

COMENTARIO SOBRE *CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA. DE LA TENSIÓN AL FALSO DILEMA* DE GUIDO L. CROXATTO*

DANIEL RAFECAS**

Desde Huánuco, noviembre de 2019

Quisiera comentar brevemente este lúcido ensayo escrito por uno de los abogados jóvenes argentinos más lealmente comprometidos en materia de derechos humanos. Guido proviene de la filosofía jurídica, y este dato ayuda a entender el diseño de su trabajo y las críticas por él vertidas al pensamiento antiliberal por autores tradicionalistas como el inglés conservador Michael Oakeshott, amigo de Isaiah Berlin, a quien Guido —que también se posiciona muy sólidamente contra la crítica que lanza Hannah Arendt al ideario de la Revolución francesa en su libro *La condición humana*— dirige contraargumentos agudos en defensa de la igualdad “abstracta” y la idea o ideal liberal, en la estela de Rousseau —y criticando a Raymond Aron, tan admirado por Arendt—, autor a quien remite continuamente en su ensayo, también para cuestionar un ideal confuso de soberanía popular directa que avalaría una institución que Croxatto cuestiona: el juicio por jurados, ideario soberanista replicado en la recordada disidencia del caso Simón, de dignidad universal.

Es, por otro lado, un libro escrito por alguien que no distingue nítidamente ni acepta la separación práctica de la teoría legal, una separación a la que estamos muchas veces penosamente acostumbrados. Esta división autosuficiente (donde la teoría se basta sola) será cuestionada como un problema central en materia de derechos humanos: el abismo entre práctica y teoría es, sobre todo, un desafío impostergable en materia de derechos esenciales, hoy postergados o denegados con distintos argumentos y eufemismos para millones de personas

* Recepción del original: 16/11/2019. Aceptación: 12/12/2019.

** Doctor en Derecho (UBA). Juez federal. Profesor regular de Derecho Penal, grado, posgrado y doctorado (UBA). Profesor en la carrera de Doctorado en Derechos Humanos (UNLa). Su último libro es *El crimen de tortura en el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Didot, 2016, Buenos Aires.

que carecen de lo básico, pero cuya miseria no es percibida por algunos juristas como un problema urgente para la filosofía legal latinoamericana, tan acostumbrada a replicar dogmas extranjeros. Croxatto, como activista, se resiste a formar parte de la academia tradicional del Derecho. Por eso demora sus publicaciones, que son esporádicas, y cuando surgen, rara vez tienen el formato tradicional, al que estamos acostumbrados, o el que se espera en la academia: *papers* o libros jurídicos.

Este libro que aquí comentamos es fiel al estilo literario habitualmente contrapuesto a —y discutido por— la filosofía analítica, tan de moda: es un ensayo filosófico, “desordenado”, en la mejor estela de Molière. No son para el autor meras preguntas de estilo ni cuestiones literarias ajenas al Derecho *práctico*, como la academia tradicional ha solido entender. La reivindicación de la poesía es parte de una reivindicación *desordenada* de la práctica —y de los cuerpos— en el Derecho. Por eso coordina en nuestra Facultad de Derecho de la UBA un valioso ciclo sobre poesía y Derecho: porque busca, junto a otros jóvenes abogados y poetas, hijos de desaparecidos como Julián Axat o Ana Oberlin, una voz diferente a la voz de la academia jurídica. Una voz diferente a la voz del claustro docente. Una voz nueva y sin ataduras. Que haga eje en la justicia social, en la integración latinoamericana: rescata la filosofía situada, el pensamiento indigenista, frente a los pensamientos sin “historia”. Y en la memoria. Y para eso desarrollan herramientas diferentes: un estilo nuevo de exposición, expresión y también de enseñanza del Derecho.

No existe una forma neutral ni un estilo no comprometido de enseñanza jurídica. Todos los estilos y formas nos comprometen de alguna forma, también las que aparentan ser “neutrales”. Sobre todo, acaso, estos últimos. Esta sería una de las trampas posibles de la vida académica y de la filosofía analítica, por él cuestionadas: la pretendida asepsia del Derecho “formal”, la forma “neutral” de enseñar (o juzgar), que no debieran verse nunca “contaminadas” por la subjetividad poética en su razonamiento “puro”, objetivo, ciego. Los cuerpos manchan. El Derecho aséptico no los toca: los deposita lejos. La poesía incorpora cuerpos, opacidad, parcialidad, dolor: incorpora la memoria. No pureza.

Croxatto cuestiona la noción misma de “sistema” jurídico, cuyos presupuestos de asepsia o neutralidad formal se vienen derrumbando hace décadas. Esto se ve, precisamente, no solo en su discusión o posición doctrinaria, sino en su “estilo” literario, en el diseño mismo de su trabajo: un ensayo filosófico en línea con la poesía, con el estilo poético latente de exponer y argumentar, por momentos vertiginoso (y algunos dirían, negativamente, desordenado).

