

Revista Crítica Penal y Poder
2017, nº 12
Marzo (pp.254-268)
Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos
Universidad de Barcelona



LAS LECCIONES DE ZAFFARONI: LA CRÍTICA DE LOS DERECHOS EN UNA PERSPECTIVA NUESTROAMERICANA

*THE LESSONS OF ZARRARONI: THE CRITICAL APPROACH OF RIGHTS IN AN
“OUR-AMERICAN” PERSPECTIVE*

Alberto Filippi

Escuela de la Judicatura del Servicio de Justicia (Argentina)

RESUMEN

El autor analiza las ideas de Raúl Zaffaroni, especialmente las expuestas en lecciones doctorales, y sugiere que el pensar crítico de este autor puesto en diálogo con la filosofía de los derechos humanos resulta sobremanera interesante y enriquecedor, porque favorece e impone, el empleo crítico de varias de sus categorías más originales y ponderadas, que desde la experiencia del poder punitivo se extienden a la comprensión de la historia de los derechos en la historia de las Américas.

Palabras clave: Zaffaroni, Derechos Humanos, Poder punitivo

ABSTRACT

The author analyzes the ideas of Raúl Zaffaroni, especially those exposed in doctoral lessons, and suggests that his critical thinking in dialogue with the philosophy of human rights is especially interesting because it favors and imposes the critical use of most original and weighted categories, which from the experience of punitive power extend to the understanding of the history of rights in the history of the Americas.

Key words: Zaffaroni, Human Rights, Punitive Power.

I

Con la *lectio doctoralis* en la Universidad San Carlos de Guatemala, impartida en 2016, son ya cuarenta las lecciones impartidas por Zaffaroni en ocasión de otros tantos doctorados ad honorem que le han conferido entre Europa y las Américas. Considero sobremanera recomendable que un buen conocedor de la obra del insigne jurista, como lo es su discípulo Matías Bailone, las reúna en un solo volumen, con lo cual se entendería mucho mejor la razonada continuidad de sus investigaciones y el renovado prestigio por su *autorictas* a nivel americano, siendo como lo son, la prueba evidente de una excepcional cultura jurídica que, a lo largo de más de medio siglo, ha precedido y ha acompañado su actividad de profesor, y de juez, en las diferentes instituciones en que ha ejercido y generado jurisprudencia en la Argentina y en la Corte Interamericana.

En el caso de Italia vale recordar sus *lectio doctoralis* en la Università degli studi di Macerata, y hace poco en la de Udine, que atestiguan de los numerosos vínculos de mi amigo con la cultura jurídica del antifascismo en sus distintas vertientes democráticas, desde Giuseppe Bettiol a Alessandro Baratta y Massimo Pavarini, desde Giuliano Vassalli a Luigi Ferrajoli.

Continuidad de un pensamiento jurídico-político cuya premisa mayor es la asunción razonada de la descolonialidad respecto a las culturas dominantes que lo han llevado a un pensar concreto, en y desde la perspectiva crítica de las sociedades nustramericanas caracterizadas por la “marginalidad subalterna” impuesta por los centros de poder hegemónicos. “Marginalidad” concebida en el sentido historicista teorizado por el filósofo mexicano Leopoldo Zea en uno de sus últimos ensayos (concebido en diálogo con Norberto Bobbio en su *Discurso desde la marginación y la barbarie* de 1988).

Discurso elaborado desde una perspectiva deontológica capaz de ser crítica en su concepción y defensa, cultural y social, de los derechos, y del deber ser de los mismos, fundado en el respeto indivisible de la dignidad de la persona humana, perspectiva que ha sido y sigue siendo un “objetivo político”. Metodológicamente, nos explicaba Zaffaroni: “la expresión marginal la empleo porque si bien es para muchos considerada peyorativa, sin embargo, es una característica que debemos asumir los moradores de los parajes marginados del poder mundial. Creo que es mejor asumir la condición de marginal que conservar –razonaba Zaffaroni contracorriente respecto a los juristas imitadores vernáculos siempre dependientes del “calco y copia”– la neutra de periférico, porque lo marginal tiene mucha mayor identidad” (Zaffaroni en *Hacia un realismo jurídico penal marginal* de 1993).

Consideraciones que desde hace un cuarto de siglo explican los esfuerzos constantes para descifrar y contrastar partiendo del “humanismo jurídico”, el poder cultural colonizador, que han ido haciendo quienes se reconocen en el magisterio de Zaffaroni dentro y fuera de la Argentina, para elaborar un pensamiento crítico y una cultura emancipadora de los

derechos –una “pedagogía de los derechos”, como sostenía Gramsci-, capaz de dar vida a concepciones y jurisprudencias cuyas consecuencias políticas sean de afirmación de los valores de la libertad y la igualdad en el ejercicio de la justicia social, como “estrella polar” del principio mismo de la jurisdicción. Y sobre este punto volveré más adelante.

