

ARTÍCULO DE REFLEXIÓN

La guerra y la pena según dos juristas americanos del siglo XIX

War and Punishment According to Two 19th Century American Jurists

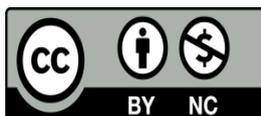
Eugenio Raúl Zaffaroni 

eraulzaffaroni@gmail.com

Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina.

RESUMEN El presente artículo reflexiona sobre la relación entre el poder punitivo, la política y la guerra, analizando las perspectivas de dos juristas sudamericanos del siglo XIX: Juan Bautista Alberdi y Tobías Barreto. Se sostiene que ambos pensadores evidenciaron las contradicciones inherentes a la legitimación del poder punitivo y la guerra como defensas, argumentando que estos fenómenos no pueden justificarse bajo principios racionales o jurídicos. Mientras Alberdi, desde Europa, enfrentó dificultades para conciliar su crítica a la guerra con la justificación de la pena, Barreto, libre del peso académico, deslegitimó ambos conceptos al caracterizarlos como hechos políticos. El artículo destaca cómo estas reflexiones conservan relevancia en el debate contemporáneo sobre los límites del derecho penal y su función dentro de los modelos constitucionales.

PALABRAS CLAVES Derecho penal; legítima defensa; poder punitivo.



Este trabajo está sujeto a una licencia de Atribución-NoComercial 4.0 Internacional (CC BY-NC 4.0).

ABSTRACT This article reflects on the relationship between punitive power, politics, and war, arguing that, like homicide, mass war is a crime that cannot be justified under the principle of self-defense. Furthermore, it critically analyzes how, despite his efforts, Alberdi's thinking fails to reconcile his critique of war with the justification of punishment, as both affect innocent individuals. On the other hand, Barreto, outside the academic sphere, argues that neither punishment nor war can be justified as defenses, but rather are acts of political power. Both thinkers reveal the inherent contradiction in legitimizing punitive power, an issue that remains relevant in the contemporary debate on criminal law.

KEYWORDS Criminal law; self-defense; punitive power.

Introducción

La llamada política criminal, es decir, la política del Estado frente a la conflictividad criminalizada, junto con la propia decisión legislativa acerca de la criminalización primaria, constituye, sin lugar a dudas, un ejercicio de política. Respecto a la relación entre política y guerra, Clausewitz había afirmado que la guerra es la simple continuación de la política por otros medios¹. Una fórmula que Foucault invertiría en el siglo XX². En la actualidad resulta común reconocer este vínculo, aunque se discutan sus consecuencias y particularidades. No obstante, la ciencia jurídico penal todavía no advierte con suficiente claridad que el poder punitivo también es poder político, lo que explica su escasa atención al nexo entre guerra y pena.

Sin embargo, desde diferentes perspectivas, este problema fue abordado por dos juristas clave de Sudamérica en la segunda mitad del siglo XIX aunque contemporáneos el argentino (tucumano) Juan Bautista Alberdi entre 1810 y 1884 y el brasileño (nordestino) Tobías Barreto entre 1839 y 1889.

Si por históricos entendemos los hechos del pasado que son significativos para el presente, volver la vista hacia estos pensadores no es una curiosidad paleontológica. Sus obras abordan, ni más ni menos, la cuestión primordial sobre la legitimidad del derecho penal: ¿Se fundamenta este en el ejercicio del poder punitivo per se, o en su capacidad de autorregularse dentro de parámetros mínimamente racionales?

La hipótesis de este estudio sostiene que Alberdi, al intentar fundamentar la legitimidad de la guerra a través de su equiparación con la pena cayó en una contradicción teórica, Sus dudas respecto al modelo adecuado—punitivo, reparador, coercitivo- determinaron el abandono de su investigación. Mientras Alberdi no se atrevió a negar

1. VON CLAUSEWITZ (2002) p. 51.

2. FOUCAULT (1976) p. 13.

la legitimidad de la guerra y el castigo penal, Barreto —libre del peso de autoridad académica— deslegitimó ambos al definirlos no como conceptos jurídicos, sino como estrictamente políticos.

Desarrollo

I- ¿Por qué Alberdi se decidió a escribir sobre la guerra?

Juan Bautista Alberdi, figura central del pensamiento argentino, destacó como escritor incansable. Dentro de su obra más trascendental se encuentra el documento fundacional que sirvió de base para la Constitución Nacional de 1853, aún vigente con reformas. También figura en su extensa obra *El crimen de la guerra* de 1870, un escrito inconcluso e inédito con el que pretendía participar en el concurso de la *Ligue Internationale et Permanente de la Paix* convocado en 1869³. Sin embargo, el estallido de la guerra franco-prusiana y el colapso del Segundo Imperio francés truncaron este proyecto, que se frustró a causa de la derrota francesa en la guerra franco-prusiana y la caída del segundo imperio. El manuscrito, conservado como borrador en cuatro cuadernos con ampliaciones progresivas, evidencia un esfuerzo teórico por profundizar sistemáticamente en la ilegitimidad de la guerra como institución jurídica⁴.