Es lo contrario del estilo analítico, frío, formal, *ordenado*, del "sistema" jurídico articulado y consistente, "serio" y puro: ese sistema solo existe —y a duras penas— en los papeles.

Croxatto hace deliberadamente "desorden", como dice en su trabajo: hace "bardo". Bardo con el Derecho. Bardo significa poesía, en sentido literal. Esto hace ruido o puede llamar la atención en la mentalidad cerrada de la academia. No en la realidad concreta, vertiginosa, difícil, tan alejada de las aulas, donde el Derecho es *concreto*, fragmentario, difícil, nunca completo, claro, puro ni articulado, nunca del todo *sistema*. Es cuerpos que se chocan, se reprimen, se lastiman, duelen. Que no se dejan oír. Que no se dejan ver. Que nos gritan y reclaman algo. Tampoco la filosofía parece haber atendido demasiado esta demanda social. Estas voces "informales". Caídas del "sistema" jurídico o académico. Croxatto rescata estas voces.

El autor pone en cuestión en este libro la razón de ser de la crítica. Por eso Croxatto repite en este trabajo que su marco teórico es el pragmatismo. El pragmatismo es una corriente de filosofía de fuertes vínculos, por paradójico que parezca en un comienzo, con la filosofía del lenguaje y con la teoría literaria: Rorty, James (hermano del célebre escritor inglés), Dewey, Pierce, entre otros.

Puede parecer paradójico que la "ficción" o los autores interesados por el lenguaje y la literatura —como Enrique Marí entre nosotros—, se vuelvan más que los otros hacia la "práctica", desechando la teoría: el pragmatismo es una filosofía de lo concreto, y Croxatto, cuando reivindica la poesía, reivindica la corporalidad concreta.

Nada es más concreto que los cuerpos, históricamente negados por el Derecho y reprimidos por la religión y la pena. El pragmatismo y la literatura se terminan dando la mano en este ensayo. Las "ficciones", por paradójico que parezca, nos acercan más a la verdad que la filosofía analítica o la dogmática. La ficción nos acerca (como la poesía) a la verdad concreta, dura, y a los derechos básicos. A la verdad material. A la corporalidad desaparecida que hoy, en la voz de poetas abogados e hijos, reaparece. Reaparecen los cuerpos negados, perseguidos. Reaparecen los huesos. Y reaparece su palabra, su poesía, que hace "bardo" con el Derecho. Aparecen los cuerpos. Aparecen las palabras negadas, desaparecidas, borradas del Derecho, enterradas, críticas: la palabra poética es esa palabra *borrada*, negada, informal. No "sistemática".

Aquí se ve un hilo conductor en el libro. De un lado el pragmatismo como marco teórico, tan relevante para la filosofía del Derecho, tan acostumbrada a debates académicos en términos impropios, alejados,

formales, "universales". Por el otro, el estilo ensayístico, poético, *intraducible*. Local, concreto, pragmático, que implica latinoamericano. Identidad: lenguaje. Cuerpo. No tratados de filosofía siempre traducidos, sino una voz dura, tensa, con un recorrido donde la memoria, la verdad y la justicia configuran una unidad. El estilo expositivo (ensayo filosófico, reivindicación de la poesía) y el marco teórico (pragmatismo filosófico) son, pues, dos caras de un mismo proceso que deben entenderse juntas. Se explican e imbrican entre sí. No se pueden separar, se dan la mano.

Comprender estos dos presupuestos (estilo expositivo y marco teórico) son decisivos para comprender mejor las posiciones constitucionalistas desplegadas por el autor a lo largo del trabajo, y queríamos remarcar en este breve comentario su importancia: sin ellas no se entiende por qué el constitucionalismo y la democracia han dejado de *contraponerse*.

La vieja tensión o discusión entre constitucionalismo y democracia, acicateada por el constitucionalismo mayoritarista tan de moda, que acusa falsamente de "elitista" a los juristas que defienden —o defendemos— el garantismo penal liberal, se desdibuja una vez que asumimos que en la pobreza extrema o con el 52% de los chicos argentinos debajo de la línea de pobreza no hay democracia posible. Con cárceles degradantes, tampoco, por más que haya derechos formalmente reconocidos, pero impracticables en la realidad efectiva, "práctica".

Salir de la redundancia —defender la autonomía concreta de las personas, dejar de escindir derechos básicos en distintos niveles o generaciones— es dejar de hacer paráfrasis en la filosofía constitucional. Es poner el eje en la práctica de las garantías que, en la medida en que respetan derechos formalmente reconocidos, hacen de nuestra sociedad democrática en la teoría, una sociedad democrática en la práctica, materializando los derechos utópicos que aun hoy muchos califican de "no operativos", no "justiciables".

La tensión entre constitucionalismo y democracia tenía otra cara: el respeto supuesto —cultivado también por teóricos como Schmitt— a la soberanía política, idea ambigua —o al menos tan ambigua como otras desplegadas para defenderla— que no debería —en una democracia material como la aquí defendida, con derechos materializados para todos los actores civiles y sociales— tener por qué contraponerse a la idea de soberanía "política", sin excluidos.