Por supuesto, uno de los ejes de esta cultura jurídica de y para la emancipación, concebida y actuada, desde el Sur global, lo constituyen los sistemas penales y las ideologías europeas, que se han sucedido en las diferentes etapas, desde el siglo XV hasta nuestro tiempo, del poder punitivo. De sus abusos, de los límites y la contención institucional (dentro y fuera de “encomiendas” o de las cárceles) que se han desarrollado en la condición específica de los últimos cinco siglos en nuestra América hasta la condición específica de este comienzo de milenio, en lo concreto de las diferentes situaciones en las cuales precisamente Zaffaroni es estudiado con mayor intensidad, desde México a Brasil, desde Centro América a Bolivia, Ecuador o en Perú.

II

Sin embargo, sería un estúpido masoquismo provincial del todo impotente ponernos a “pensar desde la marginalidad”, sin tener un debido, riguroso conocimiento, articulado y documentado, de las teorías y las prácticas de las llamadas “ciencias penales” y de las formas del poder punitivo producidas en los países europeos cuya cultura jurídica ha dominado nuestras academias y nuestros tribunales en los últimos dos siglos, comenzando por las de Italia, de Alemania y de España, antes, durante y después de las coyunturas históricas del fascismo, el nazismo y el franquismo.

Lo que deseo subrayar es cómo sea precisamente la perspectiva (nuestroamericana) desde la cual él analiza y critica la historia de los derechos y de sus usos políticos. Pocos, muy pocos, juristas americanos han podido desentrañar y valorar en profundidad como Zaffaroni estas tres grandes experiencias del siglo pasado europeo, cuyas implicaciones fueron múltiples en la generación de las tradiciones anti-democráticas y anti-liberales, autoritarias y antipopulares que se impusieron desde los tiempos de las primeras codificaciones y los sistemas penales del siglo pasado en el viejo y el nuevo continente.

Sobre estos temas las contribuciones de Zaffaroni (muchas de las cuales están expuestas en estas cuarenta lecciones doctorales) son de gran relevancia y autenticidad biográfica, sea por el extenso conocimiento que él tiene de esas culturas jurídicas, sea, en muchos casos, por haber tratado de cerca con varios de sus protagonistas, como es el caso de los republicanos españoles “transterrados” a la Argentina y América Latina, entre los cuales algunos fueron sus profesores: Luis Jiménez de Asúa, Mariano Jiménez Huerta, Blasco Fernández de Moreda, Alcalá Zamora, y principalmente Manuel de Rivacoba y Ricavoba.

Conocimiento crítico de estas culturas, que resulta ser aún más necesario en estos tiempos de confusa y persistente “negación de la política de los derechos fundamentales”, sobre el cual remito a otra conferencia magistral de Zaffaroni que se acaba de publicar en *La integración regional*, que son las actas de la XVI Conferencia Continental de la AAJ, a cargo del incasable Beinusz Smuzkler (Buenos Aires, 2016).

Quiero recordarle al lector que hace diez años, Zaffaroni publicó uno de sus ensayos más contundentes y controvertidos: *El enemigo en el derecho penal* (2006) en el cual realiza esa tarea, esencial y propedéutica, a la crítica de los procesos de negación de los otros desde la experiencia de la marginalidad del Sur global, estudiando las corrientes de las teorías jurídico-políticas, penales y criminológicas, desde la (supuesta) modernidad europea, hasta las filosofías políticas (y las prácticas punitivas) derivadas de Hobbes, Locke, Kant y Feuerbach hasta Carl Schmitt.

III

No es para nada casual que desde este panorama de la historia crítica del pensamiento europeo, y de las ideologías del fundamentalismo punitivo, racista y etnocéntrico (pretendido) “blanco”, que Zaffaroni haya valorado a uno de los autores más corajudos y penetrantes del siglo XVII, el jesuita Friedrich Spee, del cual traduce y edita por vez primera en español su obra mayor: *Cautio Criminalis*, o sea De los Juicios contra las brujas [...] dedicada a de-construir y demoler – con formidable erudición y pertinaz sagacidad – los mecanismos jurídicos de la represión inquisitorial y del uso del suplicio de la hoguera.

Se trata del excepcional ensayo sobre los juicios, las torturas y la muerte atroz de las brujas (muchas de ellas ancianas, considerando la edad promedio de la época), perseguidas por la Inquisición que dependía de los Príncipes: *Cautio Criminalis, Seu de Processibus contra Sagas. Liber. Ad magistratus Germanie* [...], dedicado a las máximas autoridades alemanas, redactado entre 1628 y 1630 y hecho circular clandestinamente en forma manuscrita, para ser editado en 1631 de manera anónima (si bien el autor es irónicamente identificado como un “teólogo romano”) y lo editó Peter Lucius, en su condición de “*Typographus academicus*” de la Universidad de Rinteln (que entonces se denominaba Schaumburg, en la actual Baja Sajonia).

Relativamente protegido desde la Santa Sede en Roma y por el General de la Orden los Jesuitas, Muzio Vitelleschi, logró que se publicara en 1632 una segunda edición en la cual renueva y amplía sus críticas jurídico-teológicas a las autoridades políticas (jueces, policías, verdugos, carceleros), que obedecían las órdenes de los Príncipes que se imponían y protegían invocando la vieja ley imperial de Carlos V, la *Constitutio Criminalis Carolina*. Todos ellos acusados por Spee como responsables de la masacre de la “cacería de brujas”, de la tortura y la muerte en la hoguera, suscitando nuevos ataques que lo obligan a dejar, en 1634, la cátedra de moral de la cual era profesor en Colonia para retirarse en Renania, a

Tréveris (ocupada militarmente por los españoles en un episodio más de la Guerra de los Treinta Años en 1634), donde durante una epidemia de peste muere al año siguiente.

Una de las relevantes, inusitada característica de la obra de Spee es la de saber adoptar la visión de los “jurídicamente más débiles”. Al jesuita alemán le interesa hablar en nombre y para las decenas de mujeres inocentes que ha conocido y defendido durante las torturas y acompañado en los momentos que preceden al impacto violentísimo de la muerte, quemadas vivas en público, en la indecencia espantosa de dolores atroces y extremos.

“Debemos imaginar el efecto –evoca Zaffaroni con abierta simpatía hacia Spee– que podía producir en el ánimo de un hombre con sensibilidad de poeta, la tarea de acompañar a mujeres inocentes a ser quemadas, sólo para beneficio de unos corruptos despreciables. A medida que iba cumpliendo su función de confesar de las infelices víctimas más convencido estaba de que esos procedimientos sólo consiguieron mandar cada vez más inocentes a esta horrible muerte”. Es precisamente en los terribles años de Spee que en Alemania fueron ejecutadas las mayorías de las brujas. En Maguncia (entre 1626 y 1629) se registraron 442 condenas a muerte y sólo en la pequeña ciudad de Mietenberg, de 3000 habitantes, hubo en 1629 (el año en que inicia a escribir la *Cautio*) la espantosa cifra de 334 ejecuciones.

Agobiado y desencantado por este repetido *descensus ad inferi*, Spee escribe la *Cautio Criminalis* para denunciar las terribles leyes excepcionales que permitían y justificaban la “tortura judicial” y esta forma abyecta de “feminicidio” encubierto, gracias a los mecanismos represivos que permitían reprimir el “*crimen exceptum*”, la brujería; razón por la cual, en nombre del Estado y del poder se puede violar toda seguridad jurídica, hasta sostener que frente a los crímenes excepcionales: “*ordo est ordinem non servare*”.

La introspección en los laberintos del poder punitivo, inclemente y penetrante del libro de Spee, no podía no llamar la atención de Zaffaroni hasta conducirlo a la generosa empresa de traerlo a nuestra actualidad, de permitirnos su lectura en español.

Lectura que diría obligatoria en estos tiempos de renovados “estados de excepción” y de “tortura judicial”. Tiempos dominados por la “judicialización” de la política, de criminalización de los vulnerables, por la exacerbación de los fundamentalismos y del odio en la “civilizada” Europa hacia los extra-comunitarios y en el “asediado” Occidente hacia los migrantes de todas las etnias. Discriminados y víctimas de la cultura jurídico-política y mediática del descarte a los cuales son sometidos en y por los bien conocidos mecanismos, perversos y alienantes del “derecho penal inhumano”, de la degradación del Otro, de los “satanizados”, de los “embruados” de turno o de los “enemizados”, según el certero e inquietante neologismo que nos proporciona Zaffaroni.

“El Otro en cuanto enemizado -escribe el Maestro en esta cuadragésima lección- es un personaje que atraviesa toda la historia del derecho penal, como resultado y reflejo de un

marcado vaciamiento antropológico mucho más amplio, que para nada se limita al derecho penal y que deberá revisara fondo la humanidad, si es que quiere evitar catástrofes más graves que las del siglo pasado” o de las denunciadas con admirable coraje intelectual en la *Cautio Criminalis*.

Porque, insiste en su crítica a la historiografía de los derechos pensada y escrita en los países metropolitanos, la “fabricación del enemigo no empieza ni mucho menos con el intento de buena fe de Jakobs y ni siquiera con la perversa racionalización de Carl Schmitt. A lo largo de los siglos se creó el otro como enemigo, porque el Yo es débil, y necesita definirse por exclusión: no soy yo, es otro (es judío, negro, inmigrante, discapacitado, enfermo mental, gay, villero, desocupado, o lo que sea). [...] Por eso mismo la máscara del enemigo que oculta al ser humano y le inventa y asigna una subjetividad del todo irreal, está siempre construida con argamasa de debilidad subjetiva y de odio, y es común –nos advierte Zaffaroni- a todas las formas de discriminación y semilla de todos los genocidios”.

IV

En la última lección guatemalteca no sólo compendia tanta parte de su pensamiento sobre el posible y necesario “derecho penal humano”, sino que nos explica las razones por las cuales como todo ser humano (todo ser viviente-humano) debe ser tratado como persona, antes todavía de ser sujeto de derecho, porque lo es en cuanto género animal humano, antes de corresponder a una determinada declinación del género o condición social, de etnia, religión, o cultura de un específico espacio o tiempo histórico.

