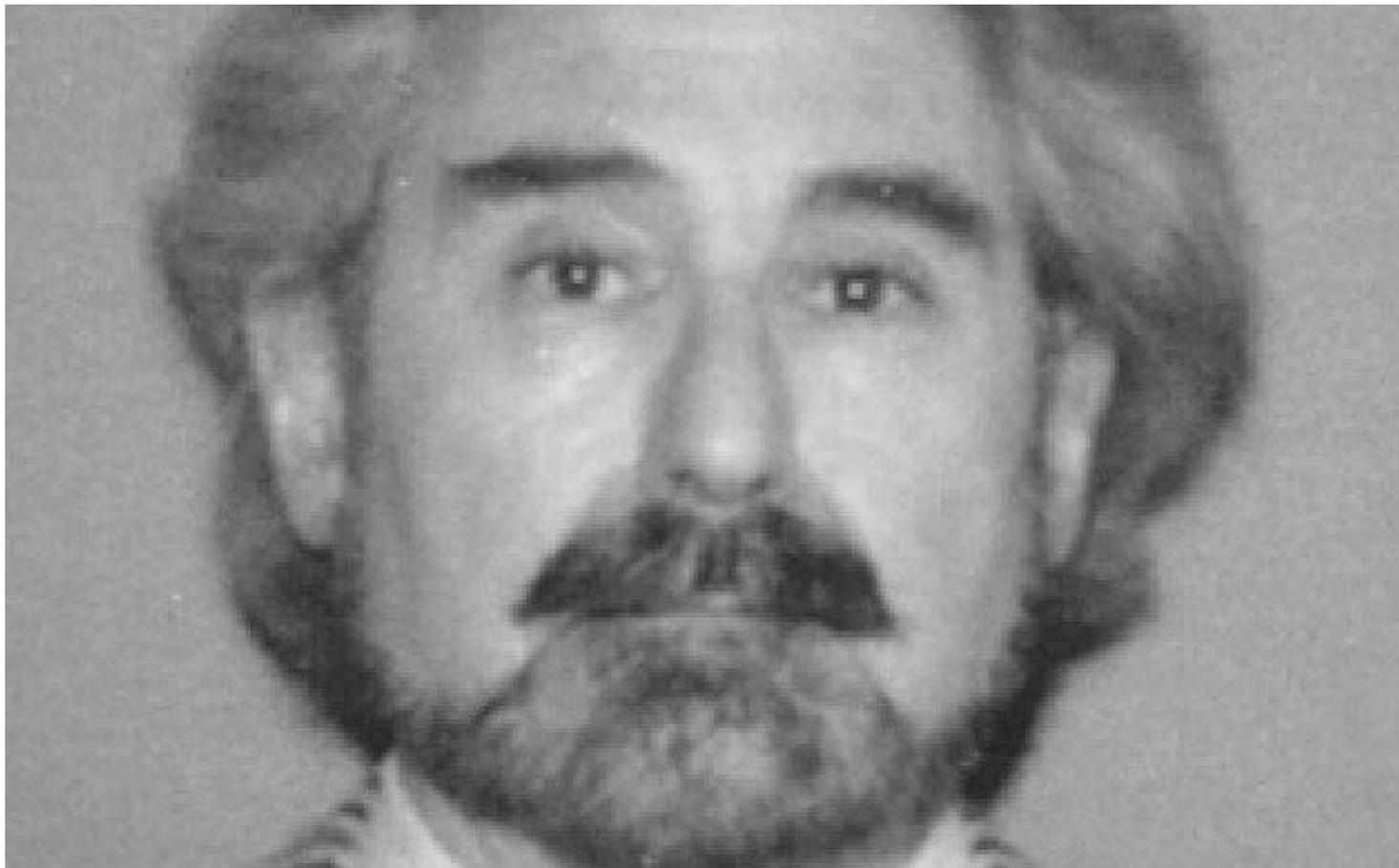


# enfoques penales

*CRIMINT - Revista En Letra Derecho Penal*



## DIRECTORES

---

**Leandro A. Dias**

---

**Juan Pablo Montiel**

---

**Carla Salvatori**

---

## SECRETARIO DE EDICIÓN

---

**Nicolás Ayestarán**

---

## **Norberto Spolansky *in* *memoriam***

POR JUAN JOSÉ ÁVILA (*UNIVERSIDAD DE BUENOS  
AIRES*)