La tensión obedece en el fondo a una falacia. Presupone, aunque no lo diga, que no todos serán integrados. No puede haber, concluye el autor, tensión posible entre democracia y constitucionalismo, entre autonomía

(idea que justifica la participación en democracia) y los derechos sociales y humanos que le otorgan sentido, y sin los cuales las personas pobres, excluidas, apresadas en cárceles infrahumanas no pueden ejercer su libertad civil y política, ni plena ni mínima.

La tensión entre constitucionalismo y democracia —falso dilema, califica el autor— obedece, pues, a otro presupuesto que el autor desarma cuando repasa la historia reciente del liberalismo político, cuestionando a sus críticos y detractores conservadores y clasistas: la falsa escisión de derechos humanos fundamentales en distintas generaciones o niveles de derechos, como queriendo "retrasar el reconocimiento del igualitarismo material", nos dice Croxatto, cuando la misma declaración de los derechos universales del hombre reconoce o reconocía que estos son, además de inherentes a la persona, por su solo carácter de tal, *indivisibles*, inalienables e inherentes.

La paradójica e inicial división histórica política, con bloques de países defendiendo concepciones sociales y estatales contrapuestas en distintos niveles, pisos y generaciones es la que, al evolucionar, terminó generando este otro (falso) "debate" entre constitucionalismo y democracia, un debate mal planteado, que el autor desarma paso a paso analíticamente aquí con precisión de cirujano, al desarmar su presupuesto político de posguerra: el recorte de derechos en niveles de prioridad —los civiles como derechos de "primera" generación, cuando sin los económicos y sociales, que son instrumentales, aquellos no pueden ser ejercidos, dejando a las personas sin un margen de autonomía—.

Esta es la tesis central —tan clara, verídica y simple como útil— de este libro "herramienta", como lo define Croxatto en las primeras páginas. El poeta Gabriel Celaya hablaba de "poesía herramienta". Croxatto, que remite y cita a Celaya, pretende que sus trabajos no alimenten más debates que los que ya hay, sino acciones concretas, deliberadas, que aporten argumentos "útiles" para la acción del abogado comprometido, y para la reivindicación concreta y material de derechos sociales, no de teorías.

El pragmatismo termina siendo una forma de materialismo, como querían Adorno y los autores de la Escuela de Frankfurt, a quienes también remite Croxatto en su análisis y en su reivindicación de la escuela penal crítica de esa ciudad. No es un accidente, afirma el autor, que donde se erigió el famoso instituto de investigación social de Adorno y Horkheimer se perpetúe hoy, en la Universidad de Frankfurt, en la Facultad de Derecho en la misma ciudad, facultad dirigida por Klaus Günther, discípulo de Jürgen Habermas, una escuela crítica de Derecho Penal.

Con este libro, Croxatto nos ayuda a pensar continuidades que a veces no vemos. Nos muestra cómo el arco conservador que se opuso entonces al ideario igualitario de la Revolución francesa —diciendo que esta era demasiado “abstracta” por ser enemiga de la “tradición”, que sería “concreta” como las cadenas que había que romper— hoy repite los mismos argumentos o argucias antiliberales y antiigualitarias: tan poco ha cambiado el “debate” político. Cambian los nombres, pero no el debate sobre derechos y garantías de fondo.

El antigarantismo no es nuevo. Es un discurso conservador, enemigo de toda igualdad “garantista” abstracta. Croxatto cita a Edmund Burke, que denostaba a los abogados resentidos “de provincia” que vienen a la ciudad (París) con su catálogo lleno de “abstracciones”. Croxatto, que retoma la estela de Paine, se siente uno de esos abogados liberales “de provincia”, denostados injustamente por Burke, un miembro de la aristocracia inglesa, como Michael Oakeshott, como Berlin, como Aron (a quien cita y remite Arendt).

Escribo esta reseña no casualmente desde la ciudad de Huánuco, donde he viajado a sostener una conferencia sobre justicia y derechos humanos, saliendo de los centros académicos, yendo a los barrios marginales, marginados, alejados del “centro”, “resentidos”. Croxatto, que ha viajado a Huánuco conmigo, reivindica casi articuladamente las ideas de Rousseau, teórico de la soberanía popular y artífice máximo de la idea de voluntad general (incluso en su lúcida crítica al juicio por jurados, crítica que ha llevado a Croxatto a debatir con Julio Maier, que reivindica la participación popular en la administración de justicia).¹

Este trabajo tiene un mérito semejante al que tuvo en su momento para nuestra generación la obra de Luigi Ferrajoli: iluminar un camino para la práctica jurídica que quiere defender los derechos de la parte más débil y abstracta. Croxatto arranca su trabajo remitiendo a Marc Galanter, quien con pesimismo sostiene que hoy en día el “juramento” de construir sociedades más justas no es algo que caracterice especialmente a los abogados, sino a los militantes y ciudadanos comprometidos. El desafío parece ser volver a acercar la Justicia al Derecho.