Todo ello ya estaba bien entendido por los juristas que habían escrito (resumiendo la tradición del derecho romano) las Instituciones para el emperador Justiniano. “El derecho natural [de todos los vivientes] es aquel en el cual la naturaleza se manifiesta en todos los animales [*omnia animalia docuit*]. Este derecho natural [*ius natural*] –sostenían convencidos- no es especial del linaje humano, sino común a todos los animales que nacen en el cielo, en la tierra y en el mar [*nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium...*], como reza el inicio del título segundo del primer libro de las *Instituciones* publicado en el año 529.

Los procesos de des-humanización de los seres vivientes (*de los omnia animalia*), ópticamente humanos, ha procedido asignando, imponiendo a ese ser, determinadas máscaras, representaciones, imaginarios sociales o religiosos que han deformado y luego hasta eliminado físicamente ese originario ser humano animal viviente. Zaffaroni los llama procesos de “producción social y cultural del enemigo”, procesos de “enemización”, durante y a través de los cuales le endilgamos, le ponemos al “otro”, la máscara de turno que lo vuelva “*hostis*”, enemigo.

Los modernas prácticas de enmascaramiento ideológico del otro (y de su consecuente “enemización”) están íntimamente vinculados con las del poder/saber, de la gestación y propagación de las pulsiones genocidas que ocultan o exhiben vergonzosamente las prácticas racistas, sexofóbicas, o denigratorias de las tantas, infinitas formas de la otredad humana.

Otredad humana que, al contrario, en la perspectiva que nos indica el profesor Zaffaroni y que no podemos no compartir, constituye la verdadera positividad, la variedad constitutiva del género animal e histórico-humano, de las formas vivientes de la “*Sora nostra matre terra*”, del *Cántico delle Creature* o de la Pacha Mama, o dicho en las lenguas que sea, y que han precedido por miles de años, en todas las civilizaciones, la escritura, las lenguas escritas, los derechos escritos.

“¿Qué facilita hoy en día -se interroga Zaffaroni- la enemización? Sería imposible comprender cómo los procesos de enemización se producen en el actual contexto del poder mundial y regional latinoamericano, si por un lado se sigue proclamando la leyenda de que el derecho penal regula el ejercicio del poder punitivo y, por el otro, se olvida que el poder corporativo y monopolístico transnacional domina la política mediante el debilitamiento e inclusive la desaparición de los Estados”.

Al contrario, insiste mi polémico colega (cuya ineludible y escandalosa libertad de ser y de pensar lo vuelve insoportable a la mente reaccionaria de fariseos y gorilas, que se exhiben rasgándose las vestiduras y los pelajes), “dado que el poder punitivo suele ser usado regresivamente contra quienes dinamizan a la sociedad -por ello combatidos como disidentes- la contención de su ejercicio debe ser parte de la función contraselectiva del derecho penal humano, que debe proyectar su cuidadosa contención siempre que se pretenda usarlo para cerrar o reducir los espacios de protesta, de difusión de ideas y de crítica social y política, de medidas pacíficas y no violentas.”.

En suma: “dada la enorme cantidad de víctimas del genocidio por goteo, que tiene su causa en la violación sistemática del derecho al desarrollo, la preservación de los espacios de justicia social frente a las imposiciones del poder punitivo, es la más clara e importante tutela de la vida humana y -auspicio Zaffaroni- del necesario avance del reparto de máscaras de personas (con el consiguiente retiro de las máscaras de enemigos) entre todos los habitantes de nuestras sociedades tardocolonizadas en el marco del poder mundial”.

Esta *lectio* de Zaffaroni –emblemáticamente titulada “Derecho penal humano y poder en el siglo XXI”- , tan rica y demandante, no sólo es uno de los mejores compendios de su crítica a los derechos, sino que su riqueza heurística es de gran estímulo para quienes hacemos historia de las instituciones jurídico-políticas en términos comparados entre las Américas y Europa. Es decir, trabajamos analizando las instituciones y las culturas políticas que importaron (y por medio de las cuales dominaron) nuestras élites oligárquicas y los

respectivos “modelos europeos del poder”: liberalismo, bonapartismo, cesarismo, etc. y las ideologías etnocéntricas “blancas”, como la que se impuso en la segunda parte del siglo XIX: la ideología racista de la “latinidad”.

V

Es por todos estas motivaciones del pensar crítico que el diálogo con Zaffaroni -y no sólo para mí, sino también desde la óptica de otras disciplinas como la filosofía política o la sociología jurídica- resulta sobremedida interesante y enriquecedor, porque favorece e impone, el empleo crítico de varias de sus categorías más originales y ponderadas, que desde la experiencia del poder punitivo se extienden a la comprensión de la historia de los derechos en las Américas. Comenzando por los remotísimos tiempos que preceden las invasiones ibéricas, y la complejísima dinámica catastrófica pero creadora, que originó la peculiaridad (única hasta ese entonces de la “modernidad” occidental) de las múltiples sociedades implantadas y los mestizajes étnicos, culturales y políticos.

Hagamos un ejemplo central y crucial. La imposición de las “máscaras de no personas”, de los “procesos enemizantes” y de negación del otro (a través de los sucesivos enmascaramientos del enemizado), son todas coyunturas históricas y etapas de la novedosa elaboración en los espacios americanos de las identidades jurídicas que marcaron la primera configuración universal de los derechos fuera de Europa, siglos antes de las “revoluciones burguesas”. Es decir, derechos no limitados al bourgeois y al citoyen, francés, blanco, propietario, etc., como lo proclamará, en un ejercicio de supremo etnocentrismo galo, la famosísima declaración de los derechos decretada en Versalles en 1789.