Este escrito de Alberdi plantea dos interrogantes centrales: en primer lugar qué motivó su particular empeño por el tema; en segundo término, si la interrupción del trabajo se debió únicamente a la cancelación del concurso, o si lo movieron otras razones que – como se adelantó - el autor de este artículo cree que fueron las dificultades que encontró durante su investigación.

Respecto a la primera interrogante, descartado cualquier acicate crematístico⁵, no cabe duda acerca de que la pulsión que lo llevó al tema fue una razón personal muy fuerte. Alberdi se había opuesto de manera categórica a la vergonzosa guerra genocida contra Paraguay entre los años 1864 y 1870, llevada a cabo por la llamada *triple alianza* entre Brasil, Argentina y Uruguay. Consideraba que las ambiciones del emperador del Brasil eran continuidad de una potencia colonial europea extendida a América, criticaba con severidad el belicismo de los presidentes argentinos Mitre y Sarmiento⁶. Esta postura le valió para que lo tildaran de traidor, lo difamaran, le negaron los sueldos adeudados y lo condenaron al ostracismo; incluso durante su último

3. PASSY (1870).

4. LOIS (2007) pp. 267-270.

5. CRUZ (1900) p. 179. Alberdi había manifestado que donaría el premio en caso de obtenerlo, pese a la estrecha situación económica en que se hallaba como resultado de la negativa de Mitre a pagar sus sueldos vencidos. Como es sabido, vivió pobremente en París donde murió el 18 de junio de 1884.

6. CRUZ (1900) p. 24; FLORES (1976) pp. 411, 441, 443 y 453.

intento de retornar al país, lo que lo llevó a morir en la pobreza en París, ciudad desde la cual continuó escribiendo.

Alberdi desmontó el falso argumento de una guerra de liberación esgrimido por los gobiernos de la Triple Alianza, ridiculizando la contradicción de un emperador esclavista, que pretendía erigirse como liberador ante los supuestos crímenes del mariscal López. La historia posterior y el presente le habrían brindado innumerables ocasiones para análogas ridiculizaciones, cambiando solo lugares y nombres. Es casi obvio que la agresión genocida contra Paraguay –funcional al imperialismo británico– fue su principal motivo para involucrarse intelectualmente en el tema de la guerra.

Por otra parte, sin duda conocía el *Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe* del abate de Saint Pierre en 1742⁷ y el *Zum ewigen Frieden* de Kant⁸, como también el pensamiento reaccionario de Joseph de Maistre⁹, embrión de la ideología tanática que en el siglo siguiente racionalizó al máximo Carl Schmitt en *Der Begriff des Politischen* de 1932¹⁰. El choque explosivo de estos dos pensamientos podría sumarse a su interés personal por la guerra al Paraguay.

II- ¿Por qué interrumpió su “Crimen de la guerra”?

Dado que los motivos para ocuparse del tema eran muy fuertes, resulta lógico deducir que las razones para abandonar su investigación no fueron menos contundentes. El principio que sustentaba su escrito resulta inobjetable: si la muerte de un ser humano es un homicidio, la de miles de seres humanos no puede dejar de serlo, pues la escala masiva del crimen no anula su naturaleza delictiva. En este sentido, argumentaba que lo único que justifica la muerte de otro es el derecho a la propia subsistencia, es decir, la legítima defensa, que es excepcional en el derecho penal y también en los casos de guerra, o sea, que las únicas guerras racionales serían las defensivas, como afirmaba Grocio.

Pero para que no se invocase gratuitamente la legítima defensa en el derecho internacional sería necesario que, al igual que en el derecho penal, un juez o algún tribunal, es decir, alguien imparcial, estableciera que efectivamente se trató de una defensa. Justamente observaba que, en ausencia de este juez u órgano imparcial, cada estado juzga si actuó o no en legítima defensa y, por ende, todos acaban invocándola, pero sin que nadie se confiese agresor, del mismo modo que si en el derecho penal fuese suficiente que todo homicida afirmase haber actuado en legítima defensa. Según Alberdi, es esto lo que hace que todas las guerras sean injustas, o sea, criminales.

