

Fecha de presentación: 28/9/2009

Fecha de Publicación: 7/10/2009

Florencio Varela y el nacimiento del liberalismo penal en la Argentina¹

Máximo Sozzo

Universidad Nacional del Litoral

ABSTRACT: En el presente trabajo el autor efectúa una presentación de la tesis doctoral de Florencio Varela intitulada “Disertación sobre los delitos y las penas”.

“La buena legislación criminal es el alma de las instituciones liberales” (Varela, 1827 [1870], 84).

El texto que presentamos, “Disertación sobre los delitos y las penas” se hizo público por primera vez hace 180 años, en 1827, en tanto tesis manuscrita para obtener el grado de doctor en jurisprudencia en la Universidad de Buenos Aires –luego publicado en 1870 en la Revista de Legislación y Jurisprudencia. Como tal su circulación inicial debió haber sido limitada a un estrecho ámbito de estudiantes y profesores del Departamento de Jurisprudencia de dicha casa de estudios. Junto con la tesis de Carlos Vilademoros: “Disertación sobre la necesidad de que se reformen los procedimientos de la justicia criminal” también de 1827 se pueden considerar los primeros textos “académicos” que se dirigen específicamente al problema de los delitos y las penas en el Río de la Plata. Estos textos se pretendían inscribir en un “saber serio” –que en tanto tal reivindicaba un estatus de autoridad y credibilidad elevado (Dreyfus-Rabinow, 1983, 76)- que se anclaba en referencias genéricas a la “filosofía” o la “ciencia de la jurisprudencia” que en el texto de Varela son convocadas alternativamente.

El texto de Varela expresa un momento incipiente de articulación de la emergencia en este contexto de la “racionalidad penal moderna” que, inspirándonos en el importante trabajo de Álvaro Pires (1998a, 7), puede ser pensada –en términos mínimos y formales- como un sistema de pensamiento que ha considerado al derecho penal como un mecanismo de regulación autosuficiente, cerrado sobre sí mismo y diferenciado de otros mecanismos de gobierno –social o jurídico- frente a los que se considera independiente, de otra “naturaleza”, que se “da por descontado”, a partir de una cierta “ontologización del delito” como blanco de intervención². Este sistema de pensamiento “emerge” definitivamente en el contexto europeo en la segunda mitad del siglo XVIII en el marco de las ideas “ilustradas” sobre la cuestión criminal (en otros términos pero en el mismo sentido, ver Tarello, 1976, 383), aunque diversos hilos y tramas de sus elementos pueden rastrearse hacia el pasado –por lo menos a partir del siglo XII en el marco de la constitución del poder real-, pero en dicho momento adquieren una cierta “coherencia

¹ Este texto apareció en Nueva Doctrina Penal, 2007B (Editores del Puerto, BsAs) como introducción a la publicación de la tesis de Florencio Varela.

² Esta noción se conjuga bien, en cuanto a sus rasgos fundamentales, con la idea de David Garland de “modernismo penal” como estrategia de control del delito emergente entre los siglos XVIII y XIX en el contexto europeo –menos anclada en las “formas de pensar” que en las “formas de actuar” (Garland, 1995, 184; 2005, 81).

sistemática”; nada parecido a un “cambio radical, inmediato y global” sino mas bien una “larga gestación”, plagada a su vez de diferencias en los diversos contextos específicos (Pires, 1998a, 15-16). Seguramente es *De los delitos y de las penas* (1764) de Beccaria el texto clave en que aquellos elementos aparecen perfectamente visibles y claramente delimitados, haciendo posible cifrar en él el momento de “emergencia” de la racionalidad penal moderna y convirtiendo a su autor en su inicial “artesano” (Pires, 1998b, 94; Tarello, 1976, 466).

La gestación de una racionalidad penal moderna en Argentina fue el resultado de una inicial importación cultural. Los elementos de este sistema de pensamiento “viajaron culturalmente” a través de un lento proceso de traducción de textos europeos en el contexto local. Pero estos “viajes culturales” no fueron meros “transplantes”, “trasvases”, “traslaciones”, sino que en muchos casos los actores locales activaron una “metamorfosis”, introduciendo modificaciones más o menos sustanciales en los objetos que hacían circular, que eran comprendidas como mediaciones necesarias para ajustar dichos vocabularios temporal y espacialmente –a un “aquí” y un “ahora” (Sozzo, 2006, 379-382).³

Esta importación cultural tuvo impulsos importantes en el ámbito de la ciudad de Buenos Aires con la fundación de la Academia de Jurisprudencia en 1815 y la Universidad de Buenos Aires, con su Departamento de Jurisprudencia, en 1821. Textos claves de los saberes “serios” europeos sobre el delito y la pena (Montesquieu, Beccaria, Bentham) circularon en estos ámbitos en sus versiones originales o en traducciones producidas en España⁴. A ellos se agregaban una serie de textos que “traducían” –también metamorfoseando- en España muchas de estas ideas claves, como –entre otros- el *Discurso sobre las penas* (1782) de Manuel de Lardizabal y Uribe o la *Práctica Criminal de España* (1804) de José Marcos Gutiérrez. Estos textos fueron leídos, discutidos y utilizados por profesores y estudiantes en la Academia de Jurisprudencia y la Universidad de Buenos Aires. De esta forma, se fueron gestando progresivamente textos locales que encarnaron lenta y sinuosamente el nacimiento de una primer forma de saber “serio” sobre la cuestión criminal y fueron tramitando –de forma igualmente lenta y sinuosa- el nacimiento de la racionalidad penal moderna en el Río de la Plata.

