

¿PRISIÓN O CONFISCACIÓN DE VALOR?

Imprisonment or Confiscation of Value?

Eugenio Raúl ZAFFARONI*

A Carmen Antony
In memoriam

*“But I don’t want to go among mad people”,
Alice remarked.
“Oh, you can’t help that”, said the Cat,
“we’re all mad here. I’m mad, you’re mad.”
“How do you know I’m mad?”, said Alice.
“You must be”, said the Cat, or you
wouldn’t have come here.”***

Sumario:

I. ¿Por qué el encierro como pena? II. Proporcionalidad: Igual valor del encierro y del daño III. El valor según los penalistas economistas IV. El contractualismo y la teoría del valor de Smith V. La disfuncionalidad de Adam Smith para el poder real VI. Síntesis VII. Fuentes.

Resumen: *Se presenta un estudio acerca de la pena de prisión y la forma en que, dentro de las sociedades contemporáneas, ha llegado a convertirse en la reacción punitiva por excelencia frente al delito. Contrario a esta tendencia, hasta aproximadamente el siglo XVIII, el encierro tenía solamente una finalidad equivalente a la de una medida cautelar parecida a la que ahora desempeña la prisión preventiva. Serán las teorías económicas sobre el valor las que propiciarían el cambio de mentalidad a partir del cual la prisión se convierte en el eje del sistema punitivo actual. Se diferencia el enfoque de los monetaristas, que únicamente pueden legitimar el castigo como equivalente a la confiscación, de las teorías subjetivistas, que encuentran una base legitimadora, por ejemplo, en la prevención alcanzada mediante el principio de utilidad. No deja de ser paradójico que las teorías económicas de Adam Smith, que poseían un mayor potencial para explicar el fundamento del “pago a través de un tiempo de encierro”, hayan sido ignoradas. Tal menosprecio se explica porque dichas teorías fueron una especie de camino prohibido, de acentuado idealismo, limitador del conocimiento, impermeable a todo dato de la realidad, lo que, por otra parte, le era necesario para asumir la función legitimante del poder punitivo de sociedades desiguales y de empresas neocolonialistas como las nuestras. Nuestro propósito es indagar los elementos ideológicos de los que se nutrieron los penalistas que naturalizaron al encierro como pena.*

Palabras clave: *derecho penal, mercantilismo, pena de prisión, prevención, teoría económica, utilitarismo.*

* Doctor en Derecho. Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor de numerosas obras sobre derecho penal, derechos humanos y jurisdicción interamericana.

** *“Pero es que yo no quiero andar entre locos”, afirmó Alicia. / “Oh, eso no lo puedes evitar”, dijo el Gato. “Aquí todos estamos locos, yo estoy loco, tú estás loca”. “¿Cómo sabes que yo estoy loca?”, preguntó Alicia. // “Es que debes estarlo”, dijo el Gato, “pues de lo contrario no hubieses venido aquí” (Alicia en el país de las maravillas, capítulo VI).*

Abstract: *A study of imprisonment and the way in which, in contemporary societies, it has become the punitive reaction par excellence to crime. Contrary to this trend, until about the 18th century, imprisonment had only a purpose equivalent to that of a precautionary measure like that now served by pretrial detention. It would be the economic theories of value that would bring the change of mentality from which imprisonment becomes the axis of the current punitive system. The approach of monetarists, who can only legitimize punishment as equivalent to confiscation, differs from subjectivist theories, which find a legitimizing basis, for example, in the prevention achieved through the principle of utility. It is paradoxical that Adam Smith's economic theories, which had the greatest potential to explain the rationale for "payment through time confinement", have been ignored. This evasion can be explained by the fact that these theories were a kind of forbidden path, of marked idealism, limiting knowledge, impermeable to any data of reality; something ill-advised if what is sought is a legitimizing discourse of the prison sentence in unequal and neocolonialist societies like ours. Our purpose is to inquire into the ideological elements from which the penalists who naturalized confinement as a punishment drew their inspiration.*

Keywords: *criminal law, commercialism, prison sentence, prevention, economic theory, utilitarianism.*

I. ¿Por qué el encierro como pena?

1. La naturalización del encierro como pena

La privación de libertad (encierro) como columna vertebral del sistema penal (y como pena por excelencia en el imaginario popular) se fue instalando a lo largo del siglo XVIII y se generalizó en el derecho penal en el siglo siguiente¹. Con anterioridad, la prisión, como pena, era excepcional², pues el encierro se preveía casi exclusivamente como prisión preventiva conforme a la fórmula que se conserva hasta el presente en el artículo 18° de la Constitución argentina³, aunque también era usada para quienes no pagaban sus deudas⁴.

La proporción de la pena con el delito fue una exigencia en los discursos del derecho penal de todos los tiempos, pero eso no explica en modo alguno el encierro como pena. Así, entre los propios penalistas del iluminismo, Lardizábal entendía que esa proporción surgía de la "naturaleza de los delitos", con lo que repetía lo dicho por Montesquieu, para quien también se derivaba de la "naturaleza del delito mismo": "Hay cuatro clases de crímenes. Los de la primera especie

¹ En la realidad, el poder punitivo no prescindió de las penas corporales, pues no solo mantuvieron vigencia fáctica en nuestra América colonizada y en África, sino también en Europa, pero en los códigos y en el discurso jurídico fue cobrando centralidad la privación de libertad como sinónimo de pena medida en tiempo. La propia pena de prisión en condiciones degradantes sigue siendo una pena corporal.

² Sobre sus antecedentes, Michael IGNATIEFF, *Le origine del penitenziario, Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese*, Milano, Mondadori, 1982.

³ La fórmula parece provenir de Lardizábal: "La cárcel no se ha hecho para castigo, sino para custodia y seguridad de los reos" (Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma*, [con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba] Vitoria/Gasteiz, 2001, p. 211), siguiendo al Digesto de JUSTINIANO, 48,8,9: *Carcer enim ad continendos homines non ad puniendos haberi debet* (cárceles son para contención de los hombres y no para su castigo), *El Digesto del Esperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior los el licenciado Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca del Colegio de Abogados de esta Corte, nueva edición*, Madrid, 1874, t. III, p. 695.

⁴ Cfr. Roberto BONINI, "La carcere dei debitori", *Linee di una vicenda settecentesca*, Torino, 1991.

lesionan la religión; los de la segunda las costumbres; los de la tercera la tranquilidad; los de la cuarta la seguridad de los ciudadanos”⁵.

Más aún: Montesquieu consideraba que la libertad triunfa cuando la pena surge de la naturaleza particular del crimen, sosteniendo que con eso “toda arbitrariedad desaparece, pues la pena no dependerá ya del capricho del legislador, sino de la naturaleza de la cosa”⁶.

Pero a poco se fue dejando de lado la certeza acerca de ese particular criterio de proporcionalidad derivado de las llamadas *penas naturales* y se generalizó en el discurso penal otro diferente y no menos particular, que es la proporcionalidad con el encierro medido en tiempo. Hoy no llama la atención que un hurto se considere proporcional a un encierro de un mes a dos años y un homicidio de otro de ocho a veinticinco años.

Cuando la ingenua pregunta indaga por qué, se responde que obedece a la diferente entidad de la lesión a los bienes jurídicos, pero con eso en verdad se elude la respuesta de fondo, porque si bien se explica la medida, no se dice nada acerca de la razón del encierro: se responde por la medida, pero no por el contenido de la pena; se da razón del tiempo de encierro, pero no del encierro mismo. De ese modo, no se proporciona una falsa respuesta, sino que se trata de eludir una pregunta para la que no se dispone de una respuesta más o menos clara.

2. La metáfora de la botella cazamoscas

Álvaro Pires sostiene acertadamente que los doctrinarios penales —y no solo estos, agregaríamos nosotros— elaboraron un sistema que naturaliza el delito y hace necesaria su relación con la pena y, por ende, la obligación de penar. Explica que de este modo se montó un sistema autosuficiente, opuesto y diferente al del resto del derecho (civil y administrativo). Con buen criterio acude a la metáfora de la botella cazamoscas (*bouteille à mouches*) de Wittgenstein, invocada por Paul Watzlawick⁷.

Wittgenstein respondía a la pregunta “¿Cuál es tu fin en filosofía?” diciendo “mostrar a la mosca la salida del cazamoscas”, lo que Watzlawick explicaba de la siguiente manera:

Como se sabe, los viejos cazamoscas de vidrio estaban hechos de tal manera que la abertura de entrada, en forma de embudo, se iba estrechando poco a poco, de tal modo que la mosca podía entrar fácilmente, pero aquella abertura vista desde adentro no parecía una salida sino que se presentaba cada vez

⁵ Afirmaba que cuando bastaban castigos moderados, “el agravarlos sería crueldad y tiranía, y se excederían los límites de la justicia y de la equidad. Por el contrario, si las penas no tuviesen eficacia bastante para contener la osadía de los malos, serían inútiles, y en vez de impedir los delitos, solo servirían de incentivo para ellos”. Seguidamente afirmaba que la medida y cantidad de las penas debía derivarse de “la medida y cantidad de los delitos”. Aclaraba que la palabra *cantidad* no la empleaba en sentido estricto, sino metafórico, “en el cual no significa otra cosa, que el conjunto de cualidades y circunstancias, que constituyen una acción más o menos mala, y por consiguiente más o menos perniciosas”. Manuel DE LARDIZÁBAL Y URIBE, *Discurso sobre las penas...*, cit., pp. 89-90.

⁶ De allí deducía que los primeros deben ser penados con la privación de los beneficios religiosos (expulsión de los templos, de los gremios), los segundos con la vergüenza pública, expulsión de la ciudad; los terceros con la pérdida de la propia tranquilidad (prisión, destierro); y los de la cuarta categoría con una suerte de talión (muerte, penas corporales, pérdida de bienes, admitiendo en caso de insolvencia que esta última pueda reemplazarse por la anterior). *Ouvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition, revue, corrigée et considérablement augmentée par l'autor*, Londres, Chez Nourse, 1767, t. I, p. 253 y ss.

⁷ Cfr. Álvaro PIRES, en Christian DEBUYST, Françoise DIGNAFFE & Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruselas, 2008, t. II, p. 28.

más estrecha y amenazadora. Teniendo en cuenta el sentido de la metáfora de Wittgenstein, sería pues menester persuadir a la mosca de que su salvación estaba en la solución que parecía menos verosímil⁸.

De igual forma, pareciera que todo el derecho penal derivase en una pena que resulta inexplicable para los que queden fuera de la botella o que no hayan atravesado el espejo de Alicia. Dentro de la botella no han quedado solo los penalistas, sino que estos arrastraron a millones de personas que, en todo el mundo, se han acostumbrado a considerar por completo normal que el encierro sea la respuesta a todos los delitos.

Lo cierto es que hay una civilización que está dentro de la botella o bien, merece la misma respuesta del Gato a Alicia: “si estás de este lado del espejo, es porque tú también estás loco”.

Una vez en el botella —o del otro lado del espejo— los penalistas de los dos últimos siglos trataron de proponer diferentes legitimaciones —productos de la imaginación de cada penalista— conocidas como *teorías de la pena*, que se reiteran casi siempre conforme a una clasificación originaria de Anton Bauer⁹.

Todos estos proyectos de la pena son revoloteos —algunos muy groseros y otros finísimos— que imaginan “fines” (o “deber ser”) de las penas, que muy pocas veces —o ninguna— responden a la realidad del ejercicio del poder punitivo y ni siquiera de la imposición y cumplimiento del encierro formal como pena.

Pero, en estos revoloteos dentro de la *botella penal*, cualquiera sea el deber ser de la pena que los penalistas elijan del catálogo del viejo Bauer, siempre lo central es ahora el encierro temporal, o sea, que poco importa que se escoja una u otra de estas “teorías” cuando se trata de responder la pregunta acerca de “por qué siempre predomina el encierro”.

3. Desde fuera de la botella

Desde fuera de la botella, vemos que todas las teorías de la pena son proyectos de cómo cada penalista cree que debería ser la pena y, sin saberlo, está al mismo tiempo proponiendo “modelos de Estado”¹⁰. En cuanto a cómo son las penas en la realidad y cuál es la verdadera función social del poder punitivo, son cuestiones que el *penalismo idealista* deja a cargo de la criminología y de la política, a las que subestima y se cuida meticulosamente de que ninguno de sus datos lo perturbe.

En definitiva, no sabemos cuál es la función de la pena y del poder punitivo en general, porque es tan *extremadamente plurifuncional*, es decir, que es útil a tantos objetivos que no podemos conocerlos todos; como máximo podemos detectar alguna función preponderante, siempre condicionada por tiempo y espacio. De toda forma, de lo que estamos seguros es de que resulta indispensable contenerlo *racionalmente*, porque de lo contrario se expande y acaba

⁸ Paul WATZLAWICK, *La realidad inventada ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?*, Barcelona, 1994, p. 200.