Norberto E. Spolansky fue primero mi discípulo, luego mi amigo y luego mi socio por muchos años. Pero siempre mi amigo entrañable, hasta que supe de su muerte el pasado mes de julio a través de Nicolás, su hijo querido. Mi historia de vida estuvo durante muchos años tan ligada a la de Norberto que recordarla es recordar la mía. La mía y la de otros, como Enrique Bacigalupo, Andrés D'Alessio, Enrique Paixao, Leopoldo Schifrin, David Baigún, Gladys Romero, Pepe Sáez Capel, Beba Rodríguez Méndez... ¡Me olvido de tantos! Pero, además, es imposible evocar su memoria en estas pinceladas de vida sin recordar lo que se vivía en la Facultad y en la Universidad que lo terminó de

---

modelar como ser humano profundamente ético y comprometido y que lo formó como jurista.

El Instituto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho fue el ámbito propicio para el estudio, la reflexión, la discusión, la crítica y la creación. Allí daba sus clases Luis Jiménez de Asúa -“Don Luis”- como lo llamábamos quienes tuvimos el privilegio de frecuentarlo y trabajar con él; y por entonces ya descollaba Norberto Spolansky como su discípulo más distinguido, junto con Enrique Bacigalupo. Allí se formó, aunque sus primeros pasos como docente en la disciplina los había dado junto a Sebastián Soler.

Quienes vivimos esos años de la Universidad percibíamos en sus aulas, en la biblioteca, en los centros de estudiantes, en las mesas de la cafetería, el renacimiento que produce descubrir el pensamiento crítico, el poder exponer las ideas más audaces sin temor a represalias. Aún resuenan en mis oídos las palabras de un delegado estudiantil que en una sesión del H. Consejo Directivo defendió la necesidad de que el marxismo - la filosofía que manifestó sustentar - tuviera cabida oficial en los claustros; y el nivel de las discusiones era tal que los debates sobre cómo debía distribuirse el presupuesto universitario terminaban defendiendo la cientificidad del derecho frente al método de las ciencias naturales.

Las aulas del Instituto de Filosofía del Derecho y del Instituto de Derecho Penal compartían - y creo que aun lo hacen - la mitad del corredor del primer piso que daba al norte. Seguramente esa cercanía fue propicia para Norberto, pues comenzó a frecuentar el Instituto vecino e interactuar con su director, Ambrosio Gioja, bajo cuyas convicciones filosóficas liberales se cobijó un conjunto caracterizado por profesores de la talla de Alchourrón, Buligyn, Baqué o Rabossi. Ahí trabó relación con un joven que con el tiempo se transformaría en el más profundo, brillante y polifacético filósofo y jurista de nuestra generación, Carlos Nino, sobre quien sin duda influyó para que se interesara también por el derecho penal.

No puedo precisar el año, pero debe haber sido en 1964 cuando Spolansky, ya abogado, opusó para ser Jefe de Trabajos prácticos en el Instituto. La prueba consistía en la solución de un caso - de los que Jiménez de Asúa había impuesto como método de enseñanza siguiendo a su maestro Franz von Lizst (al que se ha degradado, confundiendo con ejemplos que sustituyen el imprescindible manejo conceptual) - a resolver luego de un par de horas de reflexión y consultas bibliográficas. Si la memoria no me es infiel, versaba sobre un problema de error. Norberto lo resolvió fundamentándolo en la sistemática que proponía el finalismo, que tímidamente intentaba ingresar en nuestra comunidad científica. Pero, además, comparó esa argumentación con la que habría utilizado la sistemática tradicional, que aceptaban la doctrina y jurisprudencia vigente. Pero el temor a lo nuevo en ciertos profesores era tal que homologaban el finalismo con Satanás (o lo que podría haber sido peor, con “ideologías subversivas”). Ciertamente, ganó el concurso obteniendo la máxima calificación.

