina atenuada dentro de la penitenciaría nacional de Buenos Aires. En 1947 desapareció también el tristemente célebre uniforme a rayas y los grilletos<sup>58</sup>. En la provincia de Buenos Aires se sancionó un Código de Ejecución Penal, proyectado por la dirección general de establecimientos penales, a cargo de Italo A. Luder<sup>59</sup>.

Este período implicó una considerable transformación económica y social del país. El puerto había sido dominado por la minoría vinculada al plan británico y se había asentado en él una incipiente clase media nutrida por la inmigración y su primera o segunda generación. El libro de Veyga, de 1938, quizá sea el último alegato de la tesis de la minoría portuaria: en el interior, el criollo (en la Argentina se llama "criollo" al

<sup>58</sup> Ver Roberto Pettinato, *Nuevos horizontes del régimen penitenciario argentino*, en "Revista Penal y Penitenciaria", 1947, ps. 7 y ss.; Alfredo J. Molinario, *El régimen de prelibertad*, en la misma, 1950, ps. 59 a 116.

<sup>59</sup> Provincia de Buenos Aires, Ministerio de Gobierno, Instituto de Investigaciones y Docencia Criminológicas, *Código de Ejecución Penal (ley 5169); antecedentes, debate legislativo*, La Plata, 1951.

mestizo), al que Sarmiento había caracterizado como una mezcla de razas incapaz de superar la edad media y una raza prehistórica cívicamente inútil; en Buenos Aires, la inmigración fenicia y sus descendientes. Ambos eran la "degeneración" que amenazaba a la minoría "sana" que, mediante el fraude, se mantenía en el poder y así continuaría hasta 1943. Este póstumo alegato criminológico de la minoría portuaria anunciaba el peligro que se cernía sobre la misma: el avance incontenible de la "degeneración" que era la mayoría. Desde la óptica de esta minoría, que pierde su poder hegemónico en ese momento, la concentración urbana de esos años significa precisamente el triunfo de la "degeneración". Desde otra óptica, es decir, desde los segmentos de la clase media portuaria de procedencia inmigratoria, aunque ya con una o dos generaciones argentinas (la corriente migratoria más fuerte se había interrumpido treinta años antes, al comenzar la Gran Guerra), los "criollos" se concentraban, disputándoles el terreno urbano, que consideraban como propio, lo que generaba otras situaciones conflictivas.

En general, puede decirse que hubo una seria distorsión de la ideología argentina que la separó en cierta medida de la del resto de Latinoamérica. La admiración por el modelo anglo-sajón como superior, arquetípicamente representada por Sarmiento, si bien se desilusiona al fracasar el plan roquista de construir un país con inmigrantes europeos —con raza "sana"—, especialmente porque éstos no eran anglosajones sino marginados italianos, españoles y —en menor medida— franceses y alemanes, dio los resultados de una ciudad portuaria ideológicamente no identificada con Latinoamérica. Poco o ningún eco pudieron tener en Buenos Aires las voces de José Enrique Rodó, de Manuel González Prada o de José Vasconcelos. La intelectualidad argentina marchaba por otros caminos y, de pronto, se encontró con la presencia mestiza disputándole su territorio urbano, que consideraba propio y exclusivo, y su desconcierto fue enorme. Esta vivencia de esos años explica la imagen que su ideología proyectó hacia el resto de América Latina y las dificultades de integración, que se agudizan, por falta de un adecuado marco ideológico.

En este panorama, el control social se orientó hacia un reforzamiento policial en el puerto, que era donde la situación planteaba los mayores conflictos y que, junto al expansionis-

mo económico, logró una alta tasa de empleo, con lo cual se evitó que esa concentración urbana, pese a su aceleración, fuese violenta, en forma comparable con las características que —por lo general— tienen lugar en esos procesos. La única violencia de la concentración urbana argentina fue, en realidad, ese autoritarismo policial. Ese mismo autoritarismo y la necesidad de controlar la concentración urbana, impidieron que se modificase el sistema penal en cuanto al proceso, por lo que no progresaron las tentativas de oralización en el orden federal. Sin embargo, en las provincias, donde no tenía lugar el mismo proceso, pudo materializarse el juicio oral en algunas de ellas. Allí la necesidad de control social era mucho menor o se desarrollaba por carriles no punitivos.