⁹ Anton BAUER, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung alle Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830. Ahora puede agregársele la llamada *prevención general positiva*, que sería algo así como el *prestigio del Estado*. Un panorama completo más reciente en Mario A. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana, Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

¹⁰ Cfr. ZAFFARONI, “Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración”, en *Derechos en Acción*, año 5, no. 16, 2020.

en genocidio. La programación de esa contención racional jurídica es, justamente, la función propia del derecho penal de todo Estado de derecho¹¹.

Cuando nos quedamos fuera de la botella o de este lado del espejo, sabemos que los revoloteos son siempre *racionalizaciones*, algunas de las cuales nos despiertan curiosidad y, entre ellas, no es la menos llamativa la cuestión del encierro como pena: ¿Cómo explican, dentro de la botella, que conductas tan enormemente diferentes en todo (daño, dolor de la víctima, rechazo, repugnancia social, etc.) como violar a una mujer y librar un cheque sin provisión de fondos, se midan en encierro? ¿Por qué razón se valen del encierro para un asesino sádico serial y para quien se queda con una billetera perdida? Esto refuerza lo expresado por el Gato de Alicia.

Quede claro, pues, que no buscamos aquí explicaciones racionales al encierro como pena ni —menos aún— legitimarlo, sino indagar en los discursos de que se valieron los iluministas y penalistas entre los siglos XVIII y XIX para intentar racionalizar esa *naturalización* en el momento del cambio de las penas naturales a las de encierro y, en especial, los elementos ideológicos que tomaron de las teorías económicas de la época.

Tampoco nos ocupamos aquí de la funcionalidad social y política real del encierro en el control social que montaba la burguesía europea en ascenso, sino que *nuestro propósito ahora se limita solo a indagar los elementos ideológicos de los que se nutrieron los penalistas que, en el momento de este cambio, naturalizaron al encierro como pena.*

En síntesis, la pregunta que deseamos responder ahora es la siguiente: ¿De dónde tomaron los iluministas que legitimaron semejante cambio la idea de que el encierro equivale al daño del delito?

4. ¿Por qué del pensamiento económico?

Al observar esta *naturalización*, Foucault hace referencia a Jean-Baptiste-Charles Chabroud (1750-1816), a quien en tiempos de la Revolución francesa le parecía que penar a todos los delitos con prisión daba la sensación de un médico que emplease para todos los males el mismo remedio¹².

Al más ingenuo de los observadores desde fuera de la botella o de este lado del espejo, se le hace evidente que, si entes tan dispares se miden en tiempo de encierro, *este opera como el dinero en una tienda de alimentos*, cuya cantidad nos indica el precio de cada producto, por más que se trate de carne, leche o vino. Todo pareciera ser una cuestión de *valor* de los entes en el mostrador de la tienda penal.

También la coincidencia temporal de este paso de las penas *naturales* al encierro, con la llamada Revolución Industrial, inevitablemente hace pensar en una inspiración proveniente del pensamiento económico, lo que se hizo notar por varios autores. Así, el mismo Foucault afirma:

Hay una forma-salario de la prisión que constituye, en las sociedades industriales, su “evidencia” económica. Le permite presentarse como una reparación. Agrega que se trata de una evidencia economi-

¹¹ Es la posición sostenida desde *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, Buenos Aires, 1989, desarrollada a partir de ZAFFARONI, ALAGIA & SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, 2000.

¹² M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, París, 1975, p. 168; en igual sentido, Ana MESSUTI, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, 2001, p.21.

ca-moral de una penalidad que monetiza los castigos en días, meses, años, y que establece equivalencias cuantitativas: delito-duración¹³.

Lo que equivale a decir que la prisión secuestra un valor económico. En la misma línea, Ana Messuti dice que la pena privativa de libertad cumple una función semejante a la aparición de la moneda en las relaciones comerciales, destacando —como veremos— que con esta analogía no se resuelve la cuestión, porque desde los economistas clásicos se sostiene que la moneda es solo una medida, pero no es el valor, y lo mismo sucede con la prisión: el tiempo es medida, pero nada nos dice acerca del *valor* de la prisión misma¹⁴.

Melossi y Pavarini afirman que tanto el delito como la pena se pueden valorar en tiempo de trabajo: “El tiempo es dinero y dado que cualquier bien afectado es valorable económicamente en la sociedad basada en el intercambio, un tiempo determinado que descontar (trabajando) en la cárcel, puede reparar bien la ofensa cometida”¹⁵. A renglón seguido citan a Beccaria —a quien veremos en mayor detalle—, quien en el caso del hurto se refería a una “esclavitud temporal” para reparar a la sociedad¹⁶. En verdad, esta esclavitud temporal se fue practicando en el curso del siglo XVIII, con trabajos manuales en el interior de las prisiones y trabajos públicos (infamantes) para los penados más graves¹⁷.

Estas aproximaciones nos proporcionan una presunción que se confirmará con la lectura de los penalistas de ese tiempo: la naturalización del encierro como pena es un producto de la Revolución Industrial, puesto que se trata de dos procesos coetáneos y, por ende, en el discurso legitimante del encierro no han podido faltar —y de hecho no han faltado— elementos ideológicos provenientes de las teorías económicas de ese momento.

II. Proporcionalidad: Igual valor del encierro y del daño

1. Los paralelismos del pensamiento penal y económico

En el ámbito del pensamiento penal —y como resultado de la Revolución Industrial— el encierro pasó a convertirse en pena, sin lugar a duda porque se le asignaba un valor a la confiscación de la libertad del delincuente —y se lo sigue haciendo—, equivalente al *valor* de la lesión jurídica de su delito. Las teorías de la pena se clasifican hasta hoy en *absolutas* y *relativas*, siendo las primeras las que retribuyen el mal causado con una cantidad de encierro equivalente, en tanto que las segundas le asignan un valor igualmente proporcional, pero a efectos preventivos.

A caballo de los siglos XVIII y XIX surgieron ambas corrientes: por un lado, el *contractualismo* social y las teorías absolutas del *retribucionismo*, principalmente por vía de la filosofía idealista de Kant y Hegel; por otro lado, el *pragmatismo* de Bentham, con el *utilitarismo* punitivo preventivista. *Idealismo* y *utilitarismo* disputan pero coinciden en legitimar al encierro como pena, aunque se separan acerca de su objeto y medida, como consecuencia de las dos grandes

¹³ Explica que esto sucede cuando se pasa del crimen *majestatis* (ofensa al rey) al crimen *societatis* (ofensa a la sociedad) y de allí a la *defensa social*, vinculada a la idea de guerra (*Surveiller et punir... cit*, p. 269).

¹⁴ Cfr. MESSUTI, Ana, *op. cit.*, p. 21.

¹⁵ DARIO MELOSSI & MASSIMO PAVARINI, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologna, 1979, p. 108.

¹⁶ Cesare BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di Franco Venturi), Einaudi, 1981, p. 52.

¹⁷ Esta diferencia subsiste en nuestro código penal, con la diferencia entre prisión y reclusión, aunque las leyes de ejecución penal y otras (ley 26.200 de implementación del Estatuto de Roma) hayan cancelado la diferencia.

corrientes del pensamiento que confluyeron en el iluminismo: el “idealismo predominantemente alemán” y el “empirismo fundamentalmente inglés”¹⁸.

El encierro, secuestro o confiscación de la libertad debe valer lo mismo que el daño causado por el delito, tanto desde la perspectiva del contractualismo idealista como desde el utilitarismo preventivista, siendo claro que cada una de esas corrientes mide hasta hoy ese valor de diferente modo. Se aplican, pues, dos teorías del valor, una por el *contractualismo* y otra por el *pragmatismo*.

Es indudable que la teoría del valor es una materia propia de la economía y, por ende, es necesario detenerse en las teorías del valor que se discutían en ese campo en el momento en que el encierro se generalizó como pena, para comprender cuáles de ellas fueron las que influyeron sobre los discursos penales de ese tiempo como indicadoras de la equivalencia del encierro medido en tiempo con el daño del delito.

En principio, era claro que todo el pensamiento económico ilustrado era contrario a la teoría del valor propia del mercantilismo, que lo medía por la cantidad de oro y plata, pues esta era la tesis de la economía del antiguo régimen, contra el que se alzaba la burguesía en ascenso, cuyos intereses representaba la ilustración.

A la teoría mercantilista o monetarista del valor no se le opuso una única teoría, sino que las hubo diferentes. Si bien la diferencia no es neta —dada la simultaneidad y confusión de las líneas políticas de la época—, puede decirse que unas se ajustan con preferencia al marco político del llamado *despotismo ilustrado* (o sea, de la necesidad de abandonar el mercantilismo para evitar que rodasen las cabezas coronadas), en tanto que otra avanzaba más en la línea política del *liberalismo*, particularmente inglés.

En la corriente más afín al despotismo ilustrado se enunciaron dos teorías del valor: a) la de la *fisiocracia* francesa, que sostenía que la única fuente de valor —y riqueza— provenía de la tierra (de la agricultura) y que, a causa de su simplismo, fue minoritaria; b) la otra era el *cameralismo* centroeuropeo, que sostenía que el valor dependía de la *utilidad*, o sea, una teoría subjetivista; esta teoría del valor se adapta al preventivismo utilitarista y la corona en lo penal el pragmatismo benthamiano.

Pero la lucha contra el mercantilismo intervencionista del antiguo régimen, en algún momento, debía desembocar en una conclusión más radical y coherente, especialmente si esto obstaculizaba a la nueva potencia mundial que encabezaba el desplazamiento de la hegemonía europea, que se había trasladado de las potencias marítimas de la primera ola colonizadora al centro y norte de Europa. Si el proteccionismo mercantilista era un obstáculo al progreso, debía eliminarse radicalmente, tarea cuya teorización le correspondió a Adam Smith, con una nueva y revolucionaria teoría del valor: el valor dependía del *trabajo incorporado*.

Las dos corrientes legitimantes del encierro como pena encuentran sus respectivas explicaciones en esas dos teorías económicas del valor: por un lado, el utilitarismo recibe el impacto del subjetivismo valorativo: se conmina con el secuestro de algo subjetivamente valioso, se le confisca una cantidad de felicidad proveniente de algo que el sujeto valora porque lo hace feliz; por otro lado, el contractualismo le confisca como reparación una cantidad de tiempo de trabajo, que es lo que el delincuente puede ofrecer como valor en el mercado.

Por supuesto que este paralelismo puede perderse de vista, en primer lugar, porque la teoría del valor de Smith no se acogió —al menos en forma expresa— por el contractualismo retributivo. En segundo lugar, porque en la maraña de opiniones de economistas y penalistas que,

¹⁸ Cfr. Ernst CASSIRER, *Filosofía de la Ilustración*, México, 1972.

como suele suceder, no siempre los pensamientos son lineales. Dado que no todo nace perfecto, coherente y terminado en el pensamiento y en la ciencia, tampoco es posible evitar la tentativa de combinación que quiere conciliar elementos incompatibles.

Así, puede confundir que los economistas ingleses posteriores a Adam Smith no siguiesen su teoría del valor, sino que profundizaron su vínculo con el utilitarismo de Bentham, en especial John S. Mill¹⁹, pero las concesiones de los economistas al utilitarismo no restan valor a los paralelismos señalados. También en el pensamiento penal se ha tratado de mezclar el retribucionismo con el preventivismo en múltiples imaginarias penales conocidas como *teorías mixtas*, como se observa claramente en el catálogo que se repite hasta el presente desde la mencionada clasificación de Anton Bauer.

Otra confusión puede generar la supervivencia de la pena de muerte que, pese a volverse excepcional, no deja de responder a la misma lógica: se trata de una confiscación de *toda la libertad*, al igual que la pena de encierro perpetuo. Para el utilitarismo sería la privación de toda la felicidad y para el contractualismo una confiscación general de bienes.

La pena de relegación, por su parte, no era para nada ajena a estas teorías del valor, puesto que las colonias eran gigantescos campos de concentración o de trabajo, producto de ocupaciones policiales de territorios ajenos, en los que se sometía a servidumbre y esclavitud a sus habitantes, o sea, inmensas prisiones.

La relegación podía ser mejor legitimada por el utilitarismo que por el contractualismo, pues era un encarcelamiento perpetuo que privaba de felicidad al reiterante molesto que no se avenía a ser determinado al trabajo en la metrópoli. Sin embargo, el retribucionismo pudo encontrar su legitimación en el hegelianismo, al hacer de la pena retributiva un privilegio reservado a quienes habían alcanzado el momento del espíritu subjetivo o "autoconsciencia". No es difícil percibir que la función de la relegación era la misma que, posteriormente, habrá de asignársele a las penas rebautizadas como medidas de seguridad.

