

# *Constitucionalismo y democracia. De la tensión al falso dilema* de Guido L. Croxatto

Ediciones de la UNLa, 2018

*Por Daniel E. Rafecas\**

Conocí a Guido Croxatto de un modo ciertamente inusual. Fue en el velatorio de Eduardo Luis Duhalde, en la ciudad de Buenos Aires, en 2012, alguien a quien ambos respetábamos muchísimo. Guido me alcanzó en la calle, cuando me estaba retirando, para decirme que le constaba el aprecio que Eduardo Luis tenía por mi labor judicial. Mirando en retrospectiva aquel encuentro, creo que no fue casualidad, sino que fue el inicio simbólico de un vínculo cuyo nexo fue alguien que ha sido, y seguirá siendo, un faro, no solo para Guido y para mí, sino también para toda una generación.

La obra que habré de comentar no resulta fácil de encasillar. Sin duda transita los andariveles de la Filosofía del Derecho, pero prácticamente no hay párrafo en que dicho punto de partida no intersecte con otros campos del saber jurídico, como la Teoría del Estado, el Derecho Constitucional, el Derecho Penal, la Historia del Derecho y la Sociología del Castigo.

Debo confesar que hacía mucho tiempo que una obra no me generaba tantas inquietudes y perplejidades, que no me abría tantos caminos nuevos, inexplorados, en mi cosmovisión del fenómeno jurídico –su genealogía, sus tensiones, sus resultas–; recorriendo sus capítulos nunca me abandonó la sensación de estar frente a una obra que configura un soplo de aire fresco, renovado, en el mundo del Derecho, gracias al talento y al esfuerzo de un

\* Doctor en Derecho Penal (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*, Buenos Aires, Didot, 2016.

joven jurista argentino, formado en los mejores ámbitos posibles, tanto de este continente como del europeo.

El propio autor también comparte esta sensación de vivir en una época escasa de aportes novedosos para nuestro saber. Sostiene acertadamente, con cita de Owen Fiss, que la única excepción es el feminismo, movimiento desde donde están saliendo, en estos tiempos, las preguntas más intensas e interesantes, que obligan a redefinir amplios aspectos de la sociedad.

En retrospectiva, si *Derecho y Razón* del maestro Ferrajoli, permitió a toda una generación de juristas –que irrumpieron en las disputas teóricas y prácticas del Derecho desde fines de los noventa y a lo largo de los dos mil– sostener con suficiencia las virtudes del modelo constitucional frente a las recurrentes pulsiones autoritarias que pretendían desmantelarlo, ahora con *Constitucionalismo y Democracia*, de Guido Croxatto, la siguiente generación cuenta con un programa que renueva y refuerza la defensa de un marco jurídico respetuoso de los principios cardinales que sostienen la vigencia del Estado Constitucional de Derecho, una suerte de garantismo reforzado e inmunizado contra los discursos que el neoliberalismo ensaya para avasallar, para desmantelarlo, y así garantizar la violencia estructural sobre la que cabalga su modelo económico, social y político de concentración de la riqueza y, a la vez, de exclusión para millones de personas.

Más adelante, el autor habrá de citar a Theodor Adorno y Max Horkheimer (*Dialéctica de la Ilustración*), para agregar que nuestro progreso material no se basa en el reconocimiento igualitario de la dignidad universal, “sino todo lo contrario, en la desigualdad, casi opresiva, de los hombres [...] Estas sociedades se sostienen sobre la radical indiferencia, el sistemático olvido, sobre la suerte de los otros. Solo así funciona el capitalismo. Si me olvido de la suerte de quien tengo al lado” (p. 82).

Son muchas las ideas innovadoras que Croxatto nos presenta en este libro. No me resulta posible abarcarlas a todas, para ello es necesaria la lectura atenta y completa de la obra, que recomiendo. Pero sí me permitiré destacar y reflexionar sobre algunos de estos aportes que nos ofrece *Constitucionalismo y Democracia*.

La primera reflexión que quisiera compartir en esta nota, gira en torno de la génesis del concepto de *dignidad humana*. Nada menos, uno de los valores sociales que se encuentra consagrado en los máximos niveles normativos de nuestros modelos constitucionales. En las clases de Derecho nos hemos cansado de señalar, en la cúspide de la *pirámide axiológica*, los tres

bienes jurídicos supremos de cualquier modelo que se precie de democrático y republicano, y que parta de la idea del Estado como un instrumento, me refiero al tríptico *vida, dignidad, libertad*. Sin embargo, qué poco reflexionamos en torno a la esencia de estos valores. Sus orígenes, sus alcances, su importancia para la convivencia y para la paz social.

Pues bien, Croxatto, ya en el inicio de su libro, nos ofrece su mirada penetrante acerca de la dignidad humana. Sostiene que en un comienzo, y hasta no hace mucho tiempo, la dignidad era apenas un título nobiliario, nos recuerda que tener dignidad no era para todos, sino que era para muy pocos. Y que en plena modernidad, se convirtió en una abstracción general, es decir, que abarcar a todos, pasó a ser universal, se convirtió en una cualidad intrínseca y abstracta que abarca a todos los seres humanos, sin distinción. Sostiene el autor, con razón, que el cristianismo y el liberalismo, con su idea de derecho natural inherente, tienen mucho que ver con este camino.

Debo confesar que, pese a haberme especializado en los estudios sobre violencia estatal, con epicentro en el fenómeno de la tortura –cuestión que abordé en mi tesis doctoral–, nunca antes había caído en la cuenta de lo que aquí señala Croxatto. En efecto, la dignidad humana, que era un “título” al que pocos accedían, a fines del siglo XVIII, gracias a la Revolución Francesa se convierte en igualitarismo abstracto, y se reconoce como heredero de la doctrina liberal y católica de los derechos naturales.

El autor le asigna a esta transformación del valor dignidad una dimensión extraordinaria, una suerte de cambio de paradigma en términos de Kuhn, un momento bisagra en la historia del Derecho y de la política en Occidente, “...acaso el salto más descollante y significativo, por sus implicancias, de la civilización. Ese salto condensa todas las aspiraciones del programa político de la ilustración, de la modernidad, un proyecto, como afirma Habermas, aún inacabado y pendiente” (p. 30).