Una universidad que hacía un culto de la libertad en la base IV de su Estatuto; que creció hasta destacarse como la primera en el ámbito latinoamericano y una de las más caracterizadas instituciones del mundo, no

podía permanecer intocada cuando la cerrilidad militar se hizo del poder - no sin la ayuda estulta de “esclarecidos” dirigentes estudiantiles que hostigaban al débil gobierno democrático y liberal del Dr. Arturo U. Illia -. Spolansky llevaba días de casado con María Teresa Calvo Quesada, Tessie, cuando se produjo la ominosa gesta de la toma de recintos universitarios a golpes de bastón policial, luego de la intervención, en la famosa “noche de los bastones largos”.

Desde luego acompañó la protesta de quienes propiciaban abandonar los claustros y renunciarnos desde el Director hasta el más humilde de los docentes. No obstante, continuamos nuestras reuniones y discusiones en la casa de Don Luis. De esos encuentros surgió la Revista de Derecho Penal, que bajo la dirección del Maestro español editó La Ley; y en ella escribí Spolansky uno de sus más valiosos trabajos en el que unió con singular solvencia psicología y derecho penal, comentando un fallo sobre la responsabilidad penal del psicópata. Aprovecho esto para mostrar un aspecto descollante de su persona: en 1965 había rehusado asumir un cargo docente que le había ofrecido el titular de la cátedra de psicología criminal en la Facultad de Filosofía y Letras, porque no se consideró con los conocimientos suficientes para desempeñarlo. Su rigor intelectual y la conciencia ética que lo caracterizaron durante su vida creo que se exhiben plenos en esa muestra de responsabilidad intelectual.

Por esos años cursábamos los seminarios de la carrera de doctorado de la Universidad de Buenos Aires. Para cumplir con una de sus exigencias, se realizó un trabajo que luego se publicó bajo el título de “Evolución del Derecho Penal Argentino - su desarrollo histórico dogmático”. Spolansky eligió ocuparse de la acción delictiva. Tomo párrafos de su “Introducción” que permiten comprender de qué modo se estructuraba su pensamiento en 1967 (aunque la edición es de 1969), frente al apego formalista bajo el que se abroquelaba la crítica a toda innovación: “...a través del estudio de las ideas penales sobre la acción delictiva tomada como elemento del delito, se podrán observar las relaciones que presentan todos y cada uno de los sistemas y, de esa forma, quizá se pueda establecer que es lo que tienen en común y de diverso, y qué aspectos han pretendido resolver en la progresión del desarrollo científico. Esta visión permitirá apreciar que **las teorías científicas reposan, o tienen como presupuesto, una herencia acumulada por la labor realizada en el pasado, la que es recibida en sus momentos positivos y negativos en el presente y transformada y enriquecida en nuevas sistemáticas y con nuevos contenidos**” (1). En mi memoria, el verdadero objeto de esta toma de posición, era la cerrazón de ciertos profesores que aun seguían aferrados a la “lucha de escuelas” y, de alguna manera, al positivismo criminológico y sociológico de fines del siglo XIX y XX, en retirada pero aún importante en el nuestro ambiente de la Facultad de Derecho.

De esa época tan rica en ideas renovadoras recuerdo la fundamentación que esgrimió Spolansky para justificar la disculpa de quien había actuado con error sobre el contenido de una norma penal, frente a la regla del art. 20 del Código Civil de Vélez Sarsfield, que aún se proyectaba implacable sobre el derecho penal. Su razonamiento partía de interrogarse sobre el sentido del principio *nullum crimen*, al que vinculaba con el necesario conocimiento de la norma para posibilitar que se actuara de conformidad con ella como base del reproche penal. Si esto era así, la ignorancia o la errónea representación de su contenido

*Las teorías científicas reposan, o tienen como presupuesto, una herencia acumulada por la labor realizada en el pasado, la que es recibida en sus momentos positivos y negativos en el presente y transformada y enriquecida en nuevas sistemáticas y con nuevos contenidos.*

por el sujeto debían necesariamente incidir sobre la responsabilidad penal, más allá de lo que dispusiera la entonces sacrosanta regla del art. 20.