2. Los penalistas economistas

Los paralelismos señalados entre el pensamiento penal y el económico y la afirmación de que las legitimaciones del encierro llegan al penalismo por vía de las teorías económicas del valor, puede parecer ahora una elaboración que, con la distancia de más de dos siglos, se nos ocurre en la crítica de nuestro tiempo.

Esto obedece a que en la actualidad toda vinculación ideológica del derecho penal con la economía suele relevarse fuera del campo jurídico, por cultores de ciencias diferentes y que, por lo general, el penalismo actual relega a la criminología, de la que procura cuidarse como si fuese contaminante, pues muchas veces no se anima ni siquiera a otear por sobre sus cercados. Este resultado de la especialización redundante en una parcialización del conocimiento que suele confundirse con una parcialización del mundo que, como es obvio, sigue siendo uno.

Pero lo cierto es que semejante cercado epistemológico actual del penalismo, reforzado con torres de control y radares neokantianos y neohegelianos, no existía en tiempos del iluminismo,

¹⁹ Sobre esto, Enrique Eduardo MARI, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983.

cuya tradición se prolongó en algún exponente posterior o tardío hasta los tiempos propios del penalismo liberal.

En efecto: no puede menos que llamar poderosamente la atención que los más famosos pensadores del penalismo iluminista fuesen también buenos economistas en su tiempo, lo que se ha considerado casi como una cuestión anecdótica, pese a que algunos de ellos incluso dedicaron más esfuerzos a la ciencia económica que al derecho penal, de modo que es difícil saber si fueron más penalistas o más economistas.

Como correspondía a su época, en lo económico todos ellos fueron decididos enemigos del mercantilismo monetarista, como no podía ser de otro modo, porque representaban los intereses de la burguesía europea en ascenso y, por ende, debían desbaratar ideológicamente los fundamentos de la economía propia del antiguo régimen y de su respectiva teoría del valor. Es precisamente en los penalistas iluministas que se ocuparon directamente de economía en quienes se hace manifiesta su íntima relación con la teoría del valor que va a nutrir la vertiente utilitarista, es decir, con la teoría subjetiva del valor de uso.

En efecto: fuera del sur de Italia, en que el napolitano Gaetano Filangieri (1753-1788) confrontaba con el mercantilismo desde la *fisiocracia* francesa, en el norte de ese país —bajo control austríaco— y en el mundo de habla alemana se había conformado un pensamiento económico centroeuropeo que era el *cameralismo*, que tuvo como uno de sus principales protagonistas al penalista austríaco Joseph Freiherr von Sonnenfels (1732-1817), pero en el que se inscriben también Cesare Beccaria (1738-1794) y los hermanos Pietro (1728-1797) y Alessandro Verri (1741-1816). La teoría del valor que todos ellos compartían era la del valor de uso, nutriente de la equivalencia con base subjetivista.

Si bien el penalismo posterior no escudriñó casi los escritos económicos de estos iluministas —aunque muchas veces los considera hasta hoy padres fundadores y profundizó al máximo el análisis de sus escritos penales—, es interesante saber que tampoco lo hicieron los economistas, porque en tanto que los primeros parecen creer que la economía era una suerte de curiosidad marginal de esos autores, para los segundos sus escritos son preclásicos y, por ende, precientíficos.

En efecto: los economistas que analizan la evolución de la teoría del valor, por lo general, no solo destacan sino que se deslumbran con la figura de Adam Smith y subestiman los aportes anteriores, acabando por arrumbar como *precientíficos* a los teóricos de la fisiocracia y del cameralismo junto al mercantilismo que, por cierto, los anteriores denostaban. El propio Smith, en su embate contra el mercantilismo, no lo distinguía del cameralismo, dado que se dirigía contra el mercantilismo de los países colonialistas, como España, Portugal, Inglaterra y Holanda, cuyo desarrollo económico era diferente al centroeuropeo, que solo practicó el neocolonialismo un siglo más tarde²⁰.

En general, los historiadores de la teoría económica consagran a Smith como clásico y, por ende, todo lo anterior es considerado mero antecedente de la ciencia económica propiamente dicha. Por esa razón, los penalistas de la Ilustración, que también eran economistas, son enrolosados en el período que los economistas denominan preclásico.

Entre los penalistas economistas hubo quienes por razones cronológicas no conocieron la obra de Smith, en tanto que otros la conocieron y rebatieron sus tesis, siguiendo apegados a la tónica subjetivista en cuanto a teoría del valor. En este sentido, merecen señalarse el español —

²⁰ Las incursiones en Venezuela del siglo XVI habían quedado en la historia. Sobre ella, Volodia TEITELBOIM, *El amanecer del capitalismo y la conquista de América*, s.d., p. 69.

vasco— Valentín de Foronda (1751-1821), que se movía en un eclecticismo poco coherente entre la fisiocracia y el cameralismo, y el interesante *ciudadano europeo* Pellegrino Rossi (1787-1848).

En tanto que el vínculo de la teoría subjetiva del valor de uso con el penalismo, como nutriente de las posiciones preventivistas y fundamentalmente, del utilitarismo, es directo y manifiesto en los penalistas de la época, el de la teoría del valor por el trabajo incorporado de Smith con el contractualismo penal no es directo, porque no ha habido penalistas economistas destacados que acogiesen la tesis de Smith, sino que es menester buscarlo en el “clima de época”, mereciendo una explicación la razón de este rechazo o silencio manifiesto en su tiempo.

Mientras la teoría subjetiva del valor iluminó directamente al penalismo preventivista y utilitarista de las llamadas *teorías relativas* del catálogo del viejo Bauer, la teoría del valor por el trabajo incorporado de Smith parece llegarle por efecto del reflejo del liberalismo económico en el “clima de época”, es decir, en las ideas que flotaban en los salones y en las academias y que los penalistas no podían dejar de escuchar como música de fondo de su tiempo, aunque se cuidaron de mencionarla en forma expresa.

Pero antes de tratar de aproximarnos a este vínculo o luz indirecta que se dio entre la teoría liberal del valor y el contractualismo —y consiguiente retribucionismo—, es bueno atisbar el panorama de los penalistas que en ese momento de la historia europea sostuvieron expresamente teorías del valor en sus escritos económicos. Por cierto, esta indagación debiera ser materia de investigaciones más detalladas, pero de momento —y al solo efecto de confirmar el expreso vínculo ideológico que hemos señalado—, ensayamos un breve recorrido por sus posiciones en el campo del saber económico de su tiempo.

3. El frente común contra el mercantilismo

Si bien ninguno de los penalistas economistas abrazó expresamente la teoría del valor del liberalismo económico inglés de Smith, todos eran contrarios y críticos del monetarismo y del consiguiente proteccionismo mercantilista, conforme a los intereses de las clases de industriales y comerciantes que defendían.

Respecto de esta suerte de enemigo común del que se separaban todos nuestros penalistas economistas, los historiadores de la teoría económica suelen decir que los mercantilistas no escribían sobre ciencia económica sino sobre “economía política”²¹, porque se ocupaban de problemas muy concretos, y solo daban consejos a los “monarcas paternales sobre el gobierno de sus reinos”.

Según otros economistas, sin perjuicio de considerar que el mercantilismo no era una escuela en sentido actual, sino una corriente bastante dispersa, reconocen que Smith, para demolerla, la sintetizó centrandó su crítica contra la idea de que la riqueza consistía en la acumulación de dinero (metalismo), de la que los mercantilistas derivaban la necesidad de prohibir la exportación de metales.

Es verdad que conforme a esta idea se consideraba al comercio —que era la fuente de acumulación de metales— como generador de riqueza, pero a condición de que se vendiese a un precio superior al valor de la mercancía y, si bien esto parece responder al sentido común, lo cierto es que en una transacción de esas características siempre habrá alguien que pierde al comprar algo por lo que no vale, o sea, que no se agrega nada de riqueza, sino que se llegaría a

²¹ Así, Phyllis DEANE, *A evolução das idéias económicas*, Río de Janeiro, 1978, p. 21; en igual sentido, Charles GIDE & Charles RIST, *Historia de las doctrinas económicas*, Buenos Aires, 1949, p. 3.

una suma cero, en que uno gana y otro pierde, razón por la cual esta tesis no logra explicar cuál es la verdadera fuente de la riqueza²². No obstante, algunos de estos investigadores reconocen que Adam Smith exageró la crítica al mercantilismo, por lo que luego Keynes habría de reconocerles méritos importantes²³.

No es posible reconocer teóricos en el mercantilismo, aunque suele mencionarse a este respecto a Thomas Mun (1571-1641)²⁴, quien postulaba medidas tales como abstenerse de usar elementos importados para vestido y consumo, vender los propios lo más caro posible al extranjero, salvo en los casos en que estos lo pudiesen obtener de otros más barato, comprar lo más barato posible a países lejanos y usar las naves propias para exportar los productos nacionales. Estas reglas elementales, aconsejadas por este autor que, en esencia, era un comerciante habilitado más que un teórico, no alcanzaban el nivel de una teoría económica, sino que reflejaban una práctica fundada en convicciones generales de la época del colonialismo originario.

Resulta coherente que la *teoría del valor mercantilista* fuese, en definitiva, garante de un sistema de penas cuyos ejes centrales eran las de carácter corporal y confiscatorio, porque esta teoría era incapaz de proveer cualquier otra respuesta: si el valor estaba dado por la moneda (oro y plata), era razonable la confiscación de bienes como pena, que se empleaba en forma conjunta con las corporales, por ejemplo, por los tribunales de las diversas inquisiciones, muy particularmente por los dependientes de la monarquía española, dedicada a perseguir judíos conversos con dinero²⁵. Pero como esta pena patrimonial no podía funcionar en la gran mayoría de los casos, puesto que los condenados carecían de bienes, el eje central del sistema de penas lo constituían las penas corporales, a las que se asignaba una función de prevención por escarmiento público o disuasión por el terror, normalizada a juzgar por el interés público en asistir festivamente a las torturas y ejecuciones que incluían la muerte, que al mismo tiempo implicaba la incapacidad patrimonial total.

III. El valor según los penalistas economistas

1. Sonnenfels y el cameralismo

Como advertencia previa al rápido recorrido por las ideas económicas de nuestros penalistas del iluminismo, cabe insistir en que —como vimos— si bien Smith no distinguió el mercantilismo del cameralismo, esta última es una teoría económica bastante diferente y muy difundida entre los economistas penalistas.

Quienes cultivaban esta corriente llamaban “ciencia cameralista” a la economía (*Kammeralwissenschaft*)²⁶. Su expositor económico más difundido fue Jakob Friedrich von Bielfeld (1717-1770), asesor de Federico II (*der Grosse*) de Prusia, o sea, políticamente ubicable como

²² Cfr. Axel KICILLOF, *De Smith a Keynes, Siete lecciones de historia del pensamiento económico*, Bs. As., 2011, p. 37.

²³ Cfr. Philip Charles NEWMAN, *Historia de las doctrinas económicas*, Barcelona, 1963, p. 15.

²⁴ Su obra es *A Discourse of Trade from England unto the East Indies*, de 1621.

²⁵ Cfr. al respecto, nuestro trabajo *Friedrich Spee: el padre de la criminología crítica*, estudio preliminar a la “*Cautio Criminalis*”, Buenos Aires, EDIAR, 2017.

²⁶ El nombre deriva de *Kammer*, o sea, los asesores de cámara del monarca.

discurso propio del despotismo ilustrado, en la parte de Europa que no era colonialista en ese momento.

Para nuestro efecto, entre los cameralistas cobra importancia —por su relevante protagonismo en el pensamiento penal— el iluminista austríaco Joseph Freiherr von Sonnenfels (1732-1817), quien en 1775 publicó su famoso trabajo contra la tortura, promoviendo su abolición²⁷.

Dadas las importantes funciones que tuvo Sonnenfels en tiempos de María Teresa y de José II, no solo ejerció gran influencia en las reformas judiciales, sino también en el plano económico, materia sobre la que entre 1765 y 1767 publicó una voluminosa obra en tres volúmenes²⁸.

Se ha dicho que con Sonnenfels —quizá con cierta exageración— la ciencia cameralista (economía) alcanzó nivel teórico, conforme a los principios político-económicos y sociales de vigilancia, bienestar, seguridad y disciplina de la población²⁹. En este sentido se situaba en contra del maltusianismo, pues consideraba que el aumento de población provocaba mayor bienestar, porque cada individuo nuevo requería de otro que proveyese a sus necesidades, lo que daría lugar a un aumento de la producción³⁰.

Estas ideas fueron las que desde el mundo de lengua alemana se extendieron sobre los pensadores penalistas economistas del norte italiano —especialmente de la Lombardía— en ese tiempo bajo dominio austríaco, cuyas teorías político-criminales fueron las más transformadoras de la ideología penal y alcanzaron renombre mundial.