Configuración nuestroamericana (esta sí, para ese entonces universal de los derechos humanos) que precede histórica y culturalmente los derechos de la “revolución francesa”, con sus consecuentes teorías jurídicas e ideologías políticas, propietarísticas, etnocéntricas, machocéntricas, étnico-“blancas”, etc. que culminan en las codificaciones napoleónicas.

En contra de la imposición de máscaras, que justificaron las guerras (in-justas), los genocidios y la explotación esclavizadora en las encomiendas, desde los inicios mismos de la tragedia desencadenada por los conquistadores ibéricos, aparece, se afirma y desarrolla la tradición que inician los dominicos Antonio Montesino, Pedro de Córdoba y luego, Bartolomé de Las Casas al denunciar la violación sistemática de la justicia y los derechos en contra de todos los individuos y las comunidades de los pueblos recién invadidos. Denuncia posteriormente continuada por los jesuitas José de Acosta y Francisco Javier Clavijero, dedicados dentro de lo posible a recuperar y conservar –para que lo podamos revalorizar finalmente nosotros- todo el patrimonio cultural de las sociedades originarias.

En contra de la “imposición de máscaras” el jurista Las Casas considera a todos los miembros de aquellas colectividades como “Naturalmente libres”. Los pueblos originarios

en vez de ser objeto de la conquista, “de la horrible servidumbre, crueldad y tiranía” debían ser plenamente reconocidos por lo que eran: “sujetos racionales de los derechos y la justicia”. Las Casas, evocando con sapiencia la historia del mundo antiguo, antes y después de Roma (y antes y después de Jesús de Nazaret) combate en los albores de la modernidad europea “fuera de Europa” todos los procesos de des-humanización de los pueblos originarios, por la vía de la “imposición de máscaras”, de las estigmatizaciones que justifican los procesos ideológicos primero, intelectuales después, de enemización. “Infieles”, “idólatras”, “caníbales”, “paganos”, “sodomitas”, “bárbaros”, “homúnculus”, registra y critica Las Casas, son los epítetos denigratorios, concebidos maléficamente para elaborar la concepción misma de los “procesos barbarizantes” que preceden y acompañan “la destrucción de las Indias”, que él observa y relata con admirable fuerza crítica.

Pero, ¿de qué estamos hablando?, inquiera el fraile dominico criticando abiertamente a Ginés de Sepulveda quien, celebrando las guerras de los romanos, proponía un “modelo” para Carlos V en América: “Dios concedió a los Romanos el más grande y excelente Imperio sobre otros pueblos”.

Le responde Las Casas: no seamos ingenuos, todos los pueblos fueron acusados por Roma en términos despreciativos, antes y durante de las guerras de conquista, para justificarlas y perfeccionarlas: etruscos, sabinos, picanos, egipcios, fenicios, hispanos, galos, lusitanos, tracios, etc. Con extraordinaria agudeza desarrolla sus análisis comparados citando a uno de los mayores juristas romanos, Cicerón (de su discurso “*De Provinciis Consularibus*”), acerca de la igualdad natural de todos los pueblos de la especie humana, puesto que incluso aquellos que en el tiempo de Cicerón, escribe Las Casas, nacieron en la esclavitud, como los judíos y los sirios (*Judaes et Syris, nationibus natis servitute*), pudieron emanciparse y ejercer la ansiada libertad entre ellos y con los Romanos, de igual manera –razona Las Casas– deberá ser para los pueblos de las “Indias Occidentales”. Las Casas defendía a los “amerindios”, como se debía hacer, con la misma valoración positiva de todas las sociedades antiguas precristianas, en lo que se refiere a religiones, economías o sistemas políticos; civilizaciones todas que podían ser muy bien “cristianizables”, a través de la razón.

Los primeros cristianos (habitantes de las islas del Mediterráneo Occidental, la Península Ibérica, o el Norte de África), también fueron horriblemente denigrados y martirizados hasta que llegó el tiempo de la “conversión” del emperador Constantino (y con el edicto del año 313) que sacó y resarcó a los cristianos de las catacumbas para ser sorpresivamente rehabilitados hasta el exceso de ser llevados a los vértices del Estado Imperial, iniciando nada menos que la época del “poder temporal” de los sucesores de Pedro.

Las Casas al final de todas sus argumentaciones concluye, que los indios son “naturalmente libres e iguales” a nosotros y, por lo mismo, “libremente” (y sólo de esta manera)

“cristianizables”, como lo fueron los pueblos y reinos antiguos después del “adviento” redentor de Cristo.

