

# Derechos humanos y poder

Conversaciones con Eugenio Raúl Zaffaroni

Lucas Crisafulli (editor)

---

**Editorial**

Filosofía y Humanidades | UNC

---

Derechos humanos y poder : conversaciones con Zaffaroni  
/ Lucas Crisafulli ; Eugenio Zaffaroni ; Patricia Coppola  
; editado por Lucas Crisafulli. - 1a ed. - Córdoba :  
Universidad Nacional de Córdoba, 2016.  
210 p. ; 21 x 15 cm.

ISBN 978-950-33-1298-8

1. Derechos Humanos. 2. Poder. I. Zaffaroni, Eugenio II.  
Coppola, Patricia III. Crisafulli, Lucas , ed. IV. Título.

CDD 323

---

Diseño, diagramación y fotografías:  
Área de Comunicación Institucional,  
FFyH - UNC



# **Derechos humanos y poder**

Conversaciones con Eugenio Raúl Zaffaroni

*Lucas Crisafulli* (editor)



# Índice

Prólogo .....	9
Sobre Eugenio Raúl Zaffaroni .....	19
Eugenio Raúl Zaffaroni y Juan Gelman .....	23

## Artículos

Derecho penal, criminología y los muertos. Una introducción a Zaffaroni .....	27
<i>Lucas Crisafulli</i>	
Derechos humanos y democracia .....	71
<i>Patricia Cóppola</i>	

## Conferencias de Eugenio Raúl Zaffaroni

Colonialismo y derechos humanos .....	93
Derecho penal y filosofía .....	123
Miedos, angustias, masacres y enemigos .....	143

## Entrevistas

Zaffaroni sin Bozal .....	161
<i>Lucas Crisafulli</i>	
Jóvenes y sistema penal .....	181
<i>Tumbando Rejas</i>	

## Anexo

Acuerdo para una seguridad con derechos .....	191
-----------------------------------------------	-----



*A los que creen en un orden mundial más justo  
y militan por conseguirlo*



## Prólogo

*“El control penal es el termómetro de los  
Derechos Humanos.  
También, en consecuencia, ese control penal  
define la democracia”*  
Lola Aniyar de Castro

¿Qué discurso intentar cuando la semántica de la Revolución quedó enterrada con la caída del Muro de Berlín? ¿Qué estrategias políticas articular frente a una democracia neoliberal que se proclamó vencedora con su «fin de la historia»? ¿Qué formas de resistencia quedan ante un capitalismo predatorio de los recursos naturales, explotador de los más vulnerables y que en los márgenes del poder mundial ni siquiera pudimos disfrutar de su supuesta libertad?

Este libro, como todo libro, es una aventura. Son noches y noches frente a la computadora. Es, por así decirlo, una botella arrojada al mar, y como toda botella, lo importante no es el envase, sino el mensaje. Y el mensaje que queremos transmitir es el pensamiento y la obra de uno de los intelectuales más lúcidos y prolíferos de nuestra Patria Grande, convencidos de que, como dice Gelman, *“la palabra es una herramienta de lucha”*.

La visita de Zaffaroni a Córdoba en agosto de 2015 se motivó en un homenaje a Juan Gelman que organizó Patricia Cópola. Y fue en un escenario que el jurista, con música en vivo y lectura de textos, contó historias relacionadas con su amigo el poeta. Así las cosas, organizamos dos conferencias que se compilan en

este texto, una en la Facultad de Derecho y otra en la Facultad de Filosofía y Humanidades, ambas de nuestra Universidad Nacional de Córdoba. En la primera, Zaffaroni analiza la historia de América Latina como la historia de las diversas formas de colonialismo, de aquel originario de ocupación territorial a los modos más avanzados, y quizás también más sutiles, de dominio colonial. Replantea una lectura crítica de los Derechos Humanos desde nuestro margen del poder mundial, en el cual la independencia, como condición necesaria del desarrollo, se transformó en un derecho humano de primera generación, a contrapelo del hegemónico relato europeo con pretensión de universalidad. Después de ocuparse las seiscientas butacas del aula Magna de Derecho, el público, casi en su totalidad estudiantil, comenzó a sentarse en los pasillos y a ocupar el escenario alrededor de Zaffaroni. La salida de la facultad fue bastante caótica, más parecida a la de un *rockstar* de un recital que a la de un profesor después de una conferencia. Mientras los estudiantes se acercaban para sacarse una foto o pedir un autógrafo, Raúl Zaffaroni, en tono de broma me preguntó: “¿Será esto a causa de la teoría de la culpabilidad?”

En la Facultad de Filosofía y Humanidades nos reunimos, antes de la conferencia, en la Sala del Consejo Directivo del Pabellón Residencial. Allí, el decano Diego Tatián, nos mostró las manijas de la puerta con la inscripción “J.P.” mientras nos contaba la historia de la casa, construida para ser la residencia de Juan Domingo Perón. Volvimos a la realidad luego de discutir acerca de la banalidad del mal y sobre la terminalidad de la vida: era la hora de la otra conferencia. Ante un público muy numeroso que colmó no sólo el aula magna de la Facultad de Filosofía sino también los pasillos y aulas adyacentes, Zaffaroni disertó sobre

las relaciones entre el derecho penal y la filosofía ante quienes, según el propio autor, no se interesan especialmente por el derecho penal, sino, justamente, ante quienes estudian filosofía. Hizo la historia del discurso jurídico penal en torno a tres ejes claves: la concepción antropológica, la teoría del conocimiento y la teoría del fin de la pena.

Zaffaroni había tenido varias entrevistas a la mañana, un almuerzo con docentes, recibió un premio de visitante ilustre de la Facultad de Derecho y brindó dos conferencias de casi dos horas cada una, todo en el mismo día. Al salir, ya cuando la noche caía, le pregunté si estaba cansado y me respondió: “no, ¿a dónde vamos a comer?”

También decidimos incorporar en este libro una tercera conferencia de Zaffaroni ofrecida en Córdoba en el año 2011, con motivo de la presentación de la Revista Interferencia, que editó el Observatorio de Prácticas en Derechos Humanos y que, por los avatares de la vida universitaria, dejó de editarse. En esa conferencia, desde una visión más criminológica, analiza la función del chivo expiatorio en la historia de la cuestión criminal y el desafío que les toca a las usinas del saber, es decir, a las universidades.

En el artículo “Derecho Penal, Criminología y los Muertos. Una introducción a Zaffaroni” intento realizar un análisis crítico de su obra, introductorio para todo aquel público no especializado en el Derecho Penal y la Criminología, repasando los principales conceptos teóricos. También incorporamos al libro el texto “*Derechos Humanos y Democracia*” de Patricia Cóppola, en el que plantea el desafío de repensar los Derechos Humanos como forma de profundizar la democracia.

De las entrevistas que le hicieron en Córdoba, incorporamos

dos de ellas. La primera la realicé en varios momentos de su estadía. Una parte en un restaurante entre un plato de sopa de pollo y gente que se acercaba a saludarlo y sacarse *selfies*. La segunda parte la hicimos en el auto mientras yo conducía, Zaffaroni amablemente contestaba y Patricia Cópola me gritaba desde el asiento trasero porque se hacía tarde para todos los eventos programados. Y la tercera parte de la entrevista, ya más relajados, fue en un bar de Barrio Güemes, con alguna bebida espirituosa de por medio.

La segunda entrevista la realizaron docentes y alumnos del Centro Educativo Complejo Esperanza para la Revista “Tumbando Rejas”. Fue una mañana soleada de sábado que en casa de Patricia Coppola, mate de por medio, concurren docentes que traían preguntas formuladas por sus propios alumnos, presos en instituto de menores. Más allá de las respuestas dadas por Zaffaroni, recuerdo gratamente la profundidad de las preguntas, la urgencia por obtener respuestas y la necesidad de pararnos en un paradigma de Derechos Humanos en cuanto al encierro de niñas, niños y adolescentes.

Durante los años 2014 y 2015, el Programa de Derechos Humanos y la Secretaría de Extensión la Facultad de Filosofía y Humanidades, se constituyeron en un actor político clave para disputar sentidos en torno a la seguridad. Se organizaron varios eventos académicos y políticos y, como resultado, se redactó un documento que contó con el aval de distintas organizaciones sociales, políticas, sindicales y de Derechos Humanos titulado Seguridad con Derechos. Tuvimos la oportunidad de conversar su contenido con Zaffaroni, quien firmó su adhesión. El objetivo del documento era no sólo criticar las medidas de política criminal que, además de implicar una violación a los Derechos

Humanos fueron totalmente ineficientes en la disminución de los delitos y la violencia, sino también realizar propuestas en miras a las elecciones provinciales que se disputaron en 2015. Las ideas expresadas allí creemos siguen vigentes, por lo que hemos decidido también incluir el documento en esta publicación.

Pero volvamos a las preguntas con la que iniciamos estas palabras. ¿Qué hacer frente al neoliberalismo o como lo plantea Zaffaroni, frente a esta nueva fase del colonialismo? “*Derechos Humanos y Poder. Conversaciones con Zaffaroni*” intenta ser un aporte para pensar en respuestas a estos interrogantes.

La historia misma de los Derechos Humanos, su pasado y su presente, está signada por su flagrante violación, y eso constituye el motor militante para exigir su cumplimiento y ampliación. Latinoamérica se encuentra en una compleja encrucijada en la que se tensionan un modelo plutocrático de dominio empresarial que promueve distintas formas de exclusión de las mayorías, y un proyecto popular democrático que puja por la inclusión y la integralidad de los Derechos Humanos. Las ciencias sociales y las humanidades se encuentran en el desafío de formar profesionales sensibles a este segundo modelo para que impulsen la realización de los derechos consagrados en normas jurídicas en el plano de la realidad social.

Casi como un movimiento pendular, el modelo neoliberal pareció retroceder en la región a partir de la irrupción de una serie de gobiernos populares que propiciaron el acceso a una ciudadanía real de importantes capas sociales.

Pero como todo movimiento oscilatorio, el péndulo parece estar regresando nuevamente hacia la derecha con el último triunfo electoral en Argentina y el golpe blando en Brasil, ello sin contar con otros avisos como los golpes recibidos en Paraguay y Honduras y los fallidos golpes en Venezuela y Ecuador.

En un sistema neoliberal, los Derechos Humanos de segunda generación, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, se transforman en mercancías que se reparten en un mercado. Salud, seguridad social, educación, vivienda digna, el derecho a la cultura, entre otros, son apenas bienes de consumo no para todos, sino para aquellos que puedan pagarlos. Allí reside el proceso de metamorfosis de los derechos - que son de todos - en privilegios - que son sin otros, incluso, contra otros -. Como plantea Zaffaroni en su conferencia Derechos Humanos y Colonialismo, aquellos sujetos excluidos de la cadena de consumo, terminan siendo incluidos en el Estado a través de la cadena punitiva, aunque más que tratarse de inclusión, estamos frente a un proceso de control y gobierno de la pobreza a través del sistema penal, no sólo a través de la cárcel, sino también a través de las lógicas egoístas que éste genera.

14

Ningún cambio social se podrá realizar mientras prevalezca, antes que las estrategias de empoderamiento colectivo, mecanismos individualistas, prohibicionistas y punitivos del sistema penal, tal como el profesor Zaffaroni viene enseñando desde hace décadas. Para nosotros, latinoamericanos, los Derechos Humanos no nacieron con la Revolución Francesa. Cuando en 1789 se sancionó la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, los esclavos de las colonias francesas tuvieron que entender, a fuerza de yugo y látigo, que esos “hombres” no eran ellos. En Haití, por ejemplo, tuvieron que hacer su propia revolución, una revolución negra, la primera de toda Latinoamérica que en 1805 sanciona su Constitución política incorporando el maravilloso artículo 14 que establece: *“Todos los ciudadanos, de aquí en adelante, serán conocidos por la denominación genérica de negros”*. Como señala Zaffaroni, los

Derechos Humanos para los pueblos sometidos al colonialismo no comenzaron con los derechos individuales, sino con los llamados derechos de tercera generación. *“La independencia es la primera condición del desarrollo, la historia de nuestros Derechos Humanos comenzó aquí por la lucha por la obtención del derecho que desde el centro se considera de tercera generación. Nuestros primeros luchadores por los Derechos Humanos fueron Bolívar, San Martín, Miranda, Belgrano, O’Higgins, Hidalgo, Morelos, Louverture”*

De allí que hayamos decidido incorporar al título de este libro la expresión Derechos Humanos, no como un cliché más, sino con el objetivo de repotenciar su contenido emancipatorio.

El criminólogo noruego Nils Christie enseñaba en sus conferencias que el poder es el poder de definir. Definir lo prohibido, lo inmoral, lo anormal, lo ilegal, lo malo. Poder es el poder de etiquetar a una persona como delincuente, como enfermo, como preso, como desviado y de esa forma esencializar un acto de su vida reduciendo así su identidad. Y ese poder no es para nada ingenuo. No es casual que catedráticos de universidades europeas, miembros encumbrados del clero y de la nobleza se salvaran de la Inquisición, así como hoy los delincuentes de cuello blanco no conocen la cárcel, comprobándose uno de los postulados más conocidos de Zaffaroni: en todo tiempo, en todo espacio, el poder punitivo ha sido y es selectivo.

Pero como bien señala Foucault si el poder se encuentra en todos los sitios porque no proviene de ninguno, entonces entendemos a los Derechos Humanos como un contrapoder, o si se quiere, un poder contrahegemónico, de resistencia a las distintas formas de colonialismo y explotación.

*“Derechos Humanos y Poder. Conversaciones con Zaffaroni”*

es una invitación a una reflexión colectiva, a pensar el rumbo de nuestras democracias débiles que producen ciudadanías de baja intensidad. Es un convite hacia el reconocimiento del Otro como forma urgente de coexistencia. Estas palabras, quizás como armas contra el olvido, contra la explotación y el colonialismo, como herramientas de lucha, también son una invitación a la acción, siempre colectiva, porque a diferencia de los privilegios - que son sin otros e incluso contra otros - los derechos son siempre con otros. Allí puede radicar, quizás de modo algo pretencioso, el valor de este libro. Pues como afirma Zaffaroni:

*“La lucha latinoamericana por la realización de los Derechos Humanos no puede ser otra cosa que la lucha contra el colonialismo en su fase actual, en lo que adquiere la prioridad la lucha por el derecho al desarrollo humano, cuya premisa es la independencia”*

*Lucas Crisafulli*

Núcleo de Estudios e Intervención en Seguridad Democrática  
Facultad de Filosofía y Humanidades. UNC  
Julio de 2016





## Sobre Eugenio Raúl Zaffaroni

Eugenio Raúl Zaffaroni nació en Buenos Aires el 7 de Enero de 1940. Egresó como abogado y escribano de la Universidad Nacional de Buenos Aires y a los 24 años se recibió de doctor en Derecho y Ciencias Jurídicas en la Universidad Nacional del Litoral.

Empezó a trabajar con 18 años como inspector de salud en la Municipalidad de Buenos Aires.

Con 25 años fue docente encargado de la cátedra de criminología en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Entre 1968 y 1969 estuvo a cargo de las cátedras de sociología jurídica y derecho penal de la Universidad Veracruzana en Veracruz.

Con 29 años fue juez de Cámara en la Provincia de San Luis, y a los 34 Procurador General de dicha provincia.

Con 30 años ya impartía clases en varios doctorados en Argentina y México. Con 33 años fue nombrado profesor Titular de Derecho Penal II en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de La Plata.

Fue becario de la Organización de los Estados Americanos en México y del prestigioso Instituto Max Planck de derecho penal extranjero e internacional, en Friburgo de Bisgovia.

A los 43 años fue director y coordinador del Programa de Sistemas Penales y Derechos Humanos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de la OEA.

A los 51 años fue director General del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD) en Costa Rica.

A los 54 años fue elegido por el voto popular como Convencional Nacional Constituyente, teniendo un rol protagónico en la incorporación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos al plexo normativo constitucional (actual artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional).

Con 56 años fue Convencional Constituyente de la Ciudad de Buenos Aires y con 57 Diputado de la Ciudad de Buenos Aires y presidente de Bloque del “Frepaso”.

A los 60 años fue nombrado interventor del Instituto Nacional contra la discriminación, la xenofobia y el racismo (INADI)

Ha publicado más de cuarenta libros, cien prólogos y trescientos artículos, siendo traducida alguna de sus obras a más de cinco idiomas.

Ha recibido más de ciento veinte premios y distinciones por su labor científica y su accionar político, entre los que se destaca el nombramiento de Profesor Emérito de la Universidad de Buenos Aires, treinta y siete doctorados honoris causa de distintas universidades de América y Europa. En el año 2011 recibió el doctorado Honoris Causa por la Universidad Nacional de Córdoba. También fue galardonado con el prestigioso premio Stockholm Prize in Criminology en 2009, equivalente al Nobel en criminología otorgado por el Gobierno Sueco en el Ayuntamiento de Estocolmo por sus investigaciones sobre la prevención de los crímenes de masa.

Con 63 años fue nombrado por el presidente Néstor Kirchner Ministro de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, luego de la aprobación de su pliego en el Senado mediante audiencia pública. Renunció al cargo al cumplir los 75 años de edad, plazo máximo que establece la Constitución.

En 2015 fue elegido por dieciocho países de América como Juez

para integrar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cargo que detenta en la actualidad.

Sigue impartiendo clases en las universidades públicas del conurbano bonaerense y asistiendo amablemente a las invitaciones para brindar conferencias en universidades, plazas públicas y teatros.



## Eugenio Raúl Zaffaroni y Juan Gelman

Raúl Zaffaroni conoció a Juan Gelman a raíz de un absurdo proceso en contra del poeta que existía en Argentina durante la dictadura militar, finalizada la cual, Gelman quería volver al país, luego de su exilio en México y, si no obtenía un sobreseimiento o al menos una eximición de prisión, sería detenido en Ezeiza. Un mes de enero, relata Zaffaroni, quedaron los Jueces a cargo de la Cámara Federal, oportunidad en la que dictaminaron la eximición de prisión, lo que le permitió a Juan Gelman regresar normalmente a la Argentina. Recuerda Zaffaroni que recibe por esa resolución una carta de agradecimiento del escritor Gabriel García Márquez. A partir de allí desarrollaron una cálida amistad colaborando Zaffaroni, además, con la búsqueda de su nieta Macarena.

En el prólogo del Libro “La Palabra de los Muertos”, titulado “La invisibilidad de lo visible”, Juan Gelman escribe sobre Zaffaroni: *“El Dr. Zaffaroni escucha los gritos de estos muertos y los hace escuchar. Con visión humanista no dogmática y desde el margen latinoamericano, desnuda la “colonización del pensamiento” de estudiantes, catedráticos y penalistas desatentos o indiferentes a los genocidios, los convoca a dejar atrás las indiferencias, asepsias, neutralidades, negaciones y/o justificaciones del actual estado de cosas. También trae a luz las limitaciones del derecho internacional, que recorta la penalización de masacres como la de Somalia y otras en países africanos, Libia incluida. Y llega a las puertas de la gran pregunta: ¿es posible cambiar la criminología, el derecho y el sistema penal y los modelos policiales para prevenir,*

*impedir o moderar la violencia del poder y, en consecuencia, reducir la punición a lo estrictamente necesario sin recurrir a una fábrica de cadáveres? El autor piensa que sí, que hay que hacerlo y desarrolla la propuesta de una criminología cautelar.”*

Tras el fallecimiento de Juan Gelman, Raúl Zaffaroni escribió:

*“Vivo todos los versos, pero soy incapaz de escribir uno solo. Para eso estaba Juan, para escribir los versos vivenciados por los que no somos poetas. Allí estaba él, mirándonos con su mirada pícaro pero bonachona y doliente de sabio que estaba más allá del dolor sin salir de él, en esa particularísima relación equilibrante que había establecido entre el ser estando y no estando (pobres las lenguas que no distinguen entre “ser” y “estar”, qué embrollos ontológicos). Ya no tendremos quién nos escriba los versos que vivenciamos. Nos quedamos bastante más solos, con la soledad argentina y tanguera que el milagro nos hace superar. Lo que nunca superaremos es la ausencia del amigo “de fierro”, como sólo él sabía serlo.”<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Publicado originalmente en Página/12 el 17 de Enero de 2014, bajo el título “Más Solos”.

# Artículos



# Derecho Penal, Criminología y los muertos. Una introducción a Zaffaroni

*Lucas Crisafulli*

Resumir en seis breves puntos a un autor que ha escrito cuarenta y cuatro libros, más de trescientos artículos y una centena de prólogos parece una tarea imposible. Sin embargo, y a riesgo de caer en simplificaciones, intentaremos hacer el esfuerzo. El propósito de estas líneas sea quizás hacer una introducción a Zaffaroni que entusiasme la lectura y estudio de sus obras.

Seguramente se nos pasarán por alto muchas categorías y conceptos elaborados por el propio autor o explicaremos sus teorías con algunas falencias. Sin embargo, creemos importante hacer este estudio preliminar a la obra de uno de los juristas y criminólogos que más ha influenciado el pensamiento latinoamericano, sobre todo para aquel público no especializado en el derecho penal y la criminología.

Zaffaroni ha logrado encontrar el intersticio entre derecho penal y criminología. Quizás allí radique la complejidad de su pensamiento. A la dogmática jurídico-penal tradicional supo incorporar datos necesarios de la realidad, con un fundamento casi obvio: no se puede hacer derecho penal sin incorporar datos del *ser*. A su vez, supo entender la criminología crítica como aplicada, es decir, como política criminal que debe necesariamente guiar la elaboración de la ley penal. En esta ida y vuelta entre el campo del *ser* de la cuestión criminal (criminología) y el campo del *deber ser* (derecho penal) ha sabido construir una teoría que jamás olvida que en ambos polos se está tematizando el poder. De allí la *cautela* necesaria

para operar el discurso y la vinculación con una teoría política determinada: se hace derecho penal y criminología al mismo tiempo desde un lugar marginal del poder mundial (América Latina) para fortalecer el Estado de Derecho. Por eso la cautela, pues no cualquier racionalización en nombre de la lógica formal ni investigación empírica sobre el poder punitivo en nombre de la “ciencia”, puede justificar el detrimento de los Derechos Humanos.

Zaffaroni aporta complejidad al discurso del *causalismo mágico* formulado por varios periodistas y abogados que reifican las normas como si existieran en el mundo ontológico, como si tuvieran el poder de resolver la violencia social. Él mismo es consciente de que los problemas sociales no se resuelven modificando leyes (aumentando las penas por ejemplo ante la espectacularización mediática de un delito). Pero también es consciente que con solo estudiar el funcionamiento del sistema penal no alcanza, porque los muertos que éste desparrama están allí, casi a la vista de todo el que honestamente quiera ver. Claramente es necesario una criminología que estudie cómo funciona la violencia, pues no se puede prevenir o reducir aquello que no se conoce, pero se hace necesario dar un paso más para construir una criminología militante y, por qué no, un derecho penal militante. No existe la neutralidad ni en el derecho ni en la criminología, porque estamos frente al poder punitivo que cometió las peores masacres. Sin la *cautela*, la historia se puede repetir.

## **1. Diferencia entre ley penal, poder punitivo y derecho penal**

Tanto en el lenguaje académico como en el lenguaje vulgar suelen

confundirse estos términos y utilizarse de forma indistinta. Es bueno aclarar que tienen tres universos de sentido distintos.

En el libro *El enemigo en el derecho Penal* (2006:27), Zaffaroni hace esta necesaria aclaración, no simplemente por pureza lingüística, sino por el contrario, porque nos estamos refiriendo a cuestiones vinculadas con el poder, y allí es necesario poder entablar un diálogo que permita un mínimo de entendimiento. Cuando se dice que el *Derecho Penal* no castiga tal conducta, en realidad se la está mal utilizando como sinónimo de ley penal, es decir, al acto formal mediante el cual el Congreso de la Nación sanciona una ley<sup>1</sup>.

Cuando se menciona que el derecho penal no resuelve el problema de la (in)seguridad, la expresión correcta es poder punitivo, es decir, el derecho/poder que tiene el Estado de castigar, o lo que es lo mismo, de aplicar de forma deliberada sufrimiento a una persona.

Ahora bien, cuando se dice que el *Derecho penal* no estudió tal o cual tema, ahí sí se está refiriendo correctamente al derecho penal, es decir “*la rama del saber jurídico que, mediante la interpretación de las leyes penales, propone a los jueces un sistema orientador de decisiones que contiene y reduce el poder punitivo, para impulsar el progreso del estado constitucional de derecho*” (2002:5).

Dentro del derecho penal se encuentran los juristas legitimantes del poder punitivo – quienes hacen enormes esfuerzos interpretativos para que el poder punitivo sea aplicado casi sin límites ni restricciones – y los deslegitimantes – aquellos que,

---

<sup>1</sup> Es lo que se conoce en la criminología zaffaroniana como criminalización primaria (2002).

advirtiendo el rol marginal que ocupan, intentan contener el ejercicio del castigo. Zaffaroni pertenece claramente a los segundos.

Para Zaffaroni, la interpretación de la ley penal no puede estar desvinculada de una teoría política y de un contexto que lo produce y determina. No va a ser lo mismo hacer derecho penal para el *Tercer Reich* que hacerlo para un régimen democrático. Tampoco es lo mismo hacerlo en Europa que en América Latina. Ningún jurista, por más abstractas teorías que desarrolle, puede perder ese horizonte.

## **2. Poder punitivo, sistema penal y misión del derecho penal**

Muchos jueces o fiscales creen que la prisión – expresión formal del poder punitivo – existe porque son ellos quienes alojan personas allí. Nada más equivocado. El poder punitivo, es decir ese poder/derecho del Estado para castigar (aplicar dolor deliberadamente a una persona) existe por fuera de cualquier intervención de la justicia penal o, dicho en otros términos, existe a pesar del poder judicial y es históricamente bastante anterior a ésta. Zaffaroni lo define como un *factum*, es decir, un hecho político más allá de su racionalización.

El uso del poder punitivo implica la utilización de un paradigma represivo en la resolución de conflictos, pero esto no fue siempre así. No en todo momento histórico las sociedades decidieron aplicar dolor a quienes infringían sus normas. El poder punitivo como tal nace en la Roma antigua y Jesús de Nazaret quizás sea un buen ejemplo para entender cómo funcionaba. Este poder punitivo se pierde casi por completo con la caída del Imperio Romano y el avance de los pueblos germánicos. Estos pueblos

entendían que cada persona era una unidad económica, por lo que matarlos afectaba a todo el clan. Por ello aplicaban otro paradigma de resolución de sus problemas, uno de carácter reparador.

El poder punitivo regresa en el siglo XII y XIII con la Santa Inquisición cuando se le expropia el conflicto a la víctima. A partir de allí será el Estado el principal ofendido, y la víctima pasará a un segundo plano. A este ejercicio de poder poco le importa las demandas de los damnificados, pues éstos se convertirán en meros testigos.

Con las ideas del iluminismo el poder punitivo pasa su primer filtro de racionalización. Ya no se puede asar mujeres pobres libremente bajo lo tortura, y es con la modernidad que el poder punitivo se institucionaliza bajo la forma del sistema penal tal como lo conocemos hoy: un conjunto de agencias desorganizadas que tienen como misión la aplicación deliberada de una cuota de dolor a una persona. A través de la intervención de múltiples agencias, el sistema penal canaliza el sentimiento vindicativo. Estas agencias son: a) la política (que crea la ley penal), b) las ejecutivas (la policía y el servicio penitenciario) y c) las jurídicas (el poder judicial). La racionalización moderna erigió a la prisión como la forma en la que se paga ese dolor.