Aunque la lógica avasalladora de la teoría finalista de la acción terminó imponiendo al error de prohibición como excusa válida, cambiando por completo la forma de abordar el problema, su argumentación en tiempos en que aquella era anatema seguramente debe haber vencido más de un escrúpulo para dictar las absoluciones que entonces se encubrían bajo el manto piadoso de la falta de dolo (los jueces siempre se atribuyeron la facultad divina de escudriñar la mente de los justiciables). Con esta anécdota quise ilustrar los problemas que enfrentó una época y el ingenio con que Spolansky contribuyó a resolverlos. Claro, todavía no se suponía que la sanción de nuevos tipos penales solucionaba los conflictos sociales: el Código penal no había desbordado de “leyes complementarias”. Años más tarde, calificaría a alguno de esos verdaderos engendros, con su habitual agudeza, de “nuevo tigre de papel”.

A propósito de esto, vale recordar que allá por la década de los sesenta o setenta proliferó una forma de construir edificios vendiéndolos en cuotas fijas “desde el pozo” y financiando la construcción con ellas, sin contar con nuestra crónica inestabilidad económica. La recurrente inflación que acompañó, desde nuestros ocho o nueve años, la vida de Norberto (y todavía la mía) licuaba el valor de esas cuotas. Ante ello, se hipotecaba el inmueble a espaldas del “comprador por boleto”, o se comprometía con otro u otros la venta de la unidad. Esta operatoria, fruto de la liviandad de los gobernantes que provocaban o no evitaban el fenómeno y de la audacia que la blandura de los límites morales y prudenciales facilita, provocó una oleada de perjudicados y, por ende, de denuncias. El tema, por sus aristas novedosas, llevó a Spolansky a escribir “La estafa y el silencio”, en el que discutió con su habitual solvencia las relaciones entre la interpretación tradicional del tipo de estafa y esta nueva modalidad de causar perjuicio.

Ser amigo de Norberto era contar con una escucha atenta, un apoyo vital y un consejo oportuno y sensato, productos todos del cariño y lealtad que ponía en cada relación con otros y de su singular sensibilidad. Tenía, además, dos virtudes: una conducta ética sin claudicaciones, y una fuerte vocación docente que volcaba en las largas discusiones que mantenía defendiendo su posición; pero con un complemento invaluable: su amplitud de criterio, su apertura a razones, su natural generosidad, eran fruto de un espíritu sin rencores: se podía discutir acerbamente con él, con la seguridad de que al día siguiente nos recibiría con una sonrisa cómplice, con la que sellaba la disputa anterior. Su talento lo hacía un polemista temible, pero su bondad era garantía de amistosa fidelidad. Y su honestidad intelectual daba la seguridad de que su razón cedería ante la que apareciera mejor fundamentada. Esto en la política, la filosofía y el derecho. Y mucho más en la vida.

Salto en el tiempo y en las experiencias de vida: en los viajes; el nacimiento de nuestros hijos; los veraneos en familia; los días en La Siestera, la chacra compartida con amigos en las afueras de Capilla del Señor. También la división amistosa de nuestra sociedad y la pérdida del contacto cotidiano que conllevaba el trabajo común, porque no quiero transformar estos recuerdos, estas pinceladas de vida, en una crónica.

Pero antes de terminar, quiero hacer referencia a otro trabajo suyo en el que

aparecen nítidas las dos disciplinas en las que descolló: el derecho penal y la filosofía. No creo equivocarme si destaco la importancia que tuvo para él un encuentro - que podría llamar seminario - de un par de noches mensuales en su casa, que integró con Eduardo Rabossi, Carlos Nino y María Eugenia Urquijo y al que mi debilidad de voluntad hizo desistir.

Siempre sostuvo la teoría de que ciertas causas que permiten excluir la penalidad integran el tipo como su parte negativa, de modo que este debía ser comprendido, por la razón lógica que luego resumo del siguiente modo en un ejemplo que le pertenece: *“se debe penar a quien cometa el delito de hurto a menos que haya actuado en estado de necesidad”*. La reformulación que propone tiene obvias implicancias en el tratamiento del error, cuestión que no hace a lo que me interesa mostrar, que es su forma de fundamentar y, en ese sentido, éste es un excelente ejemplo.

Parte de algo aparentemente obvio: la definición de derecho penal que podemos calificar de canónica, como conjunto de normas dotadas de sanciones retributivas, o que *“describen los delitos y las penas correspondientes”*. Demuestra a continuación, la insuficiencia de esta caracterización comúnmente aceptada, ya que pueblan el derecho penal otras reglas trascendentes que excluyen la aplicación de pena: o que determinan el ámbito espacial de su vigencia, o los problemas que suscita su sucesión temporal; o que dispone que se apliquen a normas por fuera de él, o que fijan o extienden el significado de ciertos términos, etc. Probada de ese modo la incorrección de la definición corriente, propone caracterizarlo acudiendo al tipo de lenguaje con que se expresa, regido por términos como “se debe”, “está prohibido”, “está permitido”, es decir, por un lenguaje llamado normativo, que posee la pretensión de que el mundo se adecue a él, y no él al mundo, como ocurre cuando se describe algo. Introducido de este modo el mundo del lenguaje en el derecho penal, advierte sobre las ambigüedades semánticas y sintácticas con que éste nos sorprende a través de diversos ejemplos, para llevarnos al núcleo de su argumentación: el conflicto normativo que se presenta entre una norma que ordena castigar cierta acción y otra que ordena exceptuar la aplicación del castigo debido a un estado de necesidad (con que lo ejemplifica). Esta “excepción” no es fáctica, no rompe una regularidad de hechos, sino de otra índole, de la índole que calificó como normativa, precisamente por poseer esa pretensión de que el mundo se adecue a ella (2). Dos normas con pretensiones contradictorias y el mismo objetivo: que el mundo se adecue a su preceptiva; y ambas poseen idéntica jerarquía normativa. La única solución parece ser, según lo que propone Norberto, entender que se está frente a una limitación interpretativa de carácter lógico y no una excepción de carácter fáctico, con todas sus consecuencias.

Quiero comenzar a terminar con una reflexión: un granjero diría que si un gallinero no renueva su sangre mediante el ingreso de un nuevo gallo, las crías se irían debilitando, enfermando, perdiendo calidad. El derecho penal de nuestro tiempo ha recibido sucesivos aportes de sangre filosófica. El aporte del Dr. Norberto Spolansky consistió, fundamentalmente, en recordarnos que el derecho es lenguaje; que la inclusión de su análisis, el hacerse cargo de los problemas sintácticos y semánticos que constantemente presenta, constituye una valiosa forma de abordar sus incógnitas y de resolverlas, pues enriquece la noción de ciencia: el ejercicio constante de hallar nuevos argumentos y razones para resolver la constante aparición de nuevas incógnitas. En las llamadas en “ciencias duras” y en las “menos duras”.

*El aporte del Dr.  
Norberto Spolansky  
consistió,  
fundamentalmente,  
en recordarnos que  
el derecho es  
lenguaje*

Y termino evocando a mi amigo, maestro de la vida y del derecho, agradeciendo haber tenido el privilegio de que me considerara su amigo.

---

## **Notas finales**

(1) En letra versalita en el original.

(2) Esa "dirección de ajuste mente a mundo" no está en Spolansky. La introduje tomándola de Scarle por considerarla complementaria de su argumentación.