2. Beccaria contra el mercantilismo

El más importante por su significación para nuestra materia fue —sin duda— Cesare Beccaria, quien por cierto no hubiese sido destinatario de las críticas de Smith al mercantilismo (de haberlo conocido y tomado en cuenta), pues no fue un monetarista en el sentido mercantilista.

Es sabido que después de su famoso librito nunca más volvió a ocuparse de temas penales, sino que se dedicó a la economía y, como tal, fue catedrático de esta materia (ciencia cameralista), en la que postulaba una teoría del valor eminentemente utilitarista o subjetivista: “la estima de los hombres era el valor”. Aunque parecía confundir valor con precio, lo cierto es que rechazaba la idea de que el valor fuese dado por la moneda. A este respecto escribió:

El valor es una cantidad que mide la estima que los hombres tienen de las cosas. Las monedas son pedazos de metal que miden el valor de la misma manera que las libras o las onzas miden el peso; el pie y la braza la extensión. Además las monedas son una prenda pública para quien las recibe, de recibir de otros el equivalente de aquello que ha dado; son meras medidas como la libra y la braza, o sea, puras y meras representaciones, pero se trata de medidas inherentes a una mercancía devenida en base del comercio³¹.

Para Beccaria “toda operación económica se reduce a procurar la mayor cantidad de trabajo y de acciones entre los miembros de una nación y en eso consiste la verdadera y primaria riqueza,

²⁷ ÜBER DIE ABSCHAFFUNG DER TORTUR, Zürich, 1775.

²⁸ *Grundsätze der Polizei, Handlung und Finanzwissenschaft* (3 voll., 1765-67).

²⁹ Cfr. Killy, WALTER & VIERHAUS, Rudolf, *Deutsche Biographische Enzyklopädie (DBE)*, 2001, t. 9, p. 374.

³⁰ José Enrique COVARRUBIAS, *En busca del hombre útil. Un estudio comparativo del utilitarismo neomercantilista en México y Europa (1748-1833)*, México, UNAM, 2005, p. 169 y ss.

³¹ La posible confusión con el precio estaría dada por su nota: “Un matemático diría que el valor de una cosa está en relación compuesta a la inversa de la suma de las mercaderías mismas, del número de poseedores, de los concurrentes, del tributo correspondiente, de la mano de obra y de la importancia del transporte. En nota también

mucho más que en la cantidad de metal precioso, que es solo un signo representativo”, lo que lo separa nítidamente de cualquier mercantilismo tal como lo caracterizó Smith en su crítica. Se observa aquí una aproximación considerable a la valoración del trabajo, aunque no llegue a configurar una teoría en sentido estricto.

En alguna medida, esta limitación obedece a que en el mismo párrafo rechaza cualquier aplicación mecánica de principios estrictos, lección que no parecen haber aprendido los economistas del mal llamado *liberalismo económico* que cunde hoy por las academias:

Además de todo esto, es necesario unir estas máximas con las diferentes situaciones de una provincia, con las diversas circunstancias de población, de clima, de fertilidad espontánea e industrial de la tierra, con la índole de los confines, con las necesidades de los pueblos vecinos, con la diversa naturaleza de los productos y de las artes de los que estos se alimentan³².

En cuanto a la vinculación del encierro como pena con el valor del trabajo o de su posibilidad de oferta, se observa en sus escritos una aproximación estrecha. Rusche y Kichheimer, comentando un párrafo de su obra clásica, afirman que “aboga por la instauración de penas pecuniarias en interés de la propiedad; pero puesto que el pago de una pena pecuniaria no resulta posible para las clases bajas, se recomienda la detención como medida sustitutiva”. “La privación de libertad [concluye Rusche] es considerada como una consecuencia natural de la violación del derecho de propiedad, es decir que, a la propiedad y a la libertad personal se les asigna exactamente el mismo valor”³³.

Pero leyendo mejor el párrafo que comenta Rusche, resulta que en verdad Beccaria no se refiere solo a la confiscación de la libertad, sino del trabajo mismo: “la pena más oportuna será la única suerte de esclavitud que puede llamarse justa, o sea, la de servir por un tiempo con las obras y las personas de la comunidad a fin de resarcirla, mediante la propia y perfecta dependencia, del injusto usurpado al pacto social”³⁴.

Aquí queda clara en una sociedad clasista estratificada la equivalencia del valor del encierro con el del trabajo por tiempo. Era natural que, en esa estratificación, quien podía pagar debía hacerlo mediante la confiscación de valores en dinero, pero quien no disponía de esos valores en bienes, no podía ser confiscado más que en lo único que podía ofrecer en el mercado: su trabajo.

En su sociedad altamente estratificada, Beccaria no dejaba de observar las llamadas “causas sociales del delito”, a tal punto que no faltan quienes lo consideran como un antecedente del positivismo penal o, por lo menos, del sociologismo que luego tomará cuerpo con Quetelet y otros y terminará en la sociología criminal ferriana³⁵, lo que parece bastante exagerado, conside-

insiste en el mero valor de signo de la moneda: un filósofo las llamaría signos reales de valor, como los caracteres y las palabras son signos de las ideas de las cosas y de sus relaciones”. *Del disordine e de' remedi delle monete nello Stato di Milano nel 1762, del marchese Cesare Beccaria Bonesana Patrizio milanese*, Napoli, Nella Stamperia di Giovanni Gravier, 1770, en *Opere diverse*, Napoli, 1770, II, pp. 29 y 30.

³² BECCARIA, *Proluzione letta nell'apertura della nuova Cattedra di Scienze Camerali*, pp. 5 y 6, en *Opere diverse*, Napoli, 1770.

³³ Georg RUSCHE & Otto KICHHEIMER, *op. cit.*, p. 89.

³⁴ Cesare BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Arayú, 1955, XXII, p. 237.

³⁵ Piers BEIRNE, *Inventing Criminology, Essays on the Reise of Homo Criminalis*, State University of New York Press, 1993, pp. 11 y ss.

rando la época y su sociedad, donde no todos trabajaban por cierto, y había una burguesía que buscaba conmovir el poder de la nobleza.

De toda forma, es claro que Beccaria fue uno de los autores que —intuitivamente— más cerca estuvo de expresar el vínculo estrecho entre la teoría del valor por el trabajo y el encierro, por más que su posición no dejaba de ser en general utilitarista.

3. *Contra el mercantilismo por la fisiocracia: Filangieri*

En el marco de la actitud política propia del despotismo ilustrado, la primera reacción orgánica contra el mercantilismo surgió en Francia a mediados del siglo XVIII, o sea, la llamada *fisiocracia* de François Quesnay (1694-1774), médico, naturalista y matemático, colaborador de la *Encyclopédie*.

Su tesis central era que la riqueza la producía la tierra —agricultura— y que, por tanto, los agricultores eran sus únicos generadores, en tanto que quienes desempeñaban actividades de intercambio —e incluso los industriales—, al igual que los dueños de la tierra, eran clases estériles que en el mejor de los casos se limitaban a transformar la riqueza que se tomaba del mundo natural.

Nuestro penalista más identificado con los fisiócratas en el siglo XVIII fue, sin duda, Gaetano Filangieri (1753-1788), quien expresaba claramente a este respecto:

La agricultura, las artes y el comercio son las tres fuentes universales de la riqueza. La agricultura nos da las producciones de la tierra; con las artes se aumenta su valor, se extiende su uso y crece el consumo; por el comercio se permutan, se transportan, y se les da por este medio nuevo valor. La primera da la materia, la segunda la forma, y la tercera el movimiento. Sin la forma y el movimiento se puede tener materia; pero sin esta no puede haber ni forma ni movimiento. De donde se sigue que la fuente principal y única de las riquezas es la agricultura³⁶.

De allí deriva todo el desarrollo crítico de su exposición, dirigido contra las leyes que reducen la población y por ende la agricultura, como el celibato, los ejércitos numerosos, la impudicia, los impuestos excesivos, la escasez de pequeños propietarios, la concentración de la propiedad de la tierra, las propiedades eclesiásticas, los campos sin cultivar, la prohibición de cercados, los cotos de caza, la concentración urbana en las capitales, etc. Desde su fisiocracia fuertemente crítica del mercantilismo, consideraba que el libre comercio equilibraría las necesidades de consumo de los diferentes países, destacando que en definitiva las prohibiciones para exportar e importar siempre perjudican, con un razonamiento que es muy cercano a la *suma cero* no creadora de riqueza³⁷.

Filangieri exigía un equilibrio de la industria con la agricultura, postulaba la libre competencia entre productores contra las corporaciones y los derechos de maestría. Se ocupaba de los obstáculos al comercio: las aduanas, los derechos de exportación e importación y la competencia entre naciones. En cuanto al monopolio británico del comercio con las colonias, vaticinaba la independencia de los Estados Unidos y que esta acarrearía la de toda América, lo que acaba-

³⁶ *Ciencia de la Legislación escrita en italiano por el Caballero Cayetano Filangieri y traducida al castellano por Don Jaime Rubio*, Madrid, Imprenta de Nuñez, 1822, t. II, pp. 110-111; *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*, Milano, 1817, vol. I, p. 424.

³⁷ *Ibidem*, pp. 116 y ss.; *Ibidem*, p. 429.

ría arruinando el comercio europeo y no solo de Inglaterra³⁸. “Sin las minas de Potosí nosotros no sazonaríamos nuestras viandas con las aromas de Asia ni vestiríamos las hermosas telas de Coromandel”, decía. En consecuencia, acorde con los intereses de la emergente burguesía, dirigía su crítica contra la excesiva intervención económica de los estados, la política de los países colonialistas y reclamaba la libertad de comercio.

En cuanto a la política impositiva, señalaba que los impuestos indirectos son los más injustos, “porque el pobre paga al Estado lo mismo que el rico. Una parte de los ciudadanos está oprimida por la contribución, mientras que la otra defrauda al Estado lo que le debe”³⁹, lo que reduce el consumo de alimentos y afecta la población y la agricultura. A efectos de corregirlo, distinguía el producto total (total de la renta) y el producto líquido o neto (lo que queda descontando todos los gastos de cultivo), afirmando que el impuesto debe recaer sobre el último, si excede afecta la reproducción; de todos modos, se inclinaba por los impuestos directos sobre el producto neto de las tierras⁴⁰.

4. Los hermanos Verri y la industria

Los ilustrados eran penalistas y economistas que compartían la perspectiva de su propia clase en ascenso y, por ende, confrontaban con quienes exaltaban las supuestas virtudes de la nobleza, considerando viles las actividades industriales y comerciales. En esta línea, en que se hallaba también Beccaria, cabe mencionar los escritos de Alejandro Verri y de su hermano Pietro.

Como era de esperar, para estos ilustrados no era incoherente pensar que quien ejercía el comercio o la industria, *pagase* su delito mediante la confiscación de bienes, que era lo que podía ofrecer en el mercado, pero quien no, mediante la confiscación de su trabajo que, conforme a su clase, también era lo que podía ofrecer en el mercado. En este sentido se observa una unidad de opinión con Beccaria, puesto que los hermanos Verri eran los animadores del grupo ilustrado al que pertenecía Beccaria —la *Accademia dei pugni*— con quien compartían ideas no solo económicas y mantenían estrechos vínculos personales⁴¹.

Pietro Verri —al igual de Sonnenfels— fue autor de un famoso discurso contra la tortura⁴²; su hermano Pietro publicó en 1771 sus *Meditazioni sulla economia politica*⁴³, donde destaca que los “costos de interacción decrecientes” (que pueden asociarse con “costos de transacción decrecientes”) son la raíz de un proceso complejo, en el que la “civilización” es un requisito del progreso económico, entendiendo por tal el desarrollo de sentimientos morales y de necesidades artificiales⁴⁴. Se trataría de requisitos previos o presupuestos del progreso económico. Entre

³⁸ *Ibidem*, p. 52.

³⁹ *Ibidem*, p. 114.

⁴⁰ *La Scienza...* cit., II, p. 38

⁴¹ Cfr. Nino VALERI, *Pietro Verri*, Milano, 1927, pp. 83 y ss.

⁴² Pietro VERRI, *Osservazioni sulla tortura, a cura di Silvia Contarini*, Milano, 2006; *Observaciones sobre la tortura*, traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977; *Observaciones sobre la tortura*, traducción, presentación, notas y ensayo preliminar de Ezequiel Malarino, prólogo de Thomas Veormbaum, Buenos Aires, 2012.

⁴³ Cfr. Alessandro VERRI, *Alcune riflessioni sulla opinione che il Commercio deroghi alla nobiltà*, en *Discorsi varj del Conte Alessandro Verri pubblicati nel giornale letterario Il Caffè*, Milano, 1818, p. 89.

⁴⁴ Pier Luigi PORTA & Roberto SCAZZIERI, *Pietro Verri's Contribution to the Economic Theory of the 18th Century: Commercial Society, Civil Society and Governance of the Economy*, University of Milano-Bicocca, Department of Economics, Working Papers 09, Feb 1998.

otras cosas, Verri analizó la oferta y demanda en el mercado e introdujo un concepto de ingreso explícitamente fundado en la consideración del sistema económico como un flujo circular.