El sistema penal<sup>2</sup> es llevado adelante mediante dos procesos

---

2 No puede decirse que sea el sistema penal un verdadero sistema, en el sentido de un conjunto de partes interrelacionadas entre sí para un fin. “La diversidad de composición, extracción social y entrenamiento de las personas que integran los grupos y subgrupos de sus diferentes segmentos, el aislamiento de cada uno de estos segmentos respecto de los otros (compartimentalización), la disparidad de criterios de eficacia con que operan, las diferencias cualitativas con que asumen su papel ante la opinión pública a través de los medios masivos, la dependencia de distintas autoridades o agencias estatales, son todos elementos que inclinan a mantener la denominación de “sistema penal” en razón de un uso convencional, porque no puede sostenérsela seriamente, ya que es muy claro que no configuran un “sistema”. (1998:15)

consecutivos: a) la criminalización primaria que es “el acto y el efecto de sancionar una ley penal material, que incrimina o permite la punición de ciertas personas”. (2002:7). Esta criminalización primaria es en abstracto, pues no está dirigida a persona determinada sino a toda la comunidad en potencial.

b) La criminalización secundaria, que es “la acción punitiva ejercida sobre personas concretas, que tiene lugar cuando las agencias policiales detectan a una persona, a la que se atribuye la realización de cierto acto criminalizado primariamente” (2002:7). Luego de la agencia policial intervienen también la agencia judicial y la prisión.

El poder punitivo, ya sea ejercido de forma más brutal como el inquisitorial o más “civilizada” como el penal, tiene una característica que le es inherente, sea aplicado en cualquier tiempo y espacio: es selectivo.

“Los hechos más groseros cometidos por personas sin acceso positivo a la comunicación terminan siendo proyectados por ésta como los únicos delitos y las personas seleccionadas como los únicos delincuentes. Esto último les proporciona una imagen comunicacional negativa, que contribuye a crear un estereotipo en el imaginario colectivo. Por tratarse de personas desvaloradas, es posible asociarles todas las cargas negativas que existen en la sociedad en forma de prejuicio, lo que termina fijando

una imagen pública del delincuente, con componentes clasistas, racistas, etarios, de género y estéticos. El estereotipo acaba siendo el principal criterio selectivo de criminalización secundaria, por lo cual son observables ciertas regularidades de la población penitenciaria asociadas a desvalores estéticos (personas feas) que el biologismo criminológico consideró como causas del delito, cuando en realidad son causas de la criminalización” (2002:9)

Vale entonces reiterar que el poder punitivo es ahora ese *factum* ejercido por las agencias ejecutivas del sistema penal (policía y servicio penitenciario) que existe independientemente de la racionalización del derecho penal o la intermediación del poder judicial. Lo único que el derecho penal (dogmática penal) y la justicia penal pueden hacer, es reconocer su rol marginal dentro del sistema penal y así poder funcionar como un dique de contención que minimice la selectividad criminalizante y, en último extremo, evite las masacres del poder punitivo.

Las otras características intrínsecas del poder punitivo, además de la selectividad, son su carácter verticalizante de la sociedad, el carácter de organizador de violencia por parte del Estado y su descontrolada tendencia al desborde. Para Zaffaroni, la única misión del derecho penal es actuar como un deslegitimante de ese poder punitivo mediante acciones que tiendan a contenerlo. Así como el derecho humanitario no puede evitar las guerras pero sí

minimizar sus consecuencias, el derecho penal no puede evitar el poder punitivo, pero puede atenuar los efectos desastrosos que produce. En igual sentido, así como las organizaciones humanitarias – como la Cruz Roja por ejemplo – no evitan la guerra ni la legitiman, la agencia judicial no debe legitimar el poder punitivo y debe minimizar los daños ocasionados por éste.

“Ser marginal y asumirse como tal tiene grandes ventajas. Una de ellas es la osadía del marginal. Pues esa ventaja me permitió decidirme a invertir el punto de partida del planteamiento dogmático y a emplear la técnica jurídica, pero desde un punto de partida no legitimante del ejercicio del poder no jurídico. De este modo pienso que es posible reconstruir el discurso jurídico-penal con un modelo análogo al del derecho humanitario, es decir, no como un discurso legitimante de la pernición y menos aún de todo el poder criminalizante y de vigilancia, sino como un discurso de contención y limitación del mismo, en la medida del espacio de un poder jurídico con vocación de progresivo aumento.” (1992:12).

¿Y por qué es importante la función deslegitimante del poder punitivo que el derecho penal está llamado a hacer? ¿Para qué la misión del Poder Judicial de contener el poder punitivo?

Todas las grandes masacres del siglo XX fueron cometidas por el desborde del poder punitivo. Para Zaffaroni (2002) existe una tensión constante y dialéctica aún no resuelta entre un Estado de Derecho y un Estado de Policía. En el primero de ellos lo bueno lo determina la mayoría respetando los derechos de la minoría y el poder punitivo se encuentra contenido. En el segundo modelo, es la clase dominante la que, incluso contra la mayoría, determina lo bueno y lo hace ley; aquí el poder punitivo se descontrola. El Estado de Derecho preserva la vida. El Estado de Policía preserva la autoridad, incluso contra la vida de un grupo. Sin el filtro que el derecho penal puede ejercer, sin su misión deslegitimante del poder punitivo, sin sus intentos de reducción de la selectividad y contención del poder de castigar, el poder punitivo se desbanda y comienzan las masacres<sup>3</sup>. Para Zaffaroni el holocausto judío no es sino el desborde del poder punitivo, así como otras masacres.

“(...) Cuando el poder punitivo del Estado se descontrola, desaparece el Estado de Derecho y su lugar lo ocupa el Estado de Policía. Además, los crímenes de masa son cometidos por

---

<sup>3</sup> Zaffaroni utiliza el término *masacres* como un concepto más comprensivo que la palabra genocidio. Ello en virtud de que la definición legal elaborada en la *Convención para la prevención y sanción del delito de genocidio* de las Naciones Unidas de 1948 establece tres cuidadosas exclusiones: a) los crímenes de Stalin en los gulag; b) los crímenes cometidos por las potencias europeas en sus colonias y c) las matanzas producidas por las dos bombas atómicas en Hiroshima y Nagasaki. En otras palabras, quienes definieron *genocidio* en la Convención, cuidaron especialmente que dicho término no sea comprensivo de las masacres de los ganadores de la Segunda Guerra Mundial. Para evitar estas exclusiones políticas arbitrarias al horizonte de estudio de la criminología, Zaffaroni utiliza el término *masacres*, que indudablemente las comprende.

este mismo poder punitivo descontrolado, o sea, que las propias agencias del poder punitivo cometen los crímenes más graves cuando operan sin contención.”

(...)

“Es verdad que muchos de estos crímenes se imputan a fuerzas militares, pero también es cierto que, fuera de los casos en que son auténticos crímenes de guerra, estas fuerzas los han cometido operando funciones materialmente policiales y no bélicas.”  
(2012:31)

Sin embargo, pese a esta misión que Zaffaroni les asigna al derecho penal y a la agencia judicial de contener entre ambas al poder punitivo, lo cierto es que en el plano del *ser*, de la realidad, tanto los teóricos del derecho penal – con honrosas excepciones, como el propio Zaffaroni – así como las agencias judiciales – con sus matices también – parecen estar más dispuestas a reforzar la selectividad y legitimar la actuación de la agencia policial que a funcionar como un dique contenedor del poder punitivo.

Con su formación de criminólogo, aportando realidad a los estudios del derecho penal, Zaffaroni incorpora un dato del *ser* que es innegable, la selectividad del sistema penal, que es ejercida principalmente, aunque no de forma exclusiva, por la policía. Es decir, para analizar la aplicación del poder punitivo, Zaffaroni incorpora acertadamente un dato empírico que es negado por

otras teorías jurídico-penales. Ahora bien, cuando analiza la agencia judicial del sistema penal, no incorpora datos del *ser*, es decir, cómo funciona empíricamente la justicia penal y el rol legitimante de muchos teóricos penales. En la práctica, el poder judicial y gran parte de la teoría penal no hace sino profundizar la selectividad policial y el desborde del poder punitivo. Pero Zaffaroni allí utiliza el marco normativo del *deber ser*: el derecho penal y la agencia judicial *deben* contener el poder punitivo.

En otras palabras, para analizar a la policía lo hace desde el *ser*, pero para analizar a la justicia penal y al derecho penal lo hace desde el *deber ser*.

Sin embargo, creemos importante destacar que si existe un espacio en el que se pueda contener el poder punitivo, ese lugar sin dudas será el del poder judicial y el del derecho penal.

Zaffaroni plantea un desafío para los operadores y teóricos penales, batallar activamente en la tensión entre el Estado de Derecho y el Estado de Policía y jugar, no neutralmente, a favor del primero.

### **3. Chivo expiatorio**

Para Zaffaroni (2011, 2013) existen tres fuentes de conocimiento de la cuestión criminal: la palabra de la academia (la criminología académica), la palabra de los muertos (“la única realidad son los muertos del poder punitivo”) y la palabra de los medios (la criminología mediática).

“Las personas por lo general no frecuentan los institutos de criminología

ni leen los trabajos especializados,  
porque tienen otras cosas que hacer”

(...)

Lo cierto es que las personas que todos los días caminan por las calles y toman el ómnibus y el subte junto a nosotros tienen la visión de la cuestión criminal que construyen los medios de comunicación, o sea, que se nutren –o padecen– de una criminología mediática.” (2011[a]:210)

El sistema penal canaliza la venganza, es puro poder vindicativo, por lo que es necesario que la sociedad crea que la aplicación de poder punitivo se está direccionando al causante de todos los males.

Aquí Zaffaroni utiliza la teoría ritual del antropólogo René Girard, quien plantea que uno de los mecanismos que hace funcionar a la sociedad es la construcción de chivos expiatorios a quienes depositarles todos los males sociales.

“En la sociedad se va generando una tensión que en cierto momento se traduce en una violencia difusa, porque todos van queriendo las mismas cosas, en función de una rivalidad mimética. ¿Qué significa esto? Sería lo que se produce cuando se toma a otro como modelo. Si Fulano tiene un

auto nuevo, yo también quiero tenerlo, de la misma marca o mejor. ¿Por qué? Porque tomo a Fulano como modelo y, por lo tanto, quiero parecerme o superarlo y, por lógica, tener lo que él tiene o tener algo incluso mejor. Esto es la mimesis de Girard.” (2011[a]:206)

El proceso mimético genera angustia, pero esta angustia no tiene objeto.

“El miedo sí tiene un objeto, la angustia no. La carga de angustia se va haciendo en la sociedad cada vez más insostenible y va potenciando la violencia difusa hasta que llega un momento en que construye un objeto, ese objeto es la fuente del mal, y la angustia se convierte en miedo. Encuentra su objeto, baja el nivel de angustia, es como si ya supiéramos quién es su responsable. Al descender el nivel de angustia hay una homogenización de los primeros objetivos existenciales. Esto conduce, si nadie lo para, a la destrucción del chivo expiatorio.” (2012:12)

La expresión chivo expiatorio fue narrada por primera vez en el

libro del Levítico de la Biblia, y cuenta el rito del antiguo pueblo de Israel en el que se sacrificaba un chivo para expiar la culpa de toda la sociedad. Así es que desde entonces, el chivo expiatorio es un objeto al que se le depositan todos los males sociales y cuyo sacrificio disminuye los niveles de angustia.

Ahora bien ¿quién construye estos chivos expiatorios? Pues la criminología mediática, es decir, la palabra sobre la cuestión criminal que los medios masivos de comunicación enuncian. Para Zaffaroni siempre existió la criminología mediática, en un momento histórico era emitida desde los púlpitos, al avanzar la tecnología, la criminología mediática se construye desde los medios de comunicación masivos. Ha variado a lo largo de la historia la forma en la que se emite y la comunican, pero no el proceso de construcción de chivos expiatorios.

Lo que también ha variado han sido los sujetos que se han transformado en chivos expiatorios. En el imperio Otomano fueron los armenios, en la Alemania nazi fueron los judíos y durante la dictadura cívico militar en Argentina fueron los grupos políticos. Pero, ¿quiénes son ahora los chivos expiatorios? Los pobres, a los que se proyecta como delincuentes, y eso explica bastante bien la centralidad del tema seguridad en la agenda pública.

“El estereotipo criminal se compone de caracteres que corresponden a personas en posición social desventajosa -y por lo tanto, con entrenamiento primitivo-, cuyos eventuales delitos, por lo general, sólo pueden ser obras toscas, lo que no hace más que refor-

zar los prejuicios racistas y clasistas, en la medida en que la comunicación oculta el resto de los ilícitos que son cometidos por otras personas en forma menos grosera o muy sofisticada, y muestra las obras toscas como los únicos delitos. Esto provoca la impresión pública de que la delincuencia es sólo la de los sectores subalternos de la sociedad”. (2002:10)

#### **4. Teoría agnóstica de la pena y la “función de la cárcel”**

Suele decirse en los medios masivos de comunicación que Zaffaroni es garantista. Creemos necesario hacer algunas aclaraciones. Las garantías constitucionales son los medios legales establecidos por la Constitución Nacional y de cumplimiento obligatorio para lograr la protección de la persona humana. Son los remedios necesarios para hacer efectivos los derechos. En el marco de un proceso penal, esas garantías funcionan como una contención a la salvajada del poder punitivo.

Las luces de la modernidad lo que hicieron fue intentar darle al ejercicio del poder punitivo algún tipo de contención y racionalidad. Si bien esta hipótesis no es compartida por todos, en primer lugar por Michel Foucault – para quien las luces perfeccionaron una técnica de castigo – lo cierto es que se registra empíricamente un cambio en la forma en la que se ejerce el poder de castigar: se pasa del castigo al cuerpo en una plaza pública del *ancien régime*, a castigar a través de la cárcel. Estas garantías fueron introducidas discursivamente por el

ya clásico libro del Márquez de Beccaria *De los Delitos y de las Penas* y fueron incorporadas a todas las Constituciones por el liberalismo jurídico.

Que la condena no se base en una confesión arrancada mediante tortura, la posibilidad de contar con defensa, ser juzgado por un juez imparcial, son algunos de los derechos básicos que contiene nuestra propia Constitución Nacional y de los que, nadie civilizadamente podría renegar. Renegar de las garantías es renegar de la propia Constitución y, en última instancia, renegar del Estado de Derecho. Garantizarle derechos a una persona sometida a proceso penal, bajo ningún punto de vista implica reducirle los derechos a la víctima de un delito.<sup>4</sup>

Dicho esto, es importante mencionar que por supuesto Zaffaroni es un férreo defensor de las garantías constitucionales. Pero Zaffaroni es agnóstico. ¿Qué significa esto?

Pues bien, dentro del penalismo y de la criminología, las discusiones sobre teoría de la pena han llenado bibliotecas enteras. La teoría de la pena es una discusión sobre los distintos “*discursos legitimantes del poder punitivo*” (2002:56). Responde o bien a la pregunta ¿por qué castigo? O bien a la pregunta ¿para qué castigo?

Dentro de los que intentan responder a la primera pregunta, se encuentran las teorías absolutas de la pena, encabezadas por Kant y Hegel, mientras quienes intentan responder a la segunda pregunta se encuentran las cuatro teorías relativas de la pena. Las teorías absolutas se fundamentan en que la culpabilidad del autor de un delito sólo se compensa con la imposición de una

---

4 Para una ampliación de esta idea, véase CRISAFULLI, 2014: “¿Derechos Humanos para delincuentes?”

pena, por eso también son llamadas teorías retributivas.  
Para Kant (1989:167):

La pena (...) jurídica no puede nunca aplicarse como un medio para procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad; sino que debe siempre serlo contra el culpable por la sola razón de que ha delinquirido; porque jamás un hombre puede ser tomado por instrumento de los designios de otros ni ser contado en el número de las cosas como objeto de derecho real; su personalidad natural innata le garantiza contra tal ultraje, aun cuando puede ser condenado a perder la personalidad civil. El malhechor debe ser juzgado digno de castigo antes de que se haya pensado sacar de su pena alguna utilidad para él o para sus conciudadanos.

La ley penal es un imperativo categórico; y desdichado aquel que se arrastra por los caminos del eudemonismo, para encontrar algo que, por la ventaja que puede sacar, descargue al culpable, en todo o en parte, de las penas que merece...; porque cuando la justicia es desconocida, los hombres no tienen razón de ser en la tierra...”

En cambio Hegel, que también era un retribucionista, concibe la pena desde un proceso dialéctico. La tesis es que el delito es la negación del derecho, la antítesis supone a la pena como negación del delito por lo que la síntesis implica que la pena es la afirmación del derecho.

Las teorías relativas en cambio, se preguntan por la utilidad que tiene la pena, es decir, responden a la pregunta para qué castigar. Entre ellas se encuentran:

1. La teoría de la prevención general negativa, seguida entre otros por Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, quien le atribuye a la pena la función de desincentivar (por eso es negativa) a toda la sociedad (por eso es general) de cometer nuevos delitos. Pese a que se ha comprobado empíricamente que la pena no tiene efecto disuasorio en general, sigue muy vigente en las campañas de ley y orden que modifican las escalas penales apelando a una especie de magia que contendría la ley: “aumento las penas y se disminuyen los delitos”. Pues empíricamente este discurso es falso.

2. La teoría de la prevención general positiva, seguida entre otros por Émile Durkheim y Günther Jakobs, entiende que la función de la pena es reafirmar (por eso positiva) la confianza en el sistema social de valores (por eso general). En forma irónica, Zaffaroni (2002: 60) plantea que “el delito sería una mala propaganda para el sistema, y la pena sería la forma en que el sistema hace publicidad neutralizante”.

3. La teoría de la prevención especial positiva, con una impronta primero moral y luego racista del positivismo criminológico (Cesare Lombroso y José Ingenieros) afirma que la utilidad de la pena es el mejoramiento (por eso positiva) del delincuente (por eso especial). Aquí, con sus variantes, se enrolan todas las ideologías *re*: readaptar, reformar, reinsertar, resocializar. Esta es la teoría que constitucionalmente adopta Argentina<sup>5</sup>.

4. La teoría de la prevención especial negativa, planteada entre otros por Rafael Garófalo, está dirigida al delincuente (por eso es especial) y le asigna a la pena la función de neutralizarlo (por eso negativa). Inhabilitar a la persona con el objetivo de la defensa social. Esta teoría también es utilizada por las campañas de ley y orden que postulan la detención generalizada de personas para neutralizarlos, transformando así a la prisión en un mero depósito de mercadería humana fallada. Sin embargo es empíricamente falsa y éticamente inviable. Falsa porque el poder punitivo es selectivo y selecciona solo un puñado de personas para encarcelarlas; inviable porque en una democracia no se puede menoscabar los derechos de algunos (los presos) para que otros se sientan seguros.

---

5 Además del marco constitucional *reíste*, la ley nacional de ejecución de la pena privativa de libertad 24.660 establece en su artículo 1: La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad.

5. La teoría de la pena como prevención de la violencia, planteada entre otros autores por Luigi Ferrajoli, establece que la función de la pena es evitar la venganza privada. Esta hipótesis es contrafáctica, pero sostiene que la pena debe intervenir sólo en casos muy graves para evitar la violencia ilimitada.

Ahora bien, todo este largo desarrollo para llegar aquí al pensamiento de Zaffaroni. Para el jurista, cualquier teoría de la pena lo que produce, de alguna u otra manera (algunas en más, otras en menos) es la legitimidad del poder punitivo, y la gran obra de Zaffaroni es en realidad un misil apuntado sobre los cimientos de la legitimidad punitiva.

“La pena no puede cumplir ninguna de las funciones manifiestas que se le asignan, y que sus funciones latentes no son conocidas en su totalidad” (2002:28)

46

Frente a esto, la pena es la materialización del poder punitivo, y como tal, no queda otra que asumir que es sólo un *factum* de poder, que existe por fuera de todo intento de legitimación.

Ante ello, Zaffaroni asume una posición agnóstica.

“Un concepto negativo o agnóstico de pena significa que la misma queda reducida a un mero acto de poder, que sólo tiene explicación política. A renglón seguido se plantea la dificultad para construir una teoría jurídica sobre un puro poder que no admite explicación racional.” (2002:51)

Lo único que el derecho penal puede hacer aquí, nuevamente, es intentar darle contención a ese acto de poder. De nada sirve para Zaffaroni, seguir insistiendo en si la pena tiene o no una función, un fin o una justificación. Lo único que cabe frente al castigo, es la reducción de la selectividad y la contención del poder punitivo que puedan ejercer la agencia judicial y el derecho penal.

Zaffaroni (1991) plantea que en doscientos años de cárcel, los discursos que legitimaron la prisión estuvieron basados en la idea de un tratamiento y plantearon siempre la disminución del preso. El primer discurso fue el moral propuesto por el panóptico de Bentham, en el que la cárcel debía servir para moralizar al preso, de ahí su relación entre trabajo y pena (el preso debía trabajar para adquirir buenas pautas morales). El segundo discurso legitimante fue el positivismo peligrosista que, bajo su pretensión de científico y superador del paradigma especulativo benthamiano, lo que escondía era una profunda base racista. Así, para los positivistas, la prisión se constituía en una cura para el enfermo, un tratamiento reductor de la peligrosidad que portaba el delincuente. El tercer momento discursivo sobre la prisión llega con el auge de las teorías sociológicas de los años 20 y 30, sobre todo del estructural funcionalismo. Talcott Parsons en su visión social organicista plantea que el delito es la consecuencia de una mala socialización, por lo que la prisión viene a erigirse como una nueva socialización, una resocialización. El cuarto momento del discurso sobre la prisión, es lo que Zaffaroni (1991) llama el momento anómico, en el que la prisión sigue existiendo pero con todos sus discursos legitimantes deslegitimados. Es decir, la prisión sigue gozando de muy buena salud pese a que todos los discursos que la legitimaron se encuentran totalmente demolidos por la crítica.

Entonces ¿qué sentido tiene la cárcel para Zaffaroni? Pues la cárcel es la manifestación más visible del poder punitivo, y como tal, es un hecho que existe por fuera de cualquier teorización. Nuevamente aquí y en coherencia con toda su construcción teórica, Zaffaroni plantea la importancia de no seguir construyendo discursos que legitimen el poder punitivo. Sin embargo, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos<sup>6</sup> establecen que el fin de la cárcel es la readaptación, ¿cómo entenderla?

“No se trata de una “reforma” que procura que el preso deje de “delinquir”, sino que, al igual que el resto de la población (que en gran medida también “delinque”), pueda tomar conciencia del rol que le asigna el poder punitivo y no se someta a la selección criminalizante asumiendo voluntariamente el rol, o sea, que deje de ponerle la cara al sistema penal. (1993:125)

Para Zaffaroni quienes están presos no lo están por lo que cometieron, sino por su vulnerabilidad al poder punitivo. Parece razonable entonces abandonar la idea de tratamiento penitenciario tal como lo concebía el utilitarismo benthamiano,

---

6 El art. 10 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos dispone que “el régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados”, en tanto que el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prescribe que “las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”. Ambos (PIDCyP y la CADH) gozan en Argentina de jerarquía constitucional según el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional. Para una profundización del término *reinserción* véase Crisafulli 2011.

el positivismo racista o el funcionalismo resocializador, y plantear una filosofía humanista que busque la reducción de la vulnerabilidad.

La prisión genera desocialización, un trato reductor de la vulnerabilidad debe consistir en producir el menor deterioro posible, asumiendo que el daño es inevitable. Así la prisión debería funcionar aumentando los niveles de invulnerabilidad de los prisioneros.

“Un trato humano contra la vulnerabilidad implica un replanteo de todo lo percibido por la criminología clínica tradicional, partiendo de la base de que buena parte de las características por ella descritas y otras que hacen a la condición social, no son causas del delito, sino causas de la criminalización”. (1991:188)

En otras palabras, un trato reductor de la vulnerabilidad debería basarse en un nuevo modelo penitenciario en el que el preso pueda asumir su vulnerabilidad, pero también en que todos los esfuerzos del Estado se concentren en brindar derechos que propendan a la disminución de la vulnerabilidad.

## **5. Culpabilidad por Vulnerabilidad**

El derecho penal, es decir, el saber jurídico penal, maneja dos conceptos que son claves para entender la ley penal: delito y pena. Una teoría del delito necesariamente está ligada a una teoría de la pena.

El delito no es una noción ontológica sino una construcción de la teoría jurídico penal. Así se define al delito como la conducta humana típica, antijurídica y culpable. Intentaremos desgarnar estos conceptos para hacerlos entendibles.

1. Que sea una **conducta** implica que sólo las acciones pueden catalogarse como delito, existiendo la prohibición de que se penalicen los pensamientos.
2. Que esa acción sea **típica**, implica que esté regulada en una ley, que sea formulada en forma de verbo (matar, robar, etc....)
3. La acción típica debe ser contraria al derecho, considerando éste como un orden jurídico en su totalidad. Eso implica que sea **antijurídica**.
4. **Culpabilidad** implica el juicio que permite vincular el injusto a su autor, es decir, es la forma en la que se determina que una acción típica y antijurídica fue cometida por una persona en concreto.

En síntesis, esta construcción teórica funciona como un filtro de aplicabilidad del poder punitivo, pues no cualquier cosa puede ser delito sino sólo las acciones típicas, antijurídicas y culpables. Zaffaroni (2007) plantea que la determinación de cuánto penar, debe necesariamente estar ligada al grado de culpabilidad. El puente entre delito y pena lo llama “conexión punitiva”.

Partiendo de su concepción agnóstica de pena, la teoría del delito debe hacer hincapié en la reducción del poder punitivo dentro de la culpabilidad, a la que Zaffaroni llama “el capítulo más delicado y significativo del derecho penal” (2007:3)

Toda la teoría jurídico-penal que Zaffaroni elabora se basa en la crítica sobre el abuso que otros penalistas hicieron del campo

dogmático. En otros términos, Zaffaroni critica que se haya podido construir una teoría del *deber ser*, ignorando y hasta contradiciendo el campo del *ser*, es decir, la propia realidad.

[La] omisión de información indispensable no sólo se produjo sino que se teorizó, hasta pretender construir un saber del deber ser separado de todo dato del ser, y se consideró un mérito de éste su siempre creciente pureza frente al riesgo de contaminación con el mundo real. Semejante pretensión no pasó nunca de ser una ilusión u objetivo inalcanzable, porque el deber ser (programa) siempre se refiere a algo (ser o ente) y no puede explicarse en términos racionales, sin incorporar los datos acerca de ese algo que pretende modificar o regular.” (2002:22)

¿Y cuál es el dato de la realidad que ninguna construcción teórica del penalismo puede ignorar? Que se está trabajando con el poder, y que este poder es inherentemente selectivo. Sólo selecciona un puñado de personas (los más vulnerables) que por la torpeza de sus obras y por prejuicios clasistas, racistas y etarios se proyectan como los únicos delincuentes.

“La peligrosidad del sistema penal se reparte según la vulnerabilidad de las personas, como si se tratase de una epidemia.” (2007:4)

Pero incluso estos sujetos vulnerables a la selección criminalizante del poder punitivo tienen que hacer un plus para ser alcanzados, pues en ese “algo” está la reprochabilidad, que es el esfuerzo extra que hicieron esos sujetos para ser alcanzados por el poder punitivo. Esa es la medida de la culpabilidad.

La mayor o menor reprochabilidad está puesta entonces en el mayor o menor esfuerzo que hizo el sujeto en ponerse al alcance del poder punitivo. De esta forma, la teoría de culpabilidad por vulnerabilidad funciona como un contrapeso a la desigualdad de toda sociedad. Zaffaroni no parte de un concepto abstracto del liberalismo jurídico de igualdad (“todos somos iguales ante la ley”), sino por el contrario, de su contracara, la desigualdad. Esa desigualdad frente al poder punitivo es lo que, a su juicio, debe determinar la reprochabilidad ante la comisión de un delito. Mientras más haya hecho el sujeto para ponerse al alcance del poder punitivo, menor deberá ser el esfuerzo de la agencia jurídica en reducir el poder punitivo, y viceversa, mientras menos haya tenido que realizar, mayor poder de la agencia jurídica en contener el poder punitivo.