En lo penitenciario, éste es el verdadero período de la “cárcel-fábrica”, que no se había dado cuando en 1877 se inauguró la penitenciaría nacional, sino que se da cuando —setenta años más tarde— se produce realmente la concentración urbano-industrial y se integra la cultura mestiza en la gran ciudad europeizada.

6. *Las alternativas posteriores.* — Es sumamente engorroso seguir el difícil camino que transitó el sistema penal argentino desde 1955 hasta el presente, por la frecuencia de sus reformas legislativas y de sus proyectos.

Pasando por alto los detalles —que no hacen al caso— es posible señalar los siguientes pasos:

a) El régimen militar de 1955-1958, llamado “Revolución Libertadora”, sancionó una legislación de facto que reprimía las actividades del partido que había tenido el gobierno constitucional hasta 1955 y consolidó la facultad policial de juzgar contravenciones.

b) El gobierno civil de 1958-1962 encargó un proyecto de código penal a Sebastián Soler, elevado en 1960, siguiendo las líneas de los proyectos alemanes y del código griego.

c) El régimen de facto de 1962-1963 sancionó por decreto ley 4778 del 12 de junio de 1963 numerosas reformas al código penal, represivizándolo considerablemente.

d) El gobierno civil de 1963-1966 derogó esas reformas de facto.

e) El régimen militar de 1966-1973, llamado “Revolución Argentina”, nombró en 1967 una comisión integrada por Se-

bastián Soler, Carlos Fontán Balestra y Eduardo Aguirre Obarrio, que proyectó una reforma que introducía varias ideas del proyecto de 1960. El Poder Ejecutivo, mediante la ley de facto 17.567, del 6 de diciembre de 1967, sancionó y promulgó con fuerza de ley la reforma proyectada, que incorporó 26 artículos, sustituyó 73, modificó 15, aumentó la pena de 11, actualizó las multas de 22 y derogó 9, lo que hace un total de 156 modificaciones al texto que regía desde 1964. El texto reformado entró en vigencia el 1 de abril de 1968<sup>60</sup>.

Con posterioridad se introdujeron nuevos textos legales por leyes 18.701 del 2 de junio de 1970, que estableció pena de muerte para los delitos de privación ilegal de la libertad seguida de muerte, atentados con armas contra las fuerzas armadas o de seguridad y uso ilegítimo de insignias, distintivos o uniformes de las fuerzas armadas o de seguridad para cometer otros delitos; 18.934, del 12 de febrero de 1971, que incorporó el art. 175 bis, sobre represión de la usura; 18.953, del 17 de marzo de 1971, que introdujo la pena de muerte en el código penal; 19.797, del 22 de agosto de 1972, que reprimió la difusión o propaganda de asociaciones ilícitas o subversivas y 20.043, del 28 de diciembre de 1972, que derogó la pena de muerte.

En las postrimerías de ese régimen militar se elaboró en el Ministerio de Justicia un proyecto de parte general por Sebastián Soler, Eduardo Aguirre Obarrio, Eduardo H. Marquardt y Luis C. Cabral, que se conoció tres años más tarde y que no diferiría mucho del modelo seguido por Soler en 1960<sup>61</sup>.

f) El gobierno civil de 1973-1976 sancionó el 27 de mayo de 1973 la "ley" 20.509 que restableció la versión del código de 1921, con algunas reformas secundarias. El 28 de enero de 1974 sancionó la ley 20.642, elevando las escalas penales de

<sup>60</sup> El texto y motivación de esta reforma fue publicado por el Boletín Oficial de la República Argentina, Dirección Nacional del Registro Oficial, separata n° 4/68, año LXXXVI, n° 21.353, 12 de enero de 1968. La crítica más virulenta se debió a la pluma de Ricardo C. Núñez, *El origen bastardo de una reforma*, en "Revista de Derecho Penal y Criminología", n° 1, enero-marzo de 1968, ps. 29 y ss.