7. BERGARIE (1987).

8. VORLÄNDER (1919).

9. COLMES (1993) p. 14.

10. SCHMITT (1991).

Con sobrada razón señalaba que todas las guerras responden a afanes de poder y que no solo afectan al país agredido, sino también al agresor, porque imponen restricciones a la libertad que, cuando se generalizan, se vuelven normales y acaban ahogando la democracia. Aunque reconocía que ningún país en su tiempo era absolutamente democrático, atribuía con toda justeza a las guerras un efecto obstaculizador del progreso de la democracia interna de los pueblos. De manera indirecta, reforzaba su crítica a la guerra contra Paraguay observando que en América Latina la guerra entre estados carecía de sentido: en aquel entonces, todos disponían de vastos territorios en relación con su población, y que, en definitiva, las guerras no eran formas de adquirir territorio, sino de hacerse de gloria interna. En múltiples ocasiones afirmó que las guerras entre estos países eran prácticamente guerras civiles y, en última instancia, a actos suicidas¹¹.

No obstante, reconocía que una guerra para hacer desaparecer las guerras era un absurdo, y depositaba su confianza en una futura reducción de la frecuencia bélica por efecto del progreso de la civilización, o sea, con el mejoramiento de las condiciones de vida de los pueblos y el reconocimiento de los valores de hermandad entre los seres humanos, derivados de los originarios principios cristianos, aunque no coincidentes con los sostenidos entonces por el papado romano. En estas consideraciones no cabe descartar algún reflejo evolucionista, hipótesis que parece confirmarse con sus frecuentes referencias a los *pueblos salvajes*, propias del enciclopedismo francés y de las tempranas concepciones de reduccionismo biológico que este anunciaba¹².

En reiteradas ocasiones señaló Alberdi que los responsables de la guerra eran los gobiernos, al punto de proponer –con marcada ironía– la recuperación de ciertas prácticas germanas de manera que, cuando las diferencias entre monarcas no pudiesen resolverse de otro modo, sean estos los que combatiesen personalmente y no sus ejércitos. Es bien sabido que las primeras responsabilidades personales por crímenes de guerra fueron efectivas solo después de la Segunda Guerra Mundial y no siempre por violación del *jus ad bellum*.

Consideraba la necesidad de un juez imparcial y dudaba entre apelar al modelo civil o al penal. En este sentido, reclamaba una organización mundial, que no podría ser sino expresión de una soberanía planetaria que correspondiese a lo que llamó el pueblo-mundo, expresión que implícitamente requería una ciudadanía-mundo que, en esencia, no era nada diferente a lo que comenzó a positivizarse tímidamente en el derecho internacional apenas a partir de 1948.

11. CRUZ (1900) p. 13.

12. BUFFON (1802).

Aquí es donde el razonamiento de Alberdi revela una contradicción inherente, imposible de ignorar incluso para él. La visión europea de la guerra en su tiempo era la de guerra de ejércitos como la franco-prusiana, a tal punto que, cuarenta años más tarde, las potencias europeas involucradas en la Primera Guerra Mundial creyeron que emprendían una guerra de ejércitos de pocos meses, sin advertir el suicidio político que las movilizaría y agotaría por entero. Sin embargo, Alberdi sí percibía como ya había reconocido, que incluso estas guerras de ejércitos impactaban gravemente a las poblaciones civiles, particularmente en casos como el genocidio paraguayo, donde la resistencia involucraba a todo el pueblo.

Si era verdad que incluso las viejas guerras del siglo XIX las decidían los gobernantes, las ejecutaban los ejércitos, pero las sufrían los pueblos, esto choca con lo previsto por el derecho penal, que solo admite la legítima defensa contra el agresor, pero no contra terceros ajenos al conflicto. No resulta admisible que una guerra defensiva sea considerada legítima en este sentido, cuando los que ahora se denominan *efectos colaterales* (muertes, destrucción, hambrunas, etc.) se cometen con dolo de consecuencias necesarias.

Si bien un estado puede alegar defensa frente a otro, lo cierto es que el derecho internacional, al reconocerle personalidad al ser humano como tal, se enfrenta con un problema sin solución: los agresores no son todos los habitantes del territorio, o sea que los ciudadanos comunes son terceros no agresores ni provocadores, contra los que no cabe la legítima defensa tradicional como causa de justificación.

Su inobjetable punto de partida (si la muerte de un ser humano es un crimen de homicidio, la de miles de seres humanos no puede dejar de serlo) impide que sea legítima una defensa que deja como resultado miles de muertes y otros daños a personas que no son agresoras. El supuesto derecho a la guerra defensiva (*jus ad bellum*) ignora su propio punto de partida deslegitimante de la guerra misma, puesto que con el concepto jurídico penal de legítima defensa, ninguna guerra está justificada.

III- ¿Reparación civil, coerción directa administrativa o pena?

Alberdi se percata de esta contradicción y descarta la legitimación de la guerra en base a la legítima defensa del derecho penal común. Sin embargo, sugiere implícitamente que le atribuye a la guerra una función semejante o sustitutiva de la pena. Esta aproximación de la pena a la legítima defensa, es decir, la consideración de ambas como reafirmación del derecho por su efecto negador del injusto, fue ampliamente desarrollada por los hegelianos, aunque Alberdi no los cite explícitamente¹³. Tampoco recurre aquí el concepto de *defensa social*, sino que, al asignarle un difuso efecto preventivo en este caso a la pena y exigir un órgano imparcial para impartir justicia,

13. ALBERDI (1870).

pasa por alto que dicha sanción —sin importar su justificación teórica— recaería inevitablemente sobre miles de habitantes del Estado sancionado, o sea que, en cualquier caso, se trataría de una sanción ilegítima por afectar a terceros inocentes.

Alberdi trataba de salvar esta contradicción por la vía de un efectivo derecho de reparación garantizado internacionalmente, o sea que se inclinaba hacia un modelo reparador. Por otro lado, no podía ignorar que las privaciones para reparar alcanzarían también a quienes no eligieron causar el daño. Esta tensión lo lleva a oscilar entre el enfoque reparador y la insistencia en un modelo penal, generando una fricción discursiva en un razonamiento que anteriormente se mostraba ágil y diáfano. Esta vinculación entre el derecho internacional y el modelo punitivo, aunque fuese a título meramente reparador, carece de coherencia lógica, pues de mantener con coherencia su punto de partida, resulta que ninguna guerra podría justificarse ni tampoco ninguna sanción impuesta por una guerra no justificada.

Lo que rompe la armonía del razonamiento que Alberdi desarrolla una y otra vez en sus sucesivos borradores es precisamente esta indecisión, su evocación del derecho civil de los pueblos como derecho de gentes y a la vez su apelación al penal. Trata de escapar de lo penal y vuelve a lo penal, pero su reconocimiento de la personalidad del individuo humano le impedía legitimar por completo incluso las sanciones reparadoras que siempre se impondrían como punición, puesto que nadie está obligado a reparar un daño que no ha causado ni querido. Esta ambigüedad exhibe su dificultad para cerrar su pensamiento (lo que hoy se llamaría *completividad lógica del discurso*).

De ahí que el autor de este artículo se incline a que esta incompatibilidad entre el reconocimiento de la persona humana (todo homicidio es un crimen) y la reparación compulsiva contra quienes no agredieron, al plantearle una contradicción que parecía insalvable, debe haber sido el motivo determinante que provocó la interrupción de su investigación.

IV- ¿La pena también es defensiva?

Alberdi no lograba legitimar la guerra defensiva, pero la pena, aunque no todos lo confiesen abiertamente, se sigue legitimando hasta el presente como defensa en todas las variantes teóricas que lo intentan y que se nutren de la bicentenaria clasificación de la llamada teoría de la pena de Anton Bauer¹⁴, reiterada en la manualística penal. En concreto, el discurso jurídico corriente —en tiempos de Alberdi y en la actualidad— procura legitimar la guerra y la pena como defensas.

14. BAUER (2019).

No obstante, al observar la realidad del mundo se puede constatar que sucede lo que Alberdi advertía respecto de la guerra: todos invocan la defensa y nadie se declara agresor. Este fenómeno no se limita a la guerra, sino que se extiende al ejercicio real del poder punitivo, con su estructural selectividad punitiva, que garantiza criminalización e impunidad mediante estereotipos de agresores. Este mecanismo, que en muchos casos se traduce en la persecución de disidentes y opositores políticos, alcanza sus extremos más graves en prácticas decididamente genocida, como lo muestra la criminal y reiterada experiencia del siglo XX.

Esta característica del poder punitivo no escapó al análisis de Tobías Barreto, pensador brasileño del nordeste, mulato que escribía dos años antes de la Lei Áurea de la princesa Isabel, en pleno régimen esclavista del Imperio. Se trata de un autor fundamentalmente autodidacta, líder de la Escuela de Recife y pionero en introducir en América las obras de los autores alemanes de su tiempo.

El problema que Barreto enfrentaba principalmente no era el de la guerra, sino el de la pena, en una sociedad estratificada al extremo de mantener la esclavitud. Su ventaja radicaba en su libertad intelectual: al pensar desde un pueblo remoto del nordeste brasileño, se liberaba del peso de los argumentos de autoridad impuestos por la rígida disciplina académica europea. Esta posición 'a la intemperie' —fuera del paradigma colonial de su época— le permitió develar las contradicciones en la justificación del poder punitivo por la vía de la defensa, así como las funciones imaginarias atribuidas a la pena que solo excepcionalmente, en pocos casos graves, coincidían con la realidad social.