Se trata de un razonamiento que lleva a repensar todos los basamentos históricos sobre los que descansan nuestros actos y los conceptos y teorías que sostenemos, en este sentido es que le atribuyo a esta obra un carácter renovador, que interpela al lector, algo que es propio de la Filosofía del Derecho. De mi parte, hacía mucho tiempo que no me enfrentaba con un libro de estas características.

Otro momento de intensidad del libro viene a continuación. El autor se pregunta: ¿Cuál es históricamente el problema más grave del derecho y su filosofía? Se responde que es la división entre práctica y teoría, citando a

Galanter, entre *law in books* y *law in action*, el abismo infranqueable que separa lo que se consagra en las leyes, y la praxis real de nuestros sistemas jurídicos y sociales.

En tal sentido, el autor, si bien sostiene que una Filosofía del Derecho responsable debe tener una orientación pragmática, “que no haga perder el tiempo con especulaciones vagas a personas que tienen tantas urgencias”, y que les brinde instrumentos, ideas y herramientas útiles, al mismo tiempo, advierte que cierto pragmatismo hoy de moda, desconectado del mandato de la Ley, “puede conducir a quemar los papeles”, esto es, a apartarse del rol reservado a los jueces, al ejercicio de las profesiones, a lo que sostienen los manuales y tratados. Croxatto lo resume en una frase: “el salto del ser al deber ser ha demostrado ser un salto al vacío” (p. 50).

Según el autor, “el realismo horada, con esta doctrina, la legalidad positiva. Derrumba las garantías. Derrumba el garantismo. No es casual que con estas doctrinas se persiga y encarcele a líderes cuyos programas económicos la ortodoxia liberal considera injustamente de derroche, de ineficiencia”. Por eso, el Derecho y la economía se encuentran en este punto de extremo “realismo”. A ello, con razón, le contrapone la filosofía del garantismo positivista, que defiende la democracia a través de los derechos (p. 57).

Y aquí se llega a uno de los dramas del presente. En esta obra, se defiende la tesis según la cual, esta crisis en que está inmersa el positivismo hace que los jueces, más que aplicar normas, se dediquen hoy a construir “argumentos”. Por eso, hay un auge de los cursos de argumentación jurídica, y prácticamente un abandono de la Filosofía del Derecho, porque las normas jurídicas están perdiendo el lugar que ocuparon tradicionalmente, su peso, su prestigio y su función: “El juez ya no puede recurrir a la norma: debe, sin embargo, fallar, motivar su sentencia, por eso se dedica, como en una trama o ficción literaria, a desarrollar *argumentos*. El Derecho, poco a poco, se vuelve *ficción*. Por eso recurre a la *argumentación*, al *argumento*” (p. 57).

Estas nuevas tendencias, que prescinden de las exigencias propias del positivismo, y que permiten legitimar el *activismo judicial conservador*, esta suerte de “no-garantismo”, se nutre en las fuerzas del realismo jurídico norteamericano, que echa sus raíces en el empirismo de autores tradicionales como David Hume.

Es como si aquel punto de vista interno del juez, del que nos hablaba Nino, también reconocido por Ferrajoli, y que constituía el único punto de discrecionalidad, de decisionismo judicial, no alcanzado por el positivismo,

ahora haya logrado desbordar aquel estrecho confín, y todo lo haya anegado, librado al fin, de las sujeciones provenientes del marco legal que hasta ayer nomás, debía respetarse.

Más adelante, con cita de Habermas, el autor se suma al reclamo en este sentido, de no traspasar entonces la “barrera de fuego”, que no es otra que la legalidad jurídica. Entendida esta como “el principio de la legalidad, la división de poderes, la independencia e imparcialidad de los magistrados” (p. 125) y que el activismo judicial se debe justamente a la crisis de la legislación como instrumento del Derecho, y, en este sentido, la crisis de la ley no es otra cosa que un espejo de la crisis del Poder Legislativo (p. 137) debido a su consiguiente devaluación como encargado según la Constitución, del proceso legislativo, incluyendo el proceso de criminalización primaria.

Sobre esta cuestión, Croxatto formula una pertinente aclaración, al separar las aguas entre este modelo empirista, conservador y antigarantista, por un lado, y los modelos nazi-fascistas, por el otro, ya que estos últimos no fueron (ni son) racionalistas, sino más bien románticos, basados en la tradición del pueblo, la raza, la sangre, la lengua, el suelo, la identidad “concreta”, y no “abstracta”.

Queda claro entonces que el Constitucionalismo garantista tiene entonces dos graves amenazas: el empirismo pragmático y los modelos jurídicos antirracionales, como el fascismo y el nazismo. Los primeros, porque desprecian el rol de la ley como limitadora del arbitrio judicial; los segundos, porque desprecian las abstracciones en todas sus formas y solo reivindican la construcción social y jurídica a través de lo “concreto”, en especial, de lo “auténtico” y “nacional”.

Es cierto, como dice el autor, que aquel presupuesto de la Ilustración, según el cual el conocimiento nos iba a hacer mejores personas, se consumió en los hornos crematorios de Auschwitz. Pero agrega algo no exento de polémica: que el nazismo, en verdad, no representaba esa fe en los valores del iluminismo, sino todo lo contrario: “El nazismo no habla en nombre del conocimiento ni de la razón ilustrada, habla de una identidad, de una historia, de un lenguaje o cultura o raza propia” (p. 79).

Esta reflexión es muy interesante, porque reaviva entonces el debate en torno de si la Shoá ha sido un producto de la modernidad, como sostiene Enzo Traverso, o en cambio, ha sido un “paréntesis” de barbarie, de antimodernidad, en un proceso indetenible de progreso de la humanidad en punto a sus sensibilidades (Norbert Elias).

Personalmente, creo que, más allá de los siempre tortuosos y complejos esfuerzos por tratar de dotarle de un corpus teórico más o menos coherente al fenómeno del nazismo, lo cierto es que, de hecho, su más perverso producto, Auschwitz, sí fue un producto de la modernidad, ya que en él han confluído una larga lista de artefactos culturales modernos (la fábrica fordista, el panóptico, la burocracia estatal, el racismo, etcétera), que no existían un siglo antes.