Estado	Acción del sujeto	Esfuerzo de la agencia jurídica	Reproche	Consecuencia
Muy poco vulnerable (un genocida por ejemplo)	Hizo mucho para ponerse al alcance del poder punitivo	Mínima	Máximo	Mucho poder punitivo

Muy vulnerable (joven, pobre que comete la ópera tosca de la criminalidad)	Hizo casi nada para ponerse al alcance del poder punitivo	Máxima	Mínimo	Poco poder punitivo
----------------------------------------------------------------------------	-----------------------------------------------------------	--------	--------	---------------------

Al sujeto muy vulnerable se le debe descontar su estado, por lo que entonces el reproche - por eso que hizo para ser alcanzado por el poder punitivo, que es poco - debe ser mínimo. Por el contrario, si el sujeto es muy poco vulnerable, le resto su estado, determinando que fue mucho lo que hizo para alcanzar el nivel por el cual fue seleccionado por el poder punitivo.

## 6. La visión de la criminología de Zaffaroni<sup>7</sup>

Zaffaroni se encuentra por primera vez con la criminología durante su estadía en México en 1965, de la mano de quien

---

<sup>7</sup> A grosso modo, puede enunciarse que dentro de la criminología existen dos grandes paradigmas. El paradigma positivista o del consenso (en el que se encuentra el positivismo criminológico, el clínico, el estructural funcionalismo y dentro de éste la escuela de Chicago) cuyo objeto de estudio es el delincuente y la causa del delito, sin cuestionar el orden social, siendo legimitante de una determinada forma de distribución diferenciada de bienes, libertades e inmunidades. A mediados de la década del '50 del siglo pasado, con la teoría del labeling approach o del etiquetamiento, nace una nueva forma de hacer e investigar criminología: la criminología de la reacción social o directamente crítica. El objeto de estudio será la violencia, el proceso de construcción hegemónica de las normas jurídicas, el sistema penal y toda forma de control social. Este nuevo paradigma (en el que se enrolan la teoría del etiquetamiento, la nueva criminología, el new left inglés y el abolicionismo penal) cambia radicalmente lo que se entiende por criminología, ya que cuestionará el sistema económico, cultural y político.

fuera uno de sus maestros, Alfonso Quiroz Cuarón, más vinculado con un pensamiento positivista de la criminología. Del encuentro con criminólogos críticos latinoamericanos como Roberto Bergalli, Lola Aniyar de Castro, Luis Marcó del Pont, Nilo Batista y de su cercanía con los críticos europeos como Alessandro Baratta, Massimo Pavarini y Louk Hulsman construirá una teoría criminológica crítica.

En el ámbito criminológico, quizás sea más correcto hablar de las criminologías, así en plural, pues cada corriente teórica entendió cosas distintas sobre esta parte del saber.

La mayoría de los teóricos entiende que la criminología nació con el positivismo criminológico, más específicamente con la publicación en 1886 del libro *El hombre delincuente*, del médico italiano Cesare Lombroso. Quizás esta afirmación sea correcta si entendemos que fue la primera vez que se comenzó a teorizar sobre criminología con pretensión de ciencia, influido por el paradigma dominante del momento, el positivismo. Zaffaroni una vez más se destaca de sus colegas y plantea que el nacimiento de la criminología se dio con la obra *Malleus Maleficarum* o *Martillo de las Brujas*, escrito en 1484 por los inquisidores dominicos Heinrich Kramery James Sprenger. Zaffaroni la considera la primera obra que desde un modelo integrado premoderno aglutina un discurso penal, procesal penal y criminológico, pues contiene

“alto nivel de desarrollo teórico, con considerable grado de sofisticación, con información y síntesis sistemática del saber anteriormen-

te acumulado y con aprovechamiento de la experiencia práctica del ejercicio del poder punitivo” (2005:162)

Para Zaffaroni el *Malleus*, texto de gran circulación los dos siglos posteriores a su publicación, contiene el primer discurso legitimante del poder punitivo del momento: la Inquisición. Una vez más, la práctica de hervir mujeres por Europa es anterior a esta obra, pero lo que el *Malleus* viene a hacer es a darle un soporte discursivo.

El *Malleus* es la obra teórica fundacional del discurso legitimante del poder punitivo en la etapa de su consolidación definitiva, pues constituye el primer modelo integrado de criminología y criminalística con derecho penal y procesal penal. (2002:271)

55

Como bien dice Foucault (2004) allí donde existe un poder también existe resistencia y, en el ámbito del discurso, no hay excepción. Por eso, como contrapunto a este manual legitimante, se publicó en 1631 la *Cautio Criminalis*, una crítica demoledora a la Inquisición escrita por el poeta jesuita Friedrich Spee von Langenfeld.

“Spee no se enredó en discusiones sobre el poder de Satán ni de las brujas: no discutió su existencia pero sí afirmó que nunca conoció a una. En otras palabras, evitó caer en la trampa

usual del poder punitivo, que desvía la cuestión hacia la gravedad del mal y la necesidad de combatirlo: si el poder punitivo no sirve para lo que pretende, no se trata de discutir acerca de la maldad, sino de mostrar que en definitiva no la combate” (2011[a]:49)

Le debemos a Zaffaroni el descubrimiento de estas dos obras fundamentales de la prehistoria criminológica (el *Malleus* y la *Cautio*) que habían sido completamente olvidadas no sólo por los manuales de criminología sino también por los de historia del derecho penal.

Para Zaffaroni la obra de Spee constituye el primer discurso crítico contra el poder punitivo y fue una obra tan arriesgada, que se publicó de forma anónima.

56

La criminología se laicizó con el correr de los siglos y las luces trajeron las críticas de Beccaria<sup>8</sup> a la forma en la que se ejercía el poder en el atábuo y la propuesta de la prisión como castigo distribuido en cuotas. Las luces se apagaron y Lombroso, entusiasmado por el contexto evolucionista de su época, publicó en 1876 *El hombre Delincuente*, intentando construir una criminología total que explicara la causa del delito en las características físicas del delincuente. Lombroso se basó en el determinismo evolucionista para crear el *delincuente nato*.

Junto a Lombroso, los criminólogos positivistas como Raffaele

---

8 Publicó el libro *Dei delitti e delle pene* en 1764. Dice Beccaria sobre la pena de muerte y los suplicios: “Esta inútil prodigalidad de suplicios, que nunca hizo mejores a los hombres, me llevó a examinar si la muerte es verdaderamente útil y justa en un gobierno bien organizado. ¿Cuál puede ser el derecho que se atribuyen los hombres para asesinar a sus semejantes? (...) si demuestro que la pena de muerte no es ni útil ni necesaria, habré ganado la causa de la humanidad (2004:77).

Garófalo<sup>9</sup>, Enrico Ferri<sup>10</sup> y el argentino José Ingenieros<sup>11</sup> se consideraban a sí mismos como científicos y utilizaban técnicas propias de las ciencias naturales en sus investigaciones.

La teoría construida por estos criminólogos no sólo fue legitimante de las cárceles de su momento, también fue utilizada para la eugenesia nazi y sería parte importante de la gran masacre producida años posteriores en los campos de concentración. Zaffaroni la llama con acierto una criminología racista.

Para Zaffaroni lo central no es el carácter científico de la criminología, pues la definición de ciencia depende de un poder central que lo define, sino la idea de un saber que estudie el funcionamiento del sistema penal y del control social. Zaffaroni define a la criminología como:

“un saber que nos permite explicar qué son nuestros sistemas penales, cómo operan, qué efectos producen, por qué y cómo se nos ocultan estos efectos, qué vínculos mantiene con el resto del control social y del poder, que alternativamente existen a esta realidad y cómo se pueden instrumentar.” (1998:11)

---

9 Publicó su famoso libro *Criminología: estudio sobre el delito, sobre sus causas y la teoría de la represión* en 1885.

10 Su obra cumbre es *Sociología Criminal* de 1884.

11 La obra más importante en la materia es *Criminología*, de 1907. Allí Ingenieros complejiza las nociones de *delincuente nato* de Lombroso e incorpora a la psiquiatría como disciplina para estudiar a los delincuentes. Dice en un pasaje de su obra: “*Hay delincuentes que nacen degenerados; la herencia pesa de una manera decisiva sobre la formación de su personalidad. Son incapaces de imitar la moral de su sociedad y de adaptar la conducta a las normas usuales de la vida honesta. Los sentimientos básicos de piedad y probidad no pueden arraigar en ellos. Son hombres que viven “sin sentido moral” desde la cuna hasta su tumba*” (2008:131)

Zaffaroni plantea la necesidad de elaborar un saber criminológico desde el margen al poder mundial, un saber netamente latinoamericano, por eso plantea un

“realismo criminológico marginal, que revele la violentísima contención represiva de los más carenciados y la violencia de igual magnitud que implica la invulnerabilidad de los poderosos, será siempre “contracultural” para las clases medias y sus intelectuales, pero estamos seguros de que no lo será para las culturas de las grandes mayorías carenciadas y para la parte de la clase media que haya tomado conciencia de nuestra marginalidad.” (1998:24)

Para Zaffaroni (1993) la criminología debe ser:

a) **Crítica:** es decir, deslegitimante del poder punitivo, porque si no estaría avalando un genocidio que genera el paulatino pero incesante carácter represivo del sistema penal. Que sea crítica también implica un giro epistemológico de ciento ochenta grados. La criminología, pese a su origen etimológico (del vocablo griego “*kriminos*” –delito- y “*logos*” que significa estudio, atribuyéndosele en consecuencia como significado el estudio del delito) y positivista, no debe estudiar las causas del delito, sino los órganos de control social y cómo éstos operan.

**b) Aplicada:** de nada serviría una criminología que se quedara en el ámbito del discurso, debe erigirse como una criminología que aporte a una política criminal menos violenta.

**c) Valorativa:** el saber criminológico no puede ser neutral, sino que debe necesariamente militar por la disminución de la violencia que genera el sistema penal. Un saber orientado hacia la transformación.

**d) Orientada hacia los Derechos Humanos:** la falta de inversión en una elite del pensamiento ilustrado en nuestro margen del poder mundial y la violencia total que generan nuestros sistemas penales, hace que no podamos darnos el lujo de construir una teoría pura e inmaculada. Podrá haber discusiones dentro de la crítica, pero para Zaffaroni los Derechos Humanos, por más que contengan enunciados demasiado generales, son más que útiles para orientarnos en concreto. “Las violaciones a los Derechos Humanos en nuestro margen son tan groseras que, al menos por el momento, proporcionan pautas suficientemente orientadoras del sentido inmediato de la transformación” (2000:71)

**e) Marginal<sup>12</sup>:** la criminología para Zaffaroni debe partir no sólo analizando los fenómenos propios de la violencia de la región, sino también debe construir su propio marco teórico marginal.<sup>13</sup> La dependencia que padecemos los países periféricos en relación a los países centrales, no es sólo en términos

---

12 Zaffaroni pertenece a los que podríamos llamar fundadores de la criminología crítica latinoamericana, junto a la venezolana Lola Aniyar de Castro, el cordobés Luis Marcó del Pont, el brasilero Nilo Batista y el argentino Roberto Bergalli, entre otros. Estos criminólogos se juntaron por primera vez en la década del 70' y redactaron en 1981 un manifiesto de esta nueva forma de hacer e investigar en criminología, bajo los mandatos de una disciplina crítica y latinoamericana. Para un análisis completo véase Aniyar de Castro, 1987.

13 Discípulos de Zaffaroni como Rodrigo Codino (2015) plantean la necesidad de construir una criminología del tercer mundo, más emparentada histórica y culturalmente con las criminologías africanas que con las anglosajonas.

económicos o de división internacional del trabajo. La gran mayoría de nuestros intelectuales (incluyendo claro, algunos criminólogos) han construido teoría desde los marcos teóricos del norte. El desafío que plantea Zaffaroni es la construcción de una criminología del sur, con un marco teórico “más nuestro”, porque los problemas son distintos.

**f) Militante:** el planteo llevado por Zaffaroni es que la criminología académica debe salirse del mundo universitario y caminar la calle, estar presente en los medios de comunicación, estar con los operadores del sistema, las víctimas y los criminalizados, escribir para todos y no sólo para un reducido grupo de intelectuales. Debe asimismo “reproducir militancia, porque no es una tarea individual sino que requiere de muchas voluntades, de muchas personas con consciencia del problema y comprometidos con la tarea de imponer cautela.” (2011[b]:560).

**g) No negacionista de las masacres.** Los genocidios, pese a ser cometidos por el poder punitivo del Estado, han estado ocultos de la criminología académica. De forma encubridora la criminología ha olvidado estudiar una realidad evidente, los muertos. Por eso Zaffaroni (2011[b], 2012) incorpora como objeto de estudio de la criminología las masacres producidas por el poder punitivo. Esta es la propuesta de lo que Zaffaroni entiende como realismo criminológico marginal: un saber criminológico crítico, aplicado, valorativo y orientado hacia la realización de los Derechos Humanos que estudie el real funcionamiento del sistema penal, enfocado en reducir el poder punitivo y la selectividad con la que opera. Un saber que construya su propio marco teórico analizando los problemas característicos de la región que, por su distribución en el poder mundial, la violencia estatal asume otras configuraciones.

La historia en América Latina es la historia de los pueblos indígenas y sus instituciones jurídicas borradas; la colonización genocida en mano de los conquistadores, el proceso de descolonización, los procesos de construcción de los estados nacionales también genocidas llevados a cabo por las entonces elites criollas, la violencia homicida de las dictaduras militares, las rupturas y continuidades de la dictadura en democracia de y la construcción de jóvenes pobres como los enemigos. Esa historia compartida obliga a pensar una criminología desde el margen. Lola Aniyar de Castro y Rodrigo Codino (2013:340) plantean que la criminología zaffaroniana tiene el siguiente plan de acción:

En primer lugar [la criminología debe hacer] análisis crítico de los textos sospechados de ocultar técnicas de neutralización. En segundo término, debe estudiar los efectos de la habilitación irresponsable del poder punitivo y advertir sobre sus riesgos a los juristas y a los políticos. En tercer lugar debe investigar la realidad violenta aplicando las técnicas propias de la investigación social de campo, para neutralizar con los datos reales la criminología mediática; y adquirir una práctica comunicacional mediática para desnudar públicamente su causalidad mágica. Por último, debe analizar las conflic-

tividades violentas en todas sus particularidades locales para señalar la vía más adecuada para desmotivar los comportamientos violentos y motivar los menos violentos”

No se trata de un planteo teórico de una criminología del *deber ser* sino por el contrario el propio Zaffaroni es quien practica, en el mundo del ser, una criminología con esas características, y por supuesto no está solo.<sup>14</sup>

### **A modo de cierre**

Creemos que uno de los puntos fuertes en la teoría de Zaffaroni es la incorporación de elementos fundamentales del *ser* a la dogmática jurídico-penal. Como todo gran pensador, es consciente del rol político que juega la teoría en las configuraciones sociales, en las que no existe un saber neutro, y mucho menos un saber que estudia el poder punitivo.

Cuando Zaffaroni hace derecho penal o criminología entiende que la neutralidad ha sido una de las formas en las que más encubiertamente se ha colado - de forma sutil a veces, y más brutal otras - la ideología. Frente a ese dato, Zaffaroni no es un jugador neutral que se refugie en la asepsia de la ciencia. Muy

---

14 Para mencionar sólo algunos ejemplos en Argentina: En Córdoba, la cátedra de criminología fundada por Luis Marcó del Pont (integrada por Jorge Perano, Inés León Barreto, Lyllan Luque, Marysel Segovia, Eugenia Valle, Teresita Pereyra, Nicolás Macchione y quien escribe estas líneas); en Buenos Aires discípulos de Zaffaroni como Rodrigo Codino, Gabriela Gusi, Roberto Carlés y Matías Bailone. También en Buenos Aires Julio Virgolini, Gabriel Anitua, Alejandro Alagia, Lucila Larrandart, Mary Beloff. Y una mención especial para la gran criminóloga sanjuanina Daniela Puebla, que se nos fue en 2015.

por el contrario juega, sin dejar de verter sólidos conceptos e incontrastables juicios fundados en datos empíricos, en la arena política. Y juega a favor de los más vulnerables, de aquellos que menos poder tienen, de quienes perdieron doblemente con el Estado; primero por no reconocérseles sus derechos sociales, luego por ser seleccionados por el poder punitivo.

En la tensión permanente entre Estado de Derecho y Estado de Policía Zaffaroni juega activamente por el primero, no sólo de manera retórica, sino también comprometido con los Derechos Humanos.

El poder punitivo no es más que un *factum* de poder que canaliza la pulsión vindicativa y tiene tendencia al desborde. Si el poder punitivo se desbanda suceden las masacres que instala el Estado de Policía y, cuando eso sucede, del Estado de Derecho no quedan más que vestigios. De allí que para preservar la democracia, o más elemental aún, para preservar la vida, sea necesario un derecho penal y una criminología que no racionalice el poder punitivo (pues todas las racionalizaciones han desembocado en su legitimación), sino por el contrario que intente contenerlo y reducir su selectividad criminalizante que le es inherente.

Contener el poder punitivo es una tarea urgente que Zaffaroni nos llama a cumplir. La historia del sistema penal no es sino la historia de los muertos. ¿Qué nos queda entonces frente a este panorama sombrío en el que los muertos se encuentran desparramados? Zaffaroni rompió la puerta del altillo de la casa que comparten la criminología y el derecho penal, y allí descubrió todos los muertos masacrados que estos saberes ocultaron. Pensar, escribir o ejecutar de alguna manera el poder punitivo no es sino estar sembrando semillas de posibles

masacres. La cautela de Spee es fundamental para manipular esta arma. ¿Pero qué nos queda entonces? Como advierte el propio Zaffaroni, la criminología académica debe animarse a salir de sus cómodos sillones de la universidad, debe incomodar al poder punitivo no sólo desde el discurso en las cátedras, sino también en las calles, en los pasillos, en las reuniones de café; en la prensa escrita, en la radio, en la televisión. También por qué no en el cine, en las telenovelas. No se puede disputar la legitimidad del poder punitivo sólo en la academia. Es necesario contrarrestar el discurso participando desde otros ámbitos. Las nuevas generaciones tienen la enorme tarea de seguir militando para evitar que el sistema penal nos siga arrebatando vidas. Las nuevas generaciones tenemos el desafío que Raúl nos ha planteado. Esperemos estar a la altura de las circunstancias.

“En ocho siglos el sistema penal ha prometido resolver todos los problemas de la humanidad: la brujería, la herejía, la sedición, la traición, la revolución, la contrarrevolución, la prostitución, la sífilis, el alcoholismo, el comunismo, el neonazismo, el secuestro de aeronaves, la drogadicción, el lavado de dinero, la corrupción pública, el tráfico de armas, de personas, de capitales, el terrorismo, la destrucción del equilibrio ecológico, la videncia familiar, etc. No resolvió ninguno y complicó todo. Por razones que nada

tienen que ver con el sistema penal y el poder punitivo, algunos dejaron de ser problemas, otros perdieron interés público y siguen siendo problemas y, para otros, aparecieron soluciones de diferente naturaleza: la brujería y la herejía dejaron de ser problemas; el alcoholismo sigue siendo problema pero no se le presta atención; y la sífilis se resolvió en buena medida con la penicilina” (Zaffaroni, 2000:7)

## Bibliografía

Aniyar de Castro, Lola (1987): *Criminología de la liberación*, Universidad de Zulía, Maracaibo.

Aniyar de Castro, Lola & CODINO, Rodrigo (2013): *Manual de Criminología Sociopolítica*, Ediar, Buenos Aires.

Beccaria, Cesare (2004): *De los Delitos y de las penas*, Buenos Aires, Losada.

Codino, Rodrigo (2015): “Hacia otra criminología del tercer mundo” En Revista de Derecho Penal y Criminología, La Ley, Buenos Aires.

Crisafulli, Lucas (2011): “En el nombre de la Reinserción Social.” En Revista Diálogo de Saberes. Encuentros y desencuentros. Centro de Investigaciones de Filosofía y Humanidades, Universidad Nacional de Córdoba. Vol. 1 Nro. 1.

Crisafulli, Lucas (2014): “¿Derechos Humanos para delincuentes?”, en Columnas del portal de noticias Cba24n. SRT.

Ferri, Enrico (2004): *Sociología criminal. Tomo 1*; Centro Editorial Góngora; Madrid.

Foucault, Michel (2004): *Vigilar y Castigar. Nacimiento de Prisión*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

Ingenieros, José (2008): *Criminología*; Buena Vista Editores; Córdoba.

Kant, Immanuel (1989): *La metafísica de las costumbres. Estudio*

*preliminar de Adela Cortina*; Tecnos; Madrid.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (1991): “La Filosofía del Sistema Penitenciario en el mundo contemporáneo”; En Cuadernos de la cárcel. Edición especial de No hay Derecho. Buenos Aires.

(1992): *Hacia un Realismo jurídico penal marginal*; Monte Ávila Latinoamérica Editores, Caracas.

(1993): “Derechos humanos y sistemas penales en América Latina”. En AA.VV. (1993): *Criminología Crítica y Control Social. El poder Punitivo del Estado*; Editorial Juris, Santa Fe.

(1995): “Los Objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales, en MAIER, Julio, BINDER, Alberto -Comp- (1995): *El Derecho Penal Hoy, Homenaje al profesor David Baigún*, Santiago de Chile, Editores del Puerto.

(1998): *Criminología. Una aproximación desde el Margen*, Temis, Bogotá.

(2000): “Prólogo”; en MORRIS, Ruth (2000): *Abolición penal. Una elección práctica desde la justicia transformativa*, Santa Fe, Universidad Nacional del Litoral.

(2005): *En torno a la Cuestión Penal*; Editorial B de F, Buenos Aires.

(2006): *El enemigo en el derecho penal*; Ediar, Buenos Aires.

(2007): “Culpabilidad por vulnerabilidad”; *Lectio Doctoralis* en la aceptación del Doctorado Honoris Causa otorgado por la Universidad de Macerata (Italia) 69

(2011) [a]: *La Cuestión Criminal. Ilustrado por Miguel Rep*; Planeta editorial, Buenos Aires.

(2011) [b]: *La palabra de los muertos. Conferencias de*

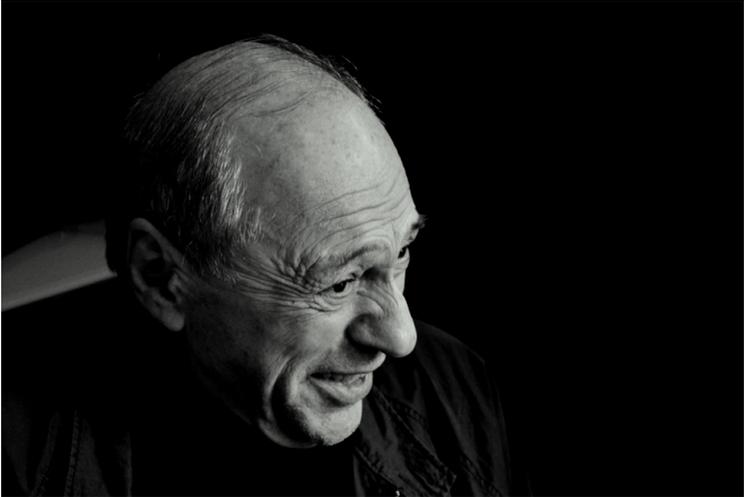
*criminología cautelar*, Ediar, Buenos Aires.

(2012): “Criminología académica y mediática. Construcción de miedos, masacres y enemigos.” En Revista Interferencia. Derechos y Seguridad Humana. Universidad Nacional de Córdoba. Vol. 0 N° 2 Año 2012.

(2012): *Crímenes de Masa*; Ediciones Madres de Plaza de Mayo; Buenos Aires.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Aliaga Alejandro y Slokar, Alejandro

(2002): *Derecho penal parte general*, Ediar, Buenos Aires.





# Derechos humanos y democracia

*Patricia Cópola<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

No deja de ser motivo de asombro la capacidad que tenemos los seres humanos de producir desgracias y sufrimientos para nosotros mismos. Práctica que se convierte en tragedia cuando es llevada a cabo –como generalmente sucede– por los poderosos, por quienes acceden a las armas o a otros medios utilizados para someter a sus semejantes a gran escala. Dice Carlos Nino<sup>2</sup> que el antídoto que han inventado los hombres para neutralizar esta fuente de desgracias es la idea de los derechos humanos. Esta idea expresa básicamente que la mera voluntad de los fuertes no justifica acciones que comprometen intereses vitales de los individuos, y que la sola cualidad de ser hombre constituye título suficiente para gozar de ciertos bienes que son indispensables para que cada uno elija su propio destino con independencia del arbitrio de otros.

No obstante remotos antecedentes, es con la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789 que esta idea se hace explícita. Todavía resulta impresionante, resalta Nino, la sentencia del prólogo de la Declaración de la Asamblea francesa que dice que “la ignorancia, el olvido o el desprecio de los

71

---

1 Profesora Titular de Filosofía del Derecho e Introducción al Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Miembro Junta Directiva Nacional de INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias penales y Sociales).

2 Ver Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos*, un ensayo de fundamentación, Astrea, Buenos Aires, 1989

derechos del hombre son las únicas causas de los males públicos y de la corrupción de los gobiernos.”

## **2. El principio de dignidad humana: presupuesto necesario para la concepción de Derechos Humanos**

Es fácil de constatar tanto en textos constitucionales como en declaraciones internacionales, las numerosas invocaciones a “la dignidad humana”, cuyo respeto se lo vincula con la vigencia de los derechos humanos y el aseguramiento de la paz<sup>3</sup>. Dichas formulaciones se aceptan, en principio, sin mayor reflexión.

En ese sentido tal vez resulte necesario recordar primero que existen tesis que sostienen que el principio de “dignidad humana”, al igual que los derechos humanos, o bien presuponen un juicio de valor cuya corrección no puede ser fundamentada intersubjetivamente, es decir racionalmente o que, en caso de serlo, está culturalmente condicionado<sup>4</sup>. El desafío consiste en lograr ofrecer criterios racionales de corrección moral y así, dotar también de contenido al concepto de dignidad humana. Kant ha sido, posiblemente, el filósofo que con mayor insistencia ha subrayado el valor de la dignidad humana sin limitaciones de

---

3 Carta de las Naciones Unidas (1946), “*El pueblo de las Naciones Unidas ha decidido (...) reafirmar su fe en los derechos humanos fundamentales, en la dignidad y valor de la persona humana*”. Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca (...) de todos los miembros de la familia humana;...*”. Artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (1949), “*La dignidad de la persona es inviolable. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público*”. El Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, artículo 10: “*Toda persona privada de su libertad será tratada humanamente y con respeto a la dignidad inherente al ser humano*”

4 Norbert Hoerster, 1983, “*Lo especial del concepto de dignidad humana es que no se trata (...) de un concepto descriptivo. La consecuencia de ello es que las controversias acerca de su aplicación necesariamente son controversias sobre evaluaciones morales que (...) son inaccesibles a decisiones científico-racionales*”.

fronteras políticas o étnicas y sin apelación a los intereses o inclinaciones de las personas: *“La moralidad es la condición bajo la cual un ser racional puede ser un fin en sí mismo; porque sólo por ella es posible ser miembro legislador en el reino de los fines. Así, pues, la moralidad y la humanidad, en cuanto que ésta es capaz de moralidad, es lo único que posee dignidad”*<sup>5</sup>.