No obstante, su obra parece ser un alegato contra la fisiocracia, propia de los franceses, y que seguía encantando a Filangieri, lo que no debe extrañar, porque si bien los fisiócratas se oponían al mercantilismo, no dejaban de ser una versión económica demasiado propia del despotismo ilustrado, al punto que era la sostenida por Turgot como ministro de Luis XVI. Es claro que, como representante de la burguesía lombarda, Verri no podía compartir la tesis simplista de los fisiócratas franceses, para quienes el valor lo daba únicamente el trabajo de la tierra, pero lo negaba a cualquier otro trabajo.

En términos actuales, Verri sería un reivindicador del valor agregado, en contra de los fisiócratas, que entendían que el único valor era el proveniente de la tierra, a quienes les reprochaba crear “un lenguaje ascético y erigir la secta de los economistas, según la cual todo hombre que no adopte el arado es un ser estéril, y los manufactureros son llamados una clase estéril”. Su premisa es que toda nación debe reproducir —con la tierra y la manufactura— más de lo que consume, pues de lo contrario no crece o decae, y esta reproducción emerge siempre por la mano del hombre, que no hace más que transformación, sea de la semilla en grano o de la piedra en collar.

“De las enteras ciudades y Estados no surge otra cosa que el producto de esta pretendida clase estéril, cuya reproducción comprende el valor de la materia prima, el consumo proporcionado de las manos empleadas y, además, aquella porción que enriquece al que ha emprendido la fabricación y que la emplea con feliz talento”. Puede verse claramente que el concepto de riqueza de Verri no era mercantilista ni fisiocrático, sino que combinaba en el valor diferentes componentes, en forma muy similar a la que luego habría de generar objeciones a la propia teoría clásica.

5. El eclecticismo español de Foronda

Valentín de Foronda (1751-1821) fue un ilustrado tardío, que se fue convirtiendo en un liberal convencido, cuyos trabajos penales son importantes pero fragmentarios, siendo en nuestra materia más bien un seguidor de Beccaria y también de Filangieri, que no relevó demasiado la transformación de la pena en encierro en su época⁴⁵. En verdad, fue más bien un economista con dedicación penalista que lo contrario.

En economía, en 1778 pronunció un discurso, en la *Real Sociedad Bascongada de los amigos del país*, en el que criticó duramente los privilegios de la nobleza en comparación con las clases mercantiles y el freno que con eso se ponía al crecimiento económico⁴⁶. Afirmaba que la noble-

⁴⁵ Manuel DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, “Últimos escritos penales de Foronda”, en *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: In memoriam*, Cuenca, 2001; del mismo, *Aspectos penales en la obra de Foronda*, Bilbao, Comisión de Bizkaia, 1997.

⁴⁶ Valentín DE FORONDA, “Lo honrosa que es la profesión del comercio”, en *Miscelánea o Colección de varios Discursos*, Madrid, en la imprenta de Benito Cano, 1787 (*cit.* también por José Manuel BARRENECHEA, en *Estudio Preliminar a Foronda, Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, Vitoria-Gasteiz, 1994, p. XVII).

za había llegado a ser “el oprobio de la nación”, como grupo social extravagante que contemplaba “su valor adherido a unos pergaminos viejos”.

Con posterioridad profundizó su crítica y diez años después comenzó a publicar sus *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*⁴⁷, en las que cita a los economistas más renombrados de su tiempo e incluye a Adam Smith, donde se muestra un giro marcado contra el intervencionismo estatal conforme a los objetivos de la burguesía española, pues intuía que la renovación española sería a través del comercio internacional⁴⁸.

Su formación fue originariamente fisiocrática pero el cameralismo también influyó en su pensamiento, puesto que fue un ecléctico que no seguía una línea muy definida en materia económica —fuera de su crítica al mercantilismo— y que fue variando en el curso de su vida, especialmente después de los años que pasó en los Estados Unidos.

Foronda criticaba al mercantilismo por las intervenciones en materia de exportaciones e importaciones, citando muchas veces a Smith en la última edición de su obra, considerando que se trata de limitaciones a la libertad y a la propiedad⁴⁹. En cuanto al empleo se aparta de Smith, pues sostenía que el Estado debe fomentar las políticas de empleo, sobre todo porque cuando aumenta el número de desocupados pueden producirse problemas de aumento de delitos contra la propiedad.

Si bien Foronda distinguía entre valor y precio siguiendo en alguna medida a Smith⁵⁰, no lo seguía en cuanto a la teoría del valor, entendiendo por tal el valor de uso, o sea, la utilidad, conforme a la corriente subjetivista del cameralismo italiano, proveniente de Beccaria y que habría de seguir Rossi.

Foronda publicó su obra en 1789 pero la adicionó en una tercera edición en 1821, poco antes de morir ese mismo año. Si bien en esta última versión de su obra se observan cambios, tanto en sus conceptos como en la introducción de las citas de Smith, al parecer se mantuvo en la línea utilitarista subjetiva del valor como valor de uso.

6. La continuidad del valor de uso: Rossi

El conde Pellegrino Rossi (1787-1848) fue, sin duda, un personaje singular, posterior al iluminismo, de trágico final⁵¹, pero del que cabe ocuparse porque es el último de esa zaga de los penalistas economistas que en el terreno económico seguía la línea del subjetivismo como valor proveniente de Beccaria y del cameralismo y, por ende, confrontativa con el mercantilismo y con el contractualismo social, lo cual reforzaba con cierto grado de historicismo⁵².

Rossi destacó con claridad meridiana la influencia de nuestra América en la transformación europea del siglo XVIII, es decir, en la Revolución Industrial:

⁴⁷ Publicó en Madrid el primer tomo en 1789, el segundo en 179 y una reedición en Pamplona en 1821. De esta última hay una edición facsimilar publicada en Vitoria-Gasteiz en 1994, con un importante estudio preliminar y bibliografía de José Manuel BARRENECHEA: *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía-Política, y sobre las leyes criminales: escritas por el ciudadano Valentín de Foronda*, tercera edición, Pamplona, 1821.

⁴⁸ Cfr. BARRENECHEA, *op. cit.*, p. LXXXVIII.

⁴⁹ Foronda, *op. cit.*, p. 79.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 119 y ss.

⁵¹ Cfr. ANDREOTTI, Giulio, *Ore 13: il Ministro deve morire*, Milano, 1991.

⁵² Cfr. Manuel de RIVACOBA Y RIVACOBA, “Influencia historicista en Pellegrino Rossi”, en *Savigny y la ciencia del derecho*, Valparaíso, 1979, pp. 817 y ss.

Grande fue por cierto el trastorno que ocasionó la entrada del metal precioso americano en los mercados de Europa. Las clases altas y bajas de la sociedad lo padecieron por largo tiempo mientras la clase media se aprovechaba de él. El descubrimiento de América ha contribuido pues al cumplimiento del grande hecho social que apareció en 1789, llenando de asombro a los más incrédulos y apoderándose de la Europa entera. La clase media armada con el doble poder de la riqueza y del desarrollo intelectual y material osó mirar a la decrepita aristocracia frente a frente y decirle con voz robusta y enojada: Hoy me toca a mí⁵³.

Negaba rotundamente las teorías del valor que postulaban como tal el trigo (fisiocracia), el trabajo (Smith) o la moneda (mercantilismo). “El valor de la moneda es tan variable como el de cualquier otro objeto”, afirmaba, para agregar que “la plata y el oro son una mercancía que, destinada a servir de moneda (lo que hace su valor algo menos variable), no tiene más uso que los cambios”⁵⁴.

Fundaba su aserto del siguiente modo:

El hombre al considerar todos los objetos que le rodean bajo el solo punto de vista de su utilidad, hace de todos ellos dos secciones: una de las cosas que pueden tener propiedades distintas, pero que no tienen la de poder satisfacer sus necesidades; y otra de las cosas que poseen esa preciosa calidad. ... El valor de uso es la calidad, el objeto que la posee o en el cual se encuentra esa calidad es la riqueza. [...] El valor de cambio es una cualidad ulterior. No es el valor de cambio el que constituye la riqueza, sino que la preexistencia de esta hace posible el valor de cambio⁵⁵.

Seguidamente exponía una fuerte crítica al mercantilismo y a los fisiócratas⁵⁶ y más adelante rechazaba también la idea de que mayor población es mayor riqueza, con lo que se acercaba a Malthus⁵⁷.

Rossi rechazaba la teoría del valor de Smith y de Ricardo, argumentando que el trabajo no puede ser lo que indique el valor, porque es desigual en la historia, en las diferentes clases de trabajo, etc. Afirmaba que el valor no es más que una idea de relación, por lo que entendía que se trata de algo así como la cuadratura del círculo, por lo que en definitiva sería un problema sin solución. Curiosamente, afirmaba que incluso más que Smith, fue su traductor francés Garnier quien se empeñó en establecer el valor por el trabajo⁵⁸. Seguidamente, sostenía que tampoco la moneda es indicadora del valor y consideraba que el error de los teóricos consistió en confundir el esfuerzo del hombre, que se supone constante, con la retribución harto variable que por él se paga. En definitiva, insistía en la tesis del valor subjetivo, pues consideraba que la utilidad para satisfacer nuestras necesidades es la única fuente del valor.

Rossi fue criticado en su tiempo desde el sur italiano por Agustinis, quien le reprochaba estar cerca de Malthus, separándose en esto del cameralismo. Para este crítico contemporáneo, la economía no es solo política y menos pública, sino que es social y humanitaria⁵⁹ y, en cuanto a las escuelas inglesa orientada hacia el valor por el costo de producción y a la francesa que postulaba el criterio de utilidad, sostenía que ambas eran verdaderas en lo que afirman y falsas

⁵³ Pellegrino Rossi, *Curso de Economía Política*, trad. Pedro de Madrazo, Madrid, 1840, p. 169.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 157.

⁵⁵ *Ibidem*, pp. 183-184.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 187 y 190.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 358 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 148.

⁵⁹ Matteo DE AGUSTINIS, *Studi critici sopra il Corso di Economia Politica di Pellegrino Rossi, de Matteo de Agustinis*, Napoli, 1844, p. 11.

en lo que negaban⁶⁰. En esta crítica había un reclamo de moralidad, muy propio de la corriente italiana no ajena al catolicismo.

7. La síntesis: el utilitarismo de Bentham

Las teorías subjetivistas del valor —valor de uso— en lo económico, dieron base en lo penal al preventivismo y, en su expresión más difundida en su tiempo, convergieron en la construcción ideológica utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832)⁶¹. Si bien Bentham no fue un economista, escribió sobre economía⁶² y, por ende, cuando se entresacan conceptos económicos de autores no dedicados en particular a esa disciplina, las conclusiones son siempre opinables⁶³. No obstante, no es indispensable rastrear sus escritos, para encontrar una definición expresa en términos económicos, porque esta se deriva directamente de la base antropológica que permea toda su concepción de premios y castigos.

Para este autor la sociedad era un conjunto de individuos sensibles, aunque al postular la mayor felicidad de todo lo vivo incluía también a los no humanos, pero respecto de estos le resultaba más difícil determinar su comportamiento conforme al juego de premios y castigos. Respecto de los humanos, postulaba que el agrupamiento social debía buscar la mayor felicidad de cada individuo, pues la suma de todas estas felicidades sería la mayor felicidad del grupo, como finalidad última del utilitarismo que postulaba.

Como el individuo puede equivocarse en cuanto a su felicidad, es decir, considerar prioritarios placeres inferiores, creía que siempre estaría dispuesto a aprender para llevar a cabo la ponderación correcta y, por eso, reaccionaría positivamente ante los premios y los castigos. Consideraba que todas estas premisas de su ideología eran verdades que le parecían objetivas, universales y autoevidentes. Así lo expresaba en sus obras y lo sintetizaba en la fórmula según la cual “el bienestar público debe ser el objeto de la legislación⁶⁴, y la utilidad pública es la suma de las felicidades individuales”⁶⁵.

El criterio para decidir qué acciones deben ser delitos, lo establecía comparando la cantidad de placer que un acto proporciona a su autor y la cantidad de mal que de ese acto se deriva para la parte lesionada⁶⁶. “La moral en general, es el arte de dirigir las acciones de los hombres de manera de producir la más grande cantidad posible de bienestar. La legislación debe tener precisamente ese objetivo”⁶⁷.

En consonancia con lo anterior, sostenía que la pena es un mal, pero cuya utilidad estaría dada por la medida en que se traduce en “la prevención particular, que se aplica al delincuente

⁶⁰ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹ Sobre Bentham: RADZINOWICZ, León, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, London, 1948, p. 355; Enrique Eduardo Mari, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983.

⁶² Cfr. J. BENTHAM, *Escritos Económicos*, México, 1971.