Por ende, sin tener que pagar el costo del ostracismo académico, pudo caracterizar el poder punitivo como un *factum político*: un hecho de poder análogo a la guerra. Ni la pena ni la guerra podían justificarse mediante el argumento de la defensa; ambas eran resultado del ejercicio del poder político, impuesto por quien detentaba la fuerza para hacerlo.

Quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, si é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra, escribió Barreto em 1886, y unas páginas antes afirmaba que *o conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político*¹⁵. Solo quien estuviese fuera del alcance del poder académico, que imponía una disyuntiva entre el más tradicional derecho natural y la recepción del grosero *racismo spenceriano* (positivismo), podía poner de manifiesto este destello de realismo, que completaba con la afirmación de que no debía confundirse el derecho natural con *la ley natural del derecho*¹⁶.

15. BARRETO (1926) pp. 147 y 151.

16. BARRETO (1926) p. 38.

Estas afirmaciones habrían sido escandalosas en la Europa de su época, donde Alberdi escribía desde el exilio y la precariedad. Aunque no carecía de inteligencia ni erudición, es probable que vislumbrara la contradicción al enfrentarla, pero las restricciones al pensamiento impuestas por el aplastante peso del argumento de autoridad académica no son meramente externas, sino que se introyectan —se internalizan— y operan desde el inconsciente con mayor potencia que las prohibiciones dictatoriales manifiestas. En pleno centro intelectual de un mundo que presumía de racional, era inadmisibles afirmar que la guerra y la pena no eran racionales, sino puros hechos del poder. Se debe recordar que, en aquel contexto, quienes deslegitimaban la pena se reducían casi exclusivamente a círculos anarquistas o algún exótico personaje extrasistema.

Barreto escribía en circunstancias muy diferentes: desde el interior de su estado, en plena crisis del norte azucarero —con el consiguiente desplazamiento del centro económico brasileño hacia el sur cafetalero—, es decir, en una región cuya economía se derrumbaba, dentro de una sociedad esclavista vigente. Ante sus ojos se desplegaban la explotación y la miseria, las penas privadas de los amos o *Senhores de engenho*. Este contexto le permitió liberarse del peso de la colonialidad académica que, poco después de su muerte, se puso de manifiesto en el racismo más descarnado de figuras como el profesor de medicina legal de Bahía¹⁷.

En ocasiones, el subdesarrollo tiene ventajas, porque desde la periferia del poder mundial pueden formularse mejor las llamadas preguntas ingenuas. Esta perspectiva le permitió a Barreto identificar la analogía estructural entre pena y guerra como *factum político*, en un momento histórico donde el derecho internacional aún debatía la distinción entre guerra justas e injustas, como si quienes desataban las guerras se guiasen y decidiesen conforme a los libros escritos por los internacionalistas en las academias y universidades.

Si bien había sucedido el horror de la batalla de Solferino, con varios miles de heridos y amputados abandonados a su suerte, lo cierto es que pasarían años antes que las primeras convenciones dieran los tímidos pasos iniciales del derecho internacional humanitario, primero con el derecho de La Haya entre 1899 y 1906 y mucho más tarde con el de Ginebra en el año 1949.

Con el paso del tiempo, los internacionalistas debieron asumir una actitud de sincera humildad para pasar del derecho *a la guerra* (*jus ad bellum*) al derecho *en la guerra* (*jus in bellum*). En definitiva, cabe entender que Barreto demandaba a la ciencia jurídico penal un gesto similar al que entonces ni siquiera los internacionalistas habían asumido y que, por cierto, la ciencia, bajo el peso de las múltiples legitimaciones del poder punitivo, tampoco asumió hasta el presente.

17. RODRIGUES (2011).

V- La realidad política y la imaginación de los penalistas

La ciencia jurídico penal latinoamericana aún padece las consecuencias de no admitir la crítica realista de Barreto. Durante décadas, estuvo dominada por el reduccionismo biológico del racismo colonialista *spenceriano*, funcional a las repúblicas oligárquicas, pero cuando al finalizar la Segunda Guerra Mundial el positivismo entró en crisis por efecto del descrédito del racismo, se importaron sucesivos sistemas dogmáticos alemanes, lo que en general fue una buena elección, dado su fina elaboración.

No obstante, al importar esos sistemas, se vacía su contenido político originario, puesto que fueron considerados como construcciones abstractas cuyo valor de verdad dependía únicamente de su mayor o menor completividad lógica. En ningún momento la ciencia jurídico penal parece haberse percatado de que en su país de origen es imposible separar a cada penalista que marcó época de su correspondiente contexto político, social y cultural: Binding del contexto *bismarckiano*, von Liszt del segundo imperio, Radbruch y a M. E. Mayer de la República de Weimar, Mezger del neokantismo nazi, Welzel de la reconstrucción de Adenauer y Roxin de la socialdemocracia de Willy Brandt.