<sup>61</sup> Proyecto de Código Penal de 1973 en "Cuadernos de los Institutos", Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, n° 129 (n° 25 del Instituto de Derecho Penal), 1976, ps. 133 y ss.

varios delitos. En sus postrimerías sancionó la ley 20.840, que recuerda en mucho a la de "defensa social" de 1910.

Durante su gestión se elaboró un proyecto de parte general, por una comisión presidida por Jesús E. Porto e integrada por Enrique Aftalión, Enrique Bacigalupo, Carlos Acevedo, Ricardo Levene (h.) y Alfredo Massi, que seguía de cerca los lineamientos del proyecto alternativo alemán de 1966<sup>62</sup>.

g) El régimen militar de 1976-1983, llamado "Proceso de Reorganización Nacional", introdujo por "ley" 21.338 del 25 de junio de 1976, la pena de muerte y casi todas las reformas de 1968, que habían sido derogadas en 1973, salvo alguna liberalizadora y agravando en algo las más represivas. A ello agregó toda una legislación represiva que dio efecto suspensivo a la apelación de "hábeas corpus", extendió la competencia militar a civiles, restableció un texto análogo a la "ley de residencia" de 1902, etc.

En su curso se elaboró un proyecto de código penal por Luis Cabral, Eduardo Aguirre Obarrio y José M. Rizzi, análogo al de Soler de 1960.

h) El gobierno civil de 1983 sancionó la ley 23.057, que redujo el ámbito de la reincidencia y de la deportación, y la ley 23.077, que derogó casi todas las reformas del régimen militar, volviendo el código a la configuración general de 1921.

El sistema procesal penal de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires se mantiene con la señalada reducción del plenario a una mera formalidad escrita. En la provincia de Buenos Aires la policía conserva la facultad de tomar indagatoria con valor de prueba judicial. La policía federal y la de la provincia de Buenos Aires conservan la función judicial en materia contravencional, función que se ha extendido en la provincia de Buenos Aires a las leyes de juego. El sistema penitenciario se militarizó, cargando el acento sobre el aspecto seguridad en forma casi exclusiva. Lo único positivo de estos años, es que varias provincias han adoptado el plenario oral. Sin embargo, el sistema penal se ha represivizado cada vez más en el puerto y en la provincia de Buenos Aires, alcanzan-

<sup>62</sup> Proyecto de la parte general del Código Penal; redactado por la Comisión de Reformas al Código Penal creada por el Poder Ejecutivo, Buenos Aires, 1974.

do su máximo nivel de represividad con el régimen de 1976-1983.

En general, puede afirmarse que el poder que se había concentrado en el período 1946-1955 en el poder ejecutivo, para el control policial del proceso de concentración urbano-industrial, en modo alguno se ha desconcentrado, sino que se ha reforzado, más aún en la provincia de Buenos Aires (que por abarcar la zona periférica del puerto contiene a los sectores más marginados), y que a ello se fue añadiendo un proceso de represivización legislativa, con algunos períodos de distensión en gobiernos civiles.

La jurisprudencia de la ciudad de Buenos Aires es altamente represiva y sus criterios, en buena parte de los casos, receptan una doctrina análoga, orientada por un retribucionismo idealista nebuloso. En otros casos, sobrevive un peligrosismo que carece hoy de voceros doctrinarios significativos. El proceso de represivización legal y jurisprudencial ha estado orientado en dos sentidos: por un lado, una variante del tronco liberal ha derivado hacia un retribucionismo ejemplarizante y estigmatizante (reincidencia ficta, deportación por "habitudinalidad", etc.); por otro lado, la represión abierta, ya carente de cualquier argumentación con cierto nivel de abstracción, sigue la línea del positivismo de la ley de "defensa social" de 1910, aunque sin tales argumentos que —ingenuamente— reverdecen algunos jueces, por supuesto que sin conocer sus antecedentes. El nivel técnico ha descendido en forma paralela al aumento de la represividad.