Y debemos recordar aquí, citando a Horkheimer, a Benjamin, a la escuela de Frankfurt, a Enzo Traverso, a Bauman, que me he convencido hace tiempo que la modernidad no tiene banderas políticas. O tiene tantas banderas como discursos políticos que se presentan como modernos. En todo caso, la modernidad no es más que el contexto, el escenario, el telón de fondo de los fenómenos y sucesos que tienen lugar en la historia...

La modernidad, como sabemos, nace cuando la técnica se desembaraza de la moral. Es la razón instrumental lo que connota la modernidad. Es la Revolución Industrial que marcó el ascenso de la burguesía, es el ferrocarril, el barco a vapor, el modelo fordista, las vacunas, la penicilina.

Pero también es el TNT, el gas mostaza, los bombardeos desde aviones (escribo estas líneas desde Dresde, que fue arrasada en 1945 hasta los cimientos), y la planta industrial de exterminio, o sea, Auschwitz.

Todo eso es la modernidad. No tiene banderas o, si se quiere, tiene tantas banderas como discursos e ideologías funcionales a las prácticas que habilitó la modernidad. El comunismo (y su base proletaria industrial) es tanto una bandera de la modernidad como el racismo, la eugenesia, el darwinismo social, el imperialismo proyectado hacia África y América...

A continuación, Croxatto se detiene a reflexionar en torno de lo que fue la esclavitud para la humanidad, institución que rompe con todo *decorado moderno y posmoderno*, con toda moda y con toda cultura intelectual, con toda pose ideológica. Sostiene frente a la realidad obscena de la esclavitud, la vida académica es una ofensa, ya deja de ser un privilegio.

Más adelante, el autor va a ir más allá, al sostener directamente que el posmodernismo se presenta como una idea fuera de lugar en América Latina, porque "...nos distrae de nuestros debates más urgentes, que se vinculan, como el indigenismo, a nuestras tradiciones silenciadas, a tradiciones intelectuales muy poco posmodernas, a los muertos que no tuvieron, como recuerda Rodolfo Kusch, ninguna palabra" (p. 97).

Agregaré más adelante, con cita de Robert Cover (*Derecho, Narración y Violencia*), una aguda reflexión sobre cómo lo que en determinada época es presentado y considerado como derecho “justo”, en otra época, por diversas razones, deja de serlo, pasando a representar violencia, injusticia, abuso, explotación. La esclavitud, precisamente, es ejemplo de ello, ya que durante siglos, incluso durante los siglos XVI a XVIII (la era del tráfico esclavista de África hacia América), no era solo tolerada, sino que se la consideraba “justa”, un “derecho” (el autor recuerda que ya Aristóteles la consideraba como algo bueno para el propio esclavo), y a lo largo del siglo XIX, del siglo XX y lo que va de este siglo, la esclavitud pasa a ser objeto de repudio, incluso en cartas internacionales de derechos humanos, se convierte en una institución que encarna una violencia intolerable, una injusticia extrema, aberrante, un crimen.

Pero no hace falta llegar a un ejemplo tan extremo. Como la parábola de los abogados como falsos “guardianes”, presente en el cuento de Kafka *Ante la ley*, el Derecho, nos dice el autor, nunca ha sabido qué hacer con el contraste, con la abrumadora distancia entre la práctica y la teoría, entre el Derecho en los libros y el Derecho en la acción...

Se trata de la principal preocupación de la filosofía del garantismo: la consagración de los derechos fundamentales ya se ha logrado al ser reconocidos en las Constituciones de nuestros países. Ahora, de lo que se trata, como misión primordial de los juristas, es de llevar a la realidad, al *ser*, aquello que está consagrado en el plano del *deber ser*, tanto en materia de derechos de libertades (que obligan al Estado a mantenerse entonces prescindente) como en materia de derechos sociales (que obligan en cambio al Estado a mantener políticas activas de redistribución del ingreso).

Croxatto intuye que si la Filosofía del Derecho ha perdido en parte su anterior peso en las aulas, se debe sobre todo a esta disociación entre el *deber ser* de las normas y el *ser* de la realidad social, que en toda nuestra región resulta dramática. “Por eso” propone el autor, “nuestra misión es enseñar el Derecho de otra manera. Es recuperar la confianza en que el Derecho está para servir solamente a la Justicia. Para dejar entrar a todos al Palacio. Para defender a los vulnerados, mal llamados *vulnerables*, como si la vulnerabilidad fuera una abstracción, naciera sola. Nadie nace *vulnerable*. Se nace o se llega a estar *vulnerado*. La vulneración demanda una reparación del Estado. La vulneración no es *potencial*. Es un hecho presente, vívido, no son vulnerables, son vulnerados [...] la vulneración nos interpela, nos mira: nos mancha. Nos culpa. Nadie nace *vulnerable*. Se nace *vulnerado*” (p. 91).

Más allá de este poderoso llamamiento, me ha resultado impactante esta reflexión en torno del concepto de *vulnerabilidad*, tan usual entre los penalistas argentinos –a partir de los desarrollos teóricos de Zaffaroni–. En efecto, venimos sosteniendo desde la academia penal, especialmente a partir de la aparición del *Tratado* del 2000, que un individuo excluido, marginal, pobre, sin ninguna contención, que encuadra en algún estereotipo de delincuente, es un sujeto *vulnerable* al sistema penal, esto es, se dice de él que con un mínimo esfuerzo ya habrá de ser captado por el sistema penal. Pero hasta *Constitucionalismo y Democracia*, nunca se había hecho hincapié en la condición de sujeto asimismo *vulnerado*, en su historia de vida, ante la escandalosa omisión en la satisfacción de todos los derechos sociales “garantizados constitucionalmente” a los que esa persona debió tener acceso. Tiene razón Croxatto, al subrayar este aspecto, y cristalizarlo en un término, de modo tal que a partir de ahora, no podemos solamente hablar de sujetos meramente *vulnerables* (frente al sistema penal), sino de individuos o grupos *vulnerados-vulnerables*, casi como dos caras de una misma moneda, definición esta que connota en mucho mejor medida las características del que casi siempre va a terminar resultando ser el autor, el imputado, en el sistema penal, y que tiene un impacto relevante a la hora de formular el reproche de la culpabilidad, como momento ético del juicio que el Estado le formula.