En el texto de Varela se destaca fundamentalmente la presencia de Bentham. En el ámbito del Departamento de Jurisprudencia Pedro Somellera, a cargo de la cátedra de derecho civil desde su nacimiento en 1822 hasta 1830, fue un traductor fervoroso de las ideas filosóficas y jurídicas de Jeremy Bentham (Cutolo, 1958, XIII). En sus cursos Somellera incluía, a falta de una cátedra especializada -y siguiendo el tratamiento conjunto que hacía de estos temas Bentham mismo- ciertas referencias a los delitos y las

³ Una exploración importante en torno al nacimiento de la racionalidad penal moderna en Argentina ha sido realizada recientemente por Juan Félix Marteau (2003, 39-59). Este autor ha enfatizado el momento comprendido entre los años 1860 y los años 1880, focalizándose en dos libros: el *Curso de Derecho Criminal* (1860) de Carlos Tejedor y el *Manual de Derecho Penal* (1884) de Manuel Obarrio. Parecería ser que el surgimiento de la racionalidad penal moderna en este contexto se hace más rico, complejo y plural cuando se rastrea la emergencia de este proceso desde los años 1820 en adelante y se abre el abanico de fuentes a las que se hace referencia. (Álvarez Cora, 2002; Sozzo, en prensa)

⁴ Como la traducción de Juan Antonio de las Casas de 1774 de “De los Delitos y de las Penas” de Beccaria, luego reeditada en 1820 en la Imprenta de Rosa Sanz de Madrid y en 1828 en París en la Imprenta En casa de Rosa. O la traducción del mismo libro de Juan Rivera, publicada en la Imprenta de Fermín Villapaldo de Madrid en 1821. O la traducción del libro de Jeremy Bentham “Tratados de Legislación Civil y Penal” –originalmente publicado en francés por Etienne Dumont- por parte de Ramón Salas y publicada por la Imprenta de Fermín Villapaldo de Madrid en 1821.

penas (Levaggi, 1977, 109-111; Barreneche, 2001, 149-150). En su libro “Principios de Derecho Civil” –que recogía el curso dictado en 1824 en la Universidad de Buenos Aires y que se empleó como libro de texto del mismo- esas referencias, sin embargo, no son frecuentes. Simplemente se anuncia en su Discurso Preliminar una tercera parte sobre los delitos y los modos de precaverlos pero que no está incluida en el texto (Somellera, 1824 [1939], VI). Luego de abandonar la cátedra en la Universidad de Buenos Aires, se instaló en Montevideo y enseñó un curso de derecho civil en la Universidad creada en dicha ciudad. En 1848 se publicó allí *Principios de Derecho Civil. Apéndice* que recogía la tercera parte del curso de 1824 que no estaba incluida en su edición original (Somellera, 1848 [1958]). Sin embargo, veinte años antes, los rastros de sus enseñanzas en este sentido ya iban a observarse en la utilización de las ideas benthamianas con respecto a la cuestión criminal en el texto de Varela quien fue, por otro lado, quien lo sustituyó temporariamente en 1828 y 1829 al frente de su curso de derecho civil (Cutolo, 1958, XIX; Levaggi, 1977, 110). Dice Varela al respecto: “El Marques de Beccaria fue el primero que constituyéndose defensor de la humanidad, se atrevió a levantar la voz contra tamaños abusos [las prácticas penales del Antiguo Régimen] y a establecer los verdaderos principios de la ciencia de la Jurisprudencia Criminal haciendo a ella la aplicación de la Filosofía; y después el célebre Bentham, dotado de un espíritu profundo y observador estableció sus tratados de legislación civil y penal sobre una base más sólida. Él partiendo del principio de utilidad enseña a los legisladores a pensar escrupulosamente los bienes y los males que produce un acto cualquiera y según el resultado de su cálculo, hacer de él un delito o permitirlo como inocente. Él enseña también a desterrar de los códigos todas aquellas penas que no son absolutamente necesarias y a aplicar los castigos con exactitud” (Varela, 1827 [1870], 47).