En lugar de aprender lo esencial –o sea, el método dogmático- y construir sistemas con ese método, pero conforme a los objetivos políticos acordes a realidades de sociedades sumamente estratificadas, con Estados de derecho marcadamente defectuosos, en un continente que se halla en posición geopolítica subordinada y, por ende, sometido a fuertes accidentes institucionales, se pretende valer de sistemas que se suponen políticamente asépticos. En otras palabras, el error consistió en que, en lugar de imitar a los alemanes, se limitó a copiarlos y, en ese empeño, se siguió tratando de justificar al poder punitivo conforme a las variadas funciones imaginarias que proporcionan las teorías de la pena clasificadas por Bauer en 1830.

Es aquí donde cobra valor actual la advertencia de Tobías Barreto: *no hay guerra ni pena legítimas, pues ambos fenómenos de poder son conceptos políticos, no jurídicos*. Todavía no se toma consciencia de que las teorías que clasificó Bauer son imaginarias, pues esas funciones no son las que en las sociedades cumplen el poder punitivo, sino *las que cada penalista elige porque le gustan* y que solo excepcionalmente coinciden con algún caso real, es decir, que se sigue discutiendo algo así como la *guerra justa* o el *ius ad bellum* en materia penal. Al parecer, se continúa creyendo que quien dispone del poder de criminalizar o descriminalizar conductas, de seleccionar a quienes impone penas y a quienes deja impunes, antes leerá nuestros manuales para ejercerlo.

De este modo, no se reconoció la amplitud de la extraordinaria *multifuncionalidad* del poder punitivo, inherente a su esencia de *factum político* y, por ende, imposible de agotar, tal como fue visionariamente evidenciado por Barreto. Sin embargo, se sabe con certeza absoluta, por experiencia luctuosa y cercana, que, de no ser contenido, arrasa con todo y desemboca en genocidio.

Se pasó por alto en el análisis de Barreto –y no lo podía ver en su tiempo– que aunque el poder punitivo no constituye un fenómeno jurídico, sí lo es su contención dentro de límites mínimamente racionales. Cabe reiterar que lo que se conoce del poder punitivo no abarca todas sus funciones reales, porque su multifuncionalidad impide conocer todas las que cumple o puede cumplir. Sin embargo, se sabe con certeza que, de no filtrarse mediante la contención de sus manifestaciones más irracionales, se desborda y expande hasta el genocidio, como lo demuestran los horrores del siglo pasado. El derecho penal, como programación de esta contención, en el momento político es el equivalente al derecho internacional humanitario en el momento bélico.

El poder punitivo (incluyendo la pena) se manifiesta como un fenómeno político multifacético, mientras que su contención mediante el derecho penal pertenece al ámbito de la teoría jurídica. En este sentido, en el momento de la política, la función de la ciencia penal es programar la tarea de jueces como equivalente a la de la Cruz Roja en el momento bélico: filtrar el ejercicio del poder punitivo, impidiendo su ejercicio más irracional y, de este modo, operando como preventivo de su desborde policial y de sus trágicas consecuencias.

¿Se traiciona a los padres fundadores? La resistencia a la relegitimación del derecho penal por su indispensable acotamiento racional del ejercicio del poder punitivo, tal como lo impone cualquier variable del estado de derecho, no puede atribuirse sin más al *punitivismo völkisch* imperante por efecto del poder mediático y de la decadencia intelectual y ética de la política en América y en el mundo. No se trata de un factor circunstancial, sino que, especialmente en el plano de la ciencia jurídico penal, pesa una razón de mayor entidad que es menester sincerar: se tiene la impresión de que, con este acto de humildad y eficacia científica análogo al del derecho internacional, se traicionaría a los padres fundadores.

En efecto: el penalismo actual se considera orgullosamente heredero de la Ilustración y de los primeros liberales políticos, que asignaron siempre funciones a la pena y, en verdad. Las mejores expresiones de la ciencia jurídico penal actual recogen esa tradición, mientras que las menos rigurosas se apartan de ella. Ciertamente, aunque somos en buena medida hijos de la ilustración, con demasiada frecuencia olvidamos que también somos nietos de las inquisiciones. Por otra parte, resulta crucial recordar que los padres fundadores no funcionaron de manera arbitraria, sino que las *propusieron*, teniendo en su momento sobradas razones para hacerlo.