Luego también aborda la cuestión siempre actual, acerca del compromiso del intelectual con los problemas y males de su tiempo. Para ello, parte del análisis de la alegoría de la caverna, de Platón, que expresa el dilema esencial de toda filosofía, que es el dilema del compromiso, de la responsabilidad del filósofo y su filosofía, quien “...no queda liberado de la mentira del todo hasta que no libera a los demás. Debe bajar a liberar a los otros que siguen aún encerrados, encadenados, creyendo que esas sombras que ven son algo cierto”, situación frente a la cual, al intelectual le asalta lo que Lipovetsky, ha denominado un “crepúsculo del deber” (p. 99).

Esta cuestión adquiere una dimensión de relevancia extraordinaria en el siglo XXI, en especial, a partir de la creciente influencia de los conglomerados de medios masivos de comunicación, así como también por el uso y abuso de las redes sociales por parte de empresas dedicadas a la manipulación psicosocial de masas. Hoy en día, la gran caverna en la que se encuentra muchas veces buena parte de la sociedad, la encontramos en la atmósfera de desinformación y *fake news* creada por los dispositivos de medios. Sabemos

que este ambiente tóxico, plagado de mentiras y operaciones, donde reinan los prejuicios y los miedos, exacerbados por estos medios masivos descontrolados, han terminado en procesos genocidas, como claramente ocurrió en el caso ruandés. Y está sucediendo, en este mismo momento, en Birmania, con la minoría Rohinya, sujeta a una brutal demonización mediática. Frente a ello, el intelectual que gracias al privilegio de haber accedido a educación y a una amplitud de visión del mundo evita la colonización del pensamiento, de su subjetividad, tiene (tenemos) un imperativo categórico: como dice Croxatto en esta potente y exacta metáfora, es un deber bajar a la caverna, para al menos haber hecho el intento de rescatar a los otros también.

En este sentido, el autor advierte además acerca de la pérdida del valor verdad como valor crítico, que hace que emerja el marketing en su reemplazo. Se lamenta de que “...ya no hay verdad en política, entonces ese lugar vacante que deja la filosofía (política) lo ocupa hoy el marketing, pero este no aspira a la verdad, hace demagogia: le dice al pueblo lo que el pueblo quiere escuchar. Hace de la política [...] una propaganda permanente” (p. 151).

Otro aporte sumamente interesante que he encontrado en *Constitucionalismo y Democracia* es la propuesta, con cita de Lyotard, de cambiarle el nombre a los llamados *derechos fundamentales*, o *derechos humanos*, proponiendo llamarlos *derechos del otro*, “...en un salto categorial que nos parece muy acertado, ya que por ejemplo el nazismo podía decir con todo que actuaba a favor de los derechos humanos de los que el régimen consideraba tales, *humanos*, negando tal estatus a los *otros*, pero el concepto de *otro*, de *otredad* que obliga por su propia definición a salirnos del eurocentrismo, del logocentrismo, evitando toda xenofobia, todo racismo: toda exclusión. La *otredad* es un concepto superior y menos jerarquizante que el término *humano*, tiene ventajas conceptuales [...] Haber encontrado una categoría que implica una idea que el nazismo no hubiera podido sostener, no parece menor, en tiempos en los que recrudecen el racismo y la xenofobia [...] La finalidad principal del pensamiento es sostener alguna forma de compromiso. Sin compromiso, no hay pensamiento. No existe, menos en el mundo del Derecho, una filosofía que no esté *comprometida*” (p. 101).

Este razonamiento nos obliga a salir de la comodidad con la que, al menos en la Argentina, nos manejamos al emplear los términos usuales, *derechos fundamentales* o *derechos humanos*, ya que ambas consignas han sido, a lo largo de toda la posdictadura, los estandartes de los sectores progresistas, encabezados por el poderoso movimiento de derechos humanos.

Pero allende las fronteras, y apelando a la historia reciente, tanto en Europa como en la Argentina, esto no siempre ha sido, ni es, así. Para dar un ejemplo reciente, el actual presidente electo del Brasil, Jair Bolsonaro, llegó al poder, con su facción de extrema derecha, basado en una serie de *slogans* de campaña, y uno de los más recurrentes le daba una connotación opuesta, y por lo tanto perversa, a la pretensión de consolidar los *derechos humanos*, al diferenciar entre “nosotros”, los ciudadanos honestos, y “ellos”, los delincuentes, a quienes no deberían asistirle tales derechos, que estaban reservados solamente para los buenos ciudadanos. Estos discursos discriminatorios y antidemocráticos, que en la Argentina se oyen de modo fragmentario y marginal, en Brasil primero fueron una abierta consigna de campaña, y ahora, política oficial. Pues bien, resulta entonces que la pretensión de deslegitimar estas políticas apelando a los *derechos humanos* resulta inocua en este caso, ya que se responde que estos solo se refieren a “nosotros”, y no son aplicables a “ellos”, o como los designan Lyotard y Croxatto, al “otro”, que en este caso en concreto, es casi siempre el joven pobre, analfabeto, moreno y que vive en la favela, pero que en otros contextos de tiempo y de espacio podría ser un musulmán, una mujer, un centroamericano o un colectivo LGTB. De modo tal que aquí tenemos otra propuesta para pensar, debatir y poner en acción.

Otro aspecto interesante de esta obra es la insistencia en tomar con pinzas las propuestas teóricas foráneas, muy asentadas por ejemplo en la dogmática penal, de no asumirlas como si fueran la verdad revelada, sino que necesariamente se debe partir de la construcción de conceptos y teorías propias, desde nuestro contexto histórico, social, económico y político, y en todo caso, los aportes desde el extranjero, que sirvan para nutrir y contrastar nuestra propia producción intelectual: “Luchar contra esta colonización en nuestra Academia y también en nuestra cultura, es una forma de ir construyendo un derecho genuinamente latinoamericano, que deje de replicar en Lanús o en La Matanza las teorías formales del Derecho que fueron pensadas para otras realidades” (p. 102).