No me detendré aquí en la exposición de la concepción kantiana. Basta señalar que para Kant la violación de la humanidad, la lesión de la dignidad humana, nos veda toda posibilidad de actuar como sujetos morales; lo que equivale a admitir que la “dignidad de la persona” no es un atributo accidental sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente. En otras palabras, la violación del principio de dignidad equivale a la deshumanización de la persona. La privación de la dignidad no se refiere a la imposibilidad de ejercer algún derecho determinado sino que se extiende a todo el derecho. El respeto a la dignidad humana es, entonces, presupuesto necesario de toda concepción de derechos humanos. Su negación significa convertir a la persona en objeto o animalizarla.<sup>6</sup> La tortura, cualquiera de sus modalidades, viola el principio de dignidad

---

5 *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (traducción de García Morente), México D.F, 1983.

6 La animalización no consiste en negar la existencia de una voluntad. También los animales, según Kant, tienen voluntad, causalmente determinada por las inclinaciones y los instintos; pero carecen de aquello que caracteriza a la voluntad humana, que puede ser “afectada” por impulsos sensibles sin estar causalmente determinados por ellos. En ese sentido, afirma Garzón Valdés, en el caso de los animales, existe el deber de no lesionarlos o de no infligirles sufrimiento.

humana porque su práctica, precisamente requiere la negación de la humanidad del torturado. Beccaria, cuando se lamentaba de los abusos criminales del siglo XVIII, recordaba que “*los legisladores romanos no admitían la tortura sino en el caso de los esclavos a quienes estaba quitada toda personalidad*”<sup>7</sup> En el siglo XVI, el teólogo de Salamanca, Juan Ginés de Sepúlveda, intentaba justificar los métodos de la Conquista degradando a los indios a la categoría de simios:

“Y siendo esto así, bien puedes comprender (...) si es que conoces las costumbres y naturaleza de una y otra gente, que con perfecto derecho los españoles imperan sobre los bárbaros del Nuevo mundo e islas adyacentes, los cuales en prudencia, ingenio, virtud y humanidad son tan inferiores a los españoles como los niños a los adultos y las mujeres a los varones, habiendo entre ellos tanta diferencia como la que va de gentes fieras y crueles a gente clementísimas (...) y estoy por decir que de monos a hombres”<sup>8</sup>.

A finales del siglo XIX, en nuestro país la llamada “*Campaña del Desierto*” con Julio A. Roca a la cabeza y la generación del “80” como ideóloga, se protagonizó uno de los genocidios más feroces de la historia argentina. El Teniente Coronel Luis Jorge Fontana registró la invasión militar al Chaco en un libro de memorias

---

7 Beccaria, Cesare, *De los delitos y la penas*, Alianza, Madrid, 1995.

8 Ginés de Sepúlveda, Juan, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura económica, México, 1941.

llamado “El Gran Chaco” y describe alguno de los modos utilizados por el ejército para incorporar a las comunidades indígenas al naciente Estado Argentino:

“A un indio tomado prisionero en un encuentro de armas se le ató al cuello un cordel cuyo extremo opuesto fue asegurado a la cincha del caballo en que montaba el soldado que debía conducirlo. Puesto éste en marcha y cuando el cordel perdió su elasticidad, el indio cayó como un tronco, pues no dio un solo paso, ni profirió la más ligera queja”<sup>9</sup>.

En el siglo XX, la barbarie nazi introdujo la expresión “*Unmensch*” (“no-humano”) para designar a los judíos y justificar su exterminio.

### **3. La Declaración proclama, la realidad traiciona**

A partir de la Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, el reconocimiento de los derechos humanos se fue expandiendo a través de las constituciones de prácticamente todos los estados nacionales y de normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, sancionada por la Naciones Unidas en 1948, y los pactos subsiguientes, propiciados por el mismo organismo, sobre derechos civiles y políticos y sobre derechos económicos, sociales y culturales.

---

<sup>9</sup> Trincherro, Hugo, Los Dominios del demonio. Civilización y Barbarie en las fronteras de la Nación. El Chaco Central, Eudeba, Buenos Aires, 2000

Pero a pesar de la importante expansión del reconocimiento jurídico de los derechos humanos, el mismo siglo XX presenció genocidios sin precedentes, purgas siniestras, masacres y persecuciones, intervenciones de grandes potencias en la vida de otros pueblos, hambrunas, enfermedades evitables y analfabetismo en vastas regiones del mundo.

No debe haber documento internacional más citado y elogiado que el de la Declaración Universal de Derechos Humanos; y, si bien ha significado y significa una herramienta fundamental para el reclamo de los derechos que consagra, resulta irónico que, por ejemplo, la libertad, que es en los treinta artículos de la Declaración la palabra que más se repite, sea el derecho más vulnerado: “Nadie será sometido a esclavitud ni a servidumbre en cualquier forma”, advierte el artículo 4. “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos”, dice el artículo 1. Que nacen, puede ser, pero a los pocos minutos de asomarse al mundo, se acabó la igualdad: las dos terceras partes de la humanidad sobreviven con menos de dos dólares diarios y la brecha entre los que tienen y los que necesitan se ha triplicado desde 1948. “*Nadie podrá suprimir ninguno de estos derechos*”, asegura el artículo 30, pero unos cuantos bien pueden afirmar: “¿No ven acaso que puedo?”; unos cuantos, o sea, el sistema universal de poder, siempre acompañado por el miedo que difunde y la resignación que impone.<sup>10</sup>

Así, a más de medio siglo de que la Asamblea General de las Naciones Unidas en París efectuara la Declaración Universal de los Derechos Humanos, miles de millones de hombres y mujeres

---

10 La última dictadura militar en la República Argentina (1976), tuvo la particularidad de ser la experiencia más cruenta en materia de violaciones a los derechos humanos del Cono Sur de América Latina: instala el terrorismo de estado, la tortura como método de interrogatorio, la desaparición y muerte de miles de personas y la apropiación sistemática de recién nacidos.

aspiran aún a reconocerse en sus proclamas; porque mientras pueblos enteros tomaron y toman la palabra en nombre de la libertad, la igualdad y la dignidad, son permanentemente violados los derechos humanos en el mundo.

#### **4. El miedo como forma de ejercicio del poder. Eugenio Raúl Zaffaroni y “el derecho penal del enemigo”**

Posiblemente sea el miedo, sensación fabricada e impulsada desde el poder, el fenómeno que más afecta las ideas de ciudadanía y de democracia y conlleva, como irracional mecanismo defensivo, a la violación sistemática de los derechos humanos. A partir del miedo la sociedad tiende a defenderse a cualquier precio y cambia el eje de sus preocupaciones: el hambre y la desocupación salen del centro de la escena para dar lugar al miedo a los “enemigos de la sociedad”: ladrones, violadores furtivos o “piqueteros”.<sup>11</sup>

Al respecto, la hipótesis general o básica que desarrolla Raúl Zaffaroni consiste en que el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como entes peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos.<sup>12</sup>

---

11 La protesta callejera se convirtió en los últimos años en Argentina en una de las principales enemigas del orden público.

12 Zaffaroni, Raúl, *El enemigo en el Derecho Penal*, Departamento de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, Abril de 2006.

Afirma Zaffaroni<sup>13</sup> que para Carl Schmitt la esencia de lo político es la diferencia entre amigo y enemigo, así la esencia de lo político es la potestad de definir e identificar al enemigo, al extranjero, al extraño, a aquél que no pertenece a la comunidad jurídica. En una de sus más famosas conferencias, pronunciada en 1963 en la España franquista titulada “la teoría del partisano”, Schmitt defiende al general Raoul Salan, jefe del terrorismo de derecha del colonialismo argelino- francés que estaba siendo juzgado en París. En ese texto Schmitt sostiene que hay una guerra que tiene características particulares, que el enemigo se esconde en el pueblo, que no se trata de la guerra clásica ni de la guerra de caballeros. Entonces no le podemos aplicar ningún derecho, se quedan fuera del derecho. La guerra invocada por el enemigo, ni siquiera es la “guerra al delincuente” a la que se refería Garófalo, sino que se trata de una guerra sucia, a la que no le podemos aplicar el derecho internacional humanitario, ni los Convenios de Ginebra sobre Prisioneros de Guerra. Se trata de esa guerra particular a la que se refería Carl Schmitt, es Guantánamo, es la guerra preventiva. Se pregunta Zaffaroni: ¿de dónde nace el concepto de prevención para la guerra de Irak, si no es del derecho penal?<sup>14</sup>

Algo de Schmitt, dice Zaffaroni, se puede encontrar ya en Hegel, cuando afirma que sólo pueden actuar con relevancia jurídica los que alcanzan la autoconciencia, dejando fuera del ámbito de lo jurídico a todo aquél que no considera autoconsciente, o libre. Así, no son libres los locos, los indios o los multirreincidentes.

---

13 Ver *La evolución del saber penal y sus contratiempos* en Derechos Fundamentales y Derecho penal, comp. Patricia Cópola, Advocatus, Córdoba, 2006.

14 El 11 de septiembre de 2001, ese sistema penal encontró un enemigo de cierta entidad en el llamado terrorismo. Al mismo tiempo, tomó prestada la prevención del discurso penal legitimante y pretendió presentar como preventiva la guerra contra Irak. Como nunca antes, se descarna la identidad del poder bélico con el punitivo en una desesperada búsqueda del enemigo. Ver, Zaffaroni, op. Cit, 2006

Hegel, según Zaffaroni, no los considera enemigos, sino que como no han alcanzado el nivel del espíritu subjetivo y, por ende, no pueden relacionarse con otro ente libre, no pueden actuar con relevancia jurídica. Si bien Hegel no los considera enemigos, de excluido a enemigo hay un solo paso.

Para Zaffaroni la propuesta de Günter Jakobs, para quien debe haber dos derechos penales, el del ciudadano y el del enemigo, se inscribe en la misma tradición que Carl Schmitt, o sea en la tradición penal que buscó al enemigo, y cuando se busca un enemigo, se habla de guerra. Para Jakobs el enemigo no es una persona sino algo que debe ser considerado en razón de su peligrosidad, la que debe neutralizarse con una medida. Para Zaffaroni, ello constituye una “emergencia” (un mal en curso o inminente que amenaza con destruirnos a todos) que, para hacerle frente, se degrada al derecho penal al ámbito del derecho administrativo.<sup>15</sup> En ese sentido, la coerción que se ejerce para detener un mal inminente no es penal sino administrativa. Desde la Inquisición hasta nuestros días, continúa diciendo Zaffaroni, cada vez que invocamos una emergencia, el derecho penal le pide prestado el discurso al derecho administrativo y, por el otro lado, cada vez que se quiere limitar el poder punitivo del Estado el derecho penal pide prestado el discurso al derecho civil, esto es, a la noción de contrato, de retribución. Pareciera, entonces, que el derecho penal no posee un discurso propio. Y no solamente no posee un discurso propio, sino que en Argentina, para Zaffaroni, durante la última dictadura militar, funcionaron tres sistemas penales: un sistema oficial con sentencias y jueces, un sistema paralelo con puestas a disposición del PEN (Poder Ejecutivo Nacional) y un sistema subterráneo que hizo desaparecer a treinta mil personas.

---

<sup>15</sup> Según Zaffaroni el Derecho Penal liberal bien entendido no puede ser otra cosa que un discurso limitador del poder punitivo, no un discurso legitimante. Ver ¿Vale la pena?, El debate Nino - Zaffaroni en No hay Derecho, blog personal de Alberto Bovino, 2008.

La Inquisición tenía sus enemigos (las brujas y el diablo); el 11 de septiembre le sirvió a los Estados Unidos para controlar a sus enemigos (los inmigrantes) y en nuestro mundo autoritario todas las semanas fabricamos un enemigo distinto: un día son los secuestradores, otro los violadores, otro los abusadores de niños, otro los piqueteros y, por cierto, siempre los morochos con gorra. De este modo el miedo no cesa en una sociedad bombardeada con exceso de noticias de página roja.

Frente a este desborde, Zaffaroni afirma que debemos combatir al “derecho penal del enemigo” construyendo la teoría del delito y de la pena sobre la base de nuestras mejores tradiciones constitucionales.<sup>16</sup> Así, por ejemplo, un juez está obligado a aplicar el mínimo de la escala legal en una pena, siempre y cuando este mínimo no contravenga una norma de mayor jerarquía, lo que debería resultar obvio. Son los mismos jueces quienes deben ejercer el control de constitucionalidad, están obligados a ello y no a lo Carl Schmitt, esto es, abandonar el derecho penal por el derecho administrativo, o sea que resuelva el político frente a la emergencia, frente al ataque del enemigo.

Es entonces para Zaffaroni la función de los doctrinarios del derecho penal reconstruir radicalmente el derecho penal con base constitucional, enraizar los conceptos en nuestra tradición penal originaria. También es función del doctrinario exhortar al poder jurídico a asumir la función de poder y a rechazar el rol subordinado de mera burocracia. Y eso no es otra cosa

---

16 El respeto por la persona, el derecho a la vida y a la libertad personal, el nexo de unión entre legalidad y libertad, la separación entre derecho y moral, la tolerancia política, la libertad de conciencia, la independencia de la función judicial y los límites de los poderes del Estado, son valores fundamentales del moderno Estado de Derecho madurados principalmente en el terreno del derecho penal mediante las luchas iluministas contra la intolerancia religiosa y contra el absolutismo del *ancien régime*. Principios estos incorporados en las constituciones modernas como garantías penales y procesales.

que la ardua lucha por el derecho como sostenía Rudolph von Ihering, como la lucha que libraron nuestros padres liberales en el derecho penal, a los que no les tocó vivir precisamente en un lecho de rosas. Francesco Carrara se enfrentó con todos los jueces de su Toscana; De Anselm von Feuerbach siempre se dijo que fue envenenado; Francesco Pagano fue fusilado; Pellegrino Rossi fue asesinado de una puñalada; Giandomenico Romagnosi debió partir al exilio; el Marqués de Beccaria tuvo que publicar su “Dei delitti e delle pene” en forma anónima y así, ironiza Zaffaroni, podríamos seguir enumerando las desventuras de los pensadores liberales.

Raúl Zaffaroni, a pesar de todo, es un optimista. Confía en que en el siglo XXI los juristas más jóvenes levantarán la “huelga de pensamiento” y volverán a pensar el derecho penal al nivel que tuvo en los mejores tiempos de los liberales, y espera que no incurrirán en los mismos errores de los liberales, sino que serán capaces de no volver a caer en la legitimación de fragmentos del poder punitivo, porque, afirma, el poder punitivo es tan perverso que cuando se legitima una parte, por desgracia, se legitima completamente y sin límites.

## **5. Derechos humanos y democracia<sup>17</sup>**

a- El acceso a la justicia: “el código civil para los ricos, el código penal para los pobres”, dice el adagio popular

El acceso a la justicia constituye un asunto central en términos

---

<sup>17</sup> La mayoría de las ideas presentadas en este apartado, y en el siguiente, no me pertenecen de modo original, sino que son parte del conjunto de ideas desarrolladas por Alberto Binder y por quienes conformamos el INECIP (Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales).

de la concreción efectiva del proyecto político democrático. El acceso a la justicia es un derecho humano inalienable que cuenta con rango constitucional y está reconocido en los tratados internacionales de Derechos Humanos. Y se entiende como la posibilidad concreta que tienen todos los ciudadanos de plantear su caso ante los tribunales, contar con el auxilio de las instituciones judiciales y aspirar a una decisión imparcial y oportuna.

Podemos afirmar que el ejercicio o falta de ejercicio de este derecho constituye una clara manifestación de las condiciones de desigualdad, injusticia y desprecio por la dignidad de los seres humanos. La realidad en Argentina y en el resto de los países de Latinoamérica y el Caribe, muestra que los beneficios de la justicia no se encuentran al alcance de la mayoría de la población más desprotegida en términos sociales, económicos y educativos, situación que compromete fuertemente al Estado de Derecho, en la medida que su legitimidad se construye en la implementación efectiva del principio de igualdad ante la ley y las desigualdades para acceder a la justicia compromete esa legitimidad, ya que de lo que se trata finalmente es de saber qué instrumentos concretos pone el sistema democrático en manos de los ciudadanos para luchar por una vida digna.

El flagrante divorcio entre el plano discursivo-normativo y el ejercicio efectivo de los derechos deja a los ciudadanos desprotegidos a dos niveles: por un lado frente a los abusos del poder del Estado y, por el otro, frente a los daños provocados por otros ciudadanos (la delincuencia en todas sus manifestaciones). En este sentido el pensamiento jurídico tradicional no se cansa de inventar estructuras formales que permiten que los ciudadanos “tengan derechos” que no pueden gozar ni reclamar.

Así, se construyen Estados que no consideran como una política pública relevante posibilitar el acceso a la justicia, sino que refuerzan ese estado de cosas concentrando el poder.<sup>18</sup>

Los procesos de reformas judiciales que comenzaron en toda América Latina a partir de las recuperaciones democráticas, han comenzado a asumir este tema, pero todavía es grande la tendencia a dejarlo convertido en un problema solamente de simplificación del proceso, asistencia legal e infraestructura –lo que por cierto es necesario– pero sin considerar la base política y estructural del problema, difícilmente entrará en el proceso de cambio.

La importancia fundamental del derecho al acceso a la justicia radica en que, su falta de ejercicio muestra la ineficacia del sistema judicial, lo que redundará en su debilidad institucional y vacía de contenido el proyecto político democrático.

#### b- La profundización de la democracia<sup>19</sup>

Frente al panorama de anomia frente a la ley que presenta la realidad de las sociedades latinoamericanas, la dificultad de acceder a la justicia y la instalación del miedo a través de la construcción de enemigos, pareciera que la democracia dista de ser condición suficiente para la protección de los derechos humanos, pero sin duda es una condición necesaria: la democracia constituye el proyecto político en el que debe inscribirse la garantía de los Derechos Humanos.

---

18 Ver Binder, Alberto, Obando, Jorge *De las Repúblicas aéreas al Estado de Derecho: debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

19 Ver *La lucha por la legalidad*, Binder, Alberto, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2001.

Si hay una promesa que instala el sistema democrático es la de la legalidad, la confianza en la ley y las instituciones y el respeto a los Derechos Humanos que la mayoría de las constituciones democráticas modernas consagran.<sup>20</sup>

Palabras tales como Democracia, Derecho o Ley, gozan de una carga emotiva favorable. Así, que algo o alguien sea tildado de “democrático” es sinónimo de justo o bueno y viceversa, si alguien es acusado de antidemocrático, lo es de autoritario, injusto, o lo que es peor, de fascista.

Dotar de significado y de sentido profundo a las palabras Democracia o Ley, no es fácil cuando ellas conviven tranquilamente - y a veces sin inmutarse siquiera- con situaciones de desigualdad, exclusión y pobreza que poco tienen que ver con la pretensión de generalidad y de igualdad ante la Ley. Así, el Estado de Derecho, se vacía de contenido político y pasa a ser, en el mejor de los casos un ideal ético que a casi nadie moviliza. La pérdida de la fuerza normativa de la ley constituye lo que conocemos como impunidad estructural, la que se encarga de encubrir al poder concentrado y su distribución de privilegios, y es, en ese sentido, la contracara de la democracia, convirtiéndola en una mera fachada.

---

20 “(...) se puede generalizar la tesis varias veces enunciada para el derecho penal de que el primer instrumento de delimitación y deterioro de los poderes y de las consiguientes desigualdades es la estricta legalidad, es decir, la preterminación de los actos que re- presentan el legítimo ejercicio de cada poder, así como de sus presupuestos, sus formas y sus efectos. Naturalmente, ningún poder puede ser puramente jurídico, es decir, ente- ramente predeterminado por la ley y totalmente carente de discrecionalidad. No lo es ni siquiera, como sabemos, el poder judicial, que tendría que serlo más que ninguno según su modelo teórico. Pero también en los demás casos es una cuestión de grado. De ahí, en todo caso, que sea una garantía esencial que un poder, cuando por sus funciones sociales no pueda ser suprimido, sea al menos lo más limitado posible por la ley.” Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1998.

Es común atribuir este problema a un defecto de los ciudadanos. La falta de educación cívica, las tendencias autoritarias o populistas que nacen de la propia cultura, la comodidad de la sumisión, el sentido mesiánico que produce líderes carismáticos, egoísmo, la desarticulación social, el analfabetismo y otros males de la gente son los que causan este descreimiento ante la ley. Sin embargo, generalmente los sectores con más “cultura cívica” (políticos y dirigentes de nuestra sociedad) suelen proclamar a viva voz la inutilidad de la ley (penal, carcelaria o procesal penal) cuando, por ejemplo, prometen más seguridad para los ciudadanos. A modo de ejemplo, el 11 de febrero del año 2005, se desata un motín en el penal San Martín de la ciudad de Córdoba, el que derivó en un baño de sangre. El entonces gobernador, Dr. José Manuel De la Sota, en el comunicado oficial<sup>21</sup> expresó su concepción restrictiva de los Derechos Humanos y la ciudadanía, desconociendo y cuestionando el Pacto de San José de Costa incorporado con jerarquía constitucional en la Reforma de 1994. En esa oportunidad señaló: “*Soy el gobernador de todos los cordobeses, y lo soy para garantizar los derechos humanos de los que trabajan, de las familias, de los decentes (...)*”. La respuesta del Estado fue, frente al reclamo de los presos por el estado de ilegalidad y violación sistemática de sus derechos, la negación de su calidad de sujetos de derecho.

Vivimos en una sociedad que produce leyes de manera descontrolada que nadie conoce y nadie aplica, mientras crece y se reproduce la sociedad de privilegios, cuya peor versión es la exclusión social de grandes sectores de la población.

¿Cómo confiar en la ley cuando los derechos más elementales son desconocidos? Las Constituciones obligan a un salario

---

21 Gacetilla de Prensa del gobierno de la Provincia de Córdoba del 15 de Febrero de 2015. Área Gobernación. <http://archivo.lavoz.com.ar/2005/0216/1371.pdf>

digno y hay condiciones de trabajo lindantes con la esclavitud. Códigos enteros protegen la niñez y muchos de nuestros niños trabajan en las calles en vez de ir a la escuela. Se proclama el derecho a la salud y no hay camas en los hospitales públicos. Se proclama la igualdad de la mujer y aumentan los femicidios, y la lista sigue para mostrarnos un hecho evidente: muchas leyes elementales y fundamentales no se cumplen.

La contracara de este problema es la debilidad de nuestros sistemas judiciales, que son los encargados de hacer que se cumplan las leyes. Es que los sistemas judiciales de América Latina, que responden históricamente a la “justicia del rey”, trasladada por españoles, portugueses y franceses y ratificada por centurias, funcional a los intereses coloniales y a la concentración del poder, no fue pensada para que hiciera cumplir la ley. Así, a lo largo de nuestra historia, los jueces fueron manipulados por el caudillo de turno y los tribunales superiores se cansaron de avalar dictaduras militares. Ocurrieron matanzas, golpes de Estado, alzamientos, se entregaron nuestras riquezas a empresas extranjeras, se usurparon tierras, se desaparecieron ciudadanos y el Poder Judicial, dice Alberto Binder,

*“(...) se mantuvo al margen, entreteni-  
do en el lento tramitar de expedientes  
polvorientos, en la repetición mágica  
de fórmulas vacías, en una crueldad  
convertida en rutina, que mantuvo  
siempre a los pobres en la cárcel”<sup>22</sup>*

Hoy, ya entrado el siglo XXI, nos encontramos todavía con una administración de justicia débil, poco dispuesta a construir

---

22 Binder, Alberto, Op. cit.

su fortaleza y, como siempre, preocupada en defender sus privilegios. Afirma Binder que

“Se ha invertido la fórmula básica del Estado de Derecho, que ahora dice: cuanto más débil es una persona o un sector social, más irrazonable es que confíe en la ley y los tribunales, para la consecución de sus intereses o la satisfacción de sus necesidades”<sup>23</sup>

La histórica injusticia de las sociedades latinoamericanas nos lleva a ser impacientes a la hora de pretender disolver la tensión entre la proclama de los Derechos Humanos y el sistema democrático por un lado, y la realidad de la exclusión social que desampara a grandes segmentos de nuestras sociedades, por el otro. Pero no siempre debemos hacer una lectura negativa de esa impaciencia porque ella es el resultado de la solidaridad y la sensibilidad por el dolor ajeno. Es sano para una sociedad que cada generación mantenga la impaciencia por construir una sociedad más justa; y mucho más sano aún es que las generaciones más jóvenes mantengan esa impaciencia. Una política que no se nutre de esa impaciencia se convierte en mera administración de lo que existe, le falta la capacidad de transformar la realidad. Definir la política como “el arte de lo posible” es descalificarla por conservadora. La política es el arte de imaginar sociedades mejores y volverlas posibles.

La profundización de la democracia nos da la oportunidad de no ser violentos en la tarea. Nos da la oportunidad de administrar la impaciencia. Se ha vuelto muy cómodo ser demócrata en

---

23 Binder, Alberto, Op. cit.

América Latina y eso es un signo de superficialización de la democracia, de lo que se trata, es de radicalizar la lucha por la legalidad. Quizá comience una época en la que ser demócrata en América Latina no sea cómodo. Quizá sea hora de recordarle a la democracia sus promesas elementales y que ello irrite y moleste al “poder del rey”.

## Bibliografía

Beccaria, Cesare, *De los delitos y la penas*, Alianza, Madrid, 1995.

Binder, Alberto, *La lucha por la legalidad*, en Fichas, Ediciones del Instituto, Buenos Aires, 2001.

Binder, Alberto, Obando, Jorge, *De las Repúblicas aéreas al estado de Derecho: debate sobre la marcha de la reforma judicial en América Latina*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2004.

Binder, Alberto, *La sociedad fragmentada*, en Revista Nueva Sociedad, Caracas, N° 111.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1998.

Ginés de Sepúlveda, Juan, *Tratado sobre las justas causas de la guerra contra los indios*, Fondo de Cultura económica, México, 1941.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (traducción de García Morente), México D.F, 1983.

Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos, un ensayo de fundamentación*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

Nino, Carlos, *Un país al margen de la ley*, Emecé, Buenos Aires, 1992.

Trincheró, Hugo, *Los Dominios del demonio. Civilización y Barbarie en las fronteras de la Nación. El Chaco Central*, Eudeba, Buenos Aires, 2000.

Zaffaroni, Raúl, *La evolución del saber penal y sus contratiempos en Derechos Fundamentales y Derecho Penal*, comp. Patricia Cópola, Advocatus, Córdoba, 2006.



# Conferencias



# Colonialismo y derechos humanos<sup>1</sup>

*Eugenio Raúl Zaffaroni*

Queridas amigas, queridos amigos: muy buenas tardes. Ante todo, muchísimas gracias por esta enorme presencia aquí. Estoy altamente estimulado porque veo una enorme presencia de estudiantes y la verdad es que a ustedes les va a tocar vivir plenamente este siglo. Yo haré el máximo esfuerzo por tratar de llegar al final, pero hay límites biológicos.

Les estamos dejando un siglo realmente complicado, bastante complicado. El ámbito de los Derechos Humanos y de la Política Criminal en América Latina no los podemos considerar ni analizar fuera de un contexto global, de un contexto mundial.

Somos partes de ese contexto mundial, somos partes de una región con características particulares dentro de ese contexto. Gran parte de lo que nos sucede es que a veces creemos que lo que es folklórico no lo es, sino que es resultado de particularidades que tiene ese contexto sobre nuestra realidad cotidiana, pero no es folklórico. Estamos viviendo un momento complejo, un momento mundial complejo y nuestra región particularmente también.