⁶³ En este sentido, puede verse, por ejemplo, el estudio de Nathalie SIGOT, *Bentham et l'Économie. Une histoire de l'utilité*, París, 2001.

⁶⁴ BENTHAM, *Traité de Législation civile et pénale*, París, 1830, t. I, p. 1.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 25.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 99.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 107.

individual, y en la prevención general, que se aplica a todos los miembros de la comunidad, sin excepción”⁶⁸.

En realidad, la teoría subjetiva del valor, sostenida por casi todos nuestros penalistas economistas, subyace con refinamiento y coherencia como el sustrato de la construcción benthamiana, donde sigue marcando la equivalencia del delito y la pena, entendiendo a esta última como la privación de algo que proporciona felicidad. Por eso, Bentham, apelaba a premios y castigos: los primeros daban felicidad y los segundos privaban de ella y, por ende, eran el medio idóneo para conducir a los humanos. A este respecto, cabe recordar que aclaraba que el castigo debía ser adecuado a la sensibilidad del penado, puesto que un sujeto refinado habría de sentirlo mucho más que un trabajador manual, porque —como era de esperar— concebía a la felicidad conforme al criterio de la burguesía de su tiempo.

Recordemos que Bentham no solo legitimaba el encierro como pena, sino que tampoco descartaba por completo las penas corporales, al punto que había inventado una máquina de azotar, para que la intensidad de los latigazos no dependiese de la fuerza que quisiera imponerle el verdugo (la misma guillotina respondía al principio de igualdad en la ejecución de la pena de muerte).

Pero el encierro, desde esta perspectiva, no era una mera confiscación del valor de uso de la libertad, sino que el lado utilitarista se ponía de manifiesto con el disciplinamiento en la prisión: la vigilancia panóptica era para disciplinar y enseñar a trabajar urbanamente, como lo destacaron en su momento Melossi y Pavarini. La determinación por premios y castigos no se agotaba en el mal de la pena de encierro —castigo—, sino que se aprovechaba también el tiempo de castigo dándole *utilidad*, o sea, la *del encierro para disciplinar*.

El pragmatismo utilitarista de Bentham se plasmó en varias legislaciones, como por ejemplo el código imperial de Brasil de 1830, con premios y castigos tabulados matemáticamente y que ordenaba tomar en consideración la sensibilidad del penado, texto que influyó en los códigos españoles de 1848 y 1850, que influyeron en la mayoría de los países de nuestra región, lo que hasta hoy se mantiene en Chile. También se multiplicaron las cárceles con arquitectura radial, conforme a su modelo panóptico.

En el siglo pasado se conoció una versión que revaloraba el pragmatismo en España⁶⁹, que fue criticada por León Duguit, en especial por su incapacidad para limitar el poder estatal, calificándolo en general como un positivismo al que se sumaba un “cálculo de rendimiento”⁷⁰.

IV. El contractualismo y la teoría del valor de Smith

1. Contractualismo y antimercantilismo

Rusche, en el famoso trabajo pionero con Kirchheimer, afirma que “las teorías de Kant y Hegel proporcionaron un fundamento filosófico más adecuado que la teoría penal utilitarista para vincular la concepción del Estado de Derecho a un severo sistema punitivo”⁷¹. Foucault, por

⁶⁸ BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait des manuscrites de M Jérémie Bentham*, Jusris-consulte anglais, par Et. Dumont, París, 1825, t. I, pp. 2 y 13.

⁶⁹ Cfr. Quintiliano SALDAÑA, *Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid, 1923; de este autor, también, *La defensa social universal*, Madrid, 1926.

⁷⁰ León DUGUIT, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, s.d. (¿1924?).

⁷¹ Georg RUSCHE & Otto KIRCHHEIMER, *Pena y estructura social*, Bogotá, 1984, p. 118.

su parte, sostuvo que la medida de la pena está legitimada ante todo a partir de la teoría del contrato⁷².

Es discutible que el resultado del utilitarismo punitivo sea menos severo que el del retribucionismo idealista, pero es acertado en que este último proporciona el fundamento más coherente a la equivalencia valorativa entre encierro y lesión delictiva, pese a que este fundamento también lo proporciona por diferente vía el utilitarismo, sobre la base de la teoría subjetiva del valor o valor de uso —como acabamos de ver—, sostenida por casi todos los penalistas economistas de tiempos del iluminismo y de sus expresiones tardías.

Pero en cuanto al “contractualismo social, su mayor coherencia ideológica pareciera proporcionarla la teoría del valor como trabajo incorporado de Adam Smith”. Desde la perspectiva actual se la percibe como la teoría económica que ajusta como anillo al dedo con el retribucionismo de esta corriente, debido a su perfecta complementación ideológica: si el valor está dado por el trabajo incorporado, el trabajo en encierro haría que el valor que este incorpora a la mercancía producida en esa situación le sería confiscado al penado.

A diferencia del utilitarismo, en el retribucionismo, el trabajo en encierro o carcelario (la cárcel-fábrica) no sería un *entrenamiento disciplinante*, sino una confiscación del trabajo del preso por parte de la sociedad, con el cual esta se cobraría como reparación un valor equivalente al daño provocado por la violación del contrario social. La completividad lógica de la retribución del idealismo contractualista se perfeccionaría, pues, con la teoría del valor smithiana.

No obstante, llama la atención que esta completividad se pone de manifiesto en la observación crítica que llevamos a cabo después de dos siglos, pero, en el momento histórico en que se produjo la naturalización generalizadora del encierro como pena, los contractualistas de la ilustración no la hubiesen establecido en forma expresa, dado que —como lo advertimos— en su época no hubo penalistas economistas que abrazasen la teoría del valor por el trabajo incorporado de Smith.

En tiempos del iluminismo, es dable pensar que el vínculo entre retribucionismo idealista y teoría del valor por el trabajo incorporado, se haya producido inconscientemente, no en la forma de luz directa —como operó la teoría subjetivista sobre el utilitarismo—, sino en la de reflejo del “clima antimercantilista de época” que los envolvía a todos. No puede pasar por alto que este “clima de época” se fue extendiendo y profundizando en el pensamiento económico hasta llegar a la teoría del valor de Smith, pero en un proceso que comenzó partiendo de la crítica al contractualismo inglés, que seguía siendo mercantilista o monetarista.

Recordemos a este respecto que el propio Smith comenzaba su embate contra el mercantilismo criticando la opinión de Locke que, pese a su transparente contractualismo, diferenciaba el oro y la plata de los otros bienes muebles, para concluir que “constituyen la parte más sólida y sustancial de la riqueza mueble de una nación, y piensa por ello que la multiplicación de esos metales debe ser el objetivo principal de su política económica”⁷³. Esta crítica la extendía Smith por todo el libro IV, dedicado a combatir esas premisas y, en particular, a manifestarse contra la prohibición de la exportación de metales preciosos, con la advertencia —entre otras cosas— de que no la evita, sino que la encarece debido al mayor peligro que implica el contrabando⁷⁴,

⁷² *Surveiller et punir... cit.*, p. 29; sobre esto, Álvaro Pires, en Christian DEBUYST, Françoise DIGNAFFE & Alvaro P. PIRES, *Histoire des savoirs... cit.* II, p. 68.

⁷³ Adam SMITH, *An Inquiry into de Nature and Causas of the Wealth of Nations*, Enciclopedia Britannica, 1952, p. 182; *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza, 2004, p. 540.

⁷⁴ *An Inquiry*, p. 183; *La riqueza*, p. 541.

advertencia que conserva hoy plena vigencia respecto de cualquier oferta de servicio ilícito con demanda rígida o creciente.

2. Kant, Hegel y Smith

Cabe insistir en que el vínculo entre la teoría del valor por el trabajo incorporado y la pena de encierro del contractualismo retributivo, que hoy se percibe claramente como dos piezas que ajustan casi a la perfección, en su momento no fue consciente y solo se proyectó un pálido reflejo a través de la refracción en el pensamiento dominante en la época.

Por esa razón, tampoco se logra establecer un vínculo directo mediante el rastreo de la teoría del valor smithiana en la obra de los filósofos que alcanzaron el más alto nivel de elaboración teórica del contractualismo retributivo. Solo es posible escudriñar algunos indicios de esta influencia en estos grandes garantes filosóficos de las que —desde Bauer— se llaman por lo general *teorías absolutas* de la pena. Pero estos indicios solo alcanzan para demostrar que —al menos— no hubo un rechazo frontal de las teorías smithianas.

Así, podemos verificar que, acerca del dinero, Kant distinguía un concepto *experimental*, que explicaría cómo una mercancía se convierte en dinero, de otro *intelectual*, al que quedaría sometido el anterior. Según esta concepto intelectual, el dinero es una cosa que

estando comprendida en la circulación de la posesión (*permutatio publica*), determina el precio de todas las demás cosas. [...] La cantidad de numerario de un pueblo hace, pues, su riqueza (*opulentia*); porque el precio (*pretium*) es el juicio público sobre el valor de una cosa con relación a la cantidad proporcional de lo que sirve de medio universal y representativo de cambio en la industria (medio de circulación)⁷⁵.

En directa referencia a Smith escribía:

El dinero es, según Adam Smith, “el cuerpo cuya enajenación es el medio y al mismo tiempo la regla de la industria; un cuerpo por medio del cual los individuos y los pueblos hacen un comercio recíproco”. Este definición subordina la noción experimental del dinero a la noción intelectual, puesto que no se refiere más que a la forma de las prestaciones mutuas en el contrato oneroso (sin tener en cuenta la materia), refiriéndose de este modo a la noción del derecho en la conmutación de lo mío y de lo tuyo (*commutatio late sic dicta*) en general, estableciendo convenientemente el cuadro precedente de una división dogmática *a priori*, y por consiguiente la división de la metafísica del derecho concebido sistemáticamente⁷⁶.

De estas citas no se puede deducir que Kant abrazase la teoría del valor del escocés, aunque es claro que no la rechazaba frontalmente y también que repudiaba al monetarismo.

En cuanto a Hegel, que también conocía y citaba la obra de Smith, la recepción de este último en ese tiempo en Alemania no era pacífica y, por cierto, en un análisis cuidadoso de la obra hegeliana, si bien pueden descubrirse coincidencias con el escocés, tampoco estas son tan mani-

⁷⁵ KANT, *Principios metafísicos del derecho*, Americalee, Bs. As., 1974, p. 101; *Die Metaphysik der Sitten*, herg. von Wilhelm Weichedel, Suhrkamp, Werkausgabe Band VIII, p. 403.

⁷⁶ *Principios... cit.*, p. 102; *Die Metaphysik... cit.*, VIII, 403-404; cita a Smith otra vez, para reprocharle su poco cortés afirmación de que los pueblos son derrochadores (*Werkaufgabe... cit.*, XII, p. 523).

fiestas que permiten llegar a la conclusión certera de que abrazase la teoría del valor de Smith⁷⁷. Digamos de paso que, en lo penal, tampoco reina general acuerdo en que Hegel fuese garante de una teoría de la pena de las que se llaman *absolutas*, pues el propio Bauer no lo consideraba tal.

Lo cierto es que los penalistas kantianos o criticistas y hegelianos que siguieron a estos filósofos no invocaron la teoría del valor de Smith, sino que —como adelantamos—, lo que se observa es un desarrollo paralelo del retribucionismo en lo penal y de la teoría del valor en economía, o sea que, mientras el idealismo contractualista perfeccionaba la necesidad de la pena equivalente al daño causado por la violación del contrato —para garantizar exteriormente la regla de oro del imperativo categórico o para negar la negación del derecho—, en la economía se iba perfeccionando la naturaleza y la medida del valor.

Mientras Smith denunciaba la incompatibilidad de la teoría monetarista del valor con el contractualismo de Locke (del siglo XVII), el contractualismo alemán avanzaba en la necesidad de la retribución *justa*, equivalente en valor, si bien *talional*, no por venganza, que sería irracional, sino como reparación de igual valor que el daño criminal. Se trata de dos evoluciones ideológicas paralelas que no tuvieron un punto de encuentro, porque el idealismo penal iniciaba el camino de limitación epistemológica que luego profundizarían sus seguidores. De todas maneras, las luces de la razón que ambas emitían impactaban en el techo común de una época y desde allí refractaban en alguna medida todos los desarrollos ideológicos de su tiempo.

Es verdad que el penalismo siempre ha padecido cierto grado de torpeza visual respecto de los conocimientos provenientes de otros saberes, los que, de no ser expresos y hasta grosera y ostensiblemente remitidos, raras veces se dedujeron de sutiles referencias. Esto, sumado a la teoría del conocimiento idealista de sus desarrollos, podría explicar que las pocas referencias de los filósofos a las tesis smithianas —que tampoco eran tan claras en cuanto a la teoría del valor y no estaban referidas a la pena de encierro— no hayan tenido ningún eco expreso en los penalistas seguidores del kantismo y del hegelianismo, a pesar de que ahora nos resulte claro que esta era, en su tiempo, el elemento ideológico más coherente que ofrecía la ciencia económica para legitimar al encierro como pena.