Croxatto nos trae el siguiente ejemplo, que dicho sea de paso, es muy cierto: “Para los profesores de Derecho Civil argentinos, en su inmensa mayoría, la Constitución del 49 ni siquiera es mencionada como un capítulo relevante de la historia política y jurídica argentina” (p. 101).

Tras ello, nos adentramos en uno de los temas centrales de la obra, que es el de la tensión entre capitalismo y democracia, y cuál es el rol, en ese

sentido, del constitucionalismo social (en cambio, no ve antinomia alguna, o en todo caso considera una antinomia falsa, la que podría existir entre democracia y Constitución, cfr. p. 179).

El punto de partida debe ser el reconocimiento de que cierto piso mínimo de bienestar social y económico es determinante para el buen funcionamiento de la democracia. “Esto que la democracia liberal había perdido de vista, la democracia constitucional trata de [no] descuidarlo; la democracia se construye sobre los derechos sociales, como condición de ejercicio de los derechos políticos. En la pobreza, en el hambre, en la desigualdad, no hay derechos civiles, no hay libertad [...] el mercado ha demostrado generar severas desigualdades e injusticias sociales que pueden minar más que asegurar el adecuado funcionamiento de la democracia, el pleno ejercicio de las libertades civiles [...] El capitalismo no parece garantizar siempre la vida en democracia. Al contrario. Muchas veces, con sus crisis, la pone en peligro. El capitalismo ha demostrado tender a grados de concentración de la riqueza, incompatibles con el igualitarismo mínimo que necesita una democracia para sostener una robusta vida civil, basada en la autonomía y la deliberación [...] En la pobreza nace, como le gusta decir a los liberales, el *clientelismo*. Pero este fenómeno no lo genera el *populismo*, que a lo sumo puede ser entendido como una *respuesta* política a él. No como su causa. Confundir causas con consecuencias es usual en el debate político actual. También el derecho penal cae en esta falacia, cuando, por ejemplo, criminaliza las consecuencias sociales de fenómenos que jamás son atacadas o puestas en cuestión. Al contrario: se las invisibiliza. El Derecho cae así en un laberinto. Sigue alimentando un círculo vicioso” (pp. 109-110).

En un país en el que tanto se habla de populismo (no es menor el empleo del término en Europa, aunque con un significado diverso), esta reflexión es novedosa: pensar el populismo –en el sentido que se le da al término entre nosotros, cercano al *asistencialismo* y, entonces, señalado como *clientelar*– no como una *causa* presunta de ciertos males para la democracia, sino en verdad como un *efecto*, en el sentido de intentar paliar, a través de acciones de gobierno en tiempo real (y no en un futuro que siempre se posterga), las iniquidades y déficits básicos que el modelo capitalista salvaje va dejando tras de sí, como darles comida, techo y salud a millones de personas, que de otro modo, en buena medida, perecerían o, al menos, verían fuertemente menoscabadas sus posibilidades de llevar una vida mínimamente digna.

Y aquí entonces aparece el papel del constitucionalismo. “Entre el capitalismo y la democracia [...] suele haber una tensión [...] el constitucionalismo intenta mediar entre un sistema económico productor de injusticias, hambre, exclusión, deforestación, violencias, desigualdades extremas (a nivel local y global), y la democracia, que parte del presupuesto exactamente contrario: la igualdad (formal) y la autonomía. El capitalismo reproduce y agiganta lo que la democracia combate: la desigualdad civil. La democracia nace combatiendo precisamente los estamentos: la desigualdad del antiguo régimen. La democracia es igualitaria por naturaleza [...] la democracia y la igualdad son dos ideas que van de la mano. Se presuponen” (p. 110).

Como un artesano, Croxatto va tejiendo un entramado de valores que se retroalimentan entre sí, y cuya existencia se garantiza recíprocamente: dignidad, igualdad, democracia.

Agrega: “Es en este escenario, buscando acercar estos dos extremos en apariencia incompatibles, que ingresa el constitucionalismo social. Pretende acercar posiciones, proponiendo un piso mínimo de dignidad humana y social, que haga a la democracia como sistema político un sistema viable. El constitucionalismo social quiere salvar a la democracia [...] Por eso ciertas economías, como la alemana, están a medio camino: no son plenas economías de mercado. Son economías “sociales” de mercado [...] La idea es poner a la economía al servicio del hombre, y no al revés [...] El derecho y la economía parten de valores muy diferentes. La economía persigue la eficiencia. El Derecho persigue la dignidad” (p. 111).

Precisamente, la emergencia de nuevas propuestas de extrema derecha nacionalista en Europa (como AfD en Alemania, el Movimiento 5 Estrellas en Italia o Vox en España) proponen en forma estridente dismantelar este rol redistributivo del Estado Social, apuntando especialmente a los recién llegados al Estado de Bienestar, los inmigrantes, agitando prejuicios raciales (contra los subsaharianos), nacionalistas (contra albaneses y otros) o religiosos (contra los musulmanes).

A continuación, Croxatto analiza el rol del Derecho, el cual debería “... oponerse a ciertos mandatos *eficientes* de la economía. En la medida en que cede a ellos, el Derecho, como disciplina, renuncia a sus propios parámetros [...] la moda del *Law and Economics*, [postula] que entre el Derecho y la economía habría un consenso posible [...] Con el mismo se puede barrer todo el derecho laboral, que representa un *costo* demasiado grande [...] A veces el Derecho tiene la obligación de ser poco eficiente en los términos

estrictos en que define *eficiencia* la economía. El mandato moral del Derecho es la ineficiencia. No aspira a ser eficiente, sino justo” (p. 111).

Una vez más, aquí aparecen los valores de igualdad y dignidad universales como pautas básicas de todo Derecho, como barreras infranqueables para la legitimación de discursos legales funcionales a los modelos económicos neoliberales o que desembocan en modelos de capitalismo salvaje.