Si se analiza brevemente la historia, se observa que, cuando Europa cometió el tremendo genocidio americano, casi extinguió a los pueblos originarios, transportó varios millones de africanos esclavizados y, con los medios de pago y materias primas saqueadas en el continente, desarrolló una clase industrial y comercial que le disputó el poder a sus noblezas holgazanas e improductivas. Estas clases emergentes, en su confrontación con las noblezas, lo primero que debieron deslegitimar del poder monárquico fue su pretendido derecho a eliminarlas mediante el poder punitivo, aunque no solo se limitaron a eso, sino que se vieron obligados a avanzar mucho más.

Justamente lo que no se tiene en cuenta es que aquellos pensadores no se limitaban a proponer funciones de la pena, sino que se veían obligados a proponer modelos de estados, para oponerlos como alternativas al modelo absoluto monárquico, de los que a su vez deducían funciones limitadas de las penas. Además -con toda lógica- como cada modelo de estado presupone una antropología filosófica, es decir, una cierta idea del ser humano, partían de esa base de dignidad de la persona, aunque fuese limitada a los hombres blancos y burgueses (no así a las mujeres, a los colonizados ni a los propios marginados de sus metrópolis).

Es inocultable que cuando las burguesías alcanzaron el poder, archivaron los discursos de los padres fundadores y rápidamente abrazaron el grosero racismo *spenceriano* que legitimó el control policial de las *clases peligrosas*, los genocidios del neocolonialismo y que se difundió en todas las universidades: esto fue la verdadera traición al pensamiento ilustrado, pero lo que hicieron los padres fundadores había sido impecable, más allá de sus diferencias: proyectaron estados, de los que deducían funciones limitadas de la pena, conforme a cierta idea del ser humano, sea por vía del empirismo o del racionalismo que convergían en la ilustración.

Cuando se sostenía por Feuerbach que la filosofía constituía la base de la ciencia penal e incluso posteriormente, cuando se derivaba por Carrara su fundamentación de la razón, se carecía de un verdadero modelo de Estado constitucionalizado al cual remitirse y del cual derivar sus principios¹⁸. El penalismo contemporáneo no considera este vacío histórico y propone fines de la pena – los que cada autor prefiere - sin reparar en que cada función de la pena se deriva de un modelo de estado que presupone una antropología filosófica.

Al legitimar ahora el poder punitivo y seleccionarse a conveniencia las funciones imaginarias del catálogo de Bauer, se discuten problemas centrales de la teoría política y de la filosofía como si fuesen problemas penales, generalmente con un tratamiento superficial. Lo más llamativo es que parece ignorarse que los modelos de esta-

18. Tampoco podía considerarse tal al Estatuto Albertino. Hubo tentativas de control de constitucionalidad europeas –como la austriaca de (1921), pero esta *constitucionalización del derecho penal* se generalizó apenas después de la última postguerra.

do ya están establecidos y no se proponen alternativas a los existentes, no se plantea ninguna revolución, sino que inexplicablemente no se repara en que dichos modelos se encuentran plasmados en constituciones y en tratados internacionales, integrando normas de derecho positivo. Corresponde ahora impulsar la eficacia de las normas de mayor jerarquía en los sistemas jurídicos, promoviendo así una constitucionalización efectiva del derecho penal.

No se traiciona a los padres fundadores del derecho penal de garantías al reconocerse la vigencia de la crítica de Barreto: el poder punitivo constituye un hecho político, y la tarea actual radica en proyectar su contención racional. Debe entenderse que el contexto histórico ha variado: la función de ahora no es la de proyectar estados, sino la de dar eficacia a las normas de los modelos constitucionales vigentes.

Lejos de traicionarse los principios fundacionales este enfoque constituye el único modo para continuar su legado en el contexto histórico-jurídico actual. Debe entenderse que los hechos políticos no son estáticos, sino dinámicos: el deber ser no se materializa automáticamente ya que los fenómenos políticos tienden a expandirse. Por ello, la contención jurídica debe adaptarse a sus nuevas pulsiones afrontando tanto las circunstancias emergentes como las argucias expansionistas.

Los *padres fundadores* diseñaron los modelos de estados consagrados en el derecho positivo. Hoy corresponde contener las pulsiones políticas del poder punitivo para preservar y perfeccionar dichos modelos, reconociendo el destello realista de Barreto ningún estado de derecho se configura como un sistema perfecto, acabado o estático, sino como un proceso dialéctico de lucha constante contra las pulsiones expansivas del *factum* político, en la que siempre habrá avances y retrocesos.