La única, fundamental y determinante diferencia entre nosotros y ellos – enseña sin vacilar Las Casas en todos sus escritos- es que los pueblos originarios son “jurídicamente más débiles”, porque han sido vulnerados sus derechos, ocupados sus territorios, violadas sus mujeres. Es por estas fundadas razones que los indios necesitan la específica y muy “urgente [figura jurídico-institucional] del Protector de Indias, que procure –demanda Las Casas en su “Carta memorial al cardenal Jiménez de Cisneros, Regente del Reino de España” (1516)– la conservación de los indios con mucha vigilancia y cuidado” [para protegerlos de los encomenderos].

E insiste: los indios “necesitan ser defendidos con urgencia porque por sí mismos no piden justicia, por más agraviados que estén [...], porque no saben la lengua española, y los españoles ningún caso hacen de ellos – se lamenta Las Casas – mas antes los menosprecian”.

Por vez primera en América se exige el “acceso a la justicia” y el “derecho a la defensa”, como fundamento del reconocimiento y la conservación de los derechos y de la humanidad misma “sin máscaras” de los seres humanos defendidos.

De tal suerte que, el 17 de septiembre de 1516 antes de zarpar de Sanlúcar, Las Casas es designado con el título del todo sui generis (y decisivo para el futuro de la América hispana) de “Protector universal de todos los Yndios de las Yndias”. Comenzando, semejante “defensa” por la vida misma de las múltiples sociedades originarias, existencia determinante para garantizar la futura descendencia y sus variantes étnicas con los mestizajes que, de manera protegida e inevitable, se producirán a lo largo y ancho de todo el continente y se irán expandiendo en el siglo XVIII.

Las Casas se propone detener de inmediato la “destrucción” humana, social e institucional de las Indias, no sólo por razones de principio, porque combate las injusticias, el cautiverio y las “matanzas de aquellas gentes”, sino que está convencido de que se debe lograr el reconocimiento pleno y la “libertad natural” de todos esos pueblos, para que se logre una síntesis, que con el pasar de los años y los siglos se iba a extender a todos los lugares de los “reinos” americanos, entre los *iura propria* de los distintos pueblos originarios, con el *ius commune* (de origen medieval romano-justiniano) que él bien conoce a través de los juristas glosadores (como el que cita repetidas veces, Baldo de Ubaldis), cuyas “reglas jurídicas” considera aplicables a las sociedades amerindias y a las futuras descendencias mestizas.

Las Casas funda sus razonamientos en una interpretación revolucionaria y muy original de ambas realidades, de la teórico-jurídica española o italiana propia de los juristas glosadores medievales del *ius commune* y la histórico-real, americana de los *iura propria* de las costumbres y las instituciones de los pueblos originarios; porque interpretando, desde su

experiencia americana, la enseñanza de Cicerón, que Las Casas aplica, para reivindicar y resarcir a los Indios en sus propios derechos, según la cual “*ubi societas, ubi ius*”. Siendo cada una y todas las comunidades de los pueblos originarios jurídicamente defendibles como libres y por tanto se deben considerar como sujetos de derechos a sus habitantes, según la “*regula iuris*” la cual reconoce precisamente que todos los “*populi sunt de iure Gentium [...]*”.

VI

Vale la pena retomar y citar ahora lo que sostenía Zaffaroni en su magnífica introducción a la ya citada obra de Spee. “Creemos que este libro permite verificar la hipótesis que desde hace tiempo venimos sosteniendo y que se puede sintetizar de la siguiente manera: todas las posiciones teóricas penales, político-criminales que se discuten o se han discutido a lo largo de los últimos cuatro siglos, responden a estructuras ideológicas básicas elaboradas hasta el siglo XVII”, y en el caso de América añadido yo, incluso antes y de manera formidable y eminente con las denuncias y las críticas de Las Casas.

“Estamos habituados a considerar las teorías del pasado –explicaba Zaffaroni – como antecedentes, porque nos detenemos en los variables datos históricos– culturales y tecnológicos – que las alimentaron para pasar por las estructuras [de larga duración] del pensamiento, es decir, el programa básico que permanece invariable y se nutre con esos datos variables. Si prescindimos de los datos variables y de sus formas, veremos que las estructuras básicas son las mismas.”

Precisamente el análisis comparado de tales estructuras dentro y fuera de Europa, y específicamente en los espacios americanos, marca la centralidad/modernidad de las teorías jurídico-políticas de Las Casas para la historia de los derechos, desde Occidente hasta los Andes.

Glosando a Zaffaroni podemos decir: “poco importa que se trate de “brujas” o de “Indios”, de “infieles” o “herejes” o de otros “subversivos, parásitos”, que haya sido Satán o siglos después otro [*Hostis*] enemigo, que la policía de turno fuera la de la Inquisición o de la Gestapo o de la KGB, o en nuestros días los “indocumentados”, los que están detrás de los muros, o los encerrados en los muchos Guantánamo. Porque sabemos que cuando las ideologías político-penales se activan lo hacen produciendo las mismas tipologías de enemización y análogos programas de exclusión, segregación, exterminio, genocidios.

No se puede en estas notas introductorias ni siquiera enumerar los problemas de historia (e historiografía) de las ideas y de las instituciones implícitos en los análisis comparados euro/americanos referidos a estos temas. Pienso en las formas variables e invariables de las

a-simetrías y las a-sincronías (los anatópismos) que caracterizan los procesos históricos “*de longue durée*”, magistralmente explicados por Fernand Braudel, respecto a las variables típicas de las coyunturas y los acontecimientos propios de la historia evenemencial.

Problemas aún más fascinantes si pensamos en las implicaciones (todavía no suficientemente estudiadas) de una periodización de la historia de los derechos que logre establecer su perspectiva focal en la larga duración nuestroamericana, es decir, desde los lugares históricos en los cuales se realizó la transición desde los derechos medievales a los derechos modernos, que tiene uno de sus ejes mayores en el nexo derecho/razón.

Nexo que encontramos en los escritos tanto de Las Casas como en la *Cautio de Spee* repetido infinitas veces: se trata de la relectura, de la reinvención moderna del antiguo, romano-justiniano *ius natural* y su relativa *ratio*. Textualmente, escribe Las Casas refiriéndose a los indios como indiscutibles sujetos (universales y plenos) de derechos [...] “según las reglas [jurídicas] de los derechos humanos, confirmadas por la razón y la ley natural y mucho más [en el caso de los indios] por la ley de *Charidad Christiana*” (en el *Tratado de Indias* de 1552).

De tal suerte que será en América que las formas históricas de la crítica de los derechos violados y negados a sus habitantes, a todos sus pueblos originarios, que la defensa y reivindicación de esos mismos derechos encuentra fuera de Europa su formulación tan temprana y decisiva. La obra de Las Casas –como será luego la obra de Spee– nos rinde cuenta tanto de los horrores del poder enemizante y punitivo, como de su crítica radical, generadora de nuevas teorías y derechos humanos para la liberación.

En extrema síntesis podemos sostener, desde el punto de vista de la defensa de los derechos de los vulnerables, de los enemizados, nos encontramos frente a una larga duración/tradición nuestroamericana –que podemos denominar del “Humanismo Jurídico” y cuyos peculiares desarrollos exigen renovadas investigaciones- que arranca con Las Casas y que pasando por la cultura que, como veremos preparó y teorizó la “teología de la liberación”, llega hasta los diferentes aportes del pensamiento crítico de Zaffaroni.

VII

Esta misma concepción lascasiana de los derechos ha resultado ser una de las influencias determinantes (junto con la tradición cultural jesuítica y la franciscana) del magisterio del actual Obispo de Roma, acerca de los “jurídicamente más débiles”, los vulnerables y “debilitados” por el efecto de la injusticia y del descarte devastador que corroe toda solidaridad en nuestras ciudades, que agravia la inhumana existencia de muchos de los privados de la libertad en las cárceles siempre más pobladas (y superpobladas) de nuestros países.

Tema este que ha sido objeto del diálogo de varios juristas latinoamericanos y europeos con el Papa Francisco en el ámbito de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología, sobre la condición de los privados de libertad, la abolición universal de la pena de muerte y sobre la cárcel como pena deshumanizante. Textos y testimonios sobre la cuestión penal y las sociedades punitivas compilados e introducidos por Roberto Carlés en el volumen recientemente publicado en Buenos Aires con el título: Francisco. Por una justicia realmente humana.

Así como otros textos pensados igualmente partiendo del magisterio de Bergoglio, en un volumen aparecido en Italia a cargo de la Asociación Antigone, compilados por Patrizio Gonella y Marco Ruotolo, *Giustizia e carceri secondo Papa Francesco*, con la presencia en ambas ediciones de escritos de Zaffaroni, que ha sido uno de los promotores más activos en haber suscitado entre los penalistas de América Latina el debate sobre estas novedosas tomas de posición del Obispo de Roma.

No es este el lugar para explicar cómo esta riquísima tradición lascasiana haya también confluido en las elaboraciones de la primera encíclica del Papa con la cual se recupera uno de los aportes más duraderos y esenciales de la revolución espiritual iniciada en el siglo XII por el prodigioso místico Francesco de Asís y su apología de “*Sora nostra matre terra*”, me refiero a la carta encíclica sobre la “Cura de la Casa Común” *Laudatio Si*.

Tradición lascasiana cuya interpretación ha tenido en el pensamiento del teólogo dominico Gustavo Gutiérrez a uno de sus protagonistas más originales dentro del pensamiento católico nuestroamericano (posterior al Concilio Vaticano II), desde la Conferencia de Puebla (1972) hasta la de Aparecida, en Brasil (2007). Tradición que el fraile Gutiérrez ha reconstruido en un ensayo de escandalizante actualidad: En busca de los pobres de Jesucristo, el pensamiento de Bartolomé de Las Casas.

Tradición nuestroamericana de larguísima duración que es necesario revalorar para entender hoy la trascendencia que han tenido los mestizajes étnicos y los entrecruzamientos de los pueblos originarios y de sus descendientes, que desde ya anuncian el inevitable “mestizaje universal”, cuya realización en las Américas se irá cumpliendo al final de esta centuria.

Pueblos originarios con sus múltiples mestizajes que -hay que subrayarlo con énfasis- fueron los “sujetos jurídicos realmente existentes” de las excepcionales Asambleas Constituyentes que formalizaron y dieron reconocimiento pleno a nuestras múltiples identidades culturales-étnicas, en los textos mismos de las Constituciones de Ecuador (2008) y de Bolivia (2009).

VIII

Para concluir, lo que deseo remarcar es que “el mandato imperativo” cuya ejecución nos recuerda y recomienda con razón Zaffaroni al sostener que: “Todo ser humano es persona y es tarea del derecho [...] impulsar el ser hacia el deber ser”, comenzó a realizarse durante las tremendas luchas y resistencias que se desarrollaron en esta América durante las invasiones ibéricas del siglo XV, y luego con la progresiva suma de derechos que se iban a extender de los indios a los mestizos y que van a constituir hasta hoy (y por todos los siglos futuros) las mayorías de las poblaciones en todo el continente ibérico, desde las entonces provincias del Virreinato de la Nueva España hasta el Río de la Plata, desde el Atlántico al Pacífico.

Todo ello en albores mismos de la “modernidad”, que vista desde la historia de América ocurrió fuera de Europa, en Otro mundo, vigoroso y originalmente poblado por otros pueblos y sus descendencias mestizas.

Bolívar en el insuperable análisis que hizo de lo específico de nuestras sociedades en su carta a Henry Cullen (fecha en Jamaica, en septiembre de 1815) hablaba precisamente de un “pequeño género humano”, cuya esencia era la novedosísima “especie media” constituida, a partir de los pueblos originarios, por los hijos de los españoles y de las indias, los mestizos, a los cuales se fueron añadiendo criollos, africanos y mulatos. Fueron ellos, los sujetos, militares y civiles, realmente existentes de la emancipación republicana que se intentó (y no se logró) realizar también “jurídicamente” después de la independencia política del imperio borbónico.

El mayor intelectual de esa generación, Simón Rodríguez –cuya utopía resultó ser el “triunfo de un fracaso ejemplar”, como la definía agudamente León Rozitchner-, lo explicó muchas veces pensando sin complejos desde “la marginalidad nuestroamericana” (finalmente asumida como el centro de las peculiaridades históricas) que permitía observar de manera crítica a Europa, continente en el cual vivió y enseñó durante tantos años: en España, Rusia, Francia, Inglaterra, Italia y Alemania.

De manera análoga al inicio del siglo antepasado, cuando esa generación buscó la emancipación cultural valorando el sincretismo étnico y la especificidad de nuestras identidades, en este comienzo de milenio, debemos afirmar -como nos exhorta Zaffaroni- que el primer derecho humano es el derecho a la vida digna de personas humanas y el desarrollo de sus posibilidades individuales y sociales, entendidas como derecho al conocimiento, como “derecho humano al desarrollo”, cuya violación sistemática, insiste el humanista argentino, mata.

Mata por goteo. Y mata por “descartes progresivos”. Siendo América Latina el lugar en el cual los coeficientes de Gini (de la injusticia en la distribución de la riqueza) resultan ser los más altos del planeta. Hace dos siglos, los padres fundadores, desde Miranda a Artigas, desde Morelos a Belgrano, desde Bolívar a San Martín, lucharon en sus distintos contextos históricos, por estos objetivos y estos ideales de adquisición y realización de derechos.

Porque esta era la cuestión de las cuestiones en ese comienzo de la Independencia: afrontar el vínculo crucial entre el “saber” y el “poder”. Tanto para Rodríguez entonces, como Zaffaroni y nosotros intelectuales y trabajadores de la cultura, “pensar/nos” implica asumir la perspectiva comparada de la des-colonialidad frente a las culturas con las cuales intentan (y a veces logran) disfrazarnos, para impedir que nos veamos por lo que somos, en el espejo de nuestra histórica realidad.

Se interrogaba Rodríguez de manera decisiva: ¿cómo haremos para que en las sociedades ahora libres de los Borbones logren “penetrar los rayos de luz de la sabiduría”? “La instrucción pública en este siglo -explicaba el venezolano- pide mucha filosofía, porque el interés general está clamando por una reforma y América esta llamada, por las circunstancias, a emprenderla. [Por ello] nos encontramos en la atrevida paradoja de que la América [española] no debe imitar servilmente, sino ser original”.

Se trataba, como recurso metodológico, preliminar y ejemplar, de no copiar, conceptos, estereotipos y prácticas institucionales europeas, porque siendo como era “La América antes española original. Originales han de ser sus instituciones y su gobierno.” Para concluir con el célebre apotegma que solo ahora comenzamos a entender: “Y han de ser originales los medios de fundar lo uno y lo otro. O Inventamos o Erramos”– escribía en 1828 en su obra magna y desafiante: *Sociedades Americanas*.

Para ello era necesario concentrar la acción en una ambiciosa e indispensable prioridad estratégica. Educar, comenzando por “educar a los Indios, porque ellos son los dueños del País”. “No nos alucinemos –advertía el caraqueño a los “gobernantes de la naciente Patria Grande” que impulsaba Bolívar– sin Educación popular, no habrá verdadera sociedad. Y concluía indiciando la tarea inmediata: “en América, ahora ayudemos a los Próceres de las Nuevas Repúblicas a pensar” y a realizar una sociedad de libres entre iguales.