1. Recomiendo a los lectores las lecturas respectivas en torno del juicio por jurados (juicio al carnicero que fue asaltado en Zárate, persiguiendo y matando a la persona que le había robado), tanto de Croxatto, inicialmente, como de Julio Maier, que impugnó la posición de Croxatto. El juicio por jurados es defendido también por Edmundo Hendler, de cuya cátedra fui profesor adjunto en la UBA muchos años.

Este trabajo nos muestra que nuestras críticas a la forma tradicional de enseñanza jurídica, pienso sobre todo en el campo penal, deben reflejarse ya desde un primer momento en la forma de exposición académica que elegimos para nuestros trabajos.

La dogmática penal y la analítica, que se contraponen a la falta de seriedad supuesta del ensayo y de la poesía, han sido funcionales a realidades prácticas poco "claras" y poco "consistentes" con las promesas legales liberales de humanidad. La poesía parece más seria que la filosofía pretendidamente objetiva, o el normativismo penal de moda, respecto de la realidad atroz que se vive a diario en las cárceles, por citar un ejemplo. La poesía y el ensayo liberal, humanista, moderno, poco "objetivo", poco "sistemático", descartado por poco formal (por no respetar las "formas") parece más afín a la tarea de reconstrucción que debe encarar hoy el Derecho en vastos campos concretos. Y esto no es solo una mera cuestión de "estilo" de exposición. Se juegan causas enteras disimuladas detrás de aparentes cuestiones de "estilo".

Por eso, la ruptura de Croxatto con una forma de exposición académica tradicional, estándar, esperada precisamente o sobre todo en un joven con resultados académicos sobresalientes, es simbólica en sí misma: es una toma de posición honesta, una ruptura o no complicidad frente a la realidad y la forma en que se define el vínculo práctica—teoría. Sacar el Derecho de los libros y llevarlo a donde se dirime su sentido ético: en la acción.

Croxatto, que insiste que no escribe ni habla para la filosofía francesa, ni siquiera de la UBA, sino que escribe con "urgencia", la urgencia del hambre y marginalidad del conurbano —y uno percibe esa "urgencia" en su escritura, en el estilo rápido que es su desorden, aunque no lo calificaría así—; Croxatto, que nos dice que escribe con urgencia "porque da vergüenza hacer filosofía jurídica en el conurbano, donde los pibes pasan hambre, frío, deambulan en los trenes con las zapatillas rotas", nos acerca una mirada penetrante acerca de la dignidad humana en un trabajo editado por la Universidad Nacional de Lanús, en el conurbano.

Advierte con razón que en un comienzo, y no hasta hace tanto tiempo, la dignidad era apenas un título nobiliario, un papel que se compraba y vendía ("¿habremos evolucionado tanto?", se pregunta el autor). Se compraban dignidades como se pagaba para recibir perdón en la iglesia. Los pobres no eran perdonados, y hoy, los pobres que no pueden pagar abogados caros tampoco son "perdonados", yendo a la cárcel. Nos advierte, en la medida en que la dignidad no era un valor, sino un título, que la

dignidad no era inherente como entendemos hoy, pos-Revolución francesa, un Derecho para todos, sino que era un papel aunado a un privilegio y una posición en la jerarquía social reservada para muy pocos. Muchos súbditos no eran vistos como personas; los esclavos no tenían dignidad alguna, los extranjeros tampoco.

En plena modernidad, este principio se invierte. La dignidad se convirtió en una *abstracción* general, es decir, en un valor, no en un título. No hace falta acreditar ningún recibo para ser reconocido en sus "dignidades", basta con mostrar el propio cuerpo, la propia personalidad —Kant, que apoya la Revolución francesa, desarrolla largamente el derecho a la personalidad—. La dignidad pasa a abarcar a todos sin distinción, pasó a ser universal, se convirtió en una cualidad intrínseca y abstracta que abarca por igual a todos los seres humanos, sin distinción. Cualquier distinción, como muchas de las que aún se mantienen en pie, será a partir de ahora catalogada como segregación y discriminación.

Sostiene el autor, con razón, que el cristianismo y el liberalismo —tanto la doctrina origenista de salvación de los demonios, como los liberales que defendían la dignidad innata de cada persona—, con su idea de Derecho natural inherente y previo, tienen mucho que ver con este camino.

Hegel advierte que el cristianismo, que muchas veces equivocadamente contraponemos al liberalismo político con el cual se desarrolla la legalidad como principio penal, es parte esencial de esta evolución. Por eso, el autor recupera y cuestiona las miradas neoliberales o colonizadoras de Milton Friedman y de Hegel, respectivamente. Ambos fueron críticos acérrimos del cristianismo. Ambos entendían que el cristianismo fue el primer responsable de promover esta idea de "igualdad" abstracta, de las almas de todos, sin distinción, ante los ojos de Dios (todos somos iguales).