7. *Conclusiones.*— El brevísimo análisis ideológico de la legislación represiva argentina nos muestra:

a) En un primer período, que se extiende hasta la década de 1870, los sectores hegemónicos prefirieron imponer su control punitivo en forma arbitraria sin atarse a formalismos. Para ello se valieron del desorden legislativo y de las leyes de leva y reclutamiento.

b) Los sectores hegemónicos —ya portuarios— debieron formalizar el control social punitivo en razón de las exigencias de la inversión foránea y del plan de "mejorar la raza" con la inmigración para hacer un país europeo. Así, para imponer su autoridad en las provincias tipificaron los delitos federales (1863) y para acabar con el desorden legislativo que

creaba inseguridad a los propios sectores hegemónicos impusieron el código de 1886 y crearon una ficción de juicio con el procesal de 1888.

c) Dentro del propio sector hegemónico surgen dos corrientes ideológicas: una liberal y otra autoritaria. La autoritaria se inclina preferentemente hacia el positivismo italiano y a ella responde toda la legislación de control de la inmigración peligrosa (ley de residencia de 1902, reforma al código de 1903 y ley de defensa social de 1910). La liberal insiste con proyectos no positivistas en 1891, 1895 y 1906, como también con leyes procesales con juicio (1913). Triunfa parcialmente con el código de 1921, pero no en el resto.

d) En el momento de la concentración urbana, se centraliza el control social punitivo en Buenos Aires, por medios policiales, en forma que se mantiene aún cuando ese proceso ha cesado hace más de tres décadas. El sistema penal ha mejorado en la mayoría de las provincias por efecto del juicio, pero en Buenos Aires y la provincia homónima se ha represivizado con períodos de distensión. Del viejo tronco ideológico liberal se desprendió una rama que fue propugnando un retribucionismo ejemplarizador y estigmatizante; la vieja línea autoritaria se despojó de su abierto discurso más o menos coherente del positivismo racista y quedó en puro autoritarismo.

e) Las perspectivas futuras dependen de la capacidad de integración de una sociedad que aún no parece salir de su desconcierto cultural —especialmente, en sus clases medias—, de la posibilidad de desconcentrar el poder acumulado por el ejecutivo y del éxito de una ideología que herede la continuidad del tronco liberal originario, en contraposición a la derivación autoritaria del mismo.

#### SECCIÓN D: REFLEXIONES QUE SUGIERE EL ANÁLISIS.

Lo que expresamos al comienzo, en el sentido de la necesidad del análisis histórico-ideológico de los sistemas penales, creemos que se confirma en los resultados de las ejemplificaciones que hemos hecho. Este brevísimo análisis nos muestra a nuestros sistemas penales como partes de un control social más amplio que compromete a los Derechos Humanos en una perspectiva total de la sociedad y que va vinculado a su reali-

zación o conculcación con la proyección de la hegemonía social en sus sucesivos momentos. Los Derechos Humanos no pueden verse fuera de una perspectiva histórica ni realizarse fuera de la historia. Las líneas generales pueden señalarse por su universalidad, pero su realización concreta, es decir, el espacio para su efectivización, siempre se vinculará a condiciones históricas que es necesario conocer y valorar, para no correr el riesgo de caer en un discurso hueco e irrealizable. En todo momento debemos tener presente que la realidad no se presenta parcializada, que somos nosotros los que la parcializamos para obtener conocimiento, pero que lo parcial es el conocimiento y no la realidad. Para que esta parcialización no perturbe demasiado el conocimiento mismo, es necesario mantenerlo conectado al máximo con otros ámbitos de la realidad y, en lo que directamente nos interesa aquí, con el conocimiento de la estructura social de poder y su gestación. Esta tarea es la que deben cumplir análisis más extensos y detallados que los que ofrecemos, con mayores y mejores recursos metódicos, interdisciplinarios y extendidos a toda el área.