93

## **Los derechos humanos**

Suele contarse la historia de los Derechos Humanos desde el centro<sup>2</sup> y se enseña que primero hubo Derechos Humanos de

---

1 Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, el 24 de Agosto de 2015.

2 Nota del editor (N.E.): Zaffaroni utiliza en reiteradas oportunidades la teoría de la dependencia. Por eso, cuando habla de centro, se refiere al centro del

primera generación, (los individuales como los civiles y los políticos); luego fueron reconocidos los Derechos Humanos de segunda generación (los derechos sociales) y por último se habla de los Derechos Humanos de tercera generación, entre los cuales está el derecho al desarrollo (desarrollo entendido no como un mero crecimiento del producto interno bruto sino un desarrollo humano en todas las dimensiones, que potencian la calidad de vida).

Esta clasificación de los Derechos Humanos narrada desde el mismo centro, esta historia, es una leyenda del centro.

Para América Latina esto que ellos consideran el derecho al desarrollo como derecho de tercera generación es nuestro derecho humano de primera generación. ¿Por qué? La primera condición del desarrollo es la independencia, de modo que nuestros primeros héroes de Derechos Humanos han sido José de San Martín, Simón de Bolívar, Antonio José de Sucre, Mariano Moreno. Es decir, nuestros libertadores, que por otra parte eran muy conscientes de otros Derechos Humanos que después se han negado, fueron liberales convencidos de la idea de su tiempo y además una idea que vivenciaban. Nuestros ejércitos libertadores eran pluriétnicos, nunca hubo discriminación racial por parte de nuestros primeros héroes de los Derechos Humanos y efectivamente nuestra historia en cuanto a los Derechos Humanos está íntimamente vinculada al colonialismo.

## **El colonialismo**

Es una ingenuidad creer que el colonialismo terminó con nuestras independencias formales, pues éstas sólo terminaron

---

poder mundial, utilizando la palabra periferia para referirse a las economías emergentes.

la etapa del colonialismo originario, el colonialismo de las potencias bélicas de España y Portugal, pero el colonialismo continuó, sólo que la hegemonía colonialista cambió en Europa. Perdieron el poder las potencias Ibéricas porque no pudieron adaptarse a las condiciones de la revolución industrial, es decir, la consolidación de sus sociedades altamente estratificadas y verticalizadas les impidió tener la ductilidad como para adaptarse a las nuevas condiciones que imponía la revolución industrial y por ende, la hegemonía pasó a las potencias del norte de Europa, fundamentalmente Gran Bretaña.

Después del colonialismo vino el neo-colonialismo, que tuvo una etapa muy larga con distintos capítulos en los cuales nuestros países fueron ocupados primero por Repúblicas oligárquicas. Copiamos la Constitución de Estados Unidos no por servilismo sino porque era la única Constitución republicana que había en ese momento, el único modelo más o menos republicano. Teníamos Constituciones que hablaban de la soberanía del pueblo, garantías, libertades, pero la realidad de los países era prácticamente feudal, no digo feudal en sentido propio, porque el feudalismo es un fenómeno europeo, pero eran realidades cuasi feudales en casi toda la región.

Después de terminar las sangrientas luchas civiles normalmente entre dos modelos económicos –un modelo de economía más o menos mediterráneo y un modelo de economía portuaria, se llamaran conservadores o liberales, unitarios o federales, rojos, colorados o blancos, cada uno de nosotros fue recibiendo su propio curso histórico – terminado eso, unas cuantas familias latifundistas se repartieron territorios con prácticamente la propiedad de personas en estado de reducción a la servidumbre, es decir un pueblo directamente marginado del protagonismo

político, y eso lo legitimaban a través de una ideología propia del colonialismo británico de la época. Se trata de una ideología spenceriana que planteaba algo así como “estamos más evolucionados y por eso tenemos derecho a colonizarlos a ellos, porque tienen la cabeza más chica”. Herbert Spencer decía que el cerebro y el sexo consumen el mismo nutriente, entonces había que imponerles a estos pueblos una disciplina moral para que usen menos lo de abajo y se les agrande lo de arriba. Creo que esto está retratado al óleo con marcos renacentistas en las paredes de nuestras Universidades, y lo sostenían hace cien años, que en términos históricos no es mucho. Este pueblo reducido a la servidumbre, desde esta ideología spenceriana, se los planteaba como razas inferiores que había que proteger y que tutelar hasta que más o menos se volvieran conscientes y entonces recién allí le podíamos dar los derechos y garantías que establecía la Constitución Nacional. Estas oligarquías validan este reduccionismo biológico, grosero, brutal y racista autoerigiéndose como los avanzados, los procónsules de la civilización. Esa fue la ideología que cundió por todo nuestro territorio: el grupo del positivismo de Porfirio Díaz en México hasta nuestra oligarquía vacuna, pasando por la República Velha brasileña y el patriciado peruano.

Frente a esto, fue surgiendo en América Latina **una resistencia**. A esta forma de ocupación por parte de las oligarquías proconsulares, estallando de la forma más violenta con la guerra civil más terrible del siglo pasado: la Revolución Mexicana que comienza en 1910, con una enorme cantidad de muertos y un impresionante desplazamiento de la población. Después, cada uno de nuestros países fue armando, con sus características propias, este fenómeno de la resistencia, principalmente a

través de movimientos políticos a veces ideológicamente incoherentes, que no respondían a modelos de los partidos políticos europeos o modelos ideológicamente cerrados, eran movimientos pluriclasistas, algunos fueron autoritarios y personalistas. Todos esos fueron los populismos que se fueron desarrollando a lo largo y a lo ancho de América Latina: Lázaro Cárdenas en México, Getulio Vargas en Brasil, José María Velasco Ibarra en Ecuador, Hipólito Yrigoyen y Juan Domingo Perón en Argentina.

Con todos los defectos y contradicciones, estos populismos abrieron y ampliaron las bases de ciudadanía real y si alguno de ellos fue autoritario o exageró cierto paternalismo político, comparado con lo que vino después, empalidece cualquier defecto o cualquier abuso que pudieran haber tenido.

Efectivamente, vino otra etapa que comienza al finalizar la guerra de Corea, y suena un balazo en el Palacio de Catete de Río de Janeiro cuando se suicidó Getulio Vargas en 1954. En el mismo año se produce la invasión en Guatemala y el derrocamiento del gobierno popular de Jacobo Árbenz. También se produce un giro en la política del movimiento nacional revolucionario boliviano; el derrocamiento de Velasco Ibarra en Ecuador y, al año siguiente, cayeron las bombas en nuestra Plaza de Mayo.<sup>3</sup> A partir de entonces, se va gestando otro modelo de ocupación territorial a través de nuestras propias fuerzas armadas. Allí comienza a importarse una ideología abierta y confesamente colonial, se importa la llamada ideología de seguridad nacional, propia del colonialismo francés en Indochina y en Argelia. La ideología de seguridad nacional alucina una guerra mundial ya declarada y en curso, una guerra constante donde cada golpe

---

3 N.E.: Se refiere al derrocamiento de Juan Domingo Perón en manos del General Lonardi a través de la autodenominada Revolución Libertadora.

que se daba detrás de la frontera era un capítulo de esa guerra mundial en curso.

Esta ideología se vale de uno de los teóricos más inescrupulosos que haya conocido la teoría política y jurídica, me refiero a Carl Schmitt. En una de sus más famosas conferencias, pronunciada en 1963 en la España franquista y titulada “La teoría del partisano”, defiende justamente al general Raoul Salan, que era el jefe del terrorismo de derecha del colonialismo argelino- francés y estaba siendo juzgado en París. En ese texto, Schmitt sostiene que hay una guerra que tiene características particulares, que el enemigo se esconde en el pueblo, no es la guerra clásica ni es la guerra de caballeros. Cabe mencionar que nunca existió una guerra de caballeros; la Primera Guerra Mundial por ejemplo, de caballero no tuvo nada. La Primera Guerra Mundial fue una masacre terrorífica en la que se usaron gases venenosos. Hay montones de brazos y piernas amputados, una cosa terrible, y ¿esa era la guerra de caballeros? Eso no existió nunca. La nueva guerra que plantea Schmitt es una guerra de guerrillas, y por ende es una guerra de irregulares y como es una guerra de irregulares, no podemos aplicar las leyes de guerra ni aplicar la legislación de tiempos bélicos. Sin embargo, como es guerra y no es delito, en consecuencia tampoco le podemos aplicar el derecho penal. Entonces no le podemos aplicar ningún derecho, lo que significa que se quedan fuera del derecho. Esa es la teoría del partisano de Carl Schmitt.

Ahora hay otra gente que lo desarrolla de una manera más complicada<sup>4</sup>, pero en definitiva es eso.

---

4 N.E.: se refiere a la teoría del penalista contemporáneo alemán Günther Jakobs, que plantea el derecho penal del enemigo, una especie de excepción para no aplicar las garantías constitucionales del derecho penal liberal a determi-

Eso se lo enseñan a los norteamericanos, que como simplifican todo escribieron unos manualitos y fundaron la Escuela de las Américas en Panamá. Desde allí empiezan a envenenar la mentalidad de todos los oficiales superiores de las fuerzas armadas de nuestra región. Salvo Argentina, pues ya teníamos la mente envenenada. Desde 1957 se había instalado en nuestro Ministerio de Defensa una comisión militar francesa que explicaba eso en nuestra academia militar, y están publicados los artículos en la revista de la academia militar. Es decir, hemos tenido honrado privilegio de recibir la ideología de la seguridad nacional de primera mano, directamente por los autores. Esto fue la ocupación territorial de nuestros propios territorios a través de nuestras propias fuerzas armadas manipuladas de esta manera.

Viene la guerra de Malvinas y creo que este es el final de nuestras dictaduras de seguridad nacional, con todos los genocidios y allí creo que fue el último coletazo del neo-colonialismo. Ahí en el juicio se cierra la etapa neo-colonialista y no por eso se termina el colonialismo, sino que entramos en una fase superior del colonialismo.

### **La nueva fase del colonialismo: El capital financiero**

La revolución puede ser descripta como un fenómeno real, una revolución comunicacional. El colonialismo originario surge como resultado de una revolución mercantil en el centro. El neocolonialismo como resultado de la revolución industrial.

---

nados conflictos como el terrorismo. Se recomienda la lectura del libro ZAFFARONI, Eugenio Raúl (2006): *El enemigo en el derecho penal*; Ediar, Buenos Aires. Cabe mencionar que la teoría del funcionalismo penal de Jakobs, basado en las obras de Niklas Luhmann, Talcott Parsons y Émile Durkheim, son enseñadas en las Facultades de Derecho de Argentina, sobre todo en Córdoba.

Y éste como resultado de la revolución tecnológica, que fundamentalmente es una revolución comunicacional de fines del siglo pasado.

En todas estas revoluciones y en todos estos episodios, nosotros los latinoamericanos también fuimos parte, por supuesto nos tocó la peor parte.

La revolución mercantil da lugar al colonialismo y nosotros somos los proveedores de oro, plata y materia prima sin los cuales no se podría haber hecho la revolución industrial.

Ninguno de estos colonialismos ahorró muertos, no cabe la menor duda. En el primero llegaron los colonizadores, subieron por el norte, directamente mataron todo lo que pudieron. Entre los españoles y los portugueses no eran tan selectivos sexualmente y entonces hicieron lo que todos sabemos, contagiaron con todas las enfermedades que pudieron. Casi extinguen la población. Protagonizaron después un transporte masivo de población esclava desde África. Es decir, genocidios. Los que cometió el neocolonialismo también los conocemos.

Llegamos a esta etapa, a esta fase actual. En esta fase actual cabe preguntarse si hay genocidios. Y bueno, tenemos que mirar cuál es el panorama de nuestra región. ¿Cuál es el panorama de nuestra América Latina? Desgraciadamente tengo que darles la mala noticia de que hay un genocidio por goteo. Hay un genocidio en marcha, que tiene características distintas, muy diferentes a las de las otras etapas.

Hay personas, progresistas o gente de izquierda, que cree que el control social punitivo de nuestra región va a ser hecho a base de tanques de guerra, de los cosacos del Zar, controlando nuestra villas miserias, nuestras favelas, esto no es así. O por lo menos no es así en forma principal; es mucho más perverso y mucho más terrible lo que pasa en nuestra región.

Hoy, el poder hegemónico planetario se va de las manos de los políticos, incluso en los países centrales. Es el poder hegemónico planetario que se concentra en un poder de corporaciones que están vinculadas a un capital financiero, que ha desarrollado su avance predatorio valido de la ideología del fundamentalismo del mercado. El mercado parece que lo resuelve todo, hay que liberar para que el mercado lo resuelva todo. Las corporaciones, a diferencia de lo que era el viejo capitalismo que criticaba Marx, no están en manos de los dueños del capital. Ya el personaje con la cadena de oro y el cigarro, este burgués dueño del capital y explotador de la caricatura de la Vanguardia de hace cien años no existe más. Las corporaciones están en manos de tecnócratas a los que se les pagan cantidades importantes de dinero. El dinero no sabemos exactamente de quién es. A veces es de fondos previsionales, otras de fondos de previsión con sistemas de auto-ahorro. Estos burócratas están para que obtengan la mayor renta en el menor tiempo posible, y si dejan de hacerlo, los despiden y contratan a otros que son más eficaces. Por cierto, sí tienen mucho dinero, pero no son los dueños de todo el capital. Es una máquina infernal que se ha puesto en funcionamiento y todo esto se manipula a través de los bancos, que por otra parte estafan a sus propios países en donde están asentados.

### **Crisis económicas y producción de homicidios**

¿Nadie se da cuenta que los bancos alemanes o norteamericanos de repente empiezan a prestar dinero a intereses altísimos y van perdiendo encaje? Es decir, van perdiendo reservas y finalmente terminan pagando los intereses con el dinero de los ahorristas, hasta que llega un momento en que eso revienta. Esto es una

estafa pura, simple, burda y grosera. Cuando la desnudamos de toda la terminología economicista que la rodea, estas estafas que costaron a Estados Unidos medio millón de millones de dólares y a Alemania cuatrocientos sesenta mil millones de euros, cuando todo salta, -porque parece que ninguno de los bancos centrales se da cuenta de que están haciendo esto-, cuando todo salta, van y le dicen a Frau Merkel: “este banco se va a ir a la quiebra, si se va a la quiebra se va a producir la quiebra de todos en cadena y nos vamos a cargar no sólo los bancos sino también usted, Frau Merkel”. Entonces, pone el dinero de los contribuyentes para salvar a los bancos. Esto realmente es terrorífico pero es así, funciona de esta manera. Frau Merkel necesita a los propios banqueros que son los que tienen el *know-how* para poder salir del pozo que ellos mismos hicieron, así funciona el mundo. Y funciona así el mundo central y naturalmente estas corporaciones tienen sus intereses sobre nuestra región. Y los están ejerciendo, esos intereses son intereses predatorios sobre nuestra región.

¿Cuál es el proyecto de sociedad que tienen, tanto en el centro como en la periferia? El proyecto de sociedad es una sociedad excluyente y en la periferia más excluyente, por supuesto. Es una sociedad con un modelo 30/70, treinta por ciento incorporado, setenta por ciento excluido. Cuidado, digo excluido, no explotado. La relación explotador-explotado es una relación dialéctica. Porque antes no había explotador si no había explotado, claro, la relación incluido-excluido no es dialéctica porque el excluido está de más.

El excluido es un tipo que molesta, es un descartable que no sirve para nada. La vida de uno o de cientos de miles de adolescentes de barrios precarios no tiene ningún valor para

los intereses colonialistas de esta fase superior del colonialismo y, naturalmente, tampoco para sus constructores de realidad mediática ni para los colaboracionistas internos de nuestros países colonizados: para todos ellos, cuantos más jóvenes excluidos haya, cuanto más descartables mueran, será mucho mejor.

Esto el capitalismo lo hizo varias veces, creo que un buen número de los que estamos aquí venimos de los padres excluidos a fines del siglo XIX, comienzos del XX. ¿Qué hicieron con esos excluidos? Los mandaron hacia América. Pero ahora no hay dónde mandarlos, entonces hay que controlarlos. Y ¿cómo se los controla en nuestra región? Mediante un genocidio. Si miramos el mapa de nuestra América Latina, es terrorífico lo que sucede. Si nos limitamos a la muerte violenta, después voy a hablar de otras cosas, pero si nos limitamos a la muerte violenta, los índices de homicidio en nuestra región son verdaderamente asustadores.

El panorama de letalidad violenta de nuestra región representa un genocidio por goteo. Las cifras de la ONU muestran que de los 23 países que en el mundo superan el índice anual de homicidios de 20 por cada 100.000 habitantes, 18 se hallan en América Latina y el Caribe, y 5 en África. Es decir: somos campeones en materia de homicidios y estas son cifras oficiales, no me estoy refiriendo a cifras de hambre. Cifras registradas por Naciones Unidas. Los tres países que nos salvamos de esto, somos los tres que estamos en el fondo: Uruguay, Chile y Argentina.

Brasil tiene veinticinco homicidios cada cien mil habitantes. México confiesa veintitrés, pero son cifras que no son confiables. Tenemos la ciudad con el índice máximo de homicidios del

mundo, que es San Pedro Sula, la ciudad marítima de Honduras, ochenta homicidios cada cien mil habitantes. Los demás países más o menos por ahí andan, salvo los tres ya referidos.

Pero no sólo somos campeones de índices de homicidio, somos campeones de otros indicadores y sobre todo de uno que es muy interesante. Hay un coeficiente que se usa en economía para medir la distribución de la riqueza. Somos campeones del coeficiente de Gini, es decir del indicador de mala distribución de la riqueza, de polarización distributiva de la riqueza. Y no es casual que los dos índices coincidan. En las cifras mundiales normalmente la curva de producto interno bruto y la curva de homicidios se cruzan. A mayor producto interno bruto menor homicidios y viceversa. Sin embargo, no se cruzan matemáticamente, hay algunas excepciones. La mayoría son de Estados Unidos, con un producto interno bruto muy alto y un índice de homicidios relativamente alto para ese producto interno. ¿Por qué? Porque tiene incidencia el coeficiente de Gini. Y efectivamente la tiene, es decir, la mala distribución de la riqueza lo que trae son frustraciones de proyecto existencial. Es mentira que la pobreza produce violencia, no es cierto. Ni siquiera la miseria produce violencia necesariamente. Ni siquiera la miseria extrema la produce. Es la frustración de proyecto, es la miseria o la pobreza acompañadas de frustración de proyecto. Hay momentos en la vida de los pueblos donde se llega a una situación de necesidad extrema y sin embargo no sube la violencia. Momentos de guerra, momentos de terremotos, y ¿por qué? porque en ese momento la reacción frente a la desgracia es una reacción solidaria. Hay un proyecto común, hay una integración en un proyecto común. Tengo que remover los escombros, tengo que sacar a la viejita de al lado, tengo que ver al bebé, tengo que atender al otro que se está desangrando.

Hay un proyecto común, y la integración a un proyecto común es lo que evita justamente la violencia. La violencia la produce esa mala distribución cuando es productora de frustración de proyecto existencial.

Estos índices se traducen en muertos, por supuesto. Muertos que no se cuentan mucho. Y ¿cómo se produce? , ¿Qué es esto de los índices de homicidios?

No hay más Cosacos, la perversión del control punitivo para controlar la exclusión en nuestra región es altísimamente perversa. Se maneja generando o fomentando contradicciones entre los propios excluidos o entre la faja de los recién incluidos. Es decir, que se maten entre ellos. En la medida en que se están matando naturalmente no pueden dialogar. En la medida en que no dialoguen no se pueden entender. Y en la medida en que no se pueden entender no podrán tomar consciencia de la situación en la que se hallan, y no podrán tener protagonismo o aliarse y tener protagonismo político. Se neutralizan de esa forma.

Hay algunas ciudades de América Latina que tienen esa configuración urbanística: un centro, una autopista que lleva a los barrios residenciales, debajo de las autopistas los mutantes, a quienes de vez en cuando se les tira algún hueso. Los del centro llegan hasta los barrios residenciales por una calle sin esquina donde no le roban el auto ni le manotean el reloj, y los mutantes, cuando se fueron los incorporados del centro, ocupan el centro y a la mañana siguiente desaparecen. Toda similitud con alguna gran ciudad de nuestra región no es mera coincidencia. Esto es altísimamente preocupante. Fíjense ustedes que criminalizados, victimizados y policializados son de los mismos sectores sociales.

A nosotros nos pasa en mucha menor medida pero también nos pasa, con índices muy bajos. Si les refiero lo que pasa en la

ciudad de Buenos Aires se van a dar cuenta inmediatamente. En las villas miserias de la ciudad de Buenos Aires los índices de homicidios ascienden a 13.5 homicidios cada cien mil habitantes. Sin embargo, en el resto de la ciudad, el índice es de 2.5 homicidios cada cien mil habitantes. Es decir, el resto de la ciudad se va acercando a los índices europeos o al canadiense, que oscila entre uno y uno y medio.

El 45% de homicidios son NN, es decir sin esclarecer. ¿Cuáles son los que no se esclarecen? Los de la villa. En los otros hay una gran investigación, tienen uno o dos cuerpos. “Alguien menos, no tiene mucha importancia, mejor, cuanto menos sean, menos molestan, es material descartable”. En pocas proporciones entre nosotros, muy chico, en número pequeño y reducido, pero esto lo vemos en una enorme magnitud en Brasil, y no les cuento en otros países.

Y esta violencia ¿a qué se debe y por qué nosotros nos venimos salvando? El fomento de la conflictividad entre los más pobres potencia una violencia letal que ahorra la mayor parte de la tarea genocida que otrora practicaban las agencias estatales, al tiempo que obstaculiza la concientización, la coalición y el protagonismo político coherente y organizado de los excluidos. En efecto: parece pensarse que mientras los pobres se matan, al mismo tiempo se eliminan y reducen y no tienen tiempo ni oportunidad de coaligarse racionalmente. La altísima violencia que condiciona este genocidio por goteo, al igual que la diferencia con el Cono Sur, no podrían explicarse sin la incidencia de la economía creada por la prohibición de la cocaína, como de otros tóxicos con menor incidencia.

La demanda de este tóxico no sólo es rígida, sino que se fomenta mediante una publicidad paradójica, que asocia su uso a la

transgresión, siempre atractiva a las capas jóvenes. Ante esta demanda incentivada, la prohibición reduce la oferta y provoca una formidable plusvalía del servicio de distribución, que se controla mediante las agencias que persiguen el tráfico y que desempeñan la función de entes reguladores del precio de la cocaína.

Se trata de un rudimentario recurso alquímico, que bien podría usarse con cualquier otro objeto, por despreciable que fuere, siempre que tuviese una demanda rígida o en condiciones de ser aumentada.

El tóxico se produce en nuestra región y en ella queda alrededor del 40% de la renta total, en tanto que la mayor parte la produce la plusvalía del servicio de distribución interno de los Estados Unidos.

La competencia por alcanzar el mayor mercado de consumo (la exportación a los Estados Unidos), tiene lugar también en América Latina, con altísimo nivel de violencia competitiva en los países más próximos, que se incentiva con armas exportadas del país demandante, que además monopoliza el servicio de reciclaje del dinero de la totalidad de la renta.

Para garantizar el monopolio del reciclaje existe un organismo internacional secundario –el GAFI–, que abusa de su autoridad extorsionando con graves sanciones económicas a nuestros países, con el pretexto de controlar el financiamiento del terrorismo, al tiempo que los obliga a tipificar penalmente esta figura difusa, abriendo la posibilidad de criminalización de disidentes y minorías, como ha sucedido con los indios mapuches en Chile.

La prohibición de cocaína también genera mercados internos en nuestros países, lo que da lugar a un tráfico que en buena

medida es de supervivencia, al menos en sus eslabones menores. También este tráfico interno provoca letal competencia violenta en las zonas más humildes, sobre la que opera una considerable intervención policial, puesto que inevitablemente la cobertura de algún grupo en perjuicio de otros, pasa a ser una fuente de recaudación de alto valor para las cúpulas de las agencias autonomizadas. La guerra a la droga que, como era previsible, estaba perdida desde el comienzo, se ha convertido en la mayor fuente de letalidad violenta de la región. Ha causado cientos de miles de muertes de jóvenes en pocos años, cuando se hubiesen necesitado siglos para provocar un número cercano por efecto del abuso del tóxico.

En América Latina hoy la cocaína no mata por sobredosis, sino que el problema de salud lo provoca ahora su prohibición, que da por resultado muertes por concentración de plomo. Desde el punto de vista sanitario se convierte en una causa de muerte importante, en particular en la faja joven.

Esta política suicida y absurda desde el punto de vista penal y de salud, sólo es coherente como instrumento colonialista para corromper a las instituciones policiales, infiltrarse en la política y, en algunos países, para desprestigiar a las fuerzas armadas y debilitar la defensa nacional. Pero además, como si esto fuera poco, son las fábricas estadounidenses que les venden armas a los cárteles mexicanos, con los cuales hacen sus negocios. Y después, como si esto no bastara, se queda con el 100% del negocio del lavado de dinero, el reciclaje a través de sus bancos, prohibiéndonos a cualquiera de nosotros que lavemos ni siquiera una prenda interior.

Como Estados Unidos ha controlado muy fuertemente el ingreso por vía aérea y por vía marítima, el ingreso se

produce ahora por vía terrestre a través de Centroamérica y de México. No para determinar un desplazamiento de violencia de Colombia a México en los últimos años. Además de eso, claro, las condiciones centroamericanas con sociedades muy estratificadas son lamentables; hay toda una emigración de necesidad, de pobreza y de miseria en el desplazamiento de gente que intenta llegar a Estados Unidos desde América Central, se los ve en las ciudades mexicanas; es terrible, se los ve con chicos, se los ve con familias; tratan de llegar a través del desierto de Arizona. Bueno, son condiciones... y también los explotan, y los matan, y los usan los propios narcos para pasar por el territorio mexicano.

Esto es lo que está pasando en este momento desde que en el sexenio anterior, México le declaró la “guerra a la droga”, entre comillas por supuesto; y esto produjo un brote de homicidios enorme, cien mil muertos en cinco años. No hay cifras oficiales, pero hay diecisiete denuncias de desaparición de personas cotidianamente. Esto es un genocidio.

¿Cuál es el discurso frente a esto? O ¿cuál es la política criminal frente a esto? La política criminal no la diseñan tampoco nuestros políticos, parece que la agenda político-criminal la marcan los medios de comunicación social. Frente a dramas así como a los que me estoy refiriendo, con una altísima incidencia de violencia homicida, ¿qué es lo que hace Televisa o Azteca, por ejemplo? dicen ‘estamos mejor’, porque fíjense que con esto hubo un brote de homicidios (casi cien mil en cinco años), con una característica de homicidios que nunca habíamos visto, decapitados, castrados, tipos que le arrancan la piel, esas cosas terroríficas. Pero dicen que estamos mejor porque no sube, hemos llegado a la meseta, registramos los mismos muertos que

el año pasado, entonces quedémonos tranquilos porque esto está mejorando. La normalizan, pero ¿qué significa normalizarla? Y de alguna manera hacen que lo infieren. Lo que están diciendo es: “esto se produce porque somos violentos, porque en la personalidad básica hay violencia, y tenemos una historia de violencia”. Se vuelve al discurso del positivismo racista, y nos dicen que nos pasa esto porque tenemos un coeficiente de violencia en nuestra personalidad básica. Es directamente una injuria, una afrenta al pueblo. Éste es el discurso oficial y el discurso de los medios.