El punto de partida de Varela es una valoración crítica del estado de la legislación y la práctica criminal en el Río de la Plata en su propio presente -“ la monstruosidad de nuestro código criminal y la enorme irregularidad de nuestros juicios?” (Varela, 1827 [1870], 48). Las leyes fundamentalmente continuaban siendo, 17 años después de la Revolución, las heredadas de la era colonial. Se trata de “... leyes que participan necesariamente de la ignorancia de los tiempos en que fueron dictadas” pero que además tienen “en su contra el que los legisladores que las sancionaron ignoraban absolutamente las necesidades de nuestros países, el carácter y temperamento de sus habitantes”, (Varela, 1827 [1870], 48-49)⁵. Esta crítica a los instrumentos legales coloniales se asienta en una doble argumentación: por un lado, su carácter “premoderno” -tiempo- y por el otro, su carácter “extranjero” –espacio. Coherentemente, la traducción de unas ideas “ilustradas”, “modernas” acerca de los delitos y las penas producidas en otro contexto cultural, es realizada por Varela como un intento por alimentar las posibilidades de ajustar “temporalmente” su presente a la modernidad; pero, simultáneamente, considerando unas especificidades del propio contexto cultural –una “necesidades”, un

⁵ También existen numerosas críticas en el texto a las prácticas penales en el Río de la Plata: “¡Cuántas quejas no se repiten cada día contra la administración de justicia! ¡Cuántos clamores contra los procedimientos criminales! El pueblo ignora la marcha de los juicios y la mayor parte de las resoluciones de los jueces: la sociedad sabe que ha sido ofendida pero no si ha sido vengada. Los procesos se prolongan casi indefinidamente” (Varela, 1827 [1870], 49). “¡Y en nuestras cárceles! ¡En nuestras cárceles que parecen espresamente inventadas para hacer sufrir la humanidad! ¡En nuestras cárceles, la escuela de la inmoralidad y de todos los vicios! ¡Cuántos que entraron en ellas inocentes, habrán salido profesores en el arte de los delitos!” (Varela, 1827 [1870], 50)

“carácter”, un “temperamento”-, tratando de ajustar, por así decirlo, “espacialmente” dicha ilustración, dicha modernidad.

Para Varela, la situación de “atraso” de la jurisprudencia criminal en el Río de la Plata puede ofrecer una oportunidad única: “La perfección, pues, de nuestras instituciones civiles y penales es la que ha de contribuir en gran parte a la prosperidad de nuestro país. Nosotros llevamos para establecerlas una gran ventaja a todas las naciones del mundo. Tenemos la experiencia de los escollos en que ellas han caído, por ignorar los principios que debían guiarlas y de las funestas consecuencias de esta ignorancia; y nos es fácil evitarlos. Las luces del siglo en que vivimos no habían iluminado a los pueblos antiguos, y nuestro modo de formar las leyes nos permite aprovecharnos de estas luces con facilidades y ventajas; y poner en práctica los verdaderos principios de la ciencia de la legislación” (Varela, 1827 [1870], 52).

El texto de Varela, reproduciendo las inclinaciones beccarianas y benthamianas, se inscribe en un primer formato de la racionalidad penal moderna, que se precia de articular –en el plano de sus patrones o fundamentos normativos- una “economía restringida” o “limitada” del poder de castigar que se plantea como eje fundamental la limitación de la producción de dolor a través del castigo legal, por oposición a una “economía del exceso” típica de las sociedades premodernas, (Hallsworth, 2005, 245; 2006, 58)⁶. En un sentido, se trata de un formato “liberal” de la racionalidad penal moderna en tanto “caso” de racionalidad gubernamental. A partir de las intuiciones de Michel Foucault es posible pensar al “liberalismo” no tanto como una doctrina política sino como un “principio y método de racionalización del ejercicio del gobierno” que implica un arte del “gobierno frugal” –en las palabras de Benjamín Franklin- que parte de una sospecha constante acerca del riesgo de “gobernar demasiado” y de la búsqueda correlativa por “construir restricciones internas al sistema de gobierno mismo” (Foucault, 1997, 120, 123; Burchell, 1996, 21; Barry-Osborne-Rose, 1996, 8; Rose, 1996, 39; Hindess, 1996, 67; Dean, 1999, 99). El liberalismo desplaza la cuestión “¿cómo gobernar en la mayor medida posible?” instalando en su lugar la pregunta inicial “¿porqué hay que gobernar?” (Rose, 1996, 47).