Croxatto defiende con firmeza esta abstracción primera, cristiana, diríamos ahora en retrospectiva, donde liberalismo político y cristianismo no aparecían tan alejados. Croxatto cita incluso, como dije, la doctrina origenista de la salvación de los demonios, doctrina penal medieval cristiana, que Croxatto califica de "liberal" desde el penalismo: una primera doctrina de "garantías", de "salvación" de los condenados.

El avance de la dignidad como abstracción general, sin dudas no cae del cielo: está precedida de distintos pensamientos y doctrinas que fueron preparando el terreno para una visión mucho más amplia y extendida sobre la idea de dignidad humana, como la del obispo Orígenes, en su momento expulsado de la Iglesia por "garantista".

“Salvar” a los condenados, decir que estos también eran personas, fue revolucionario. Este es apenas un solo ejemplo de cómo el cristianismo está involucrado, como advierte Hegel, en este proceso de derechos naturales “inherentes” y en una filosofía política que tiende, como el liberalismo, a la igualdad de derechos, a la igualdad de las personas en diferentes campos. La igualdad y la dignidad se dan la mano. Crecieron juntas.

No quiero terminar de escribir este comentario somero desde Huánuco, Perú,² sin mencionar que muchos de los temas que Guido aborda en este trabajo no me son nuevos: lo que me resulta críticamente novedoso y valioso es su enfoque.

2. La escritura tiene una raíz material —y una historia material dura— que el Derecho formal a veces pierde de vista: el lugar desde donde se escribe dice mucho —o expresa algo importante— sobre el tipo de Derecho que se quiere construir, bajo qué modelos, bajo qué matrices, bajo qué parámetros, bajo qué ideas pensamos. A esto se refiere Guido Croxatto cuando pide, citando a Kush y a Rodolfo Schwarz, abogados de la academia capaces de “poner el cuerpo” en los sectores marginales y marginados, donde no llegan nunca los papers que se mantienen dentro de los cánones “formales” de la vida académica, generando un diálogo universitario puro pero a la vez vacío (no se entiende otra cosa, a veces, por “académico”, sino diálogo sin mayores consecuencias prácticas) que le termina dando la espalda a sus propias sociedades, a sus propios excluidos: a su propio continente o región. La reivindicación que hace Croxatto de la poesía en el Derecho, junto a jóvenes como Julián Axat, se vincula a este proceso jurídico donde lo importante es poner el cuerpo como forma física de poner la palabra: escribiendo libros o manuales “desordenados” de Derecho para enseñar donde el derecho social más duele, más se pisotea: en el conurbano bonaerense. Croxatto parece decir: si lo “académico” aún conserva algún sentido, tendrá que conservarlo en ese lugar. Demostrarlo en esos lugares alejados de la “academia”, y a menudo disimulados por la academia. Postergados de todo diálogo o debate, de toda escritura “seria” y “formal” de papers académicos o jurídicos, incluyendo los papers “críticos”. Frente a esto, el “desorden” de este trabajo no es accidental, es parte de una presentación deliberada y urgente donde el cuerpo se filtra entre las hojas: donde afloran las heridas y el hambre. El dolor, que es siempre algo urgente para la Justicia y no tiene tiempo —más cuando se habla de derechos humanos— de correcciones de “estilo”. Hay un desorden que parece ser una forma de ruptura o resistencia a la complicidad. Un trabajo que llama la atención. Que no admite una lectura lineal. Guido me contó que las únicas dos veces que pisó Comodoro Py en su vida fueron con Eduardo Luis Duhalde, entonces Secretario Nacional de DD. HH., para verme a mí, por los juicios de lesa humanidad. No son solo anécdotas personales: son historias de vida donde los abogados comprometidos con los derechos humanos, la memoria, la verdad y la justicia, construyen con esfuerzo un camino conjunto. El resultado de ese esfuerzo colectivo, que tiene como principales protagonistas a las organizaciones de DD. HH., son los juicios de derechos humanos, que ya forman parte de la identidad colectiva de los argentinos: de nuestra cultura.

Me he especializado largo tiempo en los estudios sobre violencia estatal, con centro en el fenómeno de la tortura, cuya historia he indagado también en el proceso penal desde tiempos anteriores a la caza de brujas —lúcidamente expuesta por Silvia Federici, y que ha llamado la atención reciente del profesor Zaffaroni, porque habría en la caza de brujas un modelo de ejercicio de poder punitivo que aún no se habría erradicado del todo en muchos procesos donde se suprimen garantías mínimas—. Un problema y una historia de violencia devenida “institucional” que abordé también en mi tesis de doctorado en la UBA, dedicada a mi maestro, Tute Baigún,³ pese a lo cual nunca había advertido con tanta claridad algo que aquí señala con mucha inteligencia Croxatto.