Pero esa refracción era demasiado fuerte y estas explicaciones no parecen ser por completo satisfactorias, o sea, que no creemos que agoten la explicación de la omisión total de la teoría del valor por el trabajo no solo por los penalistas kantianos y hegelianos, como tampoco por sus posteriores seguidores *neokantianos*, *neohegelianos*, *idealistas* y *neoidealistas* en general. Esa omisión parece un exceso de torpeza visual.

El penalismo no se negaba a la incorporación de teorías económicas del valor, como lo demuestra toda la zaga de cultores de la teoría del valor de uso que desembocó en los preventivismos y especialmente en el utilitarismo de Bentham, pero esto no sucedió con la teoría del valor por el trabajo incorporado, que se hubiese ajustado a la perfección con el contractualismo. ¿Por qué si el penalismo no fue nada ciego ante otras teorías del valor lo fue frente a esta? ¿Por qué si los propios filósofos inspiradores hacían algunas referencias a Smith sus seguidores penales no profundizaron en su teoría del valor? ¿Por qué ninguno de los contractualistas reparó en que legitimaba perfectamente su encierro como pena?

Creemos que —sin desmedro de las otras explicaciones— hay dos que debemos destacar con preferencia. La primera es el giro cada vez más idealista de los seguidores del retribucionismo.

⁷⁷ En cuanto a las ideas económicas de Hegel y sus referencias a Smith, con cuidadoso detalle, ALISCIONI, Claudio Mario, *El capital en Hegel Estudio sobre la lógica económica de la "Filosofía del Derecho"*, tesis, Facultad de Filosofía, UBA, 2004.

No debemos olvidar que, en la misma época, este contractualismo había sufrido la crítica realista de Marat en su *Plan* de 1779⁷⁸, que lo alertaba sobre el riesgo de cualquier contacto con datos sociales: la objeción de que la retribución era justa en una sociedad igualitaria, pero no lo era en otra desigual, era algo frente a lo que el contractualismo debía preservarse mediante un cuidadoso rechazo a la inclusión de información económica.

La segunda —no menos importante que la primera— es que si bien es verdad que la teoría del valor de Smith podía legitimar la pena como encierro mejor que cualquier otra, no es menos cierto que

era disfuncional para la posterior evolución del capitalismo, en tanto que el idealismo retributivo penal —hasta la actualidad—, al enclaustrarse epistemológicamente en su mundo normativo, se volvió funcional para legitimar el ejercicio del poder punitivo en sociedades jerarquizadas, desiguales, clasistas, colonialistas y hasta racistas, respecto de las cuales hay varios aspectos del pensamiento smithiano —incluso su teoría del valor— que resultan disfuncionales.

En este último orden de razones, sin pretender agotarlos, se hace necesario señalar aquí los aspectos de la ideología de Smith que resultaron disfuncionales para el desarrollo posterior del capitalismo y para los Estados que configuraron sociedades en extremo estratificadas y excluyentes, pese a que sus líderes muchas veces lo invoquen.

Esta disfuncionalidad también explica que el penalismo retributivo, para volverse funcional a ese capitalismo y a esos estados —y después de la objeción de Marat—, se haya cerrado cada vez más en su idealismo, hasta llegar a recluirse en un autoclave metodológico y de teoría idealista del conocimiento que conserva hasta el presente y que lo depura de cualquier dato de realidad, al tiempo que lo va reduciendo y consumiendo en su propio hervor, mientras continúan revoloteos cada vez menos ingeniosos y creativos en la *bouteille à mouches* o del otro lado del espejo.

V. La disfuncionalidad de Adam Smith para el poder real

1 La teoría del valor y su rechazo marginalista

La teoría subjetivista del valor de uso o utilidad de la mercancía la rechazaba Smith afirmando que “las cosas que tienen un gran valor de uso con frecuencia poseen poco o ningún valor de cambio. No hay nada más útil que el agua, pero con ella no se puede comprar nada, nada se obtendrá a cambio de agua. Un diamante por el contrario, apenas tiene valor de uso, pero a cambio de él se puede conseguir generalmente una gran cantidad de otros bienes”⁷⁹. Se le objetó este párrafo, puesto que el ejemplo se refiere a bienes naturales, pero si hubiese elegido bienes producidos industrialmente sin limitaciones, la objeción se desbarata⁸⁰.

Smith desarrolló su teoría del valor extensamente:

el valor de cualquier mercancía, para la persona que la posee y que no pretende usarla o consumirla sino intercambiarla por otras, es igual a la cantidad de trabajo que le permite a la persona comprar u

⁷⁸ J. P. MARAT, *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891; sobre Marat, Oliver Coquard, *Marat, O amigo do povo*, São Paulo, 1996.

⁷⁹ *Inquiry*, p. 12; *La riqueza*, p. 62.

⁸⁰ Axel KICILLOF, *De Smith a Keynes, Siete lecciones de historia del pensamiento económico*, Bs. As., 2011, p. 74.

ordenar. El trabajo es, así, la medida real del valor de cambio de todas las mercancías⁸¹. Toda la riqueza del mundo fue comprada al principio no con oro ni con plata sino con trabajo; y su valor para aquellos que la poseen y que desean intercambiarla por algunos productos nuevos es exactamente igual a la cantidad de trabajo que les permite comprar o dirigir⁸². Habrá que tener en cuenta también los diversos grados de esfuerzo soportado y destreza desplegada. Puede que haya más trabajo en una hora de dura labor que en dos de una tarea sencilla; o en una hora de un oficio cuyo aprendizaje costó diez años que en un mes de un trabajo común y corriente. Pero no es fácil encontrar una medida precisa ni de fatiga ni de destreza. Es común que se conceda un margen para ambas en el intercambio de las producciones de tipos de trabajos distintos, pero el ajuste no se efectúa según una medición exacta sino mediante el regateo y la negociación del mercado, que desemboca en una suerte de igualdad aproximada, no exacta pero suficiente para llevar adelante las actividades corrientes⁸³. El trabajo, al no variar nunca en su propio valor, es el patrón auténtico y definitivo mediante el cual se puede estimar y comparar el valor de todas las mercancías en todo tiempo y lugar. Es su precio real; y el dinero es tan solo su precio nominal⁸⁴.

Después de descartar que el valor del dinero o del cereal permita comparar el valor de las mercancías en cualquier tiempo y lugar, concluye que “según las cantidades de trabajo podemos estimarlo con la mayor precisión tanto de un siglo a otro como de un año a otro”⁸⁵.

Es claro que Smith distinguía el valor del precio, natural y de mercado:

Cuando el precio de una mercancía no es ni mayor ni menor de lo que es suficiente para pagar las tasas naturales de la renta de la tierra, el salario del trabajo y el beneficio del capital destinados a conseguirla, prepararla y traerla al mercado, entonces la mercancía se vende por lo que puede llamarse su precio natural. [...] El precio efectivo al que se vende habitualmente una mercancía se llama precio de mercado. Puede estar por encima o por debajo, o ser exactamente igual al precio natural⁸⁶.

Pero esta teoría del valor —que seguirían primero David Ricardo y luego Karl Marx— fue abandonada por los *marginalistas*, fundadores de la actual *ortodoxia de mercado*, quienes necesitaron unificar el valor de uso y el de cambio⁸⁷, archivando a Smith en el panteón de los clásicos, con lo cual se desentendieron del valor natural. Para desacreditar esta teoría del valor, se sostiene —entre otras cosas— que a partir del capitalismo se aplica exclusivamente al mundo primitivo⁸⁸.

Cabe observar que la actual ortodoxia de mercado, al desentenderse del trabajo incorporado, produjo un corte temporal arbitrario: se desentendió del hecho pasado (producción de la mercancía) para centrarse en la proyección futura (el cambio) e independizar el precio de la producción, ignorando la última.

Estos cortes temporales arbitrarios son siempre útiles para eliminar cualquier exigencia de proporcionalidad con el valor incorporado a la producción: el *positivismo peligrosista* que, en lo penal, introdujo el disciplinamiento policial propio de la burguesía que ya se había instalado en

⁸¹ *La riqueza*, p. 64.

⁸² *Ibidem*, p. 65.

⁸³ *Ibidem*, p. 66.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 68.

⁸⁵ *Ibidem*, pp. 72-73.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁸⁷ Axel KICILLOF, *op. cit.*, p. 74.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 93.

el poder, eliminó la exigencia de proporción entre delito y pena de la misma manera, es decir, restó importancia al valor del daño del hecho pasado (el delito) para mirar únicamente al futuro, o sea, al supuesto peligro del hecho futuro, no cometido y ni siquiera pensado ni programado. En otra vertiente, el *neokantismo penal*, reduce epistemológicamente su campo conforme a los valores jurídicos, pero cuando se pretende mirar hacia el pasado preguntando quién impone esos valores, responde que no es su problema, sino de la sociología como ciencia del ser y no de una “ciencia del espíritu” como el derecho.

Por otra parte, es claro que al centrar Smith el valor en el trabajo incorporado se exige un mínimo respeto a quien lo incorpora, lo que no le pasaba por alto:

Los trabajadores desean conseguir tanto, y los patronos entregar tan poco, como sea posible. Los primeros están dispuestos a asociarse para elevar los salarios, y los segundos para disminuirlos⁸⁹. No tenemos leyes del parlamento contra las uniones que pretendan rebajar el precio del trabajo; pero hay muchas contra las uniones que aspiran a subirlo. Además, en todos estos conflictos los patronos pueden resistir durante mucho más tiempo. A largo plazo el obrero es tan necesario para el patrono como el patrono para el obrero, pero esta necesidad no es tan así a corto plazo⁹⁰.

Afirmaba que

lo que ocasiona la subida de los salarios no es el tamaño efectivo de la riqueza nacional sino su permanente crecimiento⁹¹ y que la retribución abundante del trabajo, así como el efecto necesario, también es el síntoma natural de una riqueza nacional creciente. La magra subsistencia del pobre trabajador, por otro lado, es el síntoma natural de que las cosas están estancadas; si su condición es de hambre, entonces están retrocediendo rápidamente⁹².

Sus reflexiones a este respecto se coronaban del siguiente modo:

Y lo que mejore la condición de la mayor parte nunca puede ser considerado un inconveniente para el conjunto. Ninguna sociedad puede ser floreciente y feliz si la mayor parte de sus miembros es pobre y miserable. Además, es justo que aquellos que proporcionan alimento, vestimenta y alojamiento para todo el cuerpo social reciban una cuota del producto de su propio trabajo suficiente para estar ellos mismos adecuadamente bien alimentados, vestidos y alojados⁹³.

Más allá de las diferencias y críticas, en este último párrafo no puede dejar de verse la inspiración de la famosa nota 6 del capítulo IX de *Du contract social, ou Principes du Droit Politique*:

Bajo los malos gobiernos, esta igualdad es exclusivamente aparente e ilusoria; solo sirve para mantener al pobre en su miseria y al rico en su usurpación. De hecho, las leyes son siempre útiles para los

⁸⁹ *La riqueza*, p. 110.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 111.

⁹¹ *Ibidem*, p. 114.

⁹² *Ibidem*, p. 119.

⁹³ *Ibidem*, p. 126.

que poseen algo y perjudiciales para los que nada tienen. De donde se sigue que el estado social no es ventajoso a los hombres sino en tanto que poseen todos algo y que ninguno de ellos tiene demasiado.

Estas derivaciones de su teoría del valor se completan con otras que no resultan compatibles con la posterior concentración de riqueza y la *teoría del derrame*, sostenida por la ortodoxia posterior y defendida por la Suprema Corte norteamericana en el siglo XIX, como cuando advierte que el verticalismo social oligárquico —como el que impera hoy en el mundo— dificulta el crédito y la producción

sobre todo esa administración de justicia irregular y parcial que con frecuencia protege al deudor rico y poderoso frente a la demanda del acreedor lesionado, y que hace que la sección laboriosa de la nación tema elaborar bienes para el consumo de personajes grandes y altaneros, ante quienes no se atreven a rehusar vender a crédito, y de quienes no tienen la más mínima seguridad de que les paguen⁹⁴.

2. El colonialismo

La crítica de Smith al colonialismo era demoledora:

A partir de las informaciones de Colón, el Consejo de Castilla decidió tomar posesión de unos países cuyos habitantes eran manifiestamente incapaces de defenderse. El piadoso propósito de convertirlos al cristianismo santificó un proyecto injusto, cuyo único objetivo era la esperanza de encontrar oro. [...] De todas las empresas costosas e inciertas que desatan la bancarrota sobre la mayor parte de las personas que las acometen, quizá la más absolutamente ruinosa es la búsqueda de nuevas minas de plata y oro⁹⁵.

Seguidamente se dedica a demostrar que el colonialismo y la prohibición de comerciar a las colonias tuvo efectos negativos sobre las colonias y sobre las propias metrópolis, aunque casi no hace mención del esclavismo. Si bien se pronuncia contra el trabajo esclavo, es porque considera que “es en última instancia el más caro de todos”⁹⁶, y parece creer —sin mayor explicación— que en las colonias norteamericanas no deben ser muchos los esclavos.

Agrega que “la insensatez y la injusticia fueron los principios que inspiraron y dirigieron el proyecto original de fundar esas colonias; la insensatez de buscar minas de oro y plata, y la injusticia de anhelar la posesión de países cuyos inofensivos aborígenes, lejos de hacer daño a las gentes europeas, recibieron a los primeros conquistadores con muestras de amabilidad y hospitalidad”. Concluye que “en todos estos casos lo que pobló y cultivó América no fue la sabiduría y el buen hacer sino el desorden y la injusticia de los gobiernos europeos”⁹⁷.

Una crítica superficial de Smith a todo lo anterior puede suponer que se hace eco de lo que se llamó la *leyenda negra* difundida por los ingleses, pero que no tenía mucho de sombrío a la luz de las consecuencias evidentes para nuestras poblaciones originarias y de lo narrado por el padre Bartolomé de Las Casas, como tampoco es ingenua su síntesis de los factores económicos determinantes de la decadencia de España y Portugal.

Con las debidas reservas, la posterior evolución del capitalismo, el neocolonialismo en nuestra región, el ejercido brutalmente en África después de la conferencia de Berlín de 1885, incluso

⁹⁴ *Ibidem*, p. 601.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 575.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 496.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 584.

por países como Alemania y Bélgica, que no habían sido colonialistas, el imperialismo y la actual etapa de tardocolonialismo del totalitarismo corporativo financiero, no quedarían ilesas de las críticas de Smith al colonialismo originario ibérico.

En lo penal, en esos tiempos posteriores a Smith, el idealismo retributivo pasó a llamarse clásico⁹⁸ y tuvo que competir con el positivismo reduccionista biológico, pero ambas ideologías se limitaban a discutir cuál era más idónea para legitimar el mismo ejercicio de poder selectivo y jerarquizado y a legitimar mejor al colonialismo. En este sentido, no resultaba compatible Smith con Spencer, obviamente, citar a Adam Smith resultaba molesto, por lo menos antes de que en tiempos recientes los actuales autodenominados *neoliberales* lo expurgaran, aprovechando las inevitables contradicciones de un pensamiento fundador y eliminando todas estas citas incómodas, no solo para que el escocés se conmueva en su tumba.

VI. Síntesis

En máxima síntesis, creemos haber demostrado —sin perjuicio de la necesidad de más detalladas investigaciones— que (a) las *teorías del valor* elaboradas en el campo económico desempeñaron un importante papel en la dinámica de la ideología penal del momento en que el encierro pasó a ser el eje central del sistema de penas.

Lo primero que cabe destacar al respecto es que (b) la teoría del valor *metalista o monetarista del mercantilismo* del antiguo régimen no podía legitimar el encierro, más que como un sucedáneo de la confiscación de bienes en algunos delitos y en prisión por deudas, por lo que la proporcionalidad se medía en dolor físico, en confiscación de bienes y en función de mostrar un escarmiento.

Puestos a naturalizar el encierro como pena (c) la teoría *subjetivista del valor de uso* fue expresamente abrazada como legitimante por todo el preventivismo, alcanzando su expresión más clara en la versión utilitarista benthamiana.

Por último, (d) la teoría del *valor por el trabajo incorporado* de Adam Smith, que era ideológicamente la más coherente para legitimar la retribución contractualista pagada en tiempo de encierro, no fue invocada por los penalistas de esta vertiente.

En cuanto a las razones de esta omisión, creemos que (e) en la construcción de los discursos ideológicos funciona también la limitación impuesta por el *camino prohibido*, es decir, que hay variables lógicas que no pueden transitarse por incompatibilidad con el objetivo del poder que legitima el discurso.

Por ende, (f) el silencio del contractualismo retributivo respecto de la teoría del valor por el trabajo incorporado de Smith fue un *camino prohibido*, en la medida en que, con el antecedente de Marat, se acentuaba su idealismo limitador del conocimiento y se volvía más impermeable a todo dato de la realidad, lo que, por otra parte, le era necesario para asumir la función legitimante del poder punitivo de sociedades desiguales y de empresas neocolonialistas.

VII. Fuentes

ALISCIONI, Claudio Mario, *El capital en Hegel Estudio sobre la lógica económica de la "Filosofía del Derecho"*, tesis, Facultad de Filosofía, UBA, 2004.

⁹⁸ Dentro de esta calificación entraban tanto en normativismo positivista legal de Binding en Alemania como los liberales retribucionistas italianos.

ANDREOTTI, Giulio, *Ore 13: il Ministro deve moriré*, Milano, 1991.

BARRENECHEA, José Manuel, *Estudio Preliminar a De Foronda, Valentín, Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la economía política y sobre las leyes criminales*, Vitoria-Gasteiz, 1994.

BAUER, Anton, *Die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung alle Strafrechtstheorien*, Göttingen, 1830.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Arayú, 1955.

_____, *Dei delitti e delle pene (a cura di Franco Venturi)*, Einaudi, 1981.

_____, *Del disordine e de' remedi delle monete nello Stato di Milano nel 1762, del marchese Cesare Beccaria Bonesana Patrizio milanese*, Napoli, Nella Stamperia di Giovanni Gravier, 1770, en *Opere diverse*, II, 1770.

_____, *Proluzione letta nell'apertura della nuova Cattedra di Scienze Camerali*, Napoli, en *Opere diverse*, 1770.

BEIRNE, Piers, *Inventing Criminology, Essays on the Reise of Homo Criminalis*, State University of New York Press, 1993.

BENTHAM, Jeremy, *Escritos Económicos*, México, 1971.

_____, *Théorie des peines et des récompenses, ouvrage extrait del manuscrites de M Jérémie Bentham, Jusrisconsulte anglais, par Et. Dumont*, París, 1825.

_____, *Traité de Législation civile et pénale*, París, 1830.

BONINI, Roberto Bonini, "La carcere dei debitori". *Linee di una vicenda settecentesca*, Torino, 1991.

CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la Ilustración*, México, FCE, 1972.

CATTANEO, Mario A., *Pena, diritto e dignità umana, Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

COQUARD, Oliver, Marat, *O amigo do povo*, São Paulo, 1996.

COVARRUBIAS, José Enrique, *En busca del hombre útil. Un estudio comparativo del utilitarismo neomercantilista en México y Europa (1748-1833)*, México, UNAM, 2005.

DE AGUSTINIS, Matteo, *Studi critici sopra il Corso di Economia Politica di Pellegrino Rossi*, Napoli, 1844.

DE FORONDA, Valentín, *Cartas sobre los asuntos más exquisitos de la Economía-Política, y sobre las leyes criminales: escritas por el ciudadano Valentín de Foronda*, 3ª ed., Pamplona, 1821.

_____, *Lo honrosa que es la profesión del comercio, en Miscelánea o Colección de varios Discursos*, Madrid, en la imprenta de Benito Cano, 1787.

DE LARDIZABAL & URIBE, Manuel, *Discurso sobre las penas contrahido á las leyes criminales de España, para facilitar su reforma* (con estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba), Vitoria/Gasteiz, 2001,

DE RIVACOBA & RIVACOBA, Manuel, “Influencia historicista en Pellegrino Rossi”, en *Savigny y la ciencia del derecho*, Valparaíso, 1979.

_____, *Aspectos penales en la obra de Foronda*, Bilbao, Comisión de Bizkaia, 1997.

_____, Últimos escritos penales de Foronda, en “Homenaje al Dr. Marin Barbero Santos: In memoriam”, Cuenca, 2001.

DEANE, Phyllis, *A evolução das idéias económicas*, Rio de Janeiro, 1978.

DEBUYST, Christian, DIGNAFEE, Françoise & PIRES, Alvaro P, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Bruselas, 2008, t. II.

DUGUIT, León, *El pragmatismo jurídico*, Madrid, s.d. (¿1924?).

FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la Legislación escrita en italiano por el Caballero Cayetano Filangieri y traducida al castellano por Don Jaime Rubio*, Madrid, Imprenta de Nuñez, 1822.

_____, *La Scienza della Legislazione del Cavaliere Gaetano Filangieri*, Milano, 1817.

FOUCAULT, Michel, *Surveiller et punir*, París, 1975.

GIDE, Charles, & RIST, Charles, *Historia de las doctrinas económicas*, Buenos Aires, 1949.

IGNATIEFF, Michael, *Le origine del penitenziario, Sistema carcerario e rivoluzione industriale inglese*, Milano, Mondadori, 1982.

KANT, Immanuel, *Principios metafísicos del derecho*, Buenos Aires, Americalee, 1974.

KICILLOF, Axel, *De Smith a Keynes, Siete lecciones de historia del pensamiento económico*, Buenos Aires, 2011.

KILLY, Walter, y VIERHAUS, Rudolf, *Deutsche Biographische Enzyklopädie (DBE)*, 2001, t. IX.

MARAT, Juan Pablo, *Principios de legislación penal*, Madrid, 1891.

MARI, Enrique Eduardo, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires. 1983.

_____, *La problemática del castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault*, Buenos Aires, 1983.

- MELOSSI, Dario & PAVARINI, Massimo, *Carcere e fabbrica. Alle origine del sistema penitenziario*, Bologna, 1979.
- MESSUTI, Ana, *El tiempo como pena*, Buenos Aires, 2001.
- MOSTESQUIEU, *Ouvres de Monsieur de Montesquieu, nouvelle édition, revue, corrigée et considérablement augmentée par l'autor*, Londres, Chez Nourse, 1767, tome premier.
- NEWMAN, Philip Charles, *Historia de las doctrinas económicas*, Barcelona, 1963.
- PORTA, Pier Luigi & SCAZZIERI, Roberto, *Pietro Verri's Contribution to the Economic Theory of the 18th Century: Commercial Society, Civil Society and Governance of the Economy*, University of Milano-Bicocca, Department of Economics, Working Papers 09, Feb 1998.
- RADZINOWICZ, León, *A History of English Criminal Law and its Administration from 1750*, London, 1941.
- RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín, *El Digesto del Esperador Justiniano traducido y publicado en el siglo anterior por el licenciado Don Bartolomé Agustín Rodríguez de Fonseca del Colegio de Abogados de esta Corte*, nueva edición, Madrid, 1874, t. III.
- ROSSI, Pellegrino, *Curso de Economía Política*, trad. Pedro de Madrazo, Madrid, 1840.
- RUSCHE, Georg & KIRCHHEIMER, Otto, *Pena y estructura social*, Bogotá, 1984.
- SALDAÑA, Quintiliano, *La defensa social universal*, Madrid, 1926.
- _____, *Teoría pragmática del derecho penal*, Madrid, 1923.
- SIGOT, Nathalie, *Bentham et l'Économie. Une histoire de l'utilité*, París, 2001.
- SMITH, Adam, *An Inquiry into de Nature and Causas of the Wealth of Nations*, Enciclopedia Britannica, 1952 (existe traducción castellana: *La riqueza de las naciones*, Madrid, Alianza, 2004).
- TEITELBOIM, Volodia, *El amanecer del capitalismo y la conquista de América*, s.d.
- VALERI, Nino, *Pietro Verri*, Milano, 1927.
- VERRI, Alessandro, *Alcune riflessioni sulla opinione che il Commercio deroghi alla nobiltà, en Discorsi varj del Conte Alessandro Verri pubblicati nel giornale letterario Il Caffè*, Milano, 1818.
- VERRI, Pietro, *Osservazioni sulla tortura*, a cura di Silvia Contarini, Milano, 2006. (Se cita por las versiones: *Observaciones sobre la tortura*, traducción, prólogo y notas por Manuel de Rivacoba y Rivacoba, Buenos Aires, 1977; *Observaciones sobre la tortura*, traducción, presentación, notas y ensayo preliminar de Ezequiel Malarino, prólogo de Thomas Veormbaum, Buenos Aires, 2012).

WATZLAWICK, Paul, *La realidad inventada ¿Cómo sabemos lo que creemos saber?* Barcelona, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “Derecho penal y criminología sociológica: integración y desintegración”, en *Derechos en Acción*, año 5, no. 16, 2020.

_____, ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro, *Derecho Penal*. Parte General, 1ª edición argentina, Buenos Aires, 2000.

_____, *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico—penal*, Buenos Aires, 1989,

_____, *Friedrich Spee: el padre de la criminología crítica*, estudio preliminar a la “Cautio Criminalis”, Buenos Aires, EDIAR, 2017.