De ahí la trascendencia que enfatiza el autor entre estos dos valores supremos y su interdependencia con el valor democracia. Creo que para que nuestro saber pueda seguir denominándose “Derecho” la economía debe subordinarse a este tríptico (democracia, igualdad, dignidad), y no al revés. Lo contrario serían meros discursos de dominación, de opresión.

Desde esta perspectiva, no podía faltar en la obra la mirada crítica para con las posiciones conservadoras, que demonizan el garantismo y reducen el alcance de los derechos civiles a los estrictamente necesarios para garantizar el funcionamiento del libre mercado: “El conservadorismo impugna incluso nuestra actual constitución liberal como garantista, como si las garantías fueran algo malo, y no algo bueno para la vida en democracia, su núcleo mismo, el liberalismo conservador pende de esta formalización de origen, porque de este modo recorta el alcance social de la democracia, formalizando los derechos sociales, haciendo de estos meros derechos civiles, pero recortando de lo civil todo lo social [...] Lo social y lo político, nuevamente, son vistos como amenazas, con cierta desconfianza por los liberales, como si lo social y lo político no fueran el germen mismo, el origen mismo, de la democracia como la conocemos” (p. 113).

Cuando el autor sostiene que no hay tensión entre constitucionalismo y democracia, quiere decir que *lo civil* y *lo social*, a diferencia de lo que sostienen los teóricos conservadores, no pueden ser escindidos, pues ello sería un falso presupuesto. Dicha escisión, a lo que conduce es a reconocer derechos meramente formales, “...que luego en la práctica no pueden ser ejercidos por todos en igualdad de condiciones, socavando en la práctica lo que se reconoce en los papeles: en la teoría constitucional” (p. 114).

Por eso, el constitucionalismo social marca un límite (Croxatto lo define como un *piso*), por el cual la democracia podría desenvolverse sin resignaciones, sin convertirse en algo meramente formal para vastos sectores excluidos de la sociedad desde lo económico y por lo tanto, también de lo político: es que precisamente, los derechos sociales “...son lo que permiten a la persona ejercer sus derechos civiles, que permiten la participación

democrática, esto es, la autonomía moral y política de cada persona. Sin derechos sociales, no existen derechos civiles y políticos. Existe un vínculo instrumental entre ambos. De este modo, garantizar los primeros, como piso mínimo, es una condición para el ejercicio de la libertad civil y política, esto es, para la autonomía política, de la cual depende la vida en democracia” (p. 117).

Se trata de un convincente razonamiento, prácticamente inexistente en la consideración de los ámbitos académicos y judiciales relacionados con esta cuestión, y que por lo tanto, con su omisión, contribuyen al mantenimiento del *statu quo* en el escenario político (idealizado como una gran asamblea entre *iguales*, compuesto de personas libres, capaces y autosuficientes), y a la perpetuación de las relaciones de dominación y de la exclusión social de una considerable parte de la sociedad.

Croxatto, en este sentido, va más allá, al sostener con audacia, que “una sociedad con altos niveles de pobreza extrema haría bien en no llamarse democracia, aunque su sistema político lo sea, porque una gran parte de la población no puede verdaderamente, por su situación económica, ejercer libremente sus derechos civiles. Este ejercicio es una ficción. No una realidad”.

Y agrega: “Esta es la brecha que el constitucionalismo quiere cerrar: y esto permite funcionar a la democracia, la vuelve más honesta y más operativa. Menos formal [...]. Respetar o promover los derechos humanos, es pues, erradicar la pobreza, la desigualdad y todo aquel obstáculo material que inhabilite a las personas para el ejercicio pleno, libre, autónomo, de sus derechos políticos” (p. 118).

¿Cuál es la metodología propia del constitucionalismo garantista? El positivismo. Por eso, siguiendo a Bobbio, a Ferrajoli, a Ibáñez, a Binder y a Maier, entre muchos otros, Croxatto también parte de la premisa según la cual el positivismo jurídico de Kelsen *es un enfoque con insuficiencias que deben ser repensadas*. No alcanza con el positivismo, pero no se puede sin él, como nos muestra Ferrajoli (p. 122).

Necesitamos de esta metodología, repensada, no solo para frenar todo intento de legitimación del fascismo, sino también para otro peligro posmoderno, el activismo judicial, que no siempre es un activismo progresista, como lo sabemos bien en nuestra región. Por eso el positivismo es, en términos de respeto a la legalidad, un reaseguro. El positivismo está en la esencia del garantismo.

Y aquí el autor les brinda a los partidarios del garantismo una idea difícilmente cuestionable, allí cuando son atacados desde los medios de comunicación, la tribuna política o, en menor medida, desde el debate académico: El garantismo no debe entrar en ese debate, porque el garantismo no es otra cosa que el texto de la Constitución, su nombre trasunta un reduccionismo, proveniente de la idea de que deben defenderse las garantías consagradas en la Constitución por sobre toda otra propuesta. Es que “...el antigarantismo no discute en términos académicos, discute en términos políticos no con una postura, sino con la Constitución” (p. 123).

Por ello, el autor critica en este punto a Ferrajoli, a quien le atribuye haber sucumbido a la tentación de entrar en este debate político, no jurídico, ya que de este modo, “...rebaja el garantismo a una discusión doctrinaria y no a rasgo central del Estado de derecho moderno, constitucional [...] El garantismo no es una doctrina. O no lo es, una vez que constituye, desde hace varios siglos, el derecho positivo [...] el antigarantismo [...] implica [...] alejarse de lo que manda la Constitución” (p. 124).

Con más razón, a partir de la entrada en vigencia de las cartas internacionales de derechos humanos a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. En efecto, a partir de la primera de ellas, sancionada el 9 de diciembre de 1948, los derechos fundamentales, los derechos del otro, “...se han vuelto *indecidibles* (Ferrajoli), innegociables, un coto vedado (Valdez), una barrera de fuego (Habermas), una legalidad ya no formal [sino] sustantiva, infranqueable. Y este nuevo catálogo de derechos termina por recortar la soberanía política de los Estados. No se plebiscitan. No se negocian. No se debaten. Son límites férreos para los Estados, y la democracia [...] el Estado de derecho cambia de nombre [...] Se llama ahora Estado Constitucional de Derecho [...] Por eso las leyes y los congresos pierden peso, porque hay recortes a la soberanía política de los Estados [...] supone un límite efectivo a la vida política, un tema que ya no entra en discusión en términos políticos” (p. 127).