La dignidad humana, esta dignidad que hoy damos por descontado, que era concretamente y sobre todo un “título” material, un papel al que muy pocos accedían a fines del siglo XVIII, se extiende, se divulga gracias a la Revolución francesa y a las abstracciones —cuestionadas desde la tradición dura y “concreta”, defendida por de Bonald, de Maistre, Oakeshott y tantos otros conservadores que defendían parapetados los privilegios de la aristocracia—. Se “masifica” de manera “populista”, es para “todos” —dice con ironía el autor—, se hace “abstracción”, se vuelve “abstracta”, esto que para nosotros parece una obviedad. Todos tenemos derechos “humanos”, pero en ese momento fue un cambio revolucionario y populista, masivo, para el “vulgo”, algo *vulgar*. Se convierte en igualitarismo abstracto, y se reconoce como heredero de la doctrina liberal y católica de los derechos naturales: la dignidad es inherente, no habría que “ganarla” trabajando o negociando en los palacios, se obtiene por el mero hecho y el solo hecho de haber nacido libre.

Es evidente, en la obra de Croxatto, el eco de la obra de Rousseau, cuyas cenizas fueron llevadas al panteón por los revolucionarios franceses junto a las de Voltaire, con quien tanto debatía sobre historia.

Por eso, Croxatto separa muy prolijamente el viejo liberalismo político —al que debemos ideas como la dignidad inherente y los derechos “naturales” de cada persona, previos a su reconocimiento estatal, que hace al ejercicio del poder público un ejercicio legítimo— del “neo” o nuevo liberalismo económico —que se diferencia del primero en muchos campos, por ejemplo, en el reconocimiento de la importancia (o no) de la asistencia

3. RAFECAS, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*.

social, de los derechos humanos universales que el neoliberalismo (de auge en Chile, donde Milton Friedman, en tiempos de Augusto Pinochet, predicaba) cuestiona como un "costo" o como una mera "carga" de la que habría que librarse.

Son dos liberalismos muy diferentes y no debemos confundirlos. Croxatto defiende al primero, cuestionando duramente al segundo. En Estados Unidos, la distinción es más precisa: los *liberals* son sectores de izquierda, del partido demócrata, como Ted Sorensen, asesor de Kennedy; los *libertarians*, en cambio, son neoliberales fisiócratas, afines a los mercados financieros, fondos de especulación financiera, con peso en el ala más conservadora del partido republicano (lo que llamaríamos la derecha).

En Estados Unidos, estas ideologías diferentes tienen traducción partidaria y política, lo cual es saludable para el debate político. En la Argentina, muchas veces confundimos los términos, asociando equivocadamente liberalismo político (doctrina con la que nacen los conceptos de derechos humanos inherentes, "naturales", subjetivos, anteriores al Estado) con neoliberalismo económico, que se diferencia (por eso "neo") de muchos de los postulados antropológicos y políticos ("viejos") del liberalismo político.

Croxatto plantea esto, más que como un avance, como un retroceso en la estela liberal. Algo semejante sostendrá, junto con Naucke y Zaffaroni, en el plano penal: un error del liberalismo (o penalismo ilustrado) habría sido la legitimación "liberal" de la punición, tema al que Croxatto dedica su tesis de doctorado.⁴

Este libro recorre y defiende, en definitiva, la historia de la legalidad moderna, no desde la doctrina penal, sino desde la teoría general del Derecho, o, como Croxatto prefiere decir, desde la filosofía del Derecho.

El neoconstitucionalismo ha predicado, desde la posguerra, que la dignidad humana, frente a la barbarie vivida y los intentos legales por acotar la posibilidad política "soberana" de un regreso a la atrocidad, pasaba a tener, pese a todas sus ambigüedades y alcances, "eficacia directa". Este es el punto de quiebre con el cual se desarrolla hoy el neoconstitucionalismo "no positivista", como recuerda Comanducci.

4. Croxatto dedica su tesis de doctorado a revisar la historia y la crisis del principio de legalidad penal (la crisis del penalismo moderno "ilustrado"), cuyo cultor fue el pensador alemán Paul Anselm von Feuerbach, redactor del Código de Baviera de 1813, tomado como fuente por Carlos Tejedor. Raúl Zaffaroni es el director de esta investigación de doctorado, radicada en la UBA.

Croxatto se detiene en largas reflexiones —no exentas de alguna perplejidad para él mismo— que, pese a reivindicar la poesía en su cruce oxigenador y comprometido con el Derecho positivo, como garantista que es, reivindica las “formalidades abstractas” del positivismo jurídico, ideología —incluso científica— de la modernidad, la ilustración y la Revolución francesa.

Croxatto no es un crítico del positivismo jurídico: todo lo contrario, es su defensor acérrimo y progresista. Es un defensor del Poder Judicial, de la división clásica de poderes y del sistema de pesos y contrapesos, hoy, según sostiene, desvanecido. Por eso, recurre a Rousseau y a su visión de la soberanía popular, para defender la administración de justicia clásica, en nombre de la voluntad general y no de un mero rejunte aislado de voluntades particulares, como podría ser el —por Croxatto cuestionado— juicio por jurados.

Croxatto no ve en el juicio por jurados, a diferencia de Julio Maier, con quien ha debatido, una representación colectiva legítima en sociedades donde predomina la desinformación o concentración mediática. No ve el espíritu deliberativo o el diálogo, sino la divulgada demagogia punitiva que celebra cada vez que muere un “delincuente”. Aporta los argumentos nada menos que de Rousseau, en su apoyo de la estructura judicial clásica que debe aplicar la ley, expresión de una voluntad general, concepto que Croxatto en repetidas oportunidades recupera.

Por eso, Croxatto discute con visiones mayoritaristas que impugnan el control constitucional o tribunales concentrados en nombre de supuestas mayorías, impugnando el supuesto “elitismo” penal o constitucional de los estrados: pone el ejemplo de Uruguay, donde con tales argumentos, posreferéndum, no se avanzó —como en la Argentina, con su “garantismo elitista” en la estela del tribunal “concentrado” del sistema interamericano de derechos humanos— en materia de juicios de lesa humanidad.

Croxatto entiende que el sistema “elitista concentrado” expresa un esquema constitucional “general” —la Constitución es la expresión más cabal de un acuerdo mayoritario—, donde el piso mínimo de derechos pesa más que las mayorías políticas circunstanciales en un referéndum (no plebiscitar garantías) o la decisión de un jurado.

Precisamente, es en la discusión con el constitucionalismo mayoritarista de Waldron, defendido por Gargarella, donde Croxatto, discípulo de Zaffaroni, mejor desarrolla sus argumentos —no solo, ni ante todo, penales—, donde invierte y muestra las raíces soberanistas (mis-

mo argumento de Fayt en la disidencia del caso Simón)⁵ del "mayoritarismo", que supuestamente cuestiona al garantismo por configurar una *élite* intelectual encerrada en los "palacios" o cortes de "minorías" ilustradas y cultas.

Croxatto entiende que el garantismo no es un elitismo: es la expresión acabada de una voluntad colectiva expresada en la ley fundamental. Nada sería más democrático que preservar la Constitución con sus garantías, que expresan la voluntad constitutiva de un pueblo soberano y libre que se dio a sí mismo tal ley.

Croxatto, a diferencia de su maestro Zaffaroni, defiende y con mucho énfasis la Constitución de Alberdi. Del mismo modo, entiende que la "politización" de la Justicia está del lado del antigarantismo y no al revés, como comúnmente se piensa. Defiende el liberalismo político, con el cual nace la legalidad como precepto, y esa defensa lo lleva directamente al constitucionalismo garantista, precisamente porque el garantismo reivindica como metodología propia el positivismo jurídico: el apego estricto a la legalidad jurídica y a las garantías constitucionales,⁶ una obviedad que no haría falta tener que repetir, si el escenario regional en materia de garantías y debido proceso no fuera, como recuerda Mariela Belski (directora de Amnistía Internacional), tan pedregoso y por momentos oscuro.

Croxatto llama a esto, no sin acierto, volver a repetir el *abc* del Derecho. A veces, nos hace falta recordar ese *abc*. Lo básico. Porque muchos discursos predominantes erosionan la legalidad penal. La horadan. Por eso, hace falta reconstruirla, reconstruyendo el positivismo jurídico: las garantías procesales penales de fondo y de "forma". La defensa del positivismo jurídico en este escenario regional crítico (donde se expande el antigarantismo) no es un accidente. Es un límite. Es una defensa, en definitiva, de la legalidad y de la libertad política.

5. CSJN, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", 14/06/2005. Este fallo trascendental permitió impulsar los juicios de derechos humanos por delitos de lesa humanidad cometidos durante la última dictadura, un hito en la historia jurídica argentina y mundial, ya que los procesos son llevados ante tribunales ordinarios, con pleno respeto a la legalidad y el debido proceso. La Argentina tiene en estos procesos alrededor de dos mil imputados.

6. Notable coincidencia (porque a veces es importante advertir o señalar los acuerdos) de Guido Croxatto con la posición de Andrés Rosler, profesor titular de Filosofía del Derecho en la UBA, en su flamante trabajo: ROSLER, *La ley es la ley*.

Estos conceptos tienen una historia que a menudo perdemos de vista, y este libro, con mucho acierto, la recupera. Nos recuerda, como dice Habermas en la cita que encabeza este trabajo, que toda Constitución es el logro de una historia nacional. No un accidente político, sino un acuerdo básico. Un contrato social.

Cuando pienso en la cerrada y verdaderamente lúcida defensa que hace Guido del positivismo jurídico en este trabajo, cuando impugna los argumentos antiliberales, antiigualitarios, antiilustrados, no puedo dejar de pensar que el primer jurista que recibió un telegrama de despido de parte del nacionalsocialismo alemán, al que tantos juristas célebres, incluso penalistas que habían sido liberales como Mezger, se plegaron, fue el jurista vienés Hans Kelsen. No haría falta tener que decir mucho más. Es un dato simbólico. Otros, como Edmund Mezger, quien visitó en 1944 un campo de concentración en Dachau para evaluar “categorías de delincuentes”,⁷ murieron sin haber sido juzgados, conservando incluso sus cátedras en la universidad (en este caso, de München). Por eso, junto a Guido Croxatto, comparto esta defensa. Como jurista. Como juez. Como abogado.

Termino de escribir esta reseña desde la ciudad peruana de Huánuco, en el límite norte con la selva amazónica, viendo cómo en la plaza principal se venden los “negritos”, representaciones de esclavos negros que bailaban en Navidad adorando al Niño Jesús, obteniendo, transitoriamente —solo por pocos días festivos—, su libertad, para retornar luego a la esclavitud.

Se conoce esta celebración como Fiesta de Presentación de Cofradías de los Negritos de Huánuco. En los muñecos que se venden, los negritos (Corrochanos) —cuya danza es un símbolo cultural de esta ciudad, danza de celebración de cada nacimiento— tienen siempre puestas cadenas en los pies. El único que no tiene cadenas es el colonizador blanco, que tiene un látigo.

Termino la reseña de este libro de Guido observando que en cada conferencia que he brindado en la Corte Superior de Justicia de Huánuco y en la Universidad local que lleva el nombre de un autor afín a la criminología positivista,⁸ siempre me obsequian un negrito como recuerdo de esta ciudad, su historia y su cultura. Lo mismo podría decirse sobre las comidas típicas de

7. Dato recuperado de MUÑOZ CONDE, *Edmund Mezger y el Derecho...*

8. Afín a la democracia cristiana, Víctor Andrés Belaúnde fue un destacado jurista y diplomático peruano, célebre por sus diferencias con Mariátegui, autor, entre otros, del libro *La filosofía del Derecho y el método positivo*.

Huánuco, que son las comidas que hacían los esclavos negros con los desechos del colonizador, sazonando y comiendo lo que aquel tiraba a la basura.

Vuelvo a mi país con dos esculturas del negrito Corrochano como recuerdo de la lucha por la justicia y la libertad de las personas de nuestro continente. De la dignidad humana abstracta, como ironiza el autor en su trabajo.

BIBLIOGRAFÍA

Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad", 14/06/2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *Edmund Mezger y el Derecho Penal de su tiempo: estudios sobre el Derecho Penal en el nacionalsocialismo*, Tirant lo Blanch, 2002, Valencia.

RAFECAS, Daniel, *El crimen de tortura. En el Estado autoritario y en el Estado de derecho*, Didot, 2016, Buenos Aires.

ROSLER, Andrés, *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*, Katz, 2019, Buenos Aires.

PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN

Los trabajos están sujetos al sistema de referato. En consecuencia, los ensayos y las lecciones son asignadas por la Secretaría de Redacción a un número determinado de miembros del Consejo de Redacción —tres (3) en la presente edición— bajo seudónimo, para preservar el anonimato y evitar la distorsión de las condiciones de evaluación. Estos/as miembros se expiden a través de un dictamen escrito que contiene sus consideraciones e indica el voto a favor o en contra de la publicación.

La Secretaría de Redacción podrá decidir que los trabajos sean evaluados a través de un procedimiento de evaluación externa. En ese caso, serán asignados a miembros del Consejo Asesor —dos (2) en la presente edición— bajo seudónimo. Estos/as miembros se expiden también a través de un dictamen escrito en el que se indica su voto a favor o en contra de la publicación y fundamentos.

En ambos casos, de formarse el voto unánime de los/as dictaminantes a favor de la publicación de la asignación, esta queda preseleccionada para el cierre editorial del número. Por el contrario, si todos los/as dictaminantes se expiden en contra, la obra es desestimada. Si hubiera disidencias en el sentido de sus votos, el escrito es elevado a la consideración del cuerpo editorial en pleno (plenario). En los tres supuestos, el/la autor/a recibe los votos fundamentados de los/as dictaminantes.

El plenario es la instancia donde la potencial publicación de los trabajos es debatida por la totalidad de los/as miembros del Consejo de Redacción y decidida a favor o en contra por mayoría simple, recibiendo el/la autor/a una minuta transcribiendo los principales argumentos esgrimidos en el debate.

A diferencia de los ensayos y las lecciones, las obras presentadas para otras secciones de la Revista —reseñas bibliográficas, comentarios jurisprudenciales, etc.— son directamente sometidas a la evaluación del plenario, sin la instancia previa en la que se elaboran dictámenes individuales.

Todos los escritos que el Consejo de Redacción haya determinado como publicables quedan preseleccionados para su reconsideración al

momento del cierre editorial. Así, en la etapa de conformación definitiva del número, los trabajos preseleccionados son nuevamente clasificados por el pleno para decidir cuáles son incluidos en la publicación física y digital. Todo escrito restante —es decir, no incluidos— es tenido por preseleccionado para su eventual inclusión en un número ulterior, si su autor/a así lo desea.

La presentación de trabajos para la consideración del Consejo de Redacción implica la autorización para su publicación en la Revista *Lecciones y Ensayos*, tanto en su versión en papel como en su versión digital, en el portal de la Facultad de Derecho de la UBA.