Eso en los países donde la violencia está desatada en esa forma. Algo parecido pasa en Brasil, aunque en Brasil también se ocupa la policía de matar bastante, una policía bastante letal, pero la mayor parte de las muertes violentas no son policiales. Los índices de letalidad oficial en Brasil son alarmantes, y a la vez también es alarmante la forma. Cuando uno analiza las víctimas y las cifras de Brasil, son confiables, están bien hechas. Las últimas que publican en el Ministerio de Justicia están bien hechas, y uno se da cuenta de la discriminación racial que hay en la victimización policial; van bajando cada vez más los blanquitos, van subiendo cada vez más los morenitos.

En los países donde no tenemos esos índices de violencia, ¿cómo se hace para controlar la exclusión? Y, hay que generar un aparato represivo, en los otros no lo necesitan, ¿por qué? Porque alegremente los excluidos se matan entre ellos, donde nuestros excluidos no tienen la idéntica alegría letal o mortífera, entonces hay que matarlo de alguna manera o controlarlo de alguna manera.

Entonces se crea mediáticamente una realidad violenta que en verdad no tiene esa intensidad; eso lo vemos en nuestros

medios de comunicación. El comunicador social que termina de mostrar algunos glúteos femeninos y de repente cambia todo, pone la voz granosa, y se empieza a referir al homicidio del día, y si el homicidio del día es muy cruel mucho mejor, si hay un componente sexual y una violación antes, mucho mejor, y además lo repite cinco veces al día, con lo cual tenemos cinco homicidios, y si ese día no tiene un homicidio va a sacar el del día anterior o el de la semana anterior. Uno prende el televisor y cae sangre por todos lados, y es tremendo, claro, sí, tres homicidios, sí. No quiere decir que no tengamos, pero bueno, claro, eso es lo que le va marcando la agenda a nuestros políticos que se aterran, se asustan, algunos se montan directamente con el proyecto y son unos desfachatados. Otros no, son tipos decentes, pero tienen miedo. Ni el oportunismo ni el miedo son buenos consejeros para hacer leyes penales ni para tomar determinaciones en el ámbito de la seguridad pública, y sin embargo la agenda está marcada de esa manera.

Detrás de esto hay una cuestión que no podemos ignorar y creo que a ustedes les interesa saberla y no crean que sea alarmista por lo que estoy diciendo. Este capital financiero y esta predación con el objeto de obtener la mayor renta en el menor tiempo, han generado un mundo en donde parece que vivimos en burbujas algunos, da la impresión que hay una especie de burbuja europea y de las clases medias de los otros países, particularmente de las clases medias altas, que cada vez se va separando más del resto y cada vez tiene más incapacidad de visualizar a ese resto.

Hoy tenemos un desierto de Arizona con centroamericanos muertos y tenemos un Mediterráneo, que fue la cuna originaria de la cultura, que se está convirtiendo en un cementerio. El resto de la democrática y liberal Europa no se preocupa mucho,

le dejamos a Grecia que se aguante lo que llega, le dejamos a Italia que se aguante lo que llega, y nosotros en América Latina también tenemos algún conflicto más o menos parecido.

## **La Pachamama**

Detrás de esto, detrás de esta búsqueda de mayor ganancia a menor tiempo se sigue produciendo y consumiendo energía de origen mineral, con lo cual se sigue arrojando carbono a la atmósfera, y esto está produciendo un fenómeno de recalentamiento pese a que se dice que no porque esto también tiene su *think tank* preparado para decir que no pasa nada, pero pasa. Es decir la invención de realidad de medios masivos lleva a un momento tal que nos está haciendo negar lo que sentimos en nuestra propia piel.

112

La acumulación de carbono en la atmósfera es irreversible, no es que dejamos de emitir y el carbono va a desaparecer. Con dejar de emitir lo que podemos conseguir es que no se agregue más y no se caliente más la atmósfera. El límite que se ha marcado internacionalmente como óptimo para conseguir en los próximos años (que ya lo tendríamos que haber obtenido), es que el calentamiento global no supere los dos grados centígrados, lamentablemente los está rozando y no hay la menor intención de detener este proceso. Esto no se resuelve con una ley penal, esto no se resuelve con cuerpos de caza cuidados para que vayan los príncipes y los buques y algún millonario a solazarse. Esto es una amenaza sobre la habitabilidad humana del planeta y a corto plazo nos va a ir trayendo cada vez más catástrofes.

El índice de catástrofes de las últimas décadas del siglo pasado eran más o menos unas trescientas en década, hoy estamos

en dos mil quinientas en década. Si a esto sumamos que agudizamos todavía más los cambios climáticos con algunas barbaridades que hacemos localmente, el resultado de esto va a ser sumamente preocupante e incluso amenazante para nuestras propias democracias en pocos años.

¿Cómo se responde a esto? Es interesante, América Latina está empezando a dar una respuesta. La Constitución de Bolivia y la Constitución del Ecuador les reconoce la personería jurídica a la naturaleza, es decir, ¿Derechos Humanos es una expresión tautológica? No, porque hay derechos que no son humanos, hay derechos a la naturaleza y nosotros somos solo una parte de la naturaleza, pero no la agotamos. Y necesitamos vivir con los otros, entes que tienen derechos como nosotros.

### **Una teoría jurídica anticolonialista**

¿Qué hacemos nosotros, nuestros libros, con nuestro derecho penal, con nuestro poder jurídico? Creo que se terminó la posibilidad de seguir haciendo burocracia jurídica, no podemos hacer más burocracia jurídica. Tenemos que dar vuelta la página y empezar a elaborar un nuevo derecho que todavía no está elaborado.

Creemos que es elemental comenzar por formar a los nuevos juristas con clara consciencia de la empresa que deben afrontar y, para ello, debemos reflexionar los que egresamos de nuestras academias acerca de la forma en que teorizamos hasta el presente y, por ende, del saber jurídico en que entrenamos a las nuevas generaciones.

Cabe preguntarnos hasta qué punto hemos sido conscientes del contexto en que construimos nuestro saber jurídico, en qué

medida nos hemos hecho cargo de la empresa de impulsión del Derecho Humano al desarrollo.

Es claro que importamos teorías jurídicas del mundo colonizador, pero no todas ellas son colonialistas ni tampoco podemos inventar un saber jurídico desde la nada, lo que sería absurdo.

Así como hablamos lenguas que también nos trajeron los colonizadores, debemos manejarnos con elementos de un derecho que hemos importado, porque el filme de la historia no se revierte, por mucho que se haya nutrido de injusticias, crímenes y aberraciones.

Es con elementos que debemos tomar de ese saber importado que se nos impone construir nuestro instrumento descolonizador, del mismo modo que del lenguaje importado escogemos las palabras para construir nuestro discurso de independencia. Cuando nuestros próceres abolían la esclavitud y trataban de liberar a los indios y a los esclavos o comandaban sus ejércitos, lo hacían hablando la lengua del colonizador.

Tenemos que elaborar una teoría jurídica que tenga características críticas, partisanas y progresistas ¿en qué sentido? Cuidado con los reduccionismos, pues sólo sirven para burocratizarnos. Ese reduccionismo nos dice que el derecho tiene que limitarse a trabajar la coherencia entre normas: tomamos las leyes, las leyes tienen que ser coherentes, no revelarse una ley de patadas con otra, y entonces nuestra función es compatibilizar leyes en una construcción totalmente lógica no contradictoria. Este reduccionismo de la teoría jurídica puede ser un delirio.

Hay un *deber ser* constitucional que establece el Estado de Derecho y nos dice que todo ser humano debe ser tratado como persona, y hay un grado de realización social, no todo ser

humano es tratado como persona; bueno, necesitamos del dato normativo para saber a dónde tenemos que ir y necesitamos del dato social para saber dónde estamos parados, y la función que tenemos que hacer es empujar el dato social donde estamos, el grado de realización constitucional en el sentido del *deber ser*. Quizás no llegemos nunca a que el *deber ser* sea en forma absoluta, pero no importa, no es ése el asunto, nunca hubo una sociedad en que todos los seres humanos fueran tratados como personas; quizás sea una idea inalcanzable, pero el esfuerzo que tenemos que realizar es levantar el estándar de realización constitucional; para eso tenemos que hacer un derecho que sea crítico de la realización actual de ese estándar.

También tenemos que hacer un derecho que sea partisano. ¿Por qué? Porque tenemos que estar del lado de los que están peor en la falta de realización de ese estándar. No podemos prescindir ni caer en un reduccionismo normativo y tampoco caer en un reduccionismo sociologista, porque si caemos en un reduccionismo sociologista y prescindimos del dato normativo y hacia dónde debemos ir, vamos a llegar a soluciones pragmáticas. Y la más pragmática de las soluciones para los excluidos es, bueno, los matamos, listo, solución, con eso los eliminamos. No, cuidado, no se puede caer en ningún reduccionismo, porque necesitamos los datos para saber dónde estamos, y lo normativo heurístico para saber hacia dónde debemos ir.

En ese sentido tenemos que ir reconstruyendo nuestra doctrina jurídica, teniendo presente que estamos viviendo una etapa más de colonialismo, que la están sufriendo en otra medida y de otras formas también los propios países donde se asienta el poder planetario en este momento. No en todas las etapas de colonialismo, también el colonialismo ha tenido efectos en el centro y en ésta también lo tiene.

¿Y el penalista qué hace? Yo a veces sueño con una reunión de penalistas de los últimos dos siglos, vivos y muertos, una reunión agradable. Entonces el viejo Anton Bauer<sup>5</sup>, que fue quien clasificó las teorías de la pena, se pasea con la bandeja y cada penalista elige si quiere hacer una teoría absoluta, una relativa, una preventiva general, una preventiva especial. Hay algunos que se quieren comer toda la bandeja, y agarran todo lo que tiene y hacen un desastre, pero Anton Bauer, que hace doscientos años hizo ésta clasificación, se pasea con su bandeja y después que uno eligió para qué sirve la pena, construye todo un sistema sobre la base del canapé que agarró de la bandeja. Pero, ¿para qué lo construye? Para dárselo a los jueces para que lo apliquen, y los jueces lo agarran y lo aplican y con eso aplican penas, que se cumplen no como deben ser, sino como son, éste es el grave problema. Entonces, ¿vale la pena que nos preocupemos por cómo debe ser la pena? Porque, ¿qué es lo que tenemos adelante? Lo que tenemos adelante, muchachos, es lo siguiente: yo no sé exactamente para qué sirve la pena, no es que no sirva para nada, sirve para muchas cosas, un caso para uno, un caso para otro, a veces sirve para hacer caja de Estado, pero no sé, no puedo generalizar ninguna, porque sería falso generalizarlas, en algún caso puede tener un efecto preventivo, en otro no tiene ningún efecto, en otros no sirven para nada directamente, en otros tiene efecto negativo, bueno, depende, no sé para qué sirve, pero lo que sé es que si el poder punitivo se desborda, ahí sí sé qué es lo que pasa: viene el genocidio.

El otro objetivo de ese saber está destinado a la formación de los futuros operadores del aparato de justicia, es decir, que cumple también una función reproductora. No caben muchas dudas

---

5 N.E.: Zaffaroni se refiere al libro de BAUER, Anton (1830): *Die Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurteilung aller Strafrechts theorien*, Göttingen.

acerca de que un saber destinado directamente a ser aplicado por un poder del Estado tiene un sentido político (de gobierno de la polis), que hace de cada teoría jurídica un verdadero proyecto político. Tampoco puede negarse que la formación de los futuros juristas tiene un claro sentido político.

No obstante, no faltan quienes pretenden una asepsia política del derecho, lo que también es un prejuicio importado contrario a la naturaleza de las cosas. Esta pretendida asepsia política se llevó hasta el extremo cuando se postuló su independencia incluso del mismo modelo de Estado.

En nuestra región, la simulación de asepsia política de nuestro saber es contraria a la más elemental y primaria tarea de la que debe ocuparse el jurista, que consiste en dar a nuestros Pueblos confianza en el derecho.

No se trata de devolverles una confianza que nunca fue plena, sino de crearla.

Los Derechos Humanos consagrados en la Constitución son un programa cuya realización debe ser constantemente impulsada por la doctrina jurídica que se ofrece a los operadores del aparato jurídico de un país, en pos de una constitucionalización de todas las ramas del derecho.

De los Derechos Humanos (en el sentido subjetivo de *Rights*), mediante este impulso, debe construirse un Derecho Humano (en el sentido objetivo de *Law*). En el centro y en cada una de las ramas de ese Derecho Humano (objetivo, *Law*) debe vivir el impulso hacia la realización de la norma básica de la antropología constitucional (concepto constitucional del ser humano): “todo ser humano es persona, nacemos con igualdad de dignidad y derechos”.

Es tarea de las Universidades preparar a nuestros nuevos juristas

para esta empresa. Si hay sentencias aberrantes en nuestra región, no son obra de la casualidad, de la malignidad ni de Satán, sino de jueces que formamos en nuestras universidades. La academia, el saber jurídico, debe asumir esta responsabilidad en la formación y entrenamiento de los nuevos juristas populares.

## Masacres

Lo primero que salta a la vista en la investigación de las masacres es que sus perpetradores (*autores directos*) son agentes del sistema penal o bien extraños que actúan con indiferencia, beneplácito u omisión de éste. Cuando intervienen fuerzas armadas, no lo hacen en función bélica, sino asumiendo tareas policiales. La *solución final* nazi no fue ejecutada por militares, los armenios fueron masacrados por prisioneros liberados por el sistema penal para ese fin, el *Khmer Rojo* mató policialmente, etc. Las masacres neocolonialistas fueron acciones policiales de control de un país sometido, falsamente definidas como *guerra contra un pueblo* (la violencia colonial argelina en los siglos XIX y XX; el genocidio de Leopoldo II en el Congo), técnica que luego se desplazó al control interno en Latinoamérica con el nombre de *doctrina de la seguridad nacional* -legitimada también como *teoría del partisano*-, con los ejércitos en el papel de policías de ocupación de sus propios pueblos.

Existen otras masacres a las que se presta poca atención: son las *muertes anunciadas* del poder punitivo. En este rubro entran las muertes por ejecuciones sin proceso, por la llamada *criminalidad organizada* (que siempre opera con corrupción y complicidad de estamentos del propio poder punitivo), por violencia política, por simple corrupción, por maltrato, indiferencia o *motines* carcelarios, por mortalidad y morbilidad

carcelaria, por desplazamientos masivos forzados de población, por omisiones de las fuerzas de seguridad, por deficiencias del servicio de seguridad, por contradicciones incentivadas entre los segmentos carenciados, etc.

Estados Unidos se ha convertido en el campeón de la prisionalización, superó a Rusia que era la campeona tradicional. En Rusia es barato, a los tipos los mandan a Siberia y listo. Desde el año 1989 más de la mitad de la población carcelaria de Estados Unidos son afroamericanos, y gran parte del resto son latinos. Esto responde a un modelo de sociedad. Con el cambio que se produce a partir de los años setenta, en donde se abandona el keynesianismo, el *Welfare State*, se abandona el modelo Roosevelt de sociedad (Franklin Delano Roosevelt puede ser considerado quizás el populista norteamericano de los años treinta), y se pasa al modelo *Reegan-Tatcher*, o al modelo *Bush* si se quiere. ¿Por qué? Porque había que contener el setenta por ciento de excluidos y eso se hace a través del reforzamiento del aparato punitivo. En otros términos, es lo que Jonathan Simon describe como *Governate through Crime*<sup>6</sup>, es decir, gobernar a través del delito.

Cuando se habla de tolerancia cero, estamos hablando de gobernar con el delito, gobernar a los excluidos con el aparato punitivo. Tolerancia cero ha sido un slogan de un demagogo intendente de New York que no hizo nada. En un momento de plena ocupación invirtió más en limpiar la policía de corrupción y ordenar un poco la ciudad, pero no es que por eso se produjo un descenso de criminalidad. Los índices de delincuencia en

---

6 N.E.: Se refiere al libro de SIMON, Jonathan (2007): *Gobernar a través del delito*; Gedisa, México DF.

Estados Unidos bajaron en la misma época en ciudades donde no había pasado eso, simplemente porque se llegó a un proceso de ocupación plena. Denme ocupación plena, permítanme subir la calidad de vida de la población, y denme un presupuesto para limpiar un poco la policía y dotarla de mejores elementos y yo también lo hago en cualquier lado.

Pero los slogans le gustan a nuestros políticos, los llevan allá, les muestran cualquier cosa y vienen con esas grandes novedades que traen importadas del centro de producción ideológica, donde además se forman con los *think tank* que preparan a los técnicos que después van a trabajar a los bancos centrales y, no casualmente, dejan de controlar el encaje y planifican las estafas ya narradas.

Yo soy siempre optimista y creo que este proceso tiene, a mi juicio, salida. Creo, como decía un interesante filósofo, que el ser humano no es racional pero puede llegar a serlo, sólo que para eso necesita un pequeño esfuerzo. Y confío en que vamos a hacer el esfuerzo, por eso les decía al comienzo que les dejamos un mundo complicado. Voy a tratar de llegar al final del siglo porque esto se pone lindo, pero les advierto: hasta ahora las barbaridades que se pudieron hacer y que se hicieron comprometieron a países, comprometieron continentes, mataron a millones de personas. Cuidado que ahora el riesgo está en las condiciones de habitabilidad del planeta, el riesgo es para toda la especie.

Somos una especie muy rara, hemos necesitado llegar a 1948<sup>7</sup> para juntar a todos los países y declarar que todo ser humano es persona. Nunca hubo una asamblea universal de caballos, de

---

7 N.E.: 1948 es el año que, en el marco de la Organización de las Naciones Unidas se aprueba la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

perros o de gatos declarando que eran caballos, perros o gatos. Hay una última cuestión que quisiera referir: cuando decimos que el primer derecho es el derecho al desarrollo me pueden decir que estoy subestimando el derecho a la vida. No, de ninguna manera, porque para nosotros la violación del derecho al desarrollo implica violación del derecho a la vida. Las cifras que di son de muerte, de homicidio, pero la frustración de proyectos conduce también a suicidios. Y a su vez, debemos sumar los muertos de tránsito, que es una victimización que afecta a la franja etaria más joven de la población. También tenemos que sumar los muertos por la deficiente atención de la salud, que afecta principalmente a bebés, a niños y ancianos. Entonces, si sumamos diez años de todos esos muertos, advertimos que hemos fabricado con mucha paciencia nuestra *Fat Man and Little Boy*.<sup>8</sup>

Por eso insisto en que esta fase avanzada del colonialismo no es menos cruel que las anteriores, simple y sencillamente es más perniciosa, más perversa y nos fabrica una realidad que nos oculta el genocidio.

En general, los genocidios siempre fueron ocultados por la fabricación de realidad. No todos los alemanes sabían que estaban matando a millones de judíos y en la forma en que lo hacían. Y así todo el genocidio se fue ocultando, se fue legitimando. Tenemos los cien años del Genocidio Armenio, ¿y el sistema penal? Los otomanos liberaron a los presos para que vayan matando a los armenios. Y en Ruanda estaba presente la policía incentivando a cometer masacres y también estaban presentes los medios

---

8 N.E.: Se refiere a las bombas atómicas arrojadas por Estados Unidos en Japón en 1945. *Fat man* (hombre gordo) fue el nombre secreto que recibió la bomba arrojada el 9 de Agosto sobre la ciudad de Nagasaki; y *Little Boy* (pequeño niño) fue el nombre en clave de la bomba atómica arrojada el 6 de agosto en Hiroshima.

masivos como la radio de las Mil Colinas<sup>9</sup>, pidiendo que salgan a matar porque si no después los van a matar a ustedes. Insisto en que en el siglo XXI este poder es tecnológicamente superior no solo en términos bélicos - pues no va a operar por allí- sino también en el podería destructivo del sistema económico en manos de un capital financiero desaforado. La disyuntiva de este siglo no es entre socialismo y capitalismo como lo fue en el siglo pasado, sino entre un capitalismo productivo más o menos razonable frente a otro monopólico y financiero que sólo busca provocar y concentrar renta. Una locura totalmente desaforada que vamos a terminar de recalentar en la meta con consecuencia de países que desaparecen, ciudades que van a quedar bajo el agua, etc.

A ustedes les incumbe afrontarla. Haré mi mayor esfuerzo biológico personal para acompañarlos hasta donde pueda, pero mi biología va a tener límites.

---

9 N.E.: La Radio Televisión Libre de las Mil Colinas o RTL (Radio Télévision Libre des Mille Collines) fue una emisora de radio ruandesa que transmitió del 8 de julio de 1993 al 31 de julio de 1994. Jugó un importante rol durante el genocidio ocurrido en Ruanda durante este período, creando una atmósfera de racismo y odio en la nación africana que permitió el genocidio.

# El derecho penal y la filosofía<sup>1</sup>

*Eugenio Raúl Zaffaroni*

Por vez primera debo exponer las relaciones entre el derecho penal y la filosofía ante quienes no se interesan especialmente por el derecho penal, sino, justamente, ante quienes estudian filosofía. No me resulta sencillo colocarme en el lugar del otro y responder la consabida pregunta: ¿Qué hacen los penalistas con nuestro saber? Con las limitaciones del caso, intentaré explicar algunas cosas, sólo para proporcionar una idea muy general.

La primera dificultad es el prejuicio intelectual del encasillamiento, que hace que todo lo referido a la represión punitiva se le pregunte al penalista, presuponiendo que el penalista domina *la cuestión criminal*. Esto es falso, porque el penalista puro sabe muy poco o casi nada acerca de la *cuestión criminal*.

La *cuestión criminal*, o sea, la realidad acerca del control social punitivo, de la forma en que se reparte el poder punitivo, en que funcionan las agencias de ese poder y demás datos de la realidad, son materia de otras disciplinas: sociología, historia, ciencia política, antropología, etnología, psicología, etc.

Nadie abarca todo ese saber, aunque ese conjunto heterogéneo de conocimientos que permiten arrimarse a la realidad del control social punitivo, suelen reunirse en algo que se llama *criminología*, y que en algún momento se pretendió considerar

---

<sup>1</sup> El presente texto corresponde a las notas ordenadas de las conferencias con el mismo nombre pronunciadas en la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba, el 24 de Agosto de 2015.

que era una *ciencia interdisciplinaria*. Es claro que no existen *ciencias interdisciplinarias*, pues cada una tiene sus propios métodos, sus horizontes de proyección y sus sistemas de comprensión o, por decirlo de alguna manera más gráfica, los libros, por suerte, siempre están separados. La *criminología* existe, pero no es *una ciencia*, sino el conjunto de todos los aportes que diversas ciencias o saberes hacen al conocimiento del control social punitivo, cada uno desde su respectivo ámbito de conocimiento.

¿Y el penalista qué hace, qué sabe, de qué se ocupa? La respuesta debe vencer una segunda dificultad, que no resulta ahora de ningún prejuicio, sino del uso polisémico –por no decir *equivoco*– de la expresión *derecho penal*. Esto es tan problemático y difundido, que es lo primero que debe explicarse a quien se acerca a la materia: (a) Cuando decimos *el derecho penal no prohíbe tal o cual cosa*, nos referimos a la *ley penal*, que es obra de un legislador, es decir de un político. (b) Cuando decimos *el derecho penal no puede resolver este problema*, hablamos del ejercicio mismo del poder punitivo, es decir, el que ejercen los policías y las otras agencias ejecutivas del Estado, o sea, las agencias encargadas de la coerción misma. (c) Cuando decimos *el derecho penal no registra antecedentes de esto*, hablamos de las sentencias, es decir, de qué resuelven los jueces, o sea, a la llamada *jurisprudencia*. (d) Recién cuando *decimos el derecho penal no estudió este problema*, estamos hablando del *penalista*, del jurista penal, del doctrinario.

Es en este último sentido que me referiré aquí al vínculo de la filosofía con el derecho penal, es decir, con la doctrina jurídico-penal, con los sistemas interpretativos que construimos los penalistas en nuestro gabinetes y en el silencio de nuestras bibliotecas.

¿Pero qué es lo que hace esta teoría penal? ¿Para qué se hace y para qué sirve?

El penalista toma las leyes (la Constitución, los tratados internacionales y las leyes propiamente penales) y las *interpreta*, en el marco total del *orden jurídico*. Construye para eso un *sistema*, con el objeto de lograr una aplicación más coherente, para que las decisiones en los casos particulares no sean contradictorias entre sí, para que las decisiones judiciales sean menos irracionales y antojadizas si se quiere y, sobre todo, más previsibles.

Analiza exegéticamente los textos, los desmonta por así decir, construye conceptos más generales y de ese modo elabora una teoría, un sistema. ¿Para qué? Para que los operadores del aparato jurídico lo usen y apliquen a los casos particulares, es decir, que elabora un programa *político* para el ejercicio del *poder jurídico (judicial) del Estado*.

Otro objetivo de esta teoría penal es el formativo, es decir, facilitar el aprendizaje de la materia en la tarea de entrenar a los futuros operadores de las agencias jurídicas.

Es posible que el saber de los juristas tenga también otro efecto, pero de carácter tangencial. Al elaborar una teoría coherente, suelen ponerse de manifiesto contradicciones irreductibles en la letra de la ley, oscuridades en los textos o errores incluso materiales, que un legislador responsable (cada día hay menos en el mundo actual) los puede tomar en cuenta y corregir legislativamente. Además, si se trata de códigos, por lo general su proyección se encarga a juristas. Pero este es un efecto tangencial y accidental, no propio de los objetivos centrales de la tarea del penalista, que siempre son programar jurisprudencia y facilitar la formación de los operadores.

En esta tarea propia, el penalista no puede prescindir de la filosofía. Aquí topamos con la voz *filosofía*, y no ignoro el uso dispar –y a veces disparatado– que se hace de ella, como tampoco las discusiones entre los filósofos. Por eso me limitaré a aclarar que cuando me refiero a que el penalista no puede elaborar su doctrina sin apelar a la filosofía, sólo quiero decir que no lo puede hacer (a) sin una determinada *concepción antropológica* ni (b) prescindiendo de una *teoría del conocimiento*.

Con esto estoy lejos de afirmar que todo penalista tenga claras estas vigas maestras. Lo único que aseguro es que si el penalista pretende construir una doctrina o teoría más o menos coherente, *debe comenzar por tener clara una concepción de lo humano y una teoría del conocimiento*.

Las teorías jurídico-penales que han dejado huella lo lograron merced a que partieron de estos cimientos, aun cuando en muchas ocasiones se haya tratado de concepciones antropológicas aberrantes o de teorías del conocimiento insostenibles por sus resultados prácticos y políticos y, aunque sea para rechazarlas y aún repudiarlas, mal que nos pese, cuando estuvieron así fundadas, siempre nos es menester recordarlas.

Esto es inevitable, porque una doctrina penal, como programa político que es (de ejercicio del poder jurídico), no puede tener coherencia si carece de una concepción básica de lo humano y no se vale de una teoría del conocimiento adecuada a su objetivo. No hay programa político mínimamente racional sin estas premisas. El resto es *jurisconfusión*, que se pierde en las toneladas de papel que, en beneficio de los bosques, se podrían haber ahorrado sin lamentar su ausencia.

Así señalada la tarea del penalista, pueden ustedes pensar que toda ciencia es *interpretativa* y, por lo tanto, la doctrina penal también lo es, siendo las leyes sus objetos de conocimiento, lo

que también pensaron algunos penalistas, garantizándose de este modo la condición de *científicos*.

No entraré en discusiones al respecto (y menos postularía una separación neta entre *Natur- y Kulturwissenschaften*<sup>2</sup>) y tampoco discutiré siquiera si la labor del penalista es científica, pero lo cierto es que, por lo menos, debe reconocerse una diferencia fundamental con otros saberes: el saber de la doctrina jurídico-penal no es progresivo y acumulativo. Hay idas y vueltas, avances y retrocesos y, además, todo depende desde qué perspectiva se valore algo como avance o retroceso.