⁶ Esta oposición, inspirada en los trabajos de George Bataille acerca de la economía general del orden industrial del capitalismo moderno, ha sido tematizada recientemente por Simon Hallsworth para pensar el presente de la “nueva punitividad” o el “giro punitivo”. En los trabajos de este autor, se piensa a la “economía penal restringida” como lo que caracteriza a la “modernidad” en este terreno –además del desarrollo de los medios de dominación racional que en su criterio enfatizan las lecturas marxistas y foucaultianas (cada una a su modo) que no considera incompatibles con su propia aproximación (Hallsworth, 2006, 63-64). Claramente pretendemos aquí rescatar esta oposición pero no para definir la cualidad de lo “moderno” con respecto a la penalidad –prefiriendo en este sentido la noción “mínima” que avanzamos en el marco de la idea de “racionalidad penal moderna” - sino, como decíamos, para identificar un primer formato del “modernismo penal” que asociamos específicamente al liberalismo como mentalidad gubernamental. Por otra parte, Hallsworth sostiene que dicha “economía penal restringida” “ha sido hecha posible por las emergentes relaciones de intercambio capitalistas... a medida que el estado moderno evolucionó los principios que subyacían a la economía restringida llegaron a prevalecer eventualmente sobre todas las áreas de la vida social... también... aquellas áreas que de ninguna manera estaban asociadas formalmente al reino económico... como el sistema penal” (Hallsworth, 2006, 64). Esta forma de pensar la emergencia de la “economía penal restringida” corre el riesgo de ser demasiado reductiva. Esta apreciación crítica no implica desconocer las evidentes “afinidades electivas” entre ella y las relaciones de producción e intercambio capitalistas, pero también pretende reconocerle una cierta autonomía al campo de la penalidad. Por último, el uso de Hallsworth de esta oposición conceptual tiende a caer en la afirmación fuerte de un “cambio epocal” –como el mismo lo define y reconoce (Hallsworth, 2006, 64; 2005, 253-254)- gesto intelectual del que creemos que es necesario alejarse (O’Malley-Meyer, 2005, 201-202; O’Malley, 2006, 232-251; Hutchinson, 2006).

Las divisiones “Estado/Sociedad Civil”, “Estado/Mercado” o “Estado/Individuo” son un producto de esta racionalidad gubernamental, mas que universales históricos y políticos que la sostienen (Foucault, 1997, 121; Gordon, 1991, 15, 23; Burchell, 1991, 141). La tarea del gobierno, de acuerdo al liberalismo, es generar lo que Foucault llamaba “mecanismos de seguridad”: asegurar el funcionamiento autónomo y optimizador de la “sociedad civil” o la “economía” o el “individuo” (Burchell, 1991, 139; Dean, 1999, 108-9). Se trata de un “gobierno económico” en un doble sentido: un gobierno informado por -aun cuando no derivado de- los principios de la economía política y un gobierno que economiza sus propios costos -un mayor esfuerzo técnico para lograr más a través de un menor ejercicio de la fuerza y la autoridad. (Gordon, 1991, 24; Barry-Osborne-Rose, 1996, 8; Burchell, 1991, 138 y 140; 1996, 22 y 26; Dean, 1999, 115). Esta imagen del “gobierno limitado” o “económico”, frente a la “sociedad civil”, la “economía” o el “individuo” se plasma bien en la celebrada fórmula del “laissez-faire”, que debe ser comprendida como una forma de actuar tanto como una forma de no actuar, “hacer regulaciones que permitan a la regulación natural operar”, en términos de Foucault -lo que conlleva la dificultosa tarea de diferenciar cuando se debe y cuando no se debe actuar, uno de los enigmas constitutivos del liberalismo (Gordon, 1991, 17-18; Burchell, 1996, 22).

Para Varela -como para Beccaria y Bentham- las penas “son un mal en sí mismas y por lo tanto solo debe hacerse este mal, cuando sea absolutamente necesario para conseguir el bien mayor del orden y la tranquilidad del Estado. El Legislador debe economizar las penas cuanto le sea posible, pero como después de cometido un delito es necesario castigarlo, el único modo de economizar las penas es disminuir el número de los delitos, porque habiendo menos delincuentes habrá menos que castigar” (Varela, 1827 [1870], 58-59). Para “economizar” las penas es preciso reducir el delito y para ello, en primer lugar, resultan indispensables todos los “remedios preventivos”, tanto “directos” como “indirectos”, que pueden hacer que los delitos no se cometan sin producir el mal que los castigos implican -o generando en todo caso males menores, es la suposición básica en este argumento-, desde “imponer fuertes derechos a la venta de licores embriagantes y facilitar en cuanto sea posible la de los no embriagantes” a “una policía vigilante y bien reglada” (Varela, 1827 [1870], 59-63). En segundo lugar y en cierta medida subsidiariamente⁷, se precisa para lograr una “economía penal restringida” o “limitada” que la pena sea efectiva en la realización de su fin utilitario, la disuasión general y específica⁸: “evitar que el mismo delincuente u otros individuos cometan actos de igual naturaleza, quitando al hombre por medio del dolor o del temor, el poder y la voluntad de cometerlo” (Varela, 1827 [1870], 67).

Las penas para ser efectivas en la realización de su fin utilitario deben ser justas y esto implica que sean moderadas. Dice Varela recogiendo los comentarios sobre la “necesidad” de Montesquieu, Beccaria y Bentham: “He dicho antes que las penas son un mal en sí mismas y solo la necesidad de evitar un mal mayor puede justificarlas y por lo mismo serán injustas todas las que no sean absolutamente necesarias. Imponer una pena que no lo fuese sería hacer al individuo un mal por el placer de verlo sufrir” (Varela, 1827 [1870], 68). Esta necesidad, esta moderación, deben ser rigurosamente calculadas

⁷ “Las penas son el último remedio contra el mal que producen los delitos y ¡ojalá la sociedad pudiera evitar el empleo de este remedio!” (Varela, 1827 [1870], 67).

⁸ Esta última aparece asociada a veces a la idea de “corrección del delincuente” (Varela, 1827 [1870], 69, 71).

por el Legislador siempre teniendo en cuenta al “público” que es el sujeto fundamental al que están dirigidas, pues es en su “imaginación” en la que se deben “imprimir” estos “motivos sensibles”. Es preciso “que las penas, bajo el mayor valor aparente, oculten el menor valor real posible. Es menester no olvidar jamás que la pena no debe hacer sufrir al individuo sino el mal que sea necesario para lograr su objeto y siempre que este pueda lograrse haciendo aparecer las penas mayores de lo que realmente son, debe disminuirse el mal del delincuente” (Varela, 1827 [1870], 69).⁹

En la misma dirección, contra el “exceso penal”, refuerza el ideal beccariano de la “certeza” de la pena –que es también, simultáneamente, la defensa de la “obligación de castigar” (Pires, 1998b, 179-180)-: “Una buena legislación nunca debe buscar el medio de prevenir la repetición de los delitos en la excesiva severidad de las penas. Lo que debe hacer es poner en práctica cuantos resortes sea posible para que ningún criminal escape de la pena. Nadie duda que el temor a una castigo pequeño pero inevitable, contiene mas al hombre que el de un castigo horrible pero incierto... Es bueno que el ciudadano tiemble con la idea de la pena pero que tiemble por la certeza de sufrirla, si delinque y nunca por los horrores que ella le prepara” (Varela, 1827 [1870], 72-73)¹⁰ Mas allá de la “excesiva severidad de las penas”, Varela –también siguiendo los precedentes ilustrados europeos– defiende la “justa proporción” entre delitos y penas, tomando en cuenta los “males” que causan ambas cosas. El autor reconoce que dicha proporción no podrá ser “matemática”, “pero el legislador debe procurar que sea lo mas exacta posible” (Varela, 1827 [1870], 73).

Ahora bien, Varela como, en general, el “liberalismo penal” en la construcción de sus patrones o fundamentos normativos de una “economía penal limitada” va incluyendo también “excepciones”, mas o menos generales, basadas en argumentos mas o menos elaborados. Esta construcción de “excepciones” no son privativas del “liberalismo penal” como primer formato de la racionalidad penal moderna sino que son un carácter global del “liberalismo” como racionalidad gubernamental (Dean, 1999, 145, 147; Dean, 2002, 56). Estas “excepciones” habilitan unos “medios iliberales” para gobernar a los seres humanos, que son legitimados, generalmente, como “temporarios”, destinados a ser superadas una vez que dichos “medios iliberales” surtan sus efectos, permitiendo cerrar el momento de la excepción (Valverde, 1996, 362).¹¹

Un ejemplo paradigmático de esto en el texto que analizamos, es el tratamiento de la cuestión de la pena de muerte –una de las temáticas cruciales en la construcción de una racionalidad penal moderna en la Argentina hasta los años 1860 (cfr. Levaggi, 1972, 1977, 125-141; Barreneche, 2001, 137-163; Salvatore, 2001). Al referirse a las penas corporales que quitan a los individuos “la posibilidad de obrar”, Varela muestra su confianza en que inevitablemente la civilización traerá aparejada su abolición:

⁹ Se inscribe también en esta “economía penal restringida” la idea de Varela de que la pena debe afectar solamente al delincuente y nunca a personas “inocentes”, como su familia, a partir de la cual este autor realiza una crítica radical –bastante típica del pensamiento ilustrado europeo– a la pena de “confiscación general de bienes” (Varela, 1827 [1870], 69-72).

¹⁰ Además –dice Varela repitiendo a Beccaria–, el exceso penal puede generar que el delincuente no dude en cometer delitos mas graves para sustraerse del castigo del delito mas leve y puede generar una compasión que puede hacer que los demás lo ayuden al delincuente a liberarse de su pena. (Varela, 1827 [1870], 72).

¹¹ La cuestión es que con respecto a muchos objetos precisos en contextos particulares estas “excepciones” habilitadas por esta mentalidad gubernamental resultan ser tan frecuentes que en realidad parecen mas bien “reglas”, produciendo mas bien un desplazamiento hacia otro tipo de gubernamentalidad que por oposición y a falta de mejor término podríamos calificar de “autoritarismo” (Valverde, 1996, 362; Dean, 2002, 49).

HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

“Felizmente los progresos de la filosofía acercan cada día mas su triunfo; tarde o temprano lo conseguirán y ¡cuánto entonces habrá ganado la causa general de la humanidad!” (Varela, 1827 [1870], 76). Especialmente, con respecto a la pena de muerte señala “...¡ojalá ya hubiera llegado el día de gala para la humanidad, en que todo el mundo viese abolidos los asesinatos legales!... Ese día ha de llegar inevitablemente: los obstáculos que lo han alejado no existen ya, a mi juicio, en la opinión de los legisladores, sino en la disposición de las masas. La pena de muerte es hoy universalmente proscrita por la filosofía, la gran cuestión debe ser únicamente si es posible, si es ventajoso o no, el abolirla, y esta cuestión no puede tratarse sino de un modo enteramente práctico y con relación a cada pueblo en particular. Solo el estado de las costumbres y de la civilización de las masas puede decidir en ella” (Varela, 1827 [1870], 78). Dice Varela que esta es una cuestión compleja y que se abstendrá de pronunciarse en ella, pero seguidamente señala: “En mi opinión es injusta la pena capital; estoy por la negativa en la gran cuestión de su necesidad, tomada de un modo absoluto: le encuentro los inconvenientes de ser irrevocable, desigual, desproporcionada a los delitos, pero ya he dicho que no tengo capacidad para tratar esta materia; sería una presunción que tocaría en ridículo la de escribir ahora algunas razones imperfectas en apoyo de mi opinión cuando tantos hombres célebres han tratado este punto con profundidad. Pero aun cuando mi opinión desaprobe esta pena, creo que será imposible suprimirla en mucho tiempo, con especialidad en nuestro país. Para ello es menester remover inconvenientes muy grandes; crear instituciones costosas, capaces de disponer a las masas para obrar por resortes menos crueles; y sobretodo trabajar mucho en la elección de la pena que debería sustituirse a la capital.” (Varela, 1827 [1870], 78). Y discute la propuesta de Beccaria de reemplazarla por la condena a trabajos perpetuos y el argumento que sustenta la misma de que dicha pena alternativa ocasionaría una impresión aun más fuerte en el público que la muerte misma, por ser duradera al extenderse su ejecución en el tiempo. “Esto es indudable a los ojos de la filosofía, pero las gentes sin ilustración (de cuyo número son casi siempre los criminales a quienes se castiga con la muerte) son incapaces de discurrir como filósofos. Ninguna idea es para el vulgo mas terrible que la de la muerte y es menester ceder y sacar partido de las preocupaciones, cuando llegan a ser un motivo de las acciones del hombre y no es posible vencerlas” (Varela, 1827 [1870], 79). Y agrega en una nota a pie de pagina, lapidaria: “Pocos habrá que sean partidarios de la pena de azotes; pero nadie habrá entre nosotros que quiera sustituirle otra el día de hoy, si ha observado el efecto que produce en nuestra campaña. Solo a la muerte temen mas sus habitantes” (Varela, 1827 [1870], 79).

Se trata de una “excepción” a la “economía penal limitada” que pretende invocar el “liberalismo penal” que claramente es temporaria, habilitando un medio iliberal –la pena de muerte- que será superado una vez que las “instituciones” –la república, la educación- sean “capaces de disponer a las masas para obrar por resortes menos crueles”. En este caso no es el mismo medio iliberal el que directamente va a cavar su propia fosa, sino que esto va a ser el producto de otros medios liberales que en todo caso -este es el supuesto central- pueden funcionar gracias a dicho medio iliberal.

Varela acuerda con el patrón o fundamento normativo del “liberalismo penal”, la pena de muerte debe desaparecer pues en si misma es injusta, innecesaria, desproporcionada, irrevocable. Y fundamentalmente porque contradice la actitud “utilitarista” de una “economía penal restringida” que prescribe la necesidad de que todo “gasto” sea “productivo” y, en consecuencia, no encuentra sentido en eliminar a un agente “a quien

se le pueda hacer útil para algo”¹² (Hallsworth, 2006, 58). Ahora bien, esto permanece en nuestro autor como una verdad en el plano del “deber ser” -en la que dice creer fervientemente y sobre la que realiza encendidas expresiones de deseo- pero que no puede trasladarse automáticamente al plano del “ser”, a la cuestión “enteramente práctica”, de si es posible “aquí y ahora” producir la abolición de la pena capital, en donde incorpora una argumentación para negarla de carácter pseudoempírico sobre el “estado de las costumbres” y la “disposición de las masas”. Esta disociación entre un “deber ser”, reconocido como verdadero, y un “ser”, valorado pseudoempíricamente como obstáculo para la realización inmediata y automática de aquél “deber ser” –al menos temporariamente- podemos pensar que emerge definitivamente en Varela pero esta destinada a hacer toda una carrera en la racionalidad penal moderna en la Argentina –e incluso mas allá de este campo de saber/ poder, en general, en las racionalidades gubernamentales en nuestro contexto cultural (Marteau, 2003, 22-37).