Agrega Croxatto que en las constituciones se consagra un extenso listado de derechos subjetivos, cuya naturaleza, materia de debate, ya no se discute. Como sostiene Bobbio, se trata de *defender* más que de seguir fundamentando estos derechos elementales, básicos. Ya en Derecho no se discute cuál es su sentido, por eso mismo es que se los constitucionaliza. “El horror de la Segunda Guerra Mundial la dejó saldada” (p. 139).

El autor, algo más adelante, lo va a expresar del siguiente modo, con cita de Theodor Adorno, y su concepto de “moral mínima”, la cual se debe

construir necesariamente, imperiosamente, para el Derecho. Esto es lo que postula el constitucionalismo garantista (que el autor denomina *neoconstitucionalismo*): “No existe un Derecho, por válido o positivo que fuera, sin una *moral*, sin un mínimo de respeto a lo humano, sin un coto vedado, un piso, sin una esfera de lo indecible. El Derecho está buscando con desesperación ese piso como una forma de asentar, en la posguerra, una base firme. El *neoconstitucionalismo*, con su legalidad sustantiva, que complementa la legalidad liberal formal de tiempos de Anselm von Feuerbach, busca así trazarle un límite a la soberanía política”, allí cuando esta pretende avanzar sobre esos derechos de libertades y sociales (p. 178).

Así, el constitucionalismo, cuando sustrae determinados temas de la esfera política soberana, de la esfera de la decisión, no es para limitar la vida en democracia, “...sino precisamente para poder garantizar su funcionamiento. Porque esos supuestos límites a la democracia, lo son para que nadie pueda ya por simple mayoría excluir a otros de la participación [...] sin recaer en las derivas totalitarias, todas con origen democrático, del siglo pasado”.

“Entonces, el constitucionalismo es una garantía para las democracias en dos sentidos bien delimitados. El primero [...] al garantizar la plena operatividad de los derechos sociales [...] En segundo sentido, como un coto vedado a la soberanía popular. Con la esfera de lo indecible, al sustraer determinados temas y decisiones de la esfera política” (p. 141).

Más adelante, el autor ofrece un ejemplo en concreto: “Hay cosas que, aprendimos en la posguerra, ya no se pueden decidir: se sustraen a la esfera de la deliberación (decisión) democrática y política, porque hacen a la constitución misma de las mayorías en una democracia: los derechos fundamentales ya no entran en decisión, ni en discusión, ya no se decide quién es persona y quién no [...] En este sentido [...] afectaría la democracia” (p. 179).

Creo que estas afirmaciones resultan cruciales y de tremenda actualidad en los tiempos que corren. Si todos los movimientos de extrema derecha, nacionalistas, xenófobos y supremacistas que han llegado al poder tanto en América como en Europa tienen un denominador común, es que, en el fondo, su objetivo máspreciado es tomar por asalto la ciudadela donde latan las garantías individuales (abstractas y universales) consagradas en las respectivas constituciones. Su sueño es acabar con ellas, arrasarlas, y retirar a sus respectivas naciones del concierto de la comunidad internacional (y para ello,

como paso previo, de organizaciones como la Unión Europea), al renunciar a formar parte de los tratados internacionales de derechos humanos.

Es un escenario utópico para las derechas occidentales, aún no han encontrado el camino, pero ese es su norte, aniquilar primero la igualdad, después la dignidad, y finalmente, por simple añadidura, la democracia.

De ahí que ha sido tan importante para nuestro país la introducción de la mayoría de los tratados internacionales que consagran los derechos fundamentales en el máximo nivel normativo, en 1994, a través de lo que dispone el art. 75 inc. 22, de la Constitución Nacional. Porque va a contramano de estas nuevas propuestas políticas, aquella decisión, tal vez la más importante del constituyente argentino a lo largo del siglo XX, ha sido un gran reaseguro frente a estas amenazas que se ciernen en otras latitudes sobre principios, garantías y derechos básicos para todas y todos.

El autor lo dice en estos términos: “Puede reconocerse cierta valía a este proceso, porque las grandes novedades en política en Europa son los movimientos de ultraderecha xenófobos, que cuestionan este *consenso* de posguerra, sobre el que se funda la democracia constitucional y la Unión Europea misma” (p. 131).

Otro tema que el autor no elude es cómo pensar, desde nuestra época, las aberraciones que durante el período nacionalsocialista (1933-1945) se convirtieron en legislación vigente.

Para ello, se cita la famosa frase de Gustav Radbruch (en *La Renovación del Derecho*): “el positivismo nos dejó a los juristas alemanes del todo indefensos ante la aparición de leyes ostensiblemente injustas y crueles”.

Según el exministro de Justicia durante la era de Weimar, y forzado al exilio durante el nazismo, no toda injusticia –sino solo la “extrema”– privaría de su validez al Derecho.

“Esta fórmula [sostiene Croxatto], sin embargo, tiene problemas. No logra saldar los problemas tradicionales del relativismo cultural y ético. No logra saldar los problemas del iusnaturalismo. Solo tiene un sentido y es ser pensada como una respuesta desesperada de parte de juristas alemanes al horror vivido poco tiempo antes en Alemania, país devastado moralmente, y arquitectónicamente en ruinas” (p. 183).

En suma, las leyes injustas y crueles... ¿son Derecho? El positivismo de Kelsen no tenía forma de escapar a la respuesta positiva, de ahí el lamento de Radbruch en la posguerra. ¿Pero hoy en día? Es un tema que he debatido mucho con mis alumnos, a lo largo de estos últimos veinte años. La pregunta

que en concreto se impone es la siguiente: las leyes de Nuremberg de 1935, como ejemplo paradigmático de legislación nazi... ¿es Derecho? ¿O este tipo de leyes atroces *niegan* el Derecho y por lo tanto podríamos denominarla *legislación penal*, o *discurso penal*, pero no “Derecho”? ¿Admitirlas como Derecho, no sería convalidarlas de alguna manera? ¿No le estaríamos dando al Derecho una extensión inapropiada? ¿Toda legislación, sin importar su contenido y teleología, equivale a Derecho?