Conclusiones

De acuerdo con la lógica abolicionista, tanto la guerra como el poder punitivo, al generar sufrimiento y muerte a gran escala, evidencian su carácter inherentemente irracional y lesivo; sin embargo, en el contexto actual, resulta imprescindible un enfoque realista que priorice la contención del poder punitivo dentro de límites racionales y la minimización de los horrores bélicos, pues si bien los cambios civilizatorios trascienden el ámbito del derecho penal, la tarea primordial de los penalistas consiste en evitar que el poder punitivo estatal, incluso en sistemas precarios, se transforme en una herramienta criminal y conduzca a la instauración de regímenes totalitarios, por lo que resulta imperativo reconocer el carácter político del poder punitivo, tal como lo señaló Barreto, y orientar los esfuerzos hacia la consolidación de un sistema penal garantista que proteja los derechos fundamentales y limite la arbitrariedad estatal.

Si bien los profundos cambios civilizatorios, tecnológicos y culturales trascienden la capacidad decisoria de la ciencia jurídico penal, cuya pretensión de omnipotencia resultaría ingenua, la tarea que imponen las circunstancias actuales a los penalistas consiste en evitar que el poder punitivo de los estados de derecho, aun en sus formas más precarias, se convierta en criminal y conduzca al reemplazo de estos estados por modelos totalitarios, asumiendo que la contención del poder punitivo constituye un imperativo frente a su potencial desbordamiento.

Si bien la labor específica del penalista se distingue de la militancia política, reconociendo que los cambios culturales y civilizatorios trascienden el ámbito estrictamente jurídico, no se excluye la posibilidad de que, como ciudadano, participe en el debate público y propugne las transformaciones que considere necesarias; sin embargo, tal como evidenciaron Alberdi, desde Europa, y Barreto, desde Bahía, el problema de la legitimidad y los límites del poder punitivo sigue siendo un desafío apremiante, lo que exige una reflexión constante y un compromiso con la defensa de los principios del Estado de Derecho.

Sobre el autor

Prof. Dr. Dr. h.c. Mult. Eugenio Raúl Zaffaroni. Profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Ex director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la UBA. Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina entre 2003 y 2014. Fue miembro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2016 a 2022. Recibió el Premio Estocolmo en Criminología en el año 2009. Ha sido nombrado Doctor Honoris Causa por varias universidades en América Latina y Europa.

Referencias bibliográficas

- Alberdi, Juan Bautista (1870). *Le prix de cinq mille francs devait être décerné* (Buenos Aires, Universidad Nacional de General San Martín).
- BARRETO, Tobías (1926): *Menores e loucos e fundamento do direito de punir* (Rio de Janeiro, Empreza Graphica Editora de Paulo).
- BAUER, Anton (2019): *La teoría de la advertencia y una exposición y evaluación de todas las teorías del Derecho Penal* (Traducción de Zaffaroni, E. Raúl) (Buenos Aires, EDIAR).
- BERGARIE, Coutau (1987): *Saint-Pierre (abbé de). Projet pour rendre la paix perpétuelle en Europe (1713)* (Paris, Foyard).
- BUFFON, Georges (1802): *Historia natural, general y particular*. (Traducción de Clavijo, D. Josphé) (Madrid, Por la viuda de Don Joaquin Ibarra, tomo XVI).
- Comes, Stephen (1993). *The Anatomy of Antiliberalism* (Cambridge, Harvard University Press).
- CRUZ, Francisco (1900): *Escritos póstumos de Juan Bautista Alberdi: Memorias y*

- documentos* (Bernal, Universidad Nacional de Quilmes).
- FLORES, Idalia (1976): *Juan Bautista Alberdi en la defensa del Paraguay en la Guerra contra la Triple Alianza* (California, Universidad de California).
- FOUCAULT, Michel (1976): *La volonté de savoir* (Virginia, Universidad de Virginia).
- LOIS, Élida (2007): *El crimen de la guerra: edición crítico-genética. Estudio preliminar* (San Martín, Universidad de Buenos Aires).
- PASSY, Frédéric (1870): *Le crime de la guerre dénoncé a l'Humanité, Prix de cinq mille francs a décerner* (Paris, Librairie Franklin).
- RODRIGUES, Raymundo Nina (2011). *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil* (Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisa Social, edición post mortem).
- SCHMITT, Carl (1991): *Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien* (Berlin, Duncker & Humblot).
- VON CLAUSEWITZ, Carl (2002): *De la guerra* (San José, Librodots, tomo I).
- VORLÄNDER, Karl (1919): *Zum ewigen Frieden* (Leipzig, Verlag von Felix Meiner)
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2009): “*Girardin: abolicionismo entre el segundo imperio y la tercera república francesa*”. En *Seqüência: estudos jurídicos e políticos*, Universidade Federal de Santa Catarina, año 2009, Vol. 30, N° 59, Julio de 2009, pp. 193-218.