Para cerrar podemos recuperar sobre este punto la cuestión de la “importación cultural” planteada mas arriba. Varela articula en este argumento en torno a la pena de muerte un tipo de operación muy difundida entre los intelectuales argentinos –y latinoamericanos- de este campo de saber / poder desde el siglo XIX en lo que se refiere a la gestión de los “viajes culturales” de sistemas de pensamiento producidos en otros contextos culturales - y que incluso puede pensarse que se extiende hasta nuestra actualidad- la hibridación compleja de operaciones de “adopción” y “rechazo” (Sozzo, 2006, 379-382). Aquí aparece bajo una modalidad muy interesante, también destinada a perpetuarse en nuestros escenarios. No se trata en este punto de que Varela “adopta” ciertos elementos más o menos importantes de ciertas maneras de pensar sobre la cuestión criminal producidas “allá”, mientras “rechaza” otros mas o menos importantes –por lo general, menos- en función de argumentos teóricos –de hecho, esto último es algo que está presente en otros apartados del texto¹³. Varela pretende presentar su “rechazo” de la afirmación de la necesidad de abolir la pena de muerte como algo diferente de un “rechazo”. Mas bien se trata de una “suspensión”; se suspende esta afirmación en el plano del “deber ser”, introduciendo un argumento pseudoempírico, sobre el propio contexto, sobre el “aquí y ahora”, para negarla en el plano del “ser”. Y en si misma esta forma de “adaptación” de lo importado culturalmente, diferenciando lo que “debe ser” de lo que “es” y gestionando vías de modificación de lo que viaja culturalmente parece definir todo un esquema que se ha ido perpetuando a lo largo de nuestra historia y que a su vez permite reforzar la legitimidad de las “excepciones” ya no solo en términos de un desajuste temporal –entre el presente y un futuro por construir, lo que vuelve temporarias a las “excepciones”- sino en términos de un desajuste espacial entre el “allá” y el “acá”, que parece poco proclive a asumir su carácter pasajero.

¹² Para recordar a Rousseau: “No hay malvado a quien no se le pueda hacer útil para algo. No hay derecho, ni para ejemplo, de matar sino a aquel a quien no puede conservarse sin peligro” (1996 [1762], 19).

¹³ Por ejemplo, en la discusión de cómo Bentham introduce como algo que debe considerar el legislador a la hora de definir que es delito a las “causas de la alarma” que se deben a especificidades del hecho concreto, incurriendo en una “falta de método” que “produce una gran confusión” (Varela, 1827 [1870], 58). O en la discusión de la noción benthamiana de “satisfacción vindicativa”, donde dice “Todo este capítulo de Bentham me parece poco digno de un filósofo y mucho menos de un filósofo como él” (Varela, 1827 [1870], 65).

HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

Bibliografía

- Álvarez Cora, Enrique: “La génesis de la penalística argentina 1827-1868 ”, en Revista de Historia del Derecho, nro. 30, Buenos Aires, 2002, 13-87.
- Barreneche, Osvaldo: Dentro de la ley todo, Al Margen, La Plata, 2001.
- Barry, Andrew, Rose, Nikolas y Osborne, Thomas: “Introduction”, en Barry, Andrew, Rose, Nikolas y Osborne, Thomas (eds.): Foucault and Political Reason. Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government, UCL Press, London, 1996, 1-17.
- Burchell, Graham: “Peculiar interests: civil society and the “system of natural liberty””, en Burchell, Graham; Gordon, Colin y Miller, Peter (eds): The Foucault Effect: Studies in Governmentality, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead, 1991, pp. 119-150.
- Burchell, Graham: “Liberal Government and techniques of the self”, en Barry, Andrew, Rose, Nikolas y Osborne, Thomas (eds.): Foucault and Political Reason. Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government, UCL Press, London, 1996, 19-36.
- Cutolo, Vicente: “El primer profesor de derecho civil de las Universidades de Montevideo y Buenos Aires”, en Somellera, Pedro: Principios de Derecho Civil. Apéndice. De los delitos., Editorial Elche, Buenos Aires, 1958, IX-XXXIII.
- Dean, Mitchell: Governmentality. Power and Rule in Modern Society, Sage, London, 1999.
- Dean, Mitchell: “Liberal government and authoritarianism”, *Economy and Society*, 31, 1, 2002, 37-61.
- Dreyfuss, Herbert y Rabinow, Paul: Michel Foucault: Between structuralism and hermeneutics, Brighton, Harvester Press, 1983.
- Foucault, Michel: “Nacimiento de la biopolítica”, en Archipiélago, 30, 1997, 119-124.
- Garland, David: “Penal modernism and postmodernism”, en T. Blomberg y S. Cohen (eds): Punishment and social control, New York, Aldine de Gruyter, 1995, pp. 181-209.
- Garland, David: La cultura del control, Gedisa, Barcelona, 2005.
- Gordon, Colin: “Governmental Rationality: an Introduction”, en Burchell, Graham; Gordon, Colin y Miller, Peter (eds): The Foucault Effect: Studies in Governmentality, Harvester Wheatsheaf, Hemel Hempstead, 1991, pp. 1-51.
- Hallsworth, Simon: “Repensando el giro punitivo”, en Delito y Sociedad, UNL Ediciones, Santa Fe, 22, 2006, 57-74.
- Hallsworth, Simon: “The Case for a Postmodern Penalty”, en *Theoretical Criminology*, 6 (2), 2002, 145-163.
- Hallsworth, Simon: “Modernity and the punitive”, en Pratt, John; Hallsworth, Simon; Brown, Mark; Brown, David; Morrison, Wayne (eds.): The new punitiveness. Trends, theories, perspectives, Willian Publishing, Cullompton, 2005, 239-255.
- Hindess, Barry: “Liberalism, socialism and democracy: variations on a governmental theme”, en Barry, Andrew, Rose, Nikolas y Osborne, Thomas (eds.): Foucault and Political Reason. Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government, UCL Press, London, 1996, 65-80.
- Hutchinson, Steven: “Countering catastrophic criminology. Reform, punishment and the modern liberal compromise”, en *Punishment and Society*, 2006, 8, 4, 443-467.
- Levaggi, Abelardo: “La pena de muerte en el derecho argentino precodificado”, en Revista del Instituto de Historia del Derecho “Ricardo Levene”, Bs. As., N. 23, 1972, 17-87.
- Levaggi, Abelardo: Historia del derecho penal argentino, Perrot, Buenos Aires, 1977.