En general, las respuestas y conclusiones de los encendidos debates en torno de esta cuestión terminan decantando para el lado del repudio, en sintonía con la idea según la cual el mal llamado *Derecho penal del enemigo* no es más que un oxímoron, una contradicción en sus términos, que si un Derecho penal es del enemigo, y no del ciudadano, no de la persona en sentido jurídico, entonces ese discurso no es Derecho.

Pero aquí Croxatto nos obliga a repensar el asunto, ya que para responder a este interrogante, según su mirada, hay que hacerlo desde adentro del propio sistema jurídico que la engendró, y desde este punto de vista, no cabe duda entonces, que este tipo de legislación, era válida, se trataba de “... leyes que eran formalmente [...] Derecho [...] Para los nazis, el Derecho era *justo*. Era el *más justo*. Y era Derecho. Y era válido. Y eficaz. Y fue aplicado como tal [...] para los alemanes en general el Derecho nazi [...] fue un sistema jurídico válido y eficaz como cualquier otro. Y para muchos muy *justo*. El Derecho nazi era Derecho...”

Frente al tema planteado, el autor se pregunta “...dónde situar el umbral de la injusticia extrema es aún un debate pendiente, ya que no toda injusticia invalida al Derecho. Solo lo hace la injusticia *extrema*. Esto puede tener un efecto paradójico o una doble cara para el Derecho, no deseado seguramente por Radbruch, y es ampliar, por vía negativa, nuestra tolerancia a la injusticia [...] En este sentido, diríamos, la fórmula de Radbruch [de qué hacer frente a leyes injustas o crueles], en el mejor de los casos, carece de sentido, es estéril, es un mandato vacío, o termina teniendo un efecto paradójico, no deseado por su autor: justificar la tolerancia a la injusticia *simple* [no extrema]. Y esto porque su fórmula, empleada en el famoso caso de los guardianes en el muro, solo puede ser comprendida históricamente [...] la injusticia extrema de Radbruch [...] es la injusticia del nazismo [...] El problema o desafío es [...] qué otras formas de injusticia *extrema* estamos o estaríamos dispuestos a reconocer como tales como paso para desobedecer al Derecho: seguramente ninguna. O muy pocas [...] No hay aplicaciones

presentes de tal fórmula. La misma vulnera la legalidad. Más allá de las teorías académicas [...] el Derecho sigue funcionando de manera positivista. Y cuando dejar de hacerlo, como en el antigarantismo, es con motivos no *pro homine*, constitucionalistas, sino recortando derechos [...] el camino que se pretende evitar. (p. 182).

Para que quede clara la postura del autor, este agrega *infra*: “Que no sea visto como Derecho ahora, que el nazismo fue derrotado [...] no quiere decir que no haya sido visto, percibido y aplicado como tal por miles de funcionarios y operadores jurídicos alemanes. Y esto no se soluciona pidiendo que no sea Derecho cuando una norma consagre una *injusticia extrema*, porque para los operadores jurídicos alemanes en tiempos del nazismo, la normativa que aplicaban no era *extrema*, y ni siquiera era *injusta*. Era Derecho. Y no fue hace dos siglos...” (p. 198).

Lo que advierte entonces el autor es que si comenzamos a negar la condición de Derecho a leyes que consideramos revestidas de injusticia extrema, se corren dos peligros, ya que por un lado, estaríamos legitimando todas las restantes leyes injustas (que no lleguen a ser extremas, pienso por ejemplo en las leyes del Apartheid, o las leyes de impunidad en la Argentina), y por el otro, nosotros mismos, los juristas, estaríamos dando el primer paso en la vulneración de la legalidad, camino este, nos alerta Croxatto, que puede luego ser aprovechado justamente por quienes tomar por asalto la constitución para negar derechos. En fin, se trata de un tema que habrá que seguir debatiendo. He aquí aportes notables para ello.

Son muchos más los temas que Guido Croxatto acomete con profundidad de análisis, con una reflexión creativa y con erudita ilustración. Pero quisiera terminar mi comentario sobre *Constitucionalismo y democracia* citando algunos pasajes que también me han gustado mucho, que comparto desde lo más profundo de mi formación y que también guían mis pasos en la actividad académica y profesional en forma cotidiana, cuando el autor nos recuerda la gran admonición de Adorno, “...quien recuerda que de todas las misiones de la educación (del saber), después de Auschwitz, la primera es, precisamente, que [...] no se repita. No hay en el Derecho o en la educación misión más importante que ella. Esa es la primera misión del Derecho de posguerra. La primera y más esencial” (p. 184). No puedo estar más de acuerdo con esta sentencia.

“Decirle *no* al Derecho y al sistema legal que terminó en Auschwitz. Que ardió en ese lugar junto a millones de personas, de seres vivos no asumidos

como parte de la humanidad. La ceniza de un sistema que no fue capaz de frenar el horror inhumano” (p. 184). No lo pudo hacer porque el positivismo jurídico vigente en aquel entonces no tenía los anticuerpos necesarios para repudiar, desde la propia lógica que la fundamentaba, la llegada al poder del totalitarismo, ya que el jurista positivista de aquel entonces se limitaba a ver en él a “un nuevo legislador originario”, que venía simplemente a modificar la “norma fundamental concreta”, pero sin alterar la “norma fundamental abstracta” según la cual se debía obedecer al legislador que de hecho detentara el poder, así haya sido mediante un golpe de Estado. El garantismo, en tanto heredero del positivismo jurídico, sentado sobre las bases de derechos y garantías ya indecibles en la segunda posguerra, se presenta como un positivismo inmunizado, como la evolución y el aprendizaje en el ámbito del Derecho después de Auschwitz, y esta obra viene a cimentar esa senda, que pretende extender la lógica del *nunca más* a los modelos autoritarios, las dictaduras y a todo régimen que pretenda forzar retrocesos en lo ya conquistado.

Dresde, junio de 2019.