Los andariveles de la doctrina penal son prácticamente milenarios, tanto como la antigüedad de los esfuerzos jurídicos sistemáticos en la materia.

Aunque la manualística corriente engaña limitándose a poco más de dos siglos, lo cierto es que este saber arrancó hace mil años en las universidades del norte de Italia, cuando los príncipes comenzaron a retomar el papel de víctimas y el monopolio de la venganza (se conoce esto como *expropiación o confiscación del conflicto*, por oposición a las soluciones reparadoras de los germanos y a la decisión por lucha, ordalía o *prueba de Dios*). En ese momento, en las universidades, comenzaron a teorizar en torno de este ejercicio de poder de los oficiales –o jueces– de los príncipes.

Los primeros penalistas se llamaron *glosadores*, porque ante la falta de leyes decían comentar las leyes imperiales romanas, o sea, las más represivas de la antigua Roma, recopiladas por orden de Justiniano, un emperador de Constantinopla (conforme a lo que se denomina la *recepción del derecho romano*). Lo que la Europa medieval recibía en materia de leyes penales eran los

---

2 N.E.: Se refiere a la discusión entre naturaleza y cultura

*Libris terribilis* del famoso *Digesto* (colección de Justiniano), que eran las mismas leyes imperiales con que los romanos habían perseguido a los cristianos.

En realidad, los glosadores no comentaban mucho, sino que exponían los argumentos y sus contrarios y daban su opinión. La doctrina penal de los glosadores era bastante confusa y simplista, pero comenzaron a elaborar cierto sistema, con un fondo algo aristotélico o cercano, que entendía que la pena debía ser una respuesta a la culpabilidad del infractor y a la gravedad del ilícito. Puede verse en esta primera y rudimentaria sistemática de los glosadores y posglosadores, la semilla de *un derecho penal de culpabilidad*, retributivo, con medida, que presuponía la libre determinación de la persona.

Pero en el siglo XIII aparecieron los primeros criminólogos etiológicos (estudiosos del origen o causas del delito o del mal), que fueron los demonólogos, casi todos dominicos, que desarrollaron la ideología que legitimaba a la Inquisición. Para eso, éstos retomaron la cosmovisión agustiniana, la pervirtieron y dedujeron conclusiones totalmente misóginas. Entendían que la mujer era un ser biológicamente (genéticamente) inferior que, por serlo, se prestaba a pactar con Satán (que en hebreo significa *enemigo*).

La criminología biológica de los demonólogos entraba en contradicción con la doctrina retributiva de la culpabilidad de los glosadores: si la mujer era inferior, menos inteligente que el hombre, comprendía menos, no podía ser más reprochada que el hombre, que era más inteligente. ¿Cómo se la podía penar con mayor severidad si era menos consciente del mal? En razón de su peligrosidad, surge así el *derecho penal de peligrosidad*, si bien eran menos culpables que el hombre, eran más *peligrosas*.

Aunque la Iglesia Romana prácticamente dejó de quemar brujas en el siglo XV, en 1497, como coletazo final, se publicó un manual que sintetizaba el saber penal de los criminólogos peligrosistas (el famoso *Martillo de las brujas* o *Malleus Maleficarum*), que fue rápidamente adoptado por los tribunales laicos, que dependían de los príncipes y siguieron quemando brujas en cantidad, en particular en la Europa central alemana (en el Sacro Imperio Romano Germánico, se las quemaba por disposición de la *Constitutio Criminalis Carolina* de Carlos V).

En el siglo XVI un médico protestante, Johan Wier o Weyer, publicó un libro afirmando que las brujas eran enfermas *melancólicas* (la melancolía se convertirá luego en *histeria*) y que, por ende, debían ser libradas a los médicos y sacadas de la jurisdicción de los tribunales. Esta fue la primera tentativa de los médicos por apoderarse de la hegemonía del discurso penal y por ende, de patologización total del delito. De esta forma, lo que Wier proponía era la pena terapéutica, o sea, que inventó las medidas de seguridad para inimputables, que en los siglos posteriores dieron lugar a los manicomios judiciales.

En 1631, un jesuita poeta y teólogo, Friedrich Spee von Langenfeld, publicó un libro (*Cautio Criminalis*) en que no discutía la existencia de las brujas ni se metía en planteo teórico alguno a su respecto, sino que verificaba que la quema de brujas era producto de la corrupción de los príncipes, de sus funcionarios mafiosos (de lo que hoy llamamos *autonomización policial*), de los teóricos delirantes y que, en definitiva, su persecución configuraba un crimen muy similar al cometido por Nerón con los cristianos. Este libro es la primera crítica dura al ejercicio del poder punitivo, convirtiéndose Spee en el padre de lo que hoy llamamos *criminología crítica*.

En estas posiciones, o sea, *derecho penal de culpabilidad o de peligrosidad, reproche jurídico o peligrosidad policial, pena retributiva o pena curativa, ser humano culpable o patológico, crítica al poder punitivo como arbitrariedad corrupta de los poderosos o funcional a éstos*, están planteadas todas las cuestiones que se discutirán en los cuatro o cinco siglos sucesivos hasta el presente, aunque, por cierto, en ese curso se hayan refinado e incluso mezclado, oscurecido y confundido los conceptos.

Todas estas discusiones se sintetizan hasta hoy en una eterna pregunta básica: ¿Para qué se pena? ¿Para qué sirve la pena?

En el siglo XVIII el Iluminismo retomó a Spee (aunque casi no lo mencionó, salvo Leibniz y Thomasius) y trató de responder a esta pregunta haciendo uso de la *razón*. Pero, ¿qué significaba esta razón, esta *racionalidad* primero iluminista y luego liberal? Era la *racionalidad cartesiana*, que separaba tajantemente al humano de la naturaleza, dejando a ésta en condición de objeto a dominar, en el sentido de Francis Bacon: *saber es poder, poder para dominar, la ciencia siempre quiere saber acerca de un objeto para dominarlo*. Sin proponérselo se introdujo de este modo la semilla de la discriminación y del racismo.

En esa relación baconiana de sujeto-objeto, el objeto está siempre debajo, es algo que se lanza contra el sujeto (*ob-yecto*), algo que hay que vencer, y cuando el objeto de conocimiento es otro humano, corre igual suerte, como luego en la antropología colonialista racista del siglo XIX.

Por otra parte, el *saber para poder* baconiano se acumula sobre el *sujeto* y lo *sujeta*, lo aplasta (*sub-yecto*), tremenda metáfora de la tecnología de dominación de la naturaleza, que hoy pone en peligro la subsistencia de la especie.

Pero el saber baconiano es acumulativo, progresivo, se acrecienta

en tiempo lineal, que es nuestra concepción civilizatoria del tiempo, la del industrialismo y de la tecnología, es lineal, el tiempo como flecha. Y la pena no puede escapar a este destino: Nietzsche tenía razón: la pena es *venganza* contra el tiempo, me vengo porque no puedo hacer que lo que fue no haya sido; me pasé de estación y el tren no para más, sigue hasta el infinito.

El liberalismo que siguió al Iluminismo se esforzó por limitar la pena dándole racionalidad, para lo cual desarrolló finamente las ideas retributivas cuya simiente provenía de los viejos glosadores, ahora con ideología predominantemente contractualista. Por eso estaba inhabilitado para reconocer que la pena siempre, en diversa medida, tiene algún contenido de venganza, porque ésta no es racional. (Sólo en tiempos del nazismo, Roland Freisler, uno de los peores criminales de su tiempo disfrazado de juez, lo reconoció con frontal brutalidad).

Para eludir la venganza, el liberalismo se vio obligado a obviar toda la realidad del poder punitivo, todo dato social empírico, y optar por la construcción de *cómo debía ser el Estado y el derecho* y de allí deducir *cómo debía ser la pena*. El mayor nivel de fineza racionalista fue el de Kant, aunque cabe señalar también a Hegel, con un concepto diferente de *razón*.

Estas *grandes deducciones* siguen en pie hasta la actualidad. Los penalistas las suelen llamar *teorías absolutas de la pena*, conforme a una clasificación que hizo Anton Bauer, un penalista de Göttingen, que en 1830 clasificó las respuestas en *absolutas* (las deducciones) y *relativas o preventivas*, generales (para intimidar o disuadir) o especiales (para neutralizar al infractor). Hasta hoy se maneja la bicentenaria clasificación de Bauer en el penalismo contemporáneo.

Este intento de legitimar cierta medida de pena para limitar el

poder punitivo, propio del liberalismo, ha dejado en la doctrina penal los vicios del *deductivismo* tanto como de la presunción indiscutible del *preventivismo*.

En efecto, desde el liberalismo hasta hoy el penalista suele decidir primero para qué y cómo *debe ser la pena*, para luego y en base a esa decisión construir toda su teoría penal, conformada de acuerdo con ese *deber ser* que, por supuesto, *no es*. Lo grave es que la teoría que construye sirve para que los jueces impongan penas, que se cumplen como en la realidad son y no como cada penalista imagina que *deben ser*.

A veces me imagino algo así como una enorme convención de penalistas de los dos últimos siglos –vivos y muertos- y al viejo Bauer paseando con una bandeja de posibles funciones de la pena, de la que cada cual elige una para construir su teoría, sin que falten glotones que se quieren comer toda la bandeja y construyen doctrinas por entero incoherentes y nebulosas, faltas de cualquier base antropológica.

Pero no todo fue tan lineal siquiera, pues cuando la burguesía europea logró desplazar a la nobleza (o la hija del *príncipe di Salina* se casó con el hijo del burgués rico), el liberalismo y el contractualismo pasaron de moda y volvió la vista hacia el viejo Wier con la patologización biológica del delito.

Las policías, que habían nacido para ocupar los territorios colonizados, se trajeron a las grandes metrópolis para controlar sus territorios suburbanos, ocupados por las *clases peligrosas*, producto de la concentración urbana, pero este nuevo orden policial carecía de discurso. Los médicos –que tenían el discurso pero no el poder-, se aliaron con ellas y dieron lugar al llamado *positivismo penal*, con penas preventivas medidas según la *peligrosidad*, producto de la patología o inferioridad de los infractores al *orden*.

Los médicos, en este maridaje con las policías (el más *taquillero* fue Lombroso, pero cada país europeo tuvo su propio médico legislador: Lacassagne en Francia, Gall en Austria, Pritchard en Inglaterra, etc.) enmarcaron sus teorías reduccionistas en el marco general del colonialismo británico trazado por Herbert Spencer. El racismo hizo su entrada triunfal y el derecho penal se degradó a un orden policial sobre *inferiores y degenerados* biológicos, el mismo reduccionismo racista que legitimó los genocidios del neocolonialismo sirvió para legitimar el control social punitivo policial de las grandes metrópolis.

Si bien el marco de este derecho penal no pensante, reduccionista, racista y policial, no era otro que el del neocolonialismo, cabe precisar que este grosero eurocentrismo biologista también se alimentó desde el idealismo, por cierto que mucho más finamente, con el *Geist* hegeliano, cuya filosofía de la historia es una auténtica glorificación del colonialismo y del neocolonialismo.

No sé bien si Hegel, pero por lo menos el penalismo inspirado en Hegel, sostenía que a los infractores pertenecientes al intragrupo de los que habían alcanzado la *autoconsciencia* (el momento del *espíritu subjetivo*), correspondía retribuirles su culpabilidad, en tanto que los del extragrupo no podían ser penados, porque al no superar ese momento, no podían llegar al momento dialéctico del *espíritu objetivo* y, por ende, sus acciones no tenían relevancia jurídica. De este modo combinaron penas retributivas para los culpables (“*gente como uno*”) y *medidas de seguridad* para los otros (locos, indios, habituales, profesionales, etc.).

En su vertiente más reaccionaria esto fue derivando en el penalismo fascista italiano, con el código de Rocco y sus teóricos, asentado sobre la *doble vía* (al infractor se le retribuía

la culpabilidad con la pena y se le neutralizaba la peligrosidad con la medida, o sea que los glosadores se combinaban con Weyer). El reduccionismo biologista, por su parte, se fue mezclando con un funcionalismo sistémico delirante enraizado con el mito de la *raza superior* –común a casi todos los pueblos europeos, que disputaban su raíz *nórdico-germánica*– y dio lugar, finalmente, al *derecho penal del nazismo*. El sistema era *la comunidad del pueblo*, formada por todos los *arios alemanes*, de la cual emanaba el *derecho* y, por ende, la pena debía servir para conservar la pureza del *sistema*, eliminando a los traidores alemanes intrasistémicos (enemigos declarados), pero no a los extrasistémicos (enemigos naturales no alemanes, judíos, gitanos, etc.), porque a éstos los eliminaban directamente por vía policial.

Al sobrevenir el desastre, con millones de muertos pobres en Alemania y en su propio territorio, el eurocentrismo entró en pánico: se había retorcido y había causado su propio genocidio interno. Cundió el espanto, el miedo que impulsa la razón, y se subieron a las leyes internacionales principios elementales de antropología jurídica: *todo ser humano es persona*.

No fue la meditación, la reflexión, menos el amor ni el pensamiento que hicieron eso, sino el miedo. El derecho penal se constitucionalizó y se internacionalizó por temor. La antropología jurídica básica pasó a ser un mandato legal y dejó de ser una libre elección del penalista.

Pero la doctrina penal, hasta el presente, no logra deglutir del todo este cambio y hace esfuerzos inmensos por tratar de eludir sus consecuencias. ¿Cómo lo puede hacer frente a un mandato supremo y expreso en la ley positiva? Mediante una teoría del conocimiento que le permita neutralizar el mandato

constitucional e internacional. Así lo viene haciendo por vía del neokantismo sudoccidental y de las otras versiones *del normativismo puro*.

Una teoría del conocimiento que limite su horizonte al campo del deber ser, obstruyendo cualquier dato proveniente del campo del ser, es el instrumento ideal para obviar el mandato supremo, pues por esta vía construye un sistema coherente, lógicamente completo, sin contradicciones, pero agotado en lo que *debe ser*, desentendido por completo de *lo que es*. Como el objetivo de esta doctrina penal es la no contradicción del sistema, eleva la lógica a ontología.

Al mismo tiempo esto permite que la doctrina penal se vista de *ciencia*, con cierta vocación *fiscalista*, porque arrimándose en alguna medida al neopositivismo y al mismo positivismo lógico, saltando de Kant al *círculo de Viena*, aparece cercana a una *ciencia dura*, con lo que siente que adquiere más dignidad académica.

Esta elusión del mandato supremo quizá tenga raíces más lejanas, pero modernamente proviene de Alemania, donde predominó en el penalismo entre 1933 y 1945, permitiendo que la mayoría de los penalistas se mostrasen como asépticos, científicos puros, ajenos a la política, lo que, por un lado les permitía cubrirse de imputaciones y, por otro, recluirse en sus gabinetes para racionalizar interpretativamente las más aberrantes leyes penales del nazismo.

La más difundida versión de esta táctica fue la apelación al neokantismo sudoccidental, que hizo del derecho penal una *Kulturwissenschaft*, en un mundo que se entendía como caótico y al que sólo se permitía comprender mediante el orden impuesto por los *valores*. ¿Qué son para los neokantianos los *valores*?

No son, sino que simplemente, *valen*. Dejan en suspenso otra pregunta: ¿Para quién valen?

Por cierto, en este período hubo una corriente nazista minoritaria que, enfrentada al neokantismo, sostenía la politización del derecho penal desde la perspectiva sistémica a que me he referido (el sistema era la *comunidad del pueblo*, la *Volksgemeinschaft*). Era despreciada por los *asépticos* (porque los comprometía demasiado políticamente), pero en cuanto a la politización, era correcta: no es posible hacer un saber penal válido para cualquier concepción del ser humano y del Estado, cada teoría penal debe adecuarse a un modelo de Estado y éste a una concepción del ser humano. Su concepción antropológica era aberrante, repugnante, pero en esto era correcta.

Cabe precisar que la doctrina penal de nuestros días discute más o menos los mismos parámetros: por un lado un *normativismo más o menos puro*, por otro un *ensayo sistémico*. Expurgando mezclas y confusiones, nos quedan esas bases de construcción de los sistemas de interpretación.

Este es, pues, en la más estricta síntesis, el largo entramado de la teoría del derecho penal y la filosofía, en el sentido antes señalado. Como verán no es sencillo y pareciera que se halla hoy en un callejón sin salida, que reitera circularmente las mismas cuestiones. ¿Será eso inevitable, o la propia filosofía podrá proporcionar una salida?

Veamos. Signos positivos hay. Ante todo, nuestro tiempo ha demostrado que, como lo sostenía Marx, el derecho en general tiende a ser un instrumento de las clases dominantes, pero lo novedoso es que esto no parece ser hoy una fatalidad del derecho, sino sólo un accidente.

La paradoja actual es que los intereses más elitistas de cualquier

parte del planeta son los que se esfuerzan por hacer del derecho penal un instrumento suyo, es decir, por reafirmar la idea marxista. Por el contrario, las clases subordinadas y las minorías discriminadas son las que procuran desvirtuarla, usándolo para abrir o ampliar los espacios de igualdad. Semejante paradoja se explica, porque la antropología jurídica introdujo un caballo de Troya en las viejas estructuras jurídicas.

En efecto: la consagración medrosa de una antropología jurídica elemental en las leyes máximas provocó una contradicción interna que permite este juego en la doctrina. En tanto que una buena parte elude la cuestión mediante un normativismo -a veces férreo, por imperio del contraste grosero con la realidad que golpea sus puertas-, otra se esfuerza por llegar a lo mismo mediante un puro culto al *ser*, aunque deformado por un forzamiento de la sociología sistémica, a veces incoherentemente cerrado con una cita de autoridad hegeliana. Por suerte, otras posiciones *eficientistas*, aún no han impactado en la labor de nuestros penalistas.

Lo cierto es que en el plano de lo normativo (leyes máximas) está consagrado el principio antropológico básico: *todo ser humano es persona*, lo que implica que *todo ser humano debe ser tratado como persona*. En el plano de la realidad, verificamos que nunca esto está del todo cumplido.

El *ser* y el *deber ser* se separan e históricamente nunca han coincidido del todo en ningún lugar, sin que sepamos si la coincidencia perfecta será alguna vez posible, en especial en cuanto al principio de igualdad. Por otra parte, queda siempre una duda ontológica: si hay un *deber ser* es porque hay un *ser* que *no es*, o al menos, que *aún no es*. Cuando algo *es*, el *deber ser* sale sobrando.

Pero al menos hay un *deber ser* consagrado, que cumple una función heurística, nos dice hacia dónde debemos marchar, en qué sentido debemos proyectar las decisiones de los operadores jurídicos, y hay un grado de realización social que nos dice dónde estamos parados, es decir, desde dónde debemos partir para marchar en la dirección del *deber ser*.

Si orientamos nuestras construcciones para que los operadores, conscientes de su punto de partida actual, es decir, incorporando los datos sociales que indican el grado de *realización social* de la premisa antropológica, verificando el grado relativo de *realización del deber ser en el plano de la realidad social*, decidan coherentemente impulsarlo en el sentido del *deber ser* normativo, veremos que vamos por el buen camino.

Sólo se trata de eludir el *reduccionismo normativista* (cualquiera sea la limitante teoría del conocimiento de que se valga) que puede llevar a una construcción alucinada y negadora de la realidad del mundo, y al mismo tiempo también el *reduccionismo más o menos sociologizante*, que nos puede conducir a decisiones *pragmáticas y eficientistas* aberrantes.

De este modo habremos evitado dos consecuencias gravísimas de los reduccionismos: por un lado la pretensión de ignorar el ser; por otro el de pretender que *del ser sale el deber ser*. Es verdad que en ciertos sentidos esa pretensión puede ser legítima, como creo que en alguna medida lo pone de manifiesto Hans Jonas, pero creo que en otro nivel discursivo, lejano al de la labor específica del penalista.

Eludir los extremos no significa ignorarlos, sino no neutralizar su contrario: no podemos ignorar *lo normativo* (porque no sabríamos hacia dónde marchar) ni *lo social* (porque no sabríamos desde dónde partimos). Precisamente, los ignoran cualquiera de las dos absolutizaciones extremas, puesto que de este modo están ignorando la otra.

Por cierto que en el plano doctrinario habrá quien pretenda construir sistemas que empujen al ser con más o menos energía, pero al menos todas las doctrinas jurídico-penales así orientadas siempre irán en el mismo sentido. Creo que esta es la vía de escape del círculo en que se mueve hoy la doctrina penal.

¿Y la pena? ¿Qué respondemos a la función de la pena? ¿Para qué sirve en el marco de este planteo?

Todas las teorías de la pena (la bandeja de Bauer) son falsas o bien, si alguna vez cumplen alguna de esas funciones, eso no permite generalizarlas. En el plano sociológico sabemos que tiene múltiples funciones, pero nunca una sola y definida. No es verdad que la pena no sirva para nada, sino que sirve para muchas cosas, demasiadas quizá y no siempre buenas, pero no las tenemos todas claras.

Sin embargo, hay un dato histórico y sociológico que no podemos ignorar, pues es verificable a lo largo de los siglos y en todo el planeta: cada vez que el poder punitivo –la pena– se desborda, hay un genocidio. *No ha habido genocidio que no haya sido cometido por las agencias del poder punitivo o con su intervención decisiva.* Y como se ha dicho, precisamente la antropología jurídica elemental ha llegado a las leyes máximas nacionales y planetarias por pánico al genocidio o a otras matanzas estatales. En todo genocidio, el poder punitivo y el crimen más grave incurren en el escándalo de superponerse e identificarse.

La pena está allí, es un hecho político innegable, un *factum* irreductible a la razón, que puede ser más o menos irracional, pero nunca del todo racional, porque en definitiva y por definición llega tarde, cuando el daño está hecho, y porque, además, aún en los casos más graves, no deja de tener al menos un resabio de venganza.

Lo único que sabemos a ciencia cierta es que hay que limitarla y contenerla para evitar el genocidio, y ésta es *la función del derecho penal, del ejercicio del poder jurídico de contención*. Se ilusionan quienes creen que el poder punitivo lo elige el legislador, lo realizan los jueces y las policías se limitan a cumplir las órdenes de éstos. Nada es más falso en la realidad: el poder punitivo lo deciden las policías, que seleccionan a los candidatos a la criminalización. Los jueces sólo disponen de un limitado poder de contención: obturan el paso del poder punitivo más irracional, permiten el tránsito y avance del menos irracional y, también, pueden disponer de una luz amarilla que indica la conveniencia de aguardar para decidir con más calma. Ejercen la función de un semáforo que regula el paso del poder punitivo, seleccionando conforme a su mayor o menor grado de irracionalidad.

Una última cuestión: Si la pena no es racional, ¿por qué no hacerla desaparecer?

Ha habido muchas propuestas en ese sentido, antiguas y modernas. Entre las antiguas se encuentran todas las vertientes del anarquismo que, en definitiva, son *jusnaturalismos radicales* nutridos de diferentes puntos de partida filosóficos e ideológicos: liberal, socialista, cristiano, positivista.

Entre las propuestas modernas, en las últimas décadas del siglo pasado surgió el llamado *abolicionismo*, que también reconoce diferentes bases filosóficas: fenomenológicas, marxistas, culturalistas, quizá otras más.

Hacer desaparecer al poder punitivo, si es que un día es posible, es una tarea que excede con mucho a la pobre y limitada función de la doctrina penal, que sólo se propone proyectar jurisprudencia.

La propuesta abolicionista importa un profundo cambio civilizatorio, porque nuestra civilización tiene introyectado el tiempo lineal y, vuelvo a recordar a Nietzsche, que hablaba con un caballo pero a veces daba en la tecla: así como lo expresó en su *Zarathustra*, la venganza no desaparecerá mientras no cambiemos nuestra idea del tiempo, porque *die Rache ist gegen die Zeit*<sup>3</sup>.

Cada quien puede pensar y militar por un cambio civilizatorio, pero no le pidamos eso a la doctrina penal, cuya función inmediata y humana es mucho más limitada. El poder punitivo es como la guerra, se puede deslegitimar todo lo que se quiera, pero allí está, es un *factum*. Más aún: no sé si tenía razón Michel Foucault o Carl von Clausewitz, pues entre la guerra y la política, no sé bien cuál es continuación de cuál. Pero como de momento todo indica que no podemos eliminar ninguna de ambas, para la guerra tenemos la Cruz Roja Internacional que la limita, y para la política tenemos a los operadores jurídicos que la limitan. Lo único que los penalistas podemos hacer es proyectar la acción limitadora de la Cruz Roja del momento de la política.

En esta civilización y en el mundo actual al menos, la modesta misión de la doctrina penal no puede ser otra que la de contener el desborde de la punición y, de este modo, prevenir el genocidio. En la actualidad, la pena ha alcanzado su máximo de irracionalidad. Como hace años lo señalara la criminóloga canadiense Ruth Morris, se convirtió en una *cuestión de fe*, en una *idolatría* que tiene sus integristas, fundamentalistas y fanáticos, que no sólo la legitiman en cualquier extensión, rompiendo todas las barreras doctrinariamente construidas en tiempos anteriores, sino que *creen* que es posible resolver todo

---

3 N.E.: Se refiere a la famosa frase de Friedrich Nietzsche “la venganza es venganza contra el tiempo”.

con ella (desde curar la drogadicción hasta salvar el Amazonas)  
La creen *omnipotente*.

Frente a esa *fe idolátrica irracional* nos inclinamos por el *agnosticismo penal*, sabemos que la pena sirve para varias cosas, no todas buenas, que nunca es del todo racional y que lo importante para la construcción teórica no es inventarle funciones, ni elegir una accidental de ellas y alucinar su generalización, sino limitarla y contenerla.

La limitación y contención de la pena es una tarea *racional* frente al peligro del genocidio y, por ende, una doctrina penal con ese objetivo, necesariamente también puede ser racional, como lo es el derecho internacional humanitario para el momento de la guerra.

Por ese camino podemos reconstruir la doctrina penal, proyectando la labor contenedora de los operadores jurídicos dentro de un marco doctrinario más general, que impulse incesantemente el ser de la *realización social* hacia el *deber ser* del trato como *persona* de todo ser humano. Esto es lo racional, aunque lo que contengamos nunca lo sea del todo.

# Miedos, angustias, masacres y enemigos<sup>1</sup>

*Eugenio Raúl Zaffaroni*

Cuando miramos un poco para atrás en el ámbito de la criminología, nos vamos dando cuenta de que tenemos una disciplina que se las trae, cuya historia y genealogía no es como para invitarla a cenar todas las noches en casa. Lo cierto es que hemos participado como herederos de una criminología que fue racista, que fue legitimante de genocidios. Lo que hemos aprendido de todo eso es justamente a cuidarnos de eso, hemos aprendido que el poder tiene una tremenda capacidad de manipulación sobre este curso. Y también hemos aprendido un poco la importancia del poder del discurso. Si nos cuidaban tanto para hacernos decir semejantes barbaridades, tanto como hicieron con nuestros antecesores, evidentemente es porque ahí habría cierto poder.

De modo que, cobrando conciencia, en general hoy algo podemos hacer. Hoy la realidad de los hechos es que, al lado de esta tecnología académica que debemos sacar a la luz pública, la tarea es enfrentar, confrontar con una verdadera criminología mediática.

Pensemos e investiguemos lo que nos guste en la universidad, pero en frente tenemos una construcción mediática de la realidad a través de una criminología fundada en el pensamiento mágico, llena de contradicciones, contradicciones que no importan,

---

<sup>1</sup> Conferencia pronunciada por Raúl Eugenio Zaffaroni el 4 de marzo de 2011 en el Observatorio de prácticas en Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Córdoba a propósito de la presentación del primer número de la Revista Interferencia: Derecho y Seguridad Humana, Córdoba, Argentina.

porque al pensamiento mágico no le importa la coherencia. Se trata de algo que está perfectamente instalado y que va creando realidad a través de dar por supuestos, sucesivamente, determinados mensajes de una manera bastante particular.