HORIZONTES Y CONVERGENCIAS

Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho

Publicación de investigaciones científicas de actualización continua

- Marteau, Juan Félix: Las palabras del orden. Proyecto republicano y cuestión criminal en Argentina (Buenos Aires, 1880-1930), Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002.
- O'Malley, Pat y Meyer, Jeffrey: "Missing the punitive turn? Canadian criminal justice, "balance" and penal modernism", en Pratt, John; Hallsworth, Simon; Brown, Mark; Brown, David; Morrison, Wayne (eds.): The new punitiveness. Trends, theories, perspectives, Willian Publishing, Cullompton, 2005, 201-217.
 - O'Malley, Pat: Neoliberalismo, riesgo y justicia penal, Ad-Hoc, Bs. As., 2006.
 - Pires, Alvaro: "Aspects, traces et parcours de la rationalité pénale moderne", en Pires, Alvaro, Digneffe, Francois y Debuyst, Christian: Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tomo II, De Boeck Université, Bruselas, 1998a, pp. 3-51.
 - Pires, Alvaro: "Beccaria l'utilitarismo et la rationalité pénale moderne", en Pires, Alvaro, Digneffe, Francois y Debuyst, Christian: Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tomo II, De Boeck Université, Bruselas, 1998b, pp. 83-143.
 - Rose, Nicolás: "Governing "advanced" liberal democracies", en Barry, Andrew, Rose, Nikolas y Osborne, Thomas (eds.): Foucault and Political Reason. Liberalism, Neoliberalism and Rationalities of Government, UCL Press, London, 1996, 37-37-64.
 - Rousseau, Jean Jacques: El contrato social, Editorial Porrúa, México, 1996 [1762].
 - Salvatore, Ricardo: "Death and liberalism. Capital punishment alter the fall of Rosas", en Salvatore, Ricardo; Aguirre, Carlos y Gilbert, Joseph (eds.): Crime and punishment in Latin America, Duke University Press, Durham, 2001, 307-341.
 - Somellera, Pedro: Principios de Derecho Civil. Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en el año 1824, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Instituto de Historia del Derecho Argentino, Buenos Aires, 1939.
 - Somellera, Pedro: Principios de Derecho Civil. Apéndice. De los delitos., Editorial Elche, Buenos Aires, 1958.
 - Sozzo, Máximo: "Traduttore Traditore". Importación Cultural, Traducción e Historia del Presente de la Criminología en América Latina", en Máximo Sozzo (coord.): Reconstruyendo las Criminologías Críticas, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006, pp. 353-431.
 - Sozzo, Máximo: "Locura y crimen en el nacimiento de la racionalidad penal moderna", en Máximo Sozzo (coord.): Historia, delito y justicia penal en Argentina, Editores del Puerto, BsAs, en prensa.
 - Tarello, Giovanni: Storia della cultura giuridica moderna, Il Mulino, Bologna, 1976.
 - Valverde, Mariana: "Despotism and ethical governance", *Economy and Society*, 25, 3, 357-372.
 - Varela, Florencio: "Sistema de los Delitos y de las Penas" (1827), en *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, Buenos Aires, 1870.