

Zaffa roni

Conferencia magistral del
Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
en ocasión de recibir el
doctorado *honoris causa*
en la Universidad Nacional
de José C. Paz

COLECCIÓN ALTAS LLANTAS

Zaffaroni

Zaffaroni

Conferencia magistral del
Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni
en ocasión de recibir el
doctorado *honoris causa*
en la Universidad Nacional
de José C. Paz



EDUNPAZ

Editorial Universitaria

COLECCIÓN ALTAS LLANTAS
MAESTROS EN EL CONURBANO



1ª edición: mayo 2016

© 2016, Universidad Nacional de José C. Paz. Leandro N. Alem 4731 -
José C. Paz, Pcia. de Buenos Aires

© 2016, EDUNPAZ, Editorial Universitaria

ISBN: en trámite



Licencia Creative Commons - Atribución - No Comercial (by-nc)

Se permite la generación de obras derivadas siempre que no se haga con fines comerciales. Tampoco se puede utilizar la obra original con fines comerciales. Esta licencia no es una licencia libre. Algunos derechos reservados: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.es>

Universidad Nacional de José C. Paz

Rector: Federico Thea

Vicerrector: Héctor Hugo Trincherro

Secretario General: Darío Kusinsky

Director General de Gestión de la Información

y Sistema de Bibliotecas: Horacio Moreno

Jefa Departamento Editorial Universitaria: Bárbara Poey Sowerby

Diseño de colección: Amalia González

Arte y maquetación integral: Equipo EDUNPAZ

Publicación electrónica - distribución gratuita

Índice

Prólogo	7
<i>Laudatio</i>	17
<i>Lectio doctoralis</i>	27



Prólogo

Me resulta imposible prologar aquello que no necesita introducción. Y, sin dudas, la obra del Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni no requiere mayor presentación que la mención de su nombre. Lo que sigue es leerlo, disfrutarlo, pensarlo, aprender... y seguir pensando.

En su lugar, quisiera aprovechar el privilegio que significa que la *lectio doctoralis* dictada por el Dr. Zaffaroni el día 15 de abril de 2015 en la Universidad Nacional de José C. Paz (UNPAZ) se haya convertido en la primera publicación de nuestro sello editorial, para escribir algunas líneas inaugurales de este espacio tan importante para nuestra Comunidad. Y hacerlo con algunas reflexiones que nos deja el Profesor Zaffaroni en esta clase magistral en torno al *modelo* de Universidad Pública que tenemos la obligación de construir en el marco de esta suerte de *Segunda Reforma Universitaria* que estamos viviendo. Proceso de reforma que comenzó con la creación de nuevas Universidades Públicas –como la UNPAZ y tantas otras de nuestro Conurbano Bonaerense y del interior del país–, con el incremento de la inversión en educación, ciencia y tecnología hasta alcanzar una participación del 6% del Producto Bruto Interno (PBI),¹

¹ Ley 26075, sancionada el 21 de diciembre de 2005.

y que siguió luego con el reconocimiento de la Educación Superior como un bien público y un derecho humano, de acceso irrestricto y gratuito, que el Estado Nacional y sus provincias tienen la obligación principal e indelegable de garantizar.²

La misión de nuestras universidades no puede ceñirse a replicar los modelos tradicionales importados de los países más desarrollados, sino que debe aprovechar este *fenómeno universitario* para contribuir a un modelo de sociedad más incluyente, garantizando el derecho a la universidad,³ abriendo cabezas, descolonizando y aportando su granito de arena a la soberanía intelectual de nuestro país y de nuestra América Latina.

A tales fines, un primer desafío que enfrentamos consiste en defender nuestra concepción de la calidad académica –que resulta inescindible del concepto de acceso irrestricto, en tanto la Universidad nunca podrá ser de calidad si no garantiza, primero que todo, la inclusión educativa– contra los embates del modelo de sociedad excluyente, que pone en cuestión esta *Segunda Reforma Universitaria* recurriendo a argumentos y estándares de calidad muchas ve-

² Ley 27204, sancionada el 28 de octubre de 2015.

³ Profundizar en Rinesi, E. (2015), *Filosofía (y) política de la Universidad*. Los Polvorines: Ediciones UNGS, p. 57 y ss.

ces transplantados del extranjero y que, en general, no reflejan nuestras necesidades y demandas.

La importación de parámetros de medición de la “calidad académica” del extranjero no puede ser leída como un hecho aislado, sino que se inscribe en un patrón generalizado de transplantes que casi nunca son *re-significados* de acuerdo con nuestra realidad e intereses como nación, por el contrario, generalmente sirven a otros intereses; y es el motivo por el cual requiere nuestra especial atención, cualquiera sea la disciplina de la que se trate.

De hecho, esta cuestión constituye un gran tramo de la discusión protagonizada por Alberdi y Sarmiento, acerca de la Constitución de 1853. En la inteligencia “sarmientina”, el modelo estadounidense debía adoptarse al extremo de la *imitación*, sin condicionantes, como “báculo para atravesar, no sin dificultad, por el fango de costumbres y malos hábitos que obstruyen el camino”. El pasado era sólo ignorancia y desierto, y debía ser borrado “como caracteres trazados en la arena”. Por su parte, Alberdi denunció ese procedimiento, imputándole el fin de “falsear y abastardar la Constitución federal”, para lo cual se requería interpretar a “la Federación Argentina con la jurisprudencia

de los Estados Unidos”. Opuso, en cambio, una línea conservadora de los atributos del pasado, ciertos hábitos y creencias que la Constitución debía asimilar. La organización debía darse “con cuanto contiene y forma la desgraciada República... sin excluir ni aún a los malos, porque también forman parte de la familia”.⁴ Por supuesto, todavía quedaba por definir, quiénes (o qué) eran los malos. Pero esa es otra etapa, aún inacabada, de la gran discusión nacional...

Esta cuestión de los transplantes ocupa un lugar central en la *lectio doctoralis* del Profesor Zaffaroni que reproducimos aquí, ya que como punto de partida para comenzar su serie de clases de derecho penal, nos advierte que previo a todo “debemos saber qué trajimos del derecho penal europeo, qué sentido tuvo en sus países y tiempos de origen, cómo lo *resignificamos* aquí, para qué sirvió en estas tierras y, qué nos puede dejar para nuestro presente”.

La construcción de un modelo de sociedad inclusiva en nuestro país y en América Latina toda, requiere que nuestras universidades aporten herramientas en función

⁴ Alberdi, J. B. y Sarmiento, D. F. (2012). *Constitución y política. Comentarios a la Constitución de la Confederación Argentina. Estudios sobre la Constitución Argentina de 1853*; con Prólogo de Natalio R. Botana. Buenos Aires: Hydra, pp. 33 y ss., y 271 y ss.

de nuestras necesidades, proyectos e intereses; ya sea construyendo conocimiento original propio o *resignificando* aquel que nos viene importado. Pues, como explica el propio Zaffaroni, dado que –al menos en su origen– todo nuestro saber es importado, es con “ese saber importado que se nos impone construir nuestro instrumento descolonizador, del mismo modo que del lenguaje importado escogemos palabras para construir nuestro discurso de independencia”.⁵

Una universidad abierta y atenta a su comunidad, es decir, una universidad democrática en el sentido más profundo del término, es aquella que opta por un modelo de sociedad inclusiva; donde la formación, la investigación y la extensión atienden los intereses, prioridades y preocupaciones de la sociedad que la sostiene y que, al mismo tiempo y para no traicionar este *fenómeno universitario* que tanto entusiasmo al Profesor Zaffaroni, genera herramientas para combatir desde el conocimiento y la cultura –pacíficamente–, las nuevas formas del colonialismo.⁶ En palabras de Jauretche, “[s]ólo por la victoria en esa contienda evitaremos

⁵ Zaffaroni, E. R. (2015). *El derecho latinoamericano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Ediciones Madres de Plaza de Mayo, p. 86.

⁶ Es inevitable aquí no citar a Paulo Freire, quien enseña que “[l]a acción política junto a los oprimidos, en el fon-

que bajo la apariencia de los valores universales se sigan introduciendo como tales los valores relativos correspondientes sólo a un momento histórico o lugar geográfico, cuya apariencia de universalidad surge exclusivamente del poder de expansión universal que les dan los centros donde nacen, con la irradiación que surge de su carácter metropolitano”.⁷ Por ello, todas las Universidades Nacionales tenemos esta misión y debemos actuar coordinada y mancomunadamente en pos de dicho objetivo: pensar desde Argentina, para la Argentina y para América Latina y el mundo.

La UNPAZ es una de las protagonistas de este *fenómeno universitario* que el Dr. Zaffaroni viene siguiendo con atención desde su comienzo, y con el lanzamiento de EDUNPAZ pretendemos dar un paso más en el cumplimiento de la misión que la Constitución Nacional y las leyes nos han encomendado.

Toda la comunidad universitaria de la UNPAZ se complace orgullosamente en poder contar con el pensamiento y las palabras del

do, debe ser acción cultural para la libertad, y por ello mismo, una acción con ellos”. Ver Freire, P. (2013) *Pedagogía del oprimido*. Buenos Aires: Siglo XXI, p. 64.

⁷ Jauretche, A. (1982). *La colonización pedagógica y otros ensayos*. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, p. 44.

Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni para inaugurar este espacio editorial ya que, como se dijera en la *laudatio* pronunciada con motivo de su investidura como Doctor *honoris causa* por la UNPAZ, el pensamiento y las prácticas del Dr. Zaffaroni reflejan perfectamente el modelo de universidad que alentamos desde nuestra institución, y eso hace que nuestro vínculo con él sea tan especial.⁸

Federico G. Thea
Rector

⁸ *Laudatio* pronunciada por el Dr. Diego Duquelsky (Director de la Carrera de Abogacía de la UNPAZ), con motivo de la investidura como Doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de José C. Paz al Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Laudatio pronunciada por
Diego Duquelsky con motivo
de la investidura como Doctor
honoris causa del Dr. Eugenio
Raúl Zaffaroni

15 de abril de 2015

Señor Rector Organizador de la Universidad Nacional de José C. Paz, Dr. Héctor Hugo Trincherro; Señores Secretarios, Directores y demás autoridades de la Universidad; Señores Magistrados y funcionarios presentes; Miembros de la Comunidad Universitaria; Señoras y señores:

Es un lugar común, al que no podré escapar, sostener que cuando el grado de reconocimiento de la persona a homenajear alcanza niveles como el que nos ocupa en este caso, parecen invertirse los efectos laudatorios y el verdadero honor recae en la institución que promueve el evento y –afortunadamente, por añadidura– en la persona que tiene a su cargo pronunciar estas palabras.

Cuando a fines del año pasado asumí como Director de la Carrera de Abogacía de esta casa altos de estudios, jamás pensé que llegaría tan pronto una recompensa como la de hoy: brindar la *laudatio* académica por la que se solicita el otorgamiento del grado de Doctor *honoris causa* nada más y nada menos que a uno de los más grandes juristas de nuestra historia, el Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni.

Es por todos conocida la magnitud de su obra, forjada durante más de cincuenta años de vida profesional y académica –desde su graduación como abogado en la

Universidad de Buenos Aires en 1962 y su doctorado por la Universidad Nacional del Litoral, en 1964, títulos que ya daban cuenta, desde su juventud, de la brillante carrera que tendría por delante, tanto en el mundo académico como en la función pública, particularmente en el Poder Judicial–, coronada por su designación como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el año 2003.

Por eso, cuando me asignaron el honor de pronunciar estas palabras, me pareció redundante repetir los méritos del Dr. Zaffaroni para recibir un doctorado *honoris causa* –título que recibió por parte de más de treinta universidades de Argentina, América Latina y Europa– y preferí concentrarme en las razones que motivan la propuesta de otorgamiento de esta distinción entregada por la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

Y lo que hace especial nuestro vínculo con Raúl Zaffaroni es que su pensamiento y sus prácticas reflejan simultáneamente el modelo de universidad, la visión del Derecho y el rol de los operadores jurídicos que alentamos desde la Universidad Nacional de José C. Paz.

Si nos detenemos en el propio lema de nuestra Universidad, “Excelencia académi-

ca e inclusión social”, veremos que pocas personas expresan como Zaffaroni el modo en que ambos conceptos pueden conjugarse.

Su obra doctrinaria, en campos tan amplios como la teoría del delito, la criminología, el derecho procesal, los derechos fundamentales, incluye centenares de publicaciones entre las que se destacan su *Tratado de Derecho Penal*, *En busca de las penas perdidas*, *Estructuras procesales* y *El enemigo en el Derecho Penal*. Ha dictado clases, cursos y conferencias en más de cincuenta universidades del país y del exterior y su *Manual de Derecho Penal* ha sido libro de cabecera para miles de estudiantes en toda América Latina.

Pero, al mismo tiempo, ha hecho de la inclusión y de la ampliación de la “ciudadanía universitaria” una bandera, sintetizada en algunos tramos de su carta de renuncia como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, donde sostuvo:

Estamos asistiendo en nuestro país a una nueva Reforma Universitaria, que incluye a las clases trabajadoras y humildes, y el saber jurídico no debe permanecer ajeno a este movimiento de revolución pacífica y silenciosa.

El sendero de dignidad que en lo ético las Madres y Abuelas marcaron en nuestros peores momentos del siglo pasado, debe actualizarse en forma permanente y plasmarse en el pensamiento y el sentimiento jurídico de las nuevas

generaciones, en especial en las de los estamentos sociales que tendrán mejor voz en la razón de la extensión del acceso a la Universidad.

Por otra parte, cuando a fines del año pasado, desde la dirección de la Carrera de Abogacía propusimos un profundo cambio del plan de estudios, que contó con el respaldo y la posterior aprobación del Rector y del Ministerio de Educación, lo hicimos teniendo en vista tres ejes que encuentran profunda inspiración en el pensamiento y la acción del Dr. Raúl Zaffaroni.

En primer lugar, entender que “saber derecho” no consiste simplemente en “saber la ley” y cuestionar la supuesta neutralidad de la Ciencia Jurídica. Durante siglos las escuelas de derecho brindaron una formación meramente normativista y ocultaron, solaparon, escamotearon las discusiones ideológico-políticas. En ese sentido, Zaffaroni ha puesto permanentemente su mirada crítica tendiente a desterrar ese mito. Porque, como ha sostenido en su conferencia inaugural de la Escuela del Servicio de Justicia:

Hay que estar muy atentos, hay que estar con los ojos bien abiertos, el oído bien aguzado, el olfato también, no es sencillo. [...] todos los días en una sentencia, en un dictamen, en una defensa, los conceptos jurídicos nos pueden ju-

gar una trampa y hacernos funcionales para lo que no queremos ser.

El segundo eje, ligado al anterior, pasa por concebir al derecho como una práctica social que, como sostiene mi maestro Carlos Cárcova, cumple una función paradójica dado que, si bien el discurso jurídico es un mecanismo de dominación y de control social, al mismo tiempo constituye una herramienta que permite luchar por la ampliación de derechos y una mejora en las condiciones de vida de la gente.

En ese sentido, el Dr. Zaffaroni es un modelo de jurista que ha desarrollado simultáneamente, como sostiene Ferrajoli, una tarea crítica y proyectiva a la vez. Por un lado, ha realizado una permanente tarea de denuncia sobre el modo en que la selectividad del poder punitivo del Estado ha perseguido determinadas conductas propias de los sectores más vulnerables de la sociedad. Y lo ha hecho no sólo para la “Academia”, sino a través de obras como *La cuestión criminal*, donde en conjunto con el dibujante REP y utilizando un lenguaje comprensible también para el lego, acercó sus reflexiones sobre política criminal a toda la sociedad.

Pero, además, ha sido un activo promotor de reformas normativas, tanto cuando se desempeñó como Convencional Constituyente

Nacional y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Legislador porteño como presidiendo la Comisión para la elaboración del Anteproyecto de Código Penal –entre 2012 y 2014– creada por el Poder Ejecutivo Nacional.

También desarrolló una importante tarea en la lucha por la ampliación de los derechos durante su desempeño como Interventor del Instituto Nacional de Lucha contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) y, sin lugar a dudas, a través de sus fallos como miembro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Por último, el tercer eje de nuestra reforma curricular, al que no es ajeno el Dr. Raúl Zaffaroni, gira en torno a la perspectiva latinoamericana. Pocos como nuestro homenajeado han entendido que resulta imperioso aportar la mirada propia de nuestra Patria Grande para construir un pensamiento jurídico emancipador. Un pensamiento, además, capaz de cuestionar hasta los propios fundamentos del pensamiento racionalista, liberal y antropocentrista, como podemos ver en *La Pachamama y el humano*.

Por eso no resulta exagerado sostener, en este Salón de los Próceres Latinoamericanos, que el día en que tengamos un Aula Magna engalanada por los grandes juristas

de nuestro continente, Zaffaroni formará parte de ese grupo de pensadores –muchos de ellos olvidados o preteridos por los defensores de ciertas elites académicas– que, como Juan Bautista Alberdi, Arturo Sampay o Carlos Cossio, trascendieron las fronteras de nuestro país para ser emblemas del pensamiento jurídico de América Latina.

No hay próceres sin rupturas y no hay rupturas sin críticas. Por eso es que, tantas veces como el Dr. Raúl Zaffaroni ha desenmascarado a los auténticos generadores de violencia social –los medios concentrados, el capital financiero internacional, los fondos buitres, los reductos autoritarios en instituciones policiales y carcelarias– otras tantas ha sido objeto de ataques y críticas.

Afortunadamente, nuestro homenajeado es también un nadador. Un nadador que es capaz de nadar contra la corriente. Y no por tozudo o caprichoso, sino al igual que el salmón, para desovar y, de ese modo, plantar los cimientos que permitan que nuevas generaciones de juristas, de tanto nadar en sentido opuesto, terminen por invertir el sentido de esas aguas.

Es por ello que, cumpliendo el rol formal que se me ha asignado, y en representación de toda la comunidad académica de nuestra casa de estudios, solicito se confiera al Dr.

Eugenio Raúl Zaffaroni, el supremo grado de Doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de José Clemente Paz.

Lectio doctoralis

Querido Rector, Señor Secretario, Señor Director de la Carrera, demás autoridades de la Universidad, queridas amigas y amigos y, fundamentalmente, alumnos y estudiantes:

Con toda sinceridad, vine hoy a dar una clase de derecho penal y espero que me dejen hacerlo, sin seguir sorprendiéndome con estas cosas, nada menos que con un grado de Doctor *honoris causa* sin previo aviso. Trataré de combinar las dos situaciones, porque en realidad, tengo muchos deseos de enseñar derecho penal y, en consecuencia, nunca podrá ser esta una *lectio doctoralis* en el sentido tradicional.

El grado de Doctor *honoris causa*, cuya historia se remonta a los estudios medievales, implica la incorporación a la Universidad. Esto significa que quien recibe el grado debe asumir el compromiso de defender donde sea los principios de la Universidad. Y sí, efectivamente, tal cual dijo el Director de la Carrera, me encuentro profundamente consustanciado con el espíritu de esta Universidad Nacional de José Clemente Paz, porque veo en ella un *fenómeno universitario* verdaderamente maravilloso, y uso la palabra *fenómeno* en el sentido pleno de *manifestación, aparición de algo*.

Ese *fenómeno* está dado porque aquí, en

pleno Municipio de José Clemente Paz, en el corazón de nuestro problemático Conurbano del Puerto de Buenos Aires, haya una Universidad Nacional y una carrera de Derecho, que estén todos ustedes aquí, profesores, académicos y estudiantes, es algo totalmente nuevo. Si no desaprovechamos esta oportunidad, si sabemos usarla, es *revolucionario*, porque la esencia de toda revolución es la reivindicación de derechos.

La revolución no es un acto necesariamente violento ni mucho menos: se hace cambiando, transformando, difundiendo valores, modificando culturas a partir de su reconocimiento y respeto. Por *cultura*, por supuesto, no estoy entendiendo un amontonamiento de conocimientos, sino las pautas de interacción entre los seres humanos.

A este respecto, no puedo pasar por alto que nuestra cultura no es tan violenta como quieren hacernos creer, pero que hay demasiados intereses no sólo en hacerla aparecer violenta, sino en que se torne realmente violenta.

La misión del Derecho –cuando lo es realmente y cuando es útil– es la de marchar precisamente en el sentido inverso.

Hace algo más de un siglo, Karl Marx decía que el Derecho es el instrumento de las clases dominantes, y en su momento creo

que tenía razón. Pero pasó el tiempo y se sucedieron muchas cosas. Nuestra civilización, por así llamarla, en algún momento entró en pánico ante masacres y genocidios y, lamentablemente, no porque le hubiesen preocupado mucho los genocidios.

En efecto: el siglo pasado comenzó con genocidios. En estos días se conmemora el centenario de la etapa más dura del Genocidio Armenio. No le interesó mucho a los poderes de ese momento, al punto que pronto lo encubrieron. Tampoco les importaba que por esas mismas fechas o un poco antes, Leopoldo II de Bélgica siguiese reduciendo a esclavitud y matando y amputando africanos en el Congo, para obtener caucho para los neumáticos de las nuevas maravillas, que eran los automóviles. Por el contrario, hasta han hecho un museo cerca de Bruselas, donde se exalta la acción pretendidamente *civilizatoria* en el Congo, como lo hizo en su discurso el rey Balduino, cuando no tuvo más remedio que declarar la independencia de la colonia del Congo, y sólo le respondió Lumumba, a quien asesinaron poco después. Tampoco importó a nadie el genocidio de los hereros ordenado por el emperador alemán en África, donde se habló sin tapujos de *exterminio*.

Pero un buen día pasó lo que tenía que

pasar: el genocidio fue más terrible, sintetizó todas las características de los genocidios anteriores, no dejó ninguna sin sintetizar y, además, las víctimas eran personas con igual carencia de melanina que las que ejercían el poder planetario. Fue cuando cundió el pánico y se dijo: “Esto no, con los otros sí, con nosotros no”. Apenas en ese momento, esa civilización que se decía *cristiana*, después de casi veinte siglos de que el poder punitivo hubiera asesinado a Cristo, en 1948, reconoció la unidad de la especie humana, declarando que *todo ser humano es persona*. ¡Extraordinaria novedad que celebremos todos los años! Quizá el mayor desarrollo de nuestro cerebro hizo que tardásemos tanto tiempo en reconocerlo, porque entre los animales no se necesita ninguna convención para que todos los caballos sepan que son caballos, todos los gatos sepan que son gatos, todos los perros sepan que son perros. Los otros animales tienen una capacidad de reconocerse, a veces de un modo que nos llama un poco la atención, olfateando determinadas partes íntimas, pero nosotros no tenemos esa capacidad, no nos olfateamos para reconocernos. Necesitamos dos mil años de cristianismo, milenios más de judaísmo, algo menos de islamismo, para darnos cuenta de que *el otro es una persona*.

Y aún hoy lo recitamos, pero no lo vivenciamos cotidianamente.

De cualquier forma, el mero reconocimiento formal introdujo una contradicción en todo el campo jurídico, que llega hoy a un extremo de paradoja que hace que los verdaderamente interesados en que el Derecho siga siendo sólo el instrumento de la clase hegemónica, los que quieren que aquella descripción de Marx del siglo XIX se haga realidad en el siglo XXI, son precisamente los que detentan el poder económico en el mundo. Vivimos en un mundo polarizado, pero hoy está polarizado de una manera nueva, que nada tiene que ver con los tiempos de la *Guerra Fría*, que para nosotros correspondieron a la etapa del *neocolonialismo*. Hoy estamos en una fase avanzada del colonialismo, en un *tardocolonialismo* mucho más avanzado, que corresponde a un mundo en el que confronta un capitalismo productivo, más o menos razonable, y un capitalismo transnacional, expoliador, destructor del medio ambiente. Se contraponen de este modo dos modelos de sociedad: uno que aspira a una sociedad más o menos incluyente, con todos los defectos propios de lo humano, pero en el que avance el derecho al desarrollo humano; el otro pretende un modelo de sociedad 30/70 (30% incluidos,

70% excluidos), una sociedad excluyente. Esta es la confrontación actual y que viene dándose desde los años setenta del siglo pasado: *capitalismo racional y productivo, sociedad incluyente; capitalismo financiero de corporaciones y sociedad excluyente.*

Esta Universidad, este *fenómeno universitario*, se inscribe en la primera opción, es la manifestación viva del esfuerzo de una sociedad que busca inclusión. Nunca lo olviden, por favor, aunque mañana se vayan lejos de José C. Paz, vuelvan siempre, por lo menos con el pensamiento. El modelo excluyente tiene sus técnicas perversas, y una de ellas es la de cooptar a los que se mueven, crea el *medio pelo* del que hablaba el viejo Jauretche, que tiene algo del enamoramiento del opresor, cuya explicación se pierde en las profundidades del inconsciente. Pero cuando los que se mueven sean muchos no podrá hacerlo, porque no tiene semejante capacidad de cooptación. Esa es nuestra tarea, la tarea de este *fenómeno universitario*.

Hoy pensaba darles la primera clase de derecho penal. Voy hacerlo en estas particulares condiciones. Trataré de explicar algo del derecho penal que debemos cultivar en este panorama del poder planetario, en nuestra América colonizada, en nuestra Argentina y en nuestro Conurbano. Trataré

de aproximarme a cómo creo que debemos empezar a interpretar el derecho penal en nuestro *ser aquí*.

En derecho penal todo comienza confusamente, primero porque son confusas las ideas que traen ustedes, que nunca escucharon una clase de derecho penal, pero tienen ideas preconcebidas. Esto no pasa en derecho civil, por ejemplo, pero en derecho penal cada uno cree que tiene las ideas claras al llegar. Y nosotros solemos confundirlas más, como resultado de la terminología que usamos los penalistas.

La confusión empieza por la propia expresión *derecho penal*, es decir, qué entendemos cuando hablamos de *derecho penal*. Y es tan equívoca que, por lo menos, se usa en tres sentidos completamente diferentes.

Por *derecho penal*, algunos entienden la *legislación penal*, que es obra de los políticos, de los legisladores. Otros la usan como el *ejercicio mismo del poder punitivo*, que no lo ejercen los juristas, sino que lo ejercen las policías en todo el mundo. Por *policía* no me refiero sólo a la policía de seguridad, naturalmente, sino a todas las agencias ejecutivas, a los servicios de inteligencia, de informaciones, a las distintas ramas de la autoridad impositiva, etc. Por último, puede entenderse por *derecho penal* lo que inten-

tamos hacer nosotros, que algunos llaman *ciencia del derecho penal*, el *saber del derecho penal*, digamos, sin entrar a discutir si lo que hacemos es o no es *ciencia*. Después de todo, el estatus de *ciencia*, al menos en gran parte, también lo determina el poder.

La primera pregunta para empezar a salir de la confusión es *¿qué es lo que nosotros hacemos, o qué es nuestro saber jurídico penal?*

Nuestro saber jurídico penal, nunca lo olviden, es interpretación, creación de sistemas de interpretación de las leyes penales, nada más que eso. Pero pongamos atención en que nosotros, con las puras leyes, no sabemos casi nada acerca de la realidad. Si lo sabemos es porque nos hemos dedicado a otras cosas, hemos estudiado algo de criminología, algo de sociología, algo de historia, etc. Pero no por el derecho penal basado sólo en las leyes y códigos.

Cuando alguien pregunta acerca de que está pasando en la sociedad, qué se hace para contener el delito, etc. y mira hacia la Facultad de Derecho, se equivoca. En la Facultad de Derecho casi nadie sabe lo que pasa en la realidad. ¿Por qué? Porque desgraciadamente estamos entrenados en una metodología jurídica idealista, por decir de alguna manera, *neokantiana*, que sería un poco más preciso, *normativista*, si se quiere,

que es como se llama últimamente.

Desde que llegamos a la Facultad de Derecho recibimos la primera clase de esquizofrenia y los primeros entrenamientos esquizofrenizantes. Nos quieren acostumbrar a vivir en el ámbito del *deber ser*, normativo, sin contaminación con el *ser*.

Lo que interesa en esta metodología es que construyamos un sistema que resulte lógicamente completo, no sea contradictorio en lo normativo, en el puro ámbito del deber ser. De repente el pobre alumno, aún no suficientemente esquizofrenizado, observa al profesor que *eso no es así*, y entonces se le reprende desde la *ciencia*, se le explica que aquí venimos a estudiar relaciones de normatividad, que si quiere saber algo acerca de la realidad, de *lo que es*, que vaya a la Facultad de Veterinaria, no aquí.

Lo cierto es que construyendo un sistema lógicamente completo, no contradictorio, un sistema de interpretación de la ley que sólo tiene por objetivo llenar el requisito de no contradicción, en definitiva, construimos una suerte de delirio bien sistematizado. Es decir, cuando un delirante es bien delirante, no entra en contradicción, aunque está totalmente loco por cierto, pero como se cree Napoleón, vive como Napoleón, actúa como Napoleón, cree que tiene enfrente a Lord

Nelson; es perfectamente coherente. Pero eso es un delirio, una patología. Nosotros debemos tener presente que no hacemos especulación como *art pour l'art*, sino que construimos estos esquemas de interpretación con un objetivo práctico; los hacemos para ofrecérselos a los jueces, a los fiscales, a los abogados; aspiramos a que sean tomados por los jueces en sus sentencias. Y cada sentencia es un acto de gobierno, es un acto de poder, porque el Poder Judicial es un poder del Estado y, si es un poder del Estado y cada sentencia es un acto del poder, *cada sentencia es un acto político, de gobierno de la polis*.

Lo que nosotros estamos haciendo, de alguna manera, es un programa político, técnico sí, pero político. ¿Cómo podemos hacer un programa político que prescinda de los datos de la realidad? Es imposible sin caer en el delirio, pero en el *delirio político*, que es mucho más grave.

Cuando se dice esto, inmediatamente se desatan gritos histéricos, por no decir alaridos que claman al cielo: “el Derecho no tiene nada que ver con la política. No se puede mezclar la política con el derecho, eso es un crimen, no mezcle el derecho con la política y ni siquiera con la realidad, quedémonos en nuestros cubículos pensando las relaciones puras de normatividad, vivamos en

nuestro cielo normativo. La política contamina, es sucia, mala, corrupta, es el campo del poder descarnado”.

¿Pero de dónde salen estos alaridos, quiénes los inventaron? ¿Qué raíces tienen estas ideas? La verdad es que las importamos de dos fuentes diversas, una norteamericana y otra alemana, que nada tienen que ver entre sí y que pasaron inadvertidas a nuestros funcionarios de la aduana ideológica, bastante distraídos a la hora de evaluar la mercadería jurídica importada.

Comenzaré por la norteamericana, que ha perdido actualidad en los Estados Unidos y que era claramente regresiva. Me refiero a la jurisprudencia estadounidense de la segunda mitad del siglo XIX, sobre todo de derecho privado.

Esta jurisprudencia sostenía –como pretendido *derecho natural*– la intangibilidad absoluta de la propiedad privada, tan absoluta que llevó a su Suprema Corte a negarle el *habeas corpus* a un negro esclavo en un estado (provincia) no esclavista, basándose en el respeto irrestricto a la propiedad privada –del negro, claro–, con lo cual precipitaron la guerra civil o de secesión.

Hago un paréntesis: he formado parte de una Corte que a lo largo de su historia de siglo y medio emitió muchas sentencias (y

acordadas) aberrantes, pero por suerte, ni en sus composiciones más reaccionarias y conservadoras, ni siquiera las nombradas por los usurpadores, llegaron a semejante disparate. Por ende, debemos tener sumo cuidado cuando citamos a la Suprema Corte de Estados Unidos. No nos olvidemos que esa Corte, además de la sentencia a que hice referencia, legitimó el *apartheid*, la eugenesia negativa (es decir, la castración), la prohibición de matrimonios mixtos (entre negros y blancos) y apenas los declaró inconstitucionales hace unos sesenta años.

Cierro el paréntesis y vuelvo a nuestro tema, o sea, a *cómo separaba el derecho de la política*. Según la vieja jurisprudencia norteamericana, los jueces no debían permitir que la demagogia política afectase el *derecho natural a la absoluta propiedad privada* mediante una redistribución de la renta, que debe distribuirse *naturalmente* conforme al *desarrollo natural* del capitalismo, según el cual, los que ganan más tienen derecho a ganar más, porque son los más industriosos, son los que tienen más iniciativa y los que dinamizan la sociedad. Si la demagogia política les quitase a los que ganan más para darle algo a los que ganan menos (a los que tienen menor renta), estaría incurriendo en una *expropiación*. Y eso era lo que el

Derecho –y los jueces– debían impedir, asumiendo la misión de contener las pulsiones demagógicas de la política.

De este modo, no sólo se separaba al derecho de la política, sino que se lo enfrentaba a ésta, criterio que hoy se sostiene con otras palabras, en forma más encubierta: no otra cosa se afirma con la famosa tesis del *derrame*, según la cual debe permitirse y fomentarse que quienes tienen más puedan tener más, porque no sólo son quienes hacen *progresar* a la sociedad, sino que la concentración de riqueza en la cúpula hará que al final *se derrame* algo hacia abajo. Por cierto que esto no sucedió en ningún país del mundo, porque no cae nada para abajo si alguien no empuja un poco la copa. Lo que vemos hoy en el mundo es que el cáliz de la copa *del rubio champán* se amplía aceleradamente, mientras el tallo de la copa se vuelve más delgado.

De todas formas, este viejo camino norteamericano proveyó uno de los argumentos para sostener que *el derecho es una cosa y la política otra*, y el primero debe ser –justamente– la contención de la segunda, permitiendo los oligopolios, monopolios, etc., e impidiendo incluso todo impuesto progresivo sobre la renta, porque imponerle mayores contribuciones al que más gana es una

expropiación, contraria a la ley *natural* del respeto irrestricto a la propiedad privada y, por ende, al capitalismo descontrolado.

La otra fuente de la ideología de separación del derecho de la política proviene de Alemania, siendo un poco más razonablemente explicable porque, en alguna medida, fue una especie de legítima defensa frente a dos situaciones muy particulares y propias de la accidentadísima historia política de ese país.

En principio, cuando se construye saber jurídico en condiciones políticas sumamente negativas –como es un totalitarismo–, lo mejor que puede hacer el jurista para preservar su función y su vida, es decir “yo hago ciencia, no política”.

Pero por otro lado, existe en Alemania otra razón no tan limitada a tristes experiencias pasadas. Cuando un país pasa en setenta años por sistemas políticos tan heterogéneos y por accidentes tan graves como los que pasó Alemania, es muy difícil sostener la idea de una continuidad en la elaboración jurídica, salvo que se separe el derecho de la política.

Piensen que Alemania pasó por el Imperio, la Revolución de 1918, la República de Weimar, el ascenso del nazismo, el régimen nazista, la Segunda Guerra Mundial, la de-

rrota, la partición del país en cuatro zonas ocupadas, la constitución de la República Federal por tres de ellas y la República Democrática por la cuarta, y finalmente la reunificación. Cuando todo esto pasa en poco más de setenta años, es bastante difícil sostener por un lado la vinculación del derecho con la política y, por otro, pretender que hay una continuidad en la doctrina jurídica.

Me tomo la libertad de hacer otro paréntesis y disculpen que no quiera dejar nada flotando o en el tintero.

Muchas veces se señala como característica negativa de nuestros pueblos latinoamericanos, que no tienen confianza, fe en el Derecho. Ayer les decía a los estudiantes de la Universidad de San Marcos de Lima, que esta no es ninguna característica negativa de nuestros pueblos, sino un producto de su experiencia histórica. Cuando se nos compara con los alemanes y se señala como positivo que ellos tienen *fe en el Derecho*, *creen en el Derecho*, se pasa por alto la extrema diversidad histórica. Si los alemanes creen en el Derecho es porque a lo largo de todo lo que les pasó, por aberrante que haya sido, lo protagonizaron personajes que se presentaron ante su pueblo con la cara que Dios o el diablo les había dado: el emperador era monárquico, los revolucionarios de

Weimar eran socialdemócratas, Weimar era republicana, Hitler era nazista, Adenauer era demócrata cristiano, la República Democrática era comunista.

En América Latina –y en especial en la Argentina– todos invocaron siempre el Derecho, desde los encomenderos que explotaban a los indios y casi los extinguieron, en lugar de adoctrinarlos, como decía el derecho indiano. En América Latina cada vez que se invocó el Derecho fue para estafar a los pueblos, para legitimar su servidumbre, para evitar el ejercicio de la soberanía popular. Fíjense en nuestra historia: nadie dijo claramente “voy a ejercer una dictadura”. Dijeron “la historia me lo impone”, “en nombre del liberalismo, de la democracia, de la República, de la libertad, de las instituciones, del *Derecho*”. ¿Y qué hicieron? Proscribieron partidos políticos mayoritarios, el radicalismo en los treinta, el peronismo en los cincuenta, bombardearon la Plaza de Mayo, fusilaron sin proceso, derogaron constituciones por decreto, exiliaron, secuestraron, torturaron, confiscaron y, finalmente, hicieron desaparecer 30.000 personas. Todo en nombre del *Derecho*.

Cuando nuestros Pueblos ven que el Derecho se usa como una careta carnavalesca, cada vez que se lo menciona de nuevo, lo pri-

mero que piensan es en una nueva tentativa de estafa. Como dirían en mi barrio: “este me viene a enroscar la víbora con el mismo verso”.

Por eso, la tarea que tenemos por delante es crear confianza en el Derecho, no *recrearla*, porque no existió nunca, sino crearla. Tenemos que crear fe en el Derecho, esa es nuestra misión, porque si no lo hacemos, si no demostramos que el Derecho es el camino hacia el desarrollo humano, éste se bloquea y sólo puede desbloquearse mediante la violencia. Y la violencia tiene dos inconvenientes insalvables: ante todo, siempre son los más indefensos los que contribuyen a ella con el mayor número de muertos y dolor. Pero además, aunque triunfen, dejan heridas que sólo cicatrizan con el paso de las generaciones.

Es desde estas Universidades, desde el estudiantado de nuestro Conurbano, de los jóvenes que vivencian o padecen las necesidades de los más humildes de nuestro Pueblo, desde donde debemos crear esa *fe en el Derecho*, formar juristas que sean capaces de hacer del Derecho un instrumento de desarrollo humano, un instrumento de las clases subalternas en la lucha por sus reivindicaciones, enfrentando a quienes en nombre de los intereses de las pocas centenas de corpo-

raciones transnacionales del *tardocolonialismo*, pretenden degradarlo a un instrumento despreciable de las nuevas clases hegemónicas del capitalismo financiero.

Por eso, cuando me refiero al saber penal, a los sistemas de interpretación que construimos los penalistas para que los usen los jueces, debo advertir que no los inventamos nosotros, los argentinos ni los latinoamericanos, sino que los hemos ido importando, conforme a distintas circunstancias y momentos históricos.

Hemos tenido en el penalismo mundial personajes brillantes, que si se hubiesen dedicado a otra cosa, quizá tendrían una mayor nombradía. Los hubo inteligentes, algunos malvados, otros poco perspicaces, que no caían en la cuenta de lo que sucedía en su época. Vimos de todo, pero les puedo asegurar que los penalistas hemos creado a lo largo de siglos una suerte de torrente de pensamiento realmente interesante. Yo quisiera, en estas clases, introducirlos en el conocimiento de todos esos personajes y en esa curiosa historia a veces mal contada. No puedo hacerlo en forma exhaustiva, pero para introducirlos me veo obligado a empezar por explicarles el derecho penal por el lado por el que hoy, por lo general, no se explica.

Y quiero advertirles esto, porque debe-

mos estar muy atentos a algunas novedades importadas en el último tiempo, o que pueden llegar a nuestras playas en breve.

La vieja Europa, está hoy un poco anquilosada: creo que el Papa habló en algún momento de cierto padecimiento o esclerosis cerebral de Europa, algo hay de eso. Con el nombre de *Plan Bolonia*, es decir con el de la ciudad de una universidad milenaria, la vieja Europa pretende ahora simplificar las carreras universitarias y, específicamente, en la carrera de Derecho, eliminar todas las materias *no estrictamente normativas*. Es decir, que postula reducir la carrera de Derecho a un entrenamiento de gestores, de *robotitos* que puedan servir a los bancos, a los conglomerados económicos, a las corporaciones transnacionales, etc., y que lo hagan con eficacia en este mundo de estafadores, lavadores de dinero y defraudadores fiscales.

Esto significa suprimir de los estudios de derecho todo lo que sea sociología, historia, filosofía, dejando sólo lo que sea útil para entrenar a los *robotitos* que provean la mano de obra al trabajo sucio del capital financiero transnacional.

Precisamente como estoy seguro de que la orientación ideológica de esta Universidad es completamente inversa, creo en la necesi-

dad de que ustedes conozcan todo lo que, en otro tiempo, la Europa hoy algo esclerosada supo discutir. ¿Por qué? Pues porque todo eso lo fuimos trayendo y lo fuimos *resignificando* en nuestra América. Debemos saber qué trajimos del derecho penal europeo, qué sentido tuvo en sus países y tiempos de origen, cómo lo *resignificamos* aquí, para qué sirvió en estas tierras y qué nos puede dejar para nuestro presente.

Si no comprenden un poco toda esta historia de nuestro saber, se enfrentarán con una biblioteca de derecho penal en la que hallarán las cosas más heterogéneas. Hemos complicado al extremo la construcción de nuestros sistemas de interpretación.

Muchas veces pensarán que somos un conjunto de orates, que llegan al extremo de discutir ocho conceptos de conducta, otros tantos o más de tipo penal, cinco o seis teorías sobre la relación del tipo con la antijuridicidad, para no hablar de la culpabilidad, que pareciera que es un concepto *disuelto*, pero que, para colmo, casi todos dicen hoy que proporciona nada menos que *la medida de la pena*. Y además, verán que discutimos acaloradamente, a veces hasta la injuria, acerca de todo esto. Obviamente, que estarán tentados de pensar que estamos algo locos, lo que hasta cierto punto puede ser verdad.

Lo que pretendo es que a lo largo del curso aprendan a manejar un sistema, una construcción, para de allí poder ir estableciendo las diferencias con los otros, incluso con los delirios constructivos.

Pero ¿fue siempre así? ¿De dónde sacamos esto? ¿De dónde lo hemos traído? ¿Qué significa este enjambre doctrinario? Esto sólo lo puede aclarar la historia de estas construcciones. Por eso comienzo por allí, reiterándoles la advertencia de que la tendencia a formar *robotitos*, nunca se detiene en este aspecto.

Dejando de lado elementos heterogéneos que llegaron a nuestras tierras con anterioridad y que paso por alto aquí, aunque muchos de ellos tuvieron importancia, lo cierto es que la corriente que marcó largamente nuestra doctrina penal llegó a América Latina hacia 1880, y fue el llamado *positivismo penal*.

Cualquier manual corriente de la materia dirá que por esa época surgieron *dos escuelas penales*: una *clásica* y otra *positivista*. Eso es bastante inexacto, por no decir falso, porque el *positivismo* de esa época era un *paradigma*, es decir, un marco dentro del cual pensaban todos; quien no lo hacía se convertía en un paria marginado de la vida académica. Desde socialistas y revolucionarios hasta

conservadores se manejaron en ese paradigma, obviamente no sólo en el derecho penal, sino en lo político: fue la ideología dominante de nuestras clases oligárquicas. Y el positivismo penal no fue más que uno de sus capítulos o fases.

¿Cómo nos llegó? Terminadas las guerras civiles posteriores a nuestra independencia formal, las nuevas metrópolis hegemónicas del *neocolonialismo* habían domesticado un poco a nuestras repúblicas, *repúblicas oligárquicas* con constituciones copiadas casi todas de los Estados Unidos, no por servilismo, sino porque era el único modelo republicano realizado en ese tiempo. No había otro en ese momento.

Por supuesto que la *soberanía del Pueblo* y los *derechos individuales* no eran una realidad, sino meras frases escritas en las constituciones. Eran expresiones del *deber ser*, en tanto que en el campo del *ser* teníamos oligarquías proconsulares del neocolonialismo, a las que les venía muy bien una *ciencia* que legitimase su poder para gobernar a toda la masa de indios, mestizos, negros, mulatos, es decir, a toda la población que consideraban racialmente inferior y que debía ser tutelada, porque debido a su inferioridad, *no estaba preparada para gobernarse*.

Todo este arsenal de reduccionismo bio-

logista y racista tiene la marca de Herbert Spencer, que fue un ingeniero de ferrocarriles inglés que se las dio de filósofo y escribió una serie de atrocidades, con las que explicó y racionalizó el racismo. Se trataba de un racismo *optimista*, porque según este extraño personaje, el imperialismo británico legitimaba su neocolonialismo en la necesidad de tutelar a las razas inferiores, hasta que con esa tutela benéfica mejoraran y se les agrandara la cabeza. Cabe aclarar que para Spencer estas razas tenían la cabeza más chica porque usaban más el sexo, lo que les agrandaba lo de abajo y no les permitía agrandar lo de arriba, conforme a aquello de que *la función hace al órgano*.

Conste que no estoy ridiculizando, ni caricaturizando, pues Spencer escribía estas idioteces, sostenía que el cerebro y el sexo se nutren del mismo ingrediente y, en consecuencia, si uno gasta lo de abajo no se le agranda lo de arriba, razón por la cual debían *civilizarlos*, darles *moral*, para que fueran *menos frecuentes* abajo. Supongo que esto lo harían mostrándoles una foto de la reina Victoria, como las que hay en las cervecerías de Londres, que bien puede ser una vacuna contra el amor.

La idea central era que la parte más evolucionada del tejido humano que cubría el

planeta estaba en Europa, sobre todo en el país de Spencer, y la más retrasada evolutivamente en los países colonizados. De vez en cuando, en la parte más evolucionada –la blanca europea–, por un accidente biológico, nacían algunos sujetos que no llegaban a completar totalmente la evolución. Como se decía que *la ontogenia resume la filogenia* (en el seno materno se sintetiza toda la evolución de la vida sobre el planeta, desde el unicelular hasta el ser humano), se consideraba que algunos individuos salían del parto sin haber terminado esa evolución filogenética, o sea, que nacían mal terminados, les faltaba el último golpe de horno y, entonces, se parecían a los colonizados. Estos eran los famosos *criminales natos* de Lombroso, eran los *locos morales* de Prichard, los que tenían defectos del occipital de Lacassagne, etc., todos parecidos a los colonizados.

Si estos animales mal terminados que se parecían a los colonizados, iban a dar en la cárcel en Europa cabe preguntarse *qué era la colonia*, donde éstos eran los habitantes naturales. Era una *gran cárcel*, era un campo de concentración. El letrero sobre la puerta de Auschwitz lo dice: *Arbeit macht frei* (“El trabajo libera”); lo pueden poner en la entrada de cualquier colonia: *trabajen, colonizados, que trabajando se van a domesticar y se*

les va a agrandar la cabeza como a nosotros. Y entonces serán libres. La colonia es un campo de concentración de dimensiones formidables, un campo de trabajo forzado.

En este marco nos llegó el positivismo criminológico a América. En lo penal significó que los médicos les sacasen a los juristas la hegemonía del discurso penal, lo que la clase médica tenía ganas de manotear desde siglos antes. ¿Cómo lo hicieron? Veamos.

¿Qué se hace con los que nacen sin terminar en Europa, que se van concentrando en las grandes urbes, donde son un peligro? Se los empieza a llamar *clases peligrosas*. ¿Cómo se las controla? Pues, si son como los colonizados, lo mejor es traer a la metrópoli los métodos de control de los campos de concentración de las colonias enormes, que eran inmensos territorios ocupados *policialmente* (policía de *control territorial*). Se crearon las policías urbanas europeas. Aunque hoy creemos que las policías existieron siempre, esto no es verdad: aparecieron en Europa entre fines del siglo XVIII y comienzos del XIX.

Pero las policías metropolitanas europeas tenían poder, pese a que carecían de discurso y, aunque parezca mentira, un poder sin discurso no se sostiene. Un filósofo francés dijo hace unos cuarenta años que quienes

toman el poder ahora necesitan soldados, aguardiente, salchichón y el discurso. De esto carecían las policías, pero los médicos tenían discurso, aunque carecían de poder. Obviamente, se pusieron de acuerdo y de esa entente médico-policial salió el positivismo. Con algunas cosas ridículas, como que en Francia se peleaban entre los jueces y los médicos, para ver quién se quedaba con las cabezas de los guillotinado, si enterrarlas o llevarlas a los museos de esas cosas horripilantes (cabezas y fetos en frascos, etc.) que guardaban los médicos de la época en los museos de medicina legal.

Esa fue la criminología y el derecho penal que trajimos a fines del siglo XIX y que inspiró a nuestros penalistas hasta casi pasada la mitad del siglo XX, que sigue viva en buena parte de nuestro periodismo policial. Los fundadores de nuestra criminología fueron terriblemente racistas. El pionero de la criminología brasileña fue Raimundo Nina Rodrigues, profesor de medicina legal de la Universidad de Bahía. El de nuestra criminología fue sin duda José Ingenieros. Me observarán que Ingenieros era socialista, lo que es verdad, pero busquen en las obras completas de este autor, en *Recuerdos de viaje*, un artículo, creo que en una sección que se llama “Al margen de la ciencia”, un

artículo titulado nada menos que “Las razas inferiores”. Ingenieros, en viaje a Europa, paró en 1906 en las islas de Cabo Verde y por vez primera vio a unos negros en vivo y en directo, parece haber sufrido un brote para escribir semejante artículo, donde dice que a esas razas inferiores hay que tutelarlas para que se extingan piadosamente, que los derechos del hombre deben regir, pero siempre y cuando haya un mismo grado de evolución biológica, que esa gente debe ser cuidada como las tortugas gigantes en el zoológico de Bruselas o los avestruces de no sé cual otro. Y sí, era socialista, pero pensaba dentro del paradigma racista, no podía salirse de ese reduccionismo biologista.

Es curioso, porque me preguntarán cómo una sociedad de fines del siglo XIX o inicios del XX, con una moralina conservadora y un catolicismo por momentos muy reaccionario, podía convivir con un ateísmo reduccionista biológico. Hay un autor uruguayo que explica esta singular convivencia, [José Pedro] Barrán, que investigando la historia del control social en su país señala que podían entenderse perfectamente el marido médico ateo positivista con la mujer de comunión diaria, porque estaban perfectamente de acuerdo en cómo educar a los hijos: lo que para la mujer era pecado, para el mari-

do era antihigiénico.

Esa era la época en que llegó el positivismo a nuestras tierras, donde fue acogido rápidamente, porque encajaba a la perfección como legitimación de nuestras repúblicas oligárquicas, cuyos líderes se consideraban con la cabeza un poco más grande y, por ende, con el derecho –e incluso con el deber ético– de custodiar la masa amorfa aún no evolucionada. Esta fue la ideología del *porfiriato* mexicano, de nuestra *oligarquía vacuna*, del *patriciado* peruano, de la *República Velha* brasileña, etc.

Según esta concepción, la sociedad era un organismo (algo que se sigue sosteniendo hoy en algunas concepciones demasiado *sistémicas*), y dentro de ese *organismo social*, había algunos entes patógenos que debían ser eliminados o neutralizados, siendo ésta la función del derecho penal, o sea, la depuración de estos entes patógenos. Es decir, que los jueces penales serían una suerte de *leucocitos sociales*. Como estos entes patógenos estarían *determinados* a esta función nociva del organismo social, el derecho penal debía interrumpir esa determinación, a la que se llamó *peligrosidad*, entendida como la relevante posibilidad de cometer un delito por parte de un habitante.

¿Pero será posible descubrir esa deter-

minación por características del sujeto aún antes de que cometa un delito? Los médicos y policías positivistas así lo sostuvieron y llamaron a esa condición *mala vida*. Fue así como algunos penalistas y criminólogos de su tiempo se escaparon de sus mujeres para visitar prostíbulos y hacia el 1900 arreciaron los libros sobre *La mala vida en Madrid*, de Constancio Bernaldo de Quirós, *La mala vida en Roma*, de Alfredo Niceforo, y, como no podría ser de otro modo, de Eusebio Gómez, *La mala vida en Buenos Aires*, publicado en 1908. Este último es un libro que no tiene desperdicio y menos aún el prólogo de Ingenieros.

La idea es que no era necesario esperar a que el sujeto cometiera un delito, cuando se sabía que lo habría de cometer, porque es *peligroso*. Imagínense la eficacia del paradigma positivista, que un revolucionario soviético de 1917, en base a esta certeza de *peligrosidad*, hizo un proyecto de código penal sin parte especial. ¿Para qué necesitaba la definición de los delitos, si lo que importaba era que el sujeto fuese *peligroso*? Se llamaba Krylenko y no le fue muy bien, por cierto, porque no sólo no le aprobaron el código, sino que luego le cayó mal al fiscal de Stalin y acabó fusilado en las purgas de 1936, después de un juicio de quince minutos.

Nadie llegó tan lejos aquí, por supuesto, pero tuvimos varios proyectos de *ley de estado peligroso sin delito*, casi todos presentados por los presidentes Alvear y Justo. Yrigoyen nunca presentó ninguno porque, con buen sentido, entendió que se trataba de imponer penas sin delito.

No obstante, ninguno de los proyectos redactados por los positivistas fue aprobado, en verdad porque eran bastante innecesarios, dado que todas las garantías procesales que existen, se respetaron en cierta medida respecto de los delitos del Código Penal, pero hay otro orden de infracciones menores que no son delitos, son *delititos*, que se llaman *contravenciones* y que durante muchas décadas quedaron en manos policiales, carentes de toda garantía.

Uno de los procesalistas penales más lúcidos que tuvimos en el siglo pasado fue el sanluisiense Tomás Jofré, autor de los Códigos de Procedimientos de las provincias de San Luis y de Buenos Aires, aunque el último fue arruinado por los gobiernos posteriores. En su obra de derecho procesal penal, Jofré afirmaba que no había país en el mundo que dejase las contravenciones únicamente en manos de las policías, y agregaba que sabía lo que debía hacer como abogado si alguien estaba preso por un delito, pero que si

lo estaba por una contravención, en verdad no sabía cómo actuar. Y así era realmente, porque las contravenciones las juzgaba el jefe de Policía, que también podía indultar y conmutar penas y, como si esto fuera poco, era quien legislaba mediante *edictos policiales*. La verdad es que la Ciudad de Buenos Aires, con todas sus pretensiones, soportó durante un siglo a un funcionario monárquico que legislaba, juzgaba e indultaba en materia penal.

El argumento para soportar semejante aberración constitucional era que se trataba de faltas y penas *menores, ínfimas*. Este argumento es peligrosísimo, porque nos lleva a preocuparnos por cosas graves como la pena de muerte y a desentendernos de las pequeñas penas, cuando en la realidad éstas interesan más que la absurda pena de muerte. Si existiera la pena de muerte sería aplicada a alguien que cometiese alguna atrocidad y normalmente no conocemos gente que las cometa y menos las cometemos nosotros. Pero la pequeña pena está muy cerca de todos nosotros: podemos molestar con ruidos o música, tomar unas copas de más, patear recipientes de basura, es decir, que la pequeña pena es la que nos configura nuestra vida cotidiana, nos dice si podemos estar tomando una cerveza o besando a una

mujer, o si porque sí alguien me puede secuestrar para averiguar *mis antecedentes*. El verdadero y constante control social se lleva a cabo con las pequeñas penas, de modo que el desprecio de las garantías del derecho penal en esta materia es una forma de extremar el control represivo de la población, mucho más significativamente que la obsoleta pena de muerte.

Esta corriente positivista, que dominó al penalismo argentino, comenzó a decaer rápidamente por varias razones, tanto nacionales como importadas. En lo nacional, en toda América Latina, las repúblicas oligárquicas entraron en crisis. A partir de la revolución mexicana empezaron los movimientos populistas de ampliación de ciudadanía real: el *cardenismo* mexicano, el *aprisismo* peruano, el *yrigoyenismo* y el *peronismo* argentinos, el *varguismo* brasileño, el *velasquismo* ecuatoriano, el Movimiento Nacional Revolucionario boliviano.

Estos movimientos no se reflejaron claramente en el penalismo, pues el positivismo penal siguió vigente, como lo prueba el caso de México, en donde la filosofía de la Revolución fue antipositivista, pero el penalismo mexicano continuó siendo fuertemente peligrosista. No obstante, lo cierto fue que la base política local se debilitó.

En el plano mundial, las insensateces pseudocientíficas del reduccionismo biológico se fueron desmintiendo, al tiempo que el racismo cayó en total desprestigio con la Segunda Guerra Mundial, después de la cual nadie hablaba en términos positivistas, salvo algún despistado que nunca falta, y los otros le tapaban la boca o le decían “eso ya no se dice”. Aunque algunos lo hayan seguido pensando hasta que murieron y otros lo piensen aún hoy, saben que no lo deben decir.

Cuando estos factores se reflejaron en la doctrina penal, se derrumbó el peligrosismo de los médicos policiales y, con éste, la arbitrariedad que todo lo resolvía según el estereotipo, según que el seleccionado tuviera las orejas en asa, la frente huidiza, el mentón prominente, el prognatismo, la asimetría facial, el brazo largo, todo eso pasó a la historia, como resabio de la vieja *fisionómica* del siglo XVIII.

Cuando todas esas peligrosas insensateces se terminaron, tuvimos que reconstruir el derecho penal en Latinoamérica. ¿Dónde procurar los elementos para esa renovación? Fuimos donde parecía tener un mayor desarrollo, a buscar lo que permitía resolver más casos y hacerlo más racionalmente: a Alemania.

Seguramente les llamará la atención que

hoy en todos los libros de la materia se discutan las teorías alemanas y se citen a sus penalistas. Pues esto se debe a lo que acabo de relatarles y no a una afición germanística, es decir, a que trajimos de Alemania toda su doctrina, todo su saber jurídico-penal, como consecuencia de la precipitada caída del positivismo peligrosista, para revertir con urgencia esa corriente en la que, de alguna manera, el derecho penal había quedado sometido a la criminología, como discurso médico-policial de cuño biologista racista.

Sin duda que el salto al derecho penal alemán significó un considerable avance, pues éste siempre tiene una estructura y una capacidad de solución de casos mucho más razonable que las aberraciones groseras del positivismo. Entre los años cuarenta y sesenta del siglo pasado, el positivismo fue descartado y pasó a dominar entre nosotros la metodología dogmática alemana en la construcción de nuestros sistemas de interpretación del derecho penal.

Todo el penalismo argentino quedó deslumbrado por la mayor precisión en la solución de casos, por la fineza de las elaboraciones, lo que hizo que se lo *resignificase* en nuestro país, dando por cierto que se trataba de una *ciencia jurídico-penal* no contami-

nada por la política, neutra en sentido político, y que, combinada en alguna medida con los principios constitucionales, daba por resultado un *saber jurídico-penal científico* y, sobre todo, *liberal*.

Contribuyeron a esta *resignificación* dos factores: por un lado, el prestigio que había cobrado la *ciencia* en la posguerra, sobre todo con los avances de la física: la condición *científica* daba a los penalistas el derecho a ocupar un sitio entre los *científicos*. Por el otro, el esfuerzo alemán por separar la política del derecho, a que hice referencia hace unos minutos, como resultado de su accidentada historia política.

En verdad, la *resignificación* del material importado a nuestro medio fue realmente extraordinaria, al punto de dar lugar a equívocos que hasta hoy generan confusiones graves, incluso en personas de notoria inteligencia.

Para eso, permítanme ir por un momento a Alemania para sintetizar al máximo el carácter realmente político del material que importamos.

Hace un siglo había en el penalismo alemán dos estrellas: Karl Binding y Franz von Liszt, a quienes se señalaba como líderes de dos *escuelas*.

En rigor de verdad, Binding sostenía directamente que el derecho penal se funda-

ba en la voluntad del Estado, al que nadie le imponía el deber de penar (esta era su diferencia con los hegelianos), sino que lo hacía en función de su mera calidad de Estado, y que el saber penal debía limitarse a desentrañar las normas que quedaban antepuestas a los tipos legales: de *el que mata será penado...* se deduce la norma *no matarás*.

Este culto al Estado correspondía a los tiempos de Bismarck, que eran los de la unidad alemana imperial, en que el Estado necesitaba consolidar su autoridad. Alguien observó con acierto que semejante legitimación penal del Estado renació con el *fascismo* italiano.

Franz von Liszt, por su parte, era un positivista mucho más refinado que los italianos, pero positivista al fin. Construyó un sistema muy simple, en que el delito se dividía en un aspecto objetivo y otro subjetivo, llamando antijuridicidad al primero y culpabilidad al segundo, interponiendo una capacidad de *motivación normal* para sacar del medio a los inimputables, todo fundado en un determinismo fisicalista y, por ende, meramente descriptivo. La pena, como buen positivista, se medía por la peligrosidad. Su saber jurídico-penal correspondía a la segunda parte del Imperio, bajo Guillermo II, que fue el primer gran intento de intervención en la

economía para configurar una sociedad menos excluyente, que detuviese el avance de la socialdemocracia en Alemania.

La verdad es que ni Binding ni Von Liszt eran muy liberales. El primero porque no se preocupaba por poner límites al Estado, sino porque lo legitimaba en su mera calidad de tal, y el segundo escribió su famoso *Programa de Marburgo*, en que a los *molestos a la policía* los destina a encierro perpetuo.

El sistema de Binding no fue seguido en Alemania, en tanto que el de Von Liszt perdió su base de sustentación con la crisis del positivismo y, además, porque con Von Liszt (como con todo el positivismo) el derecho penal quedaba sometido a la criminología y los penalistas querían invertir la cosa. Por eso fue surgiendo el llamado *neokantismo penal*.

No voy a entrar en detalles, pero me detengo en el neokantismo penal, porque fue lo que importamos. Hay precisiones que ahora paso por alto, para detenerme en lo que trajimos a América como pretendida *ciencia pura*.

Hace poco más de un siglo, cuando se opacó el positivismo de Von Liszt en Alemania, los penalistas tomaron una corriente entre las varias de la filosofía *neokantiana* y desarrollaron la siguiente construcción.

Conforme a esta corriente, el mundo exis-

te (sí, porque en filosofía hay quienes lo dudan), pero se trata de cosas que están presentes y que para entenderlas necesitamos cierto orden: si prescindimos de para qué sirve una silla, se trata sólo de unos pedazos de madera con clavos. Bueno, como el mundo es, en este sentido, caótico, la realidad lo debe ordenar algo para que lo comprendamos. Para los penalistas neokantianos ese orden lo dan los *valores*, es decir, lo que es bueno o malo o indiferente. Según ellos, sin los valores no podemos entender el mundo, y los valores dados por el Derecho, los *valores jurídicos*, son los que nos dejan ver el mundo *conforme al Derecho*. Todo lo que los *valores jurídicos* no incorporan, no existe para el mundo jurídico, permanece en el mundo real caótico, es, está, pero no es comprensible y, por lo tanto, no nos podemos valer de ello. Vemos la silla, pero sólo como maderas y clavos, no la podemos usar porque no sabemos para qué sirve. ¿Me entienden?

El neokantismo no niega la realidad del mundo, sino que la acepta y clasifica las ciencias en *naturales* y *culturales*. Las ciencias *naturales* se ocupan de la realidad, son empíricas, como la física, la botánica, la zoología, etc. Las *culturales* o *del espíritu*, como el Derecho, requieren de los *valores*.

Según los neokantianos, para una ciencia

cultural como el Derecho, la visión del mundo real es como la que tengo si entro a una casa después de la mudanza y no sé si en la cocina o dónde metieron las cosas del baño. Si no tengo orden, no tengo el para qué de cada cosa, no puedo disponer de ella, y ese orden que me permite disponer de las cosas, me lo da el *valor*.

Pero cuando le preguntamos a un neokantiano qué es el valor, nos responde que *los valores no son, sino que valen*. La pregunta siguiente es para quién valen, y la respuesta suele ser *para quien los impone* (más allá de las tentativas de atemperarla dentro de esta escuela, de las que no me ocuparé ahora).

Esto tiene una consecuencia práctica importantísima: no será posible incorporar a la construcción jurídica datos sociales que el legislador no haya metido dentro de la ley, o sea, de la decisión valorativa que impone para ordenar el mundo. Si el legislador no metió el dato social en la ley que me da el valor o el desvalor, no puedo incorporar nada de la realidad en la construcción. Más aún: si alego que la sociología o la biología me dicen otra cosa, la respuesta será que estoy incurriendo en una gravísima falla metodológica, porque mezclo *ciencias naturales* con una *ciencia cultural*. De este modo, el derecho penal sería una ciencia interpreta-

tiva que sólo se ocupa de los datos que la ley contiene y, por tanto, ordena.

Esto, en verdad, es imposible, porque por más que el legislador no incluya datos físicos, nadie puede negar que la interpretación ignore la ley de la gravedad, por ejemplo, de modo que lo que se incorpora o lo que se deja fuera, siempre será una elección arbitraria. Pero dejando eso de lado, lo cierto es que el programa del neokantismo penal quiere excluir todos los datos de la realidad social que sean molestos al poder o a quien construye el sistema.

Así fue que, como semejante teoría del conocimiento permitía incorporar o dejar fuera los datos molestos para cada intérprete, hubo construcciones del derecho penal, de la dogmática penal alemana, bastante liberales, como las de Max Erns Mayer, Hellmuth von Weber y, sobre todo, la de Gustav Radbruch.

Pero advino el nazismo y poco se habla de lo que pasó en el derecho penal alemán entre 1933 y 1945. Hasta esa fecha predominaba el neokantismo, pero le salieron al cruce unos nazis jóvenes –bastante trepadores e inteligentes– que tenían razón en cuanto a que cada sistema político requiere una construcción dogmático-penal propia, contra los neokantianos como Edmund Mezger

—el más famoso en América—, que sostenían que su sistema sirve para cualquier cosa, es decir, para todo, ufanándose de interpretar muy bien las leyes penales nazistas, incluso mejor que los jóvenes nazis que lo cruzaban.

En esta discusión entre nazis, por un lado estaban los nazis neokantianos y por el otro los jóvenes juristas nazis de la llamada *Escuela de Kiel*, de Georg Dahm y Friedrich Schaffstein. Por supuesto que habían quedado fuera los neokantianos liberales (Max Ernst Mayer había muerto, Gustav Radbruch fue privado de la cátedra, James Goldschmidt marchó al exilio y murió en Montevideo, Hellmuth von Weber se refugió en los estudios históricos).

La discusión penalista alemana entre 1933 y 1945 puede sintetizarse del siguiente modo: los neokantianos nazis consideraban que no hacían política, sino *ciencia*, y que su *ciencia* les permitía interpretar perfectamente las leyes nazis más horripilantes; los de Kiel sostenían que eso no era verdad, que la política no puede separarse del derecho penal (en lo cual llevaban la razón) y, por ende, crearon un *derecho penal político nazi* realmente vomitivo.

Pero volvamos ahora a la Argentina y a nuestra América Latina. ¿Qué importamos en los años cuarenta y cincuenta del siglo

pasado? ¿Qué arañamos del mundo penal alemán? Aunque parezca mentira, trajimos nada menos que la pretendida *ciencia neokantiana* de vertiente nazista, que aparentemente había pasado impoluta a través del período totalitario. No trajimos a los penalistas neokantianos liberales. No traducimos ni difundimos los escritos penales de Radbruch, menos los de Max Ernst Mayer, que fue traducido hace pocos años casi como curiosidad histórica, al igual que Hellmuth von Weber.

Trajimos y difundimos el texto de Edmund Mezger, cuya filiación nazista ha sido sostenida por nosotros hace muchos años y, con mucha mayor información y documentación por Francisco Muñoz Conde en años recientes, quien descubrió que Edmund Mezger fue en 1944 el coautor de un proyecto de ley para *extraños a la comunidad*, que permitía mandar a los campos de concentración a todos los *molestos* de la vieja *mala vida* positivista.

Cundió el texto del *Tratado* de Mezger mediante la traducción española de Rodríguez Muñoz, pero luego hubo una traducción de su *Manual*, realizada en Córdoba por un excelente penalista, Conrado A. Finzi, que era un profesor expulsado por judío de la universidad italiana. ¿Qué pasó? ¿Cómo se

explica esto? ¿Cómo pudo suceder esta contradicción?

Este es el extraordinario fenómeno de la *resignificación* latinoamericana del neokantismo penal. No lo difundieron penalistas autoritarios y menos aún nazistas, sino incluso republicanos españoles, gente insospechada de semejantes ideologías aberrantes. Se encandilaron con la *ciencia pura*, con la asepsia política. Resulta poco menos que increíble hasta qué punto el *mito de la ciencia pura* puede obnubilar el conocimiento. Pero fue así que trajimos la esquizofrenia a que me referí hace un rato. Poco fue necesario para que esta ciencia pretendidamente no contaminada, combinada a las apuradas con algunos principios constitucionales, propios de una Constitución sin derechos sociales, proveniente del siglo XIX, se creyese como verdad de fe que era el verdadero derecho penal políticamente liberal y, en consecuencia, todo aquel que osase apartarse de la construcción neokantiana era estigmatizado como antiliberal o autoritario.

Esta *resignificación* –entiéndase bien– no fue obra de malignos ni de perversos, sino de penalistas inteligentes y trabajadores, serios, investigadores y, en el fondo, más o menos todos liberales políticos. No puedo dejar de invitarlos a abrir bien los ojos ante

toda posibilidad de obnubilación con el mito de la ciencia pura, y en especial del derecho penal separado de la política: nunca en Alemania estuvo separado de ella, como no lo puede estar en ningún lado. No debemos jamás confundir los argumentos defensivos en una etapa totalitaria con lo que nos muestra la naturaleza misma de las cosas.

El derecho penal es político, nuestro saber es siempre un programa político, no puede ser otra cosa, salvo la lógica jurídica misma, que como parte de la lógica puede aplicarse en cualquier construcción, por supuesto, pero la lógica no es ontología ni nos obliga a una teoría del conocimiento: es sólo uno de los instrumentos que debemos aplicar para construir. Un derecho penal que se agote en la aplicación de la lógica para reducir contradicción y cuyo objetivo sea sólo la completividad del sistema, obviamente que será no contradictorio, pero también, como vimos hace unos momentos, será un delirio bien sistematizado, cuyas consecuencias sociales pueden ser masivamente letales.

En los años setenta del siglo pasado, una nueva generación de penalistas trajo a la Argentina las teorías de Hans Welzel, o sea, el llamado *finalismo penal*. Welzel fue un extraordinario pensador, conservador y demócrata cristiano, propio de los tiempos

de Adenauer y de su reconstrucción de la República Federal. Su teoría –que se la explicarán– venía de la tradición filosófica del realismo aristotélico y en síntesis postulaba una vuelta al realismo, mediante las llamadas *estructuras lógico-objetivas* (o *lógico-reales*) del derecho.

Esta posición se separaba totalmente del neokantismo, sosteniendo que el mundo no sólo era real sino que tampoco era caótico, puesto que existen muchos órdenes que nos permiten disponer de las cosas, usarlas, siendo el derecho uno más entre todos esos órdenes. Pues bien: cuando el derecho mienta un ente cualquiera, no tiene por qué suponer que no toma la idea de otro orden. Así, si menciona la *noche*, no debemos pensar que hace otra cosa que remitirnos a un orden físico, y no obligarnos a construir un concepto de *noche* diferente y puramente jurídico.

Esta mínima vinculación elemental del derecho y sus consecuencias en la teoría del delito, desató en nuestro país una polémica terrible que, por suerte, no tuvo consecuencias más graves en el plano de la realidad. Unos nos calificaron de *nazistas*, lo que si bien era falso, no era peligroso. Pero otros, en el colmo del absurdo, nos consideraron marxistas, lo que hoy no tendría nada de

particular, pues sería algo así como afirmar que somos kantianos, hegelianos o fenomenológicos, pero que en las postrimerías de los años setenta podía costar muy caro. Aunque eso haya sido ridículo, la versión circulaba insidiosamente en voz baja, porque quien la difundía lo hacía maliciosamente, dado que era consciente de la magnitud de la imputación, pero no faltó un autor uruguayo que, operando como ingenuo muñeco de ventrílocuo, llegó a escribirla. Tal era la certeza de que el neokantismo era la ciencia inmaculada y pura, garantía última del liberalismo político penal.

Hoy nos llegan nuevas teorías alemanas y las discutimos. No entraré en ellas. Observo, sin embargo que viene de Alemania, en particular por obra de Roxin, una renovación del derecho penal neokantiano liberal, en la línea de Radbruch, Von Weber y Max Ernst Mayer, lo que no es ninguna novedad metodológicamente hablando, pese al mucho mayor refinamiento de Roxin. La manualística penal alemana más reciente sigue esta línea, trabajando sobre algo que nosotros no podemos hacer en igual medida: la jurisprudencia. Los alemanes pueden hacerlo, porque tienen un tribunal constitucional con poder contralegislativo y un tribunal de casación que unifica criterios interpretati-

vos, todo lo cual proporciona un alto grado de certeza y previsibilidad a las decisiones judiciales. Para nosotros esto es imposible, porque tenemos hasta veinticinco posibles interpretaciones diferentes, según los tribunales superiores de cada provincia y carecemos de un tribunal constitucional, siendo nuestra jurisprudencia constitucional muy débil y, además, oscilante, por no decir arbitraria.

La dogmática jurídica regional ha recibido también la influencia de una teoría minoritaria en Alemania que, munida de la terminología de la sociología sistémica, la combina con elementos hegelianos, dando por resultado un concepto de delito cercano a la omisión, a la pura violación del deber, con reducción de la importancia del bien jurídico y que, además, legitima al poder punitivo sólo como reafirmación de la vigencia de la norma, ignorando por completo todo dato de la realidad social.

Dos palabras para concluir, muy sintéticamente. ¿Qué hacer en nuestra realidad? ¿Qué derecho penal debemos construir?

Creo que muchas de las discusiones alemanas de otro tiempo han perdido importancia práctica. La incorporación de datos de la realidad social al derecho tenía gran relevancia práctica cuando Alemania no co-

no había el control de constitucionalidad y, por ende, no había norma suprema que impusiera la realización social de derechos y principios. Fue entonces cuando alguien trató de reducir el derecho a sociología, o cuando la escuela de Kantorowicz lo matizaba para introducirlos sin caer en el reduccionismo. Hoy las constituciones obligan a introducirlos: los principios no son puro *deber ser*, sino que su realización debe confirmarse socialmente, pues de lo contrario serían inútiles las disposiciones constitucionales.

¿Qué hacer con lo que recibimos? Ante todo analizarlo y reflexionar. La visión neokantiana es inaceptable, porque puede neutralizar cualquier realización social –real– de principios constitucionales. Sólo el conocimiento de la realidad social puede decirnos hasta qué punto se realizan o se observan. Nuestras decisiones deben ir siempre en el sentido del avance de la realización de esos principios. Lo que proyectemos doctrinariamente debe servir para que los jueces lo apliquen impulsando la realización de todos los Derechos Humanos consagrados en nuestra Constitución.

La propia tesis realista de Welzel sigue siendo de gran utilidad: cuando la Constitución dice *ser humano* no está creando un concepto jurídico, sino que nos remite a la

antropología. Cuando dice que *todo ser humano es persona*, no permite que manipulemos el concepto de *ser humano* conforme al *valor*, ni que queden fuera todos los *seres humanos* que *el valor* quiera quitar del medio.

Somos sociedades estratificadas, sometidas por diferentes y sucesivos colonialismos, nuestra lucha por el desarrollo humano no ha terminado ni mucho menos. Nuestro saber jurídico-penal debe sumarse al impulso de ese derecho humano, ser compatible con la lucha contra la exclusión social, con el avance de un modelo de sociedad incluyente. Esto no lo impone una decisión política arbitraria conforme a tal o cual ideología, sino que es una decisión de naturaleza política pero tomada por la Constitución, lo que nos impone un marco en el cual debemos proyectar nuestro saber. Las garantías, los límites al poder punitivo del Estado y al avance de cualquier otro poder que se oponga a nuestro desarrollo humano, no son una elección antojadiza, sino que resultan de la decisión política plasmada en la Constitución. Los filósofos del derecho son libres de plantearse qué sucedería si mañanauviésemos una Constitución monárquica absoluta, pero lo cierto es que hoy tenemos una Constitución republicana, que nos manda hacer realidad los Derechos Humanos, y eso no lo

podemos hacer sin introducir en nuestras construcciones los datos que nos indican en qué grado de realización nos hallamos y de qué medios disponemos para impulsar su mayor realización.

He dicho muchas veces que es tiempo de dejar de copiar a los alemanes, para empezar a imitarlos. Ellos construyeron sus doctrinas conforme a sus momentos políticos, económicos y sociales. Nosotros debemos hacer lo mismo. Su técnica de construcción es la más refinada. Debemos usarla y tener mucho cuidado con los peligros del romanticismo, de las ideas vagas, del desprecio de la técnica jurídica, porque eso también es un producto importado, por más que algunos lo vistan de vernáculo. El romanticismo jurídico, también es alemán y alimentó lo peor de la política de ese país.

Utilizar la técnica no significa más que hacerse de los mejores elementos, como si tuviésemos que construir un puente, en cuyo caso nadie discutiría el empleo de los métodos más modernos y desarrollados, pero la ubicación, utilidad, resistencia del puente, eso lo ponemos nosotros.

Creo que todos queremos que de esta Universidad egresen juristas populares, capaces de diseñar los puentes y de elegir y emplear la mejor técnica. Ninguno de noso-

tros admitiría que los formásemos como *robotitos* para servir a cualquier cosa. Por eso, comencé explicando el derecho penal por el lado que casi nunca se lo explica.

Disculpen la extensión de esta exposición, les agradezco la atención con que me han seguido y, mucho más, la distinción que hoy me hacen. La recibo con mucho afecto, me honra por provenir precisamente de esta Universidad del Conurbano nuestro, Casa de Estudios que pone la Universidad al alcance de quienes nunca pudieron llegar a ella. Pasarán los años, y aunque ustedes no lo crean hoy, este *fenómeno universitario* pasará a la historia. La *Reforma Universitaria* de 1918 abrió las puertas de la Universidad a nuestras clases medias. Lamentablemente, hubo muchos que la traicionaron, identificándose luego con quienes se la habían cerrado durante muchos años. Hoy esta apertura del Conurbano universitario no tiene retorno, es la revolución pacífica en marcha, y estoy seguro de que esta vez no habrá traidores.

Muchísimas gracias.