Esto se ha ido instalando en nuestra sociedad, aunque creo que siempre hubo criminología mediática. En la época de las brujas, la criminología mediática sería a través de los púlpitos, de las arengas que en cada época hizo su propia criminología para el público, es decir, una criminología mediática que por regla general se separaba más o menos de la académica. Y cuando coincidían no eran las épocas más felices por cierto, como fue la del positivismo racista o pudo ser la de la caza de brujas.

Pero el mayor peligro de esta criminología mediática se viene advirtiendo casi contemporáneamente con la instalación académica de nuestra disciplina.

Fue nada menos que Gabriel Tarde quien denunciaba el poder de la prensa, el enorme poder de la prensa, fundamentalmente impresionado por el Caso Dreyfus y la importancia que había tenido la construcción social de realidad en ese caso e incluso antes.

Al mismo tiempo Jean Jaurès denunciaba los intereses de la prensa y los peligros frente al primer genocidio armenio. Se preguntaba por qué no se habían enterado los franceses de lo que hacían los otomanos con los armenios, y respondía: *porque nuestros empresarios periodísticos están vinculados a empresas con intereses del imperio otomano, y por eso no publican lo que los turcos están haciendo con los armenios.*

Esto tiene más de cien años, de modo que no es novedad, la novedad es que hoy nos enfrentamos con un medio tecnológico de comunicación como la televisión.

Cada vez que aparece una tecnología nueva se produce lo que

Umberto Eco anuncia como la oposición entre los integrados y los apocalípticos. Con la televisión, los integrados nos dicen que vamos a tener una relación más cercana con la realidad, o que con internet vamos a poder comunicarnos mucho más y vamos a poder neutralizar la construcción de realidad de la televisión. Y los apocalípticos dicen que con todo esto viene el desastre total, vamos a dejar de pensar, el *homo sapiens* va a desaparecer, va a ser reemplazado por el *homo videns*, etcétera.

En líneas generales esto es cierto, sin caer en lo apocalíptico, en parte es verdad. Es cierto que la televisión subejercita –en especial en los niños, pero no sólo en ellos– la facultad del pensamiento abstracto. ¿Por qué? Porque la imagen nos refleja necesariamente hechos concretos, cosas y, en consecuencia no pone en marcha la capacidad del pensamiento abstracto. ¿Qué significa esto? Cuando un psiquiatra se encuentra frente a un paciente y tiene dudas sobre si tiene algunos cables menos, o sea, si le está faltando algún jugador, le pregunta algún concepto abstracto como: “¿Crees en Dios?” Y si dice que sí, sigue: “¿Qué es Dios?” Y si el paciente le responde algo así como: “Dios son los Santos”, se supone que el psiquiatra aplicará algún método para cerciorarse de que padece alguna debilidad mental seria.

Por otra parte, la televisión nos va proporcionando un mayor sentido de realidad, ¿no? Como nos abrumba con noticias, y la noticia en la televisión es rápida, fracciona las imágenes, es como si viésemos un montón de decenas de filmes distintos, todas juntas. No logramos reconstruir la historia, porque cada una de esas imágenes para irnos acercando a la realidad nos demandaría por lo menos una hora de comentarios, de preguntas, de respuestas, etcétera, para enmarcar la imagen. Vemos algo que creemos que es la realidad, pero no son más

que trozos de películas cortados donde el camarógrafo quiera. Por otra parte, no es cierto que para causar miedo la televisión deba mentir. A veces se hace, pero no es indispensable. Basta con el espacio que se le conceda, la hora en que se trasmita y la forma en que se dé la noticia. Esto tanto en la televisión como en la prensa.

Cuando hablamos de que hay una criminología mediática, que funciona con pensamiento mágico y que se crea a través de los medios masivos, la pregunta es: ¿Cómo es posible que en esta sociedad, en una época de revolución tecnológica, los medios condicionen las actitudes cotidianas, y sobre todo las actitudes de los políticos? ¿Cómo es posible que rija esta criminología mediática?

En alguna medida es posible debido a la criminología académica. Es bastante curioso, ¿no? La criminología mediática la construyen expertos, tenemos algunos que naturalmente son expertos en estafa, en defraudación, es cierto, pero son pocos. Lo raro del caso de la criminología mediática es que se construye por expertos serios, es muy extraño eso, es casi paradójal. Pero analicen ustedes cualquier mesa redonda, una entrevista con un experto sobre el tema de seguridad. En una mesa redonda donde puede haber un juez, un fiscal, un médico forense, un policía, y se les hacen preguntas. Cada uno de ellos es un experto, cada uno de ellos desempeña bien su función, cada uno de ellos sabe de lo que habla. El juez puede hablar de las dificultades de carácter procesal, las dificultades que encuentra, el fiscal más o menos lo mismo. El policía puede hablar de las dificultades de la investigación, de cómo necesitaría ampliar su capacidad investigativa, los recursos en criminalística que le hacen falta. Un médico forense podría hablar de cómo hacer

mejor las autopsias. Pero de repente el conductor empieza a preguntar ¿Usted cree que la droga incide? Entonces, el experto contesta –porque se siente obligado a contestar–, y cree que se le está preguntando algo que se da más o menos por supuesto y entonces contesta sobre lo que no sabe. Lo que no sabe él, y quizás no sepa nadie, porque nadie se preocupó por investigarlo. Lo cierto es que sigue hablando de lo que no sabe, con la misma soltura con la que habló de lo que sabe.

De ese modo vamos construyendo esta criminología mediática que se retroalimenta, dando por supuesto lo que construye. El experto habla de lo que sabe y después sigue repitiendo el mismo mensaje de la criminología mediática. Tal es la forma en que se va realizando. Es una construcción que hacen los propios expertos que empiezan a hablar de lo que no son expertos y reproducen simplemente el discurso mediático. Esto se llama *rizo de retroalimentación*, es el aparato que fabricamos, lo ponemos en funcionamiento y después no podemos desenchufarlo porque se volvió tan inteligente que un día que lo desconectamos funciona solo, o no nos permite desconectarlo. Realmente esto funciona así pero, ¿de dónde sale este éxito? Detrás de esto hay intereses, sí. Detrás de esto están los intereses corporativos, están las grandes corporaciones de comunicación social, está toda la política de destrucción del modelo Roosevelt de Estado, el modelo de New Deal de los Estados Unidos, que se extiende por todo el continente.

Pero, ¿por qué todo eso tiene éxito en el fondo? ¿Qué hay? Hay algo más profundo, sin duda. Tampoco me vuelvo apocalíptico con esto, pero creo que en el fondo se mueve ese mecanismo de chivo expiatorio, más allá de la técnica, de la tecnología, de la revolución tecnológica comunicacional, de los intereses

corporativos. Y todos esos son datos de la realidad actual. Este mecanismo de construcción de chivo expiatorio es algo que atraviesa toda la historia y se pierde en la prehistoria. Es una mecánica reiterativa que describe René Girard, y me parece que es válida.

En toda sociedad se produce un cierto fenómeno mimético, en toda sociedad quiero tener lo que tiene otro, y por eso, me vuelvo medio parecido al otro, me identifico con el otro y, como resultado de esto, se van generando tensiones. Tensiones en torno a la posesión de determinados entes cuya escasez genera esas tensiones. Cuidado, que no estoy hablando de entes que sean necesarios para la supervivencia. Una cosa es lo que es necesario para sobrevivir y para alimentarse, para estar vivo, etcétera, y otra cosa es que imite al otro porque me guste lo que el otro tiene. Entonces lo que empieza a ambicionar es esto, y llega un momento que hasta puede perderse de vista el objeto mismo generador de la tensión. Esta tensión va generando en la sociedad cierta violencia difusa, que nadie sabe exactamente qué es, y genera angustia. Un grado de angustia que en el mundo moderno tiene muchas razones: desde la inseguridad laboral, desde la dificultad para concebir un proyecto existencial, desde la imprevisibilidad del futuro, etc., que naturalmente genera angustia. Pero la angustia no tiene un objeto, no hay un objeto o quizás el objeto sea la muerte, el temor a la muerte, pero en realidad la angustia carece de un objeto concreto. El miedo sí tiene un objeto, pero la angustia no. La carga de angustia se va a haciendo en la sociedad cada vez más insoportable y va potenciando la violencia difusa, hasta que llega un momento en que se construye un objeto, ese objeto es la fuente del mal, y la angustia se convierte en miedo. Encuentra su objeto, baja el

nivel de angustia, estamos iguales, no pasó nada, pero por lo menos ya sé cuál es el responsable de todo. Al descender el nivel de angustia hay una homogenización del objetivo existencial: lo primero es destruir al objeto temible. Y si nadie lo para antes, esto conduce a la destrucción del chivo expiatorio.

El chivo expiatorio, el grupo al que se identifica como fuente del miedo, tiene que ser un grupo que sea diferente, pero similar. No puede ser del todo diferente, incluso hasta en el mismo ritual de chivo expiatorio, cuando es un animal, el animal tiene que tener condiciones de domesticidad, algo que por lo menos pueda asimilarse al ser humano. Debe dotárselo de cierto animismo.

Y, efectivamente, la lógica es que si ése es el impedimento, el obstáculo, el objetivo será destruirlo. Por eso, no cualquiera es idóneo para convertirse en chivo expiatorio. En casi todas las masacres de grupos siempre ha habido un aspecto que facilitó la asunción de ese rol. Si hablamos de los judíos, bueno, hubo judíos banqueros, es cierto, y también hubo judíos bolcheviques. Si hablamos de los armenios, hubo algunos pequeños grupos armenios que querían la independencia. Si hablamos de lo que ha pasado en nuestro país, sí, es cierto que había grupos políticos violentos y así podríamos seguir, como si hablamos de Camboya, donde los norteamericanos habían tirado más bombas que todas las que habían arrojado sobre Japón durante la segunda guerra. Si hablamos de Indonesia, es cierto que Mao Tse Tung y los chinos amenazaban con que algo iban a hacer sobre Indonesia. Así podríamos seguir, pero es totalmente ingenuo pensar que si no se hubiesen dado todos esos hechos, los genocidios no se hubieran producido, que no se hubiesen cometido las masacres. Se hubieran producido igual, o se hubieran inventado, sin lugar a dudas.

Estos hechos son los que facilitan la asunción del rol de chivo

expiatorio, pero no son los determinantes. Lo determinante de la masacre es lo otro, la determinante de la masacre es la necesidad de canalizar venganza sobre un objeto para bajar el nivel general de angustia. Y eso tiene a veces el efecto milagroso que señala René Girard porque, en ocasiones, una vez destruido o aniquilado el grupo, la violencia difusa desaparece. Este es el mecanismo profundo que hace que, a lo largo de la historia, sobre este mecanismo de base, se vayan instalando los otros, se vayan sumando los otros, los van usando los otros.

Este es el riesgo que hoy tenemos, y con el sistema penal lo estamos manipulando, porque manejar el poder punitivo es algo sumamente grave, peligroso, explosivo, teniendo en cuenta que todas estas masacres las protagonizó el poder punitivo. Tendemos a olvidarnos de eso, porque es demasiado terrorífico. Esto que tenemos entre manos es mucho más mortífero que el poder bélico. En definitiva, la guerra mató a unos cuantos millones de habitantes, es cierto, pero unas tres veces menos que lo que, con estas masacres, mataron los poderes punitivos genocidas.

Dirán que unas cuantas de estas masacres las hicieron militares, pero no me fijo en el uniforme, me fijo en la función. Sí, unas cuantas de estas masacres las hicieron los militares, pero no en función bélica, si entendemos por tal el enfrentamiento de dos fuerzas más o menos simétricas, con capacidad cada una de neutralizar o lesionar seriamente a la otra.

Los militares no siempre intervinieron. En el caso del nazismo no fue la fuerza militar la que llevó adelante el genocidio. El holocausto fue cometido fundamentalmente por fuerzas policiales. Y en los casos en los que intervinieron fuerzas militares, fueron asumiendo claramente funciones de tipo

punitivo y policial.

Creo que tenemos que reflexionar un poco sobre el origen de la policía. Normalmente nos quedamos demasiado cerca si nos atenemos a la repetición de que las policías aparecieron con la concentración urbana, con los Borbones primero y con la historia de Scotland Yard. La verdad es que la policía surge con el colonialismo, porque la ocupación colonial es ocupación policial.

Reflexionemos un momento: si alguien cree que Hernán Cortés libró una guerra de conquista, está loco. No libró ninguna guerra de conquista, hizo una ocupación policial de territorio.

¿Alguien cree que los belgas en el Congo hicieron una guerra de conquista? ¿Qué guerra de conquista? Ocupación policial de territorio. En definitiva, el colonialismo, lo que hizo fue montar grandes campos de concentración, inmensos y formidables campos de concentración. Y en determinado momento, cuando se produjo la concentración urbana en la metrópolis, trasladaron la técnica colonialista a la metrópolis para controlar a los excluidos y marginados de las grandes concentraciones urbanas, con la conflictividad que ésta les generaba, debido a la insuficiente acumulación de capital.

Pero en definitiva, no hicieron más que trasladar la técnica de ocupación colonial a la metrópolis. No en vano, los ingleses fueron los últimos en querer tener una policía, porque tenían una amplia experiencia colonialista y no querían sufrir la misma ocupación territorial de las colonias en su propio territorio. De ahí que tardíamente surja la policía en forma moderna en Inglaterra.

Mucho más tarde tuvimos nosotros fenómenos como la seguridad nacional, que fueron fenómenos de auto-colonialización, de

ocupación policial de territorio por parte de nuestras propias fuerzas armadas, operando como agentes proconsulares de intereses transnacionales.

De este modo, vemos que lo que tenemos entre manos es algo sumamente amplio y peligroso, como lo muestra el siglo pasado. Sin hacer cálculos de contabilidad cadavérica, fue realmente espantoso. Más o menos dos habitantes de cada cien que caminaron por este planeta, se lo cargaron los Estados en función del ejercicio punitivo, sin contar las guerras. El problema es que en este siglo, la tecnología es mucho mayor, la capacidad tecnológica de destrucción es mayor, la capacidad tecnológica de información es mayor, y la capacidad de manipulación y de creación de realidad mediática también es mayor.

Frente a esta realidad: ¿Qué tarea nos incumbe en la universidad? Primero tenemos que luchar contra algunos obstáculos ideológicos que existen en la propia universidad. El primer obstáculo ideológico es el temor a que este fenómeno que estoy describiendo haga que uno se deprima y pueda llegar a salir a la calle, sentarse en la vereda y abrirse las venas con una galletita, por efecto de la depresión.

Esto asusta, sobre todo en la formación jurídica, que no es una formación muy destinada a la valentía, genera pánico.

Entonces una primera reacción es: yo me quedo en mi mundo normativo, yo vivo en el mundo de las normas, violación de la norma, reafirmación de la vigencia de la norma, estoy en la casa de la norma. Las normas se acuestan, las normas se reproducen. Las normas son una deducción lógica de la ley, y la ley está en un texto. Entonces, si a un instrumento lógico le doy entidad, bueno, ya algo raro me está pasando. Por ejemplo, voy al carnicero, pido un kilo de carne, le digo “¿cuánto es?”. Me dice: “tanto”, “¿cuánto

es esto que me trae?”, “son veintiún pesos”, le doy treinta, me devuelve nueve, el número nueve existe. Voy y corto la carne, le doy un pedazo de carne al perro, le pongo la cadena, saco el perro a la calle, el perro también existe. Tanto el número nueve como el perro sí existen, pero dos entidades diferentes, existen de dos modos diferentes; uno es un ente real y otro ideal. No puedo ponerle a la norma una cadena y salir a pasear con ella. Me parece que algunos colegas se olvidan de eso y quieren salir a pasear con la norma.

Yo no quiero confundirme a la norma con el perro, porque desde Aristóteles sabemos que existen estas dos cosas diferentes. Esto son los errores del mundo normativo. Pero yendo ya al campo de la criminología, otro enorme error es la tremenda criminología positivista, que se puede adornar con alguna cita aislada de Lenin y otra de Marx, tanto como para sacarla a pasear los domingos, pero que sigue siendo etiológica y que nada tiene que ver con la crítica criminológica.

Pero incluso alguna criminología crítica se agotó, pero se agotó por no poder ver claro el objeto, o sea, por asustarse frente a la verdadera dimensión potencialmente masacradora del poder punitivo en caso de desbande.

Debo aclarar que uso el término *masacre*, sólo por no emplear el de *genocidio*, dado que este último término es jurídico y tiene que ser objeto de la criminología.

En efecto: *genocidio* es un concepto jurídico, que sale de una ley que es un tratado internacional. Todos conocemos la historia, todos sabemos que ese tratado internacional es resultado de una microcirugía legal, cuidando dejar afuera Hiroshima y Nagasaki, los crímenes de Stalin y los crímenes del neocolonialismo. Al acuñar la fórmula pensaron algo así como, “no sea que esta ley

que hacemos se nos vuelva encima?

Fue por eso que hicieron una ley que parece directamente una caricatura del Holocausto, y todo eso hasta hoy ha generado las más terribles discusiones en el campo jurídico, cada vez que han tenido lugar las mas impudicas masacres, a las cuales se ha tratado siempre, o se ha encontrado siempre, la forma de tratar de excluirla de la fórmula legal del genocidio. Esto es crítica de la criminalización a nivel internacional, y la crítica de la criminalización es una de las funciones de la criminología.

Pero es necesario enfrentarse con la masacre, con el tremendo poder del poder punitivo, y frente a esto no se puede ser neutral. La ilusión o alucinación en este caso de asepsia de la ciencia, se termina. No podemos pretender ser imparciales, asépticos, descoloridos, frente a la masacre, frente a la amenaza de la masacre. En un mundo que se va globalizando, en un mundo en el que la información nos confunde creándonos realidades, la criminología no puede ser una mera criminología especulativa, tiene que ser una criminología militante. Una criminología militante que debe orientarse básicamente en un sentido, que desde mi punto de vista está bastante bien definido, o se puede definir muy claramente a partir de la experiencia del siglo pasado. Cuando se quemaban brujas por toda Europa, y cuando surgieron los Estados nacionales, y los Estados nacionales no toleraron que fueran la Inquisición eclesiástica o romana las que quemaban, sino que recuperaron como parte de su soberanía el ejercicio de la jurisdicción, y por ende se hicieron cargo los príncipes de quemar a las brujas, esta quema de brujas se fue agotando, se fue acabando el interés de fritar mujeres por Europa. Y quedó en algunos lugares, sobre todo en Europa central, en la Europa de lengua alemana. Y fue un cura, un jesuita, al que un

día lo encargan de confesar a las supuestas brujas y se cansó de hacerlo, se cansó de ver barbaridades y en el año 1629 publicó un libro: *la Cautio criminalis*, la cautela penal.

Fue este jesuita, Friedrich Spee, que dijo que no sabía si las brujas existen o no, admitió todo lo que teóricamente se podía decir de las brujas como posible, pero afirmó con absoluta certeza que nunca había conocida a ninguna bruja, que todas las que confesó y quemaron no eran brujas, y que con el procedimiento empleado también cualquiera puede ser tenido por bruja o brujo. Describió detalladamente el aberrante procedimiento, señaló que tenía la ignorancia del pueblo, la construcción social de la realidad de su época, segundo la Iglesia, o sea, los autores de libros que repetían los mismos discursos sobre Satanás, las brujas y todo eso, es decir, los criminólogos de la época. Luego acusaba a los príncipes, que descuidaban lo que hacían sus subordinados, y a los que eso les venía bien, o sea, les era funcional, y a las aberraciones de sus subordinados las llamaríamos hoy autonomización de las policías. Naturalmente, para cualquier gobernante la posibilidad de sacarse la responsabilidad y ponerla en Satanás o en alguien parecido, es ideal. Así pueden decir: “yo no tengo la culpa de lo que está pasando, cayeron rayos, vino una tormenta, es Satanás”. Por último, este cura jesuita también acusó a la corrupción, porque se cobraba por cabeza de bruja fritada, es decir, el trabajo era a destajo y además los encargados de la Inquisición se ocupaban de ir casa por casa reclamando una contribución, para seguir adelante con su generosa tarea de limpieza, de erradicación de tan nefasto mal de la tierra, es decir, existía protección mafiosa. Estas son las características estructurales del discurso crítico del sistema penal desde 1629 hasta hoy. Efectivamente, creo

que de ahí tenemos que tomar la fuente de inspiración, que el origen estructural de la crítica, lleva a la cautela. Cautela en la utilización de poder punitivo. Cautela, prudencia, contención del poder punitivo dentro de determinados límites.

Realmente el poder punitivo es polifuncional, tiene muchísimas funciones, ninguna es la que mis colegas penalistas dicen, que son funciones de la pena. Eso es mentira, esos son inventos que se hacen, ninguna de esas funciones es real, o por lo menos no es real en todos los casos. De modo que es polivalente, tiene muchísimas funciones, pero no nos importan mucho esas funciones, lo que importa es contener el poder punitivo, reducirlo para que no derive en el efecto masacrador. De modo que, cuando hablo de una criminología militante, me estoy refiriendo a una criminología cautelar de contención.

En definitiva, cuando desde la criminología miramos la realidad en su dinámica, creo que disminuyen los errores de percepción, pues éstos se cometen más en el plano de los cultores de las disciplinas normativas, cuando se visualiza la realidad como algo estático. Es en ese plano que algunos se animan a decir que ya no podemos hacer nada, y si un pedazo de poder punitivo trata a un segmento de personas como *no personas*, el enemigo, o qué sé yo cómo se quiera llamar, nada podemos hacer más que cederle ese espacio.

Sin embargo, siempre podemos hacer algo, porque en verdad siempre hemos tratado y tratamos a algunas (o muchas) personas como *no personas*. Al decir esto estoy pensando las pretendidas medidas de seguridad de nuestro artículo 52, es decir, de la pena de relegación de los molestos.

Y digo e insisto en los molestos, porque el grave problema del poder punitivo y de la policía no fueron nunca ni son

los criminales graves, los asesinos seriales, los violadores sanguinarios, porque a esos antes los mataban y ahora los encerramos toda la vida; con esos el problema está resuelto. El grave problema es y siempre fueron los molestos. ¿Qué se hace con los molestos? Es decir, con los que nunca hacen nada muy grave y ni siquiera grave, pero permanentemente están haciendo algo que incomoda.

Nos hemos habituado a tratar a un grupo de personas molestas como personas, en el plano práctico: los ingleses los mandaban a Australia. Hegel lo teorizó y desde entonces el derecho penal lo racionaliza, porque consideramos que hay gente *como uno* y otra que *no es como uno*, y a esta última se la trata como a un bicho que se escapó del zoológico y que puede morder. Esa dicotomía se ha ido legitimando, pensando siempre en un mundo estático. Tengo un pedazo de derecho penal que lo uso así, un pedazo de poder punitivo liberado, y otro pedazo de poder punitivo contenido; el primero para el molesto o enemigo, el otro para *la gente como uno*, que se equivoca.

Eso no sólo es mentira, sino que es imposible. Cuando liberamos un pedazo de poder punitivo, no lo podemos contener más, pero nos dicen que es por excepción, y siempre la liberación del poder primitivo comienza por excepción, y después se convierte en la regla y es inevitable.

Ejemplo: por teléfono el comisario me dice: “Doctor, hicimos un allanamiento, porque había una denuncia por acopio de armas, bombas, etcétera, no encontramos eso pero acá traemos una planta de marihuana que había al fondo”. “No –le digo–, la planta de marihuana no”. Al día siguiente va a venir y me va a decir: “mire, encontré el cadáver de la abuela en el placard pero yo no pude hacer nada porque usted me había dicho que no

podía hacer nada, listo”. Y sale en el diario: “cadáver de la abuela impune...”, porque uno dio la orden de que pase eso, así.

La partición del poder punitivo en contenido y descontrolado es mentira, en lo dinámico es una lucha permanente entre el Estado totalitario y el Estado de Derecho, es dinámico, unos empujan de un lado y otros tenemos que empujar del otro. Por eso hablo de una criminología cautelar, por eso hablo de una criminología militante, cautelar y militante, porque constantemente tenemos que estar tratando de contener el Estado policial y autoritario, es una pulsión y una contrapulsión permanente. El Estado de Derecho no es más que un Estado que ejerce una contra-pulsión eficaz frente a las pulsiones del Estado autoritario que se ha quedado encerrado adentro. Es una dinámica constante, no me atrevo a decir que es una dialéctica, porque no sé si hay síntesis. Pero por lo menos estoy seguro que es una dinámica constante. En este sentido, me alegro de lo que están haciendo ustedes, me alegro de una revista que se inscriba en una actitud militante por parte de la Universidad y, sobre todo, en el momento en el que cada vez vamos tomando más conciencia de la forma en que se va construyendo el pánico moral que nos va introduciendo en un mundo de estructura paranoide.

Muchísimas gracias.

# Entrevistas



## Eugenio Raúl Zaffaroni sin bozal

Durante su visita a Córdoba, el abogado Lucas Crisafulli mantuvo un extenso diálogo con Eugenio Raúl Zaffaroni. Aquí, el ex ministro de la Corte Suprema de Justicia se da el gusto de hablar de todo: desde la intimidad de su rutina, su relación con la lectura, la escritura, la poesía, su amistad con Juan Gelman, hasta de analizar el funcionamiento del derecho, la criminología y los temas políticos de actualidad. Opina sobre la Corte Suprema de Justicia, el Código de Faltas, los medios, y el polémico debate que genera la seguridad.

Días previos a su visita, el marcado interés que despierta la figura de Raúl Zaffaroni ya se había hecho sentir en las redes sociales. El 14 de agosto, el Auditorio Presidente Hugo Chávez del Pabellón Venezuela quedó absolutamente desbordado, cuando el flamante juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, frente a unas 300 personas y durante más de dos horas, disertó sobre el origen del derecho penal – la selectividad del sistema penal, el sentido de las penas, los fundamentalismos del mercado– y su relación dialéctica con la filosofía. Acompañado por el decano de la FFyH, Diego Tatián, de manera generosa y hasta con fina ironía, Zaffaroni respondió todo tipo de inquietudes, sin esquivar los temas que marca la agenda política local. En su periplo de conferencias en la UNC, se hizo de un tiempo además, para avalar con su firma el documento #SeguridadConDerechos, presentado a fines de junio de este año y elaborado en forma conjunta por la FFyH, la organización HIJOS y la Mesa Provincial de Derechos Humanos de Córdoba.



Ese mismo día, en la Facultad de Derecho, brindó otra conferencia frente a un auditorio completamente colapsado. Más de ochocientos alumnos en las butacas, en el suelo, parados y en cuanto espacio hubo, se dispusieron a escuchar otra conferencia sobre el colonialismo y el derecho penal durante casi dos horas.

### **“La palabra...así, en singular”**

Raúl Zaffaroni no utiliza teléfono celular, lo considera un collar electrónico. Recibe aproximadamente cien mails por día invitándolo a distintas partes del mundo a dar clases, conferencias u otorgarle premios. Admite que tampoco le gusta mucho el teléfono fijo, prefiere el mail que lo revisa cuando tiene ganas, y de los mails largos, se saltea algunos párrafos. No tiene notebook ni tablet, y por cierto viaja bastante liviano: su pequeño bolso negro, que lo define como extensión de su anatomía, el estuche para traje con una camisa y el “uniforme de abogado”. Tiene un pequeño cuaderno en el que hace anotaciones en los viajes, pero escribe generalmente en su casa, en una computadora de escritorio que está ubicada en el centro de su biblioteca. Admite que le vendría bien una pequeña computadora, pero luego se alegra de viajar sin tanta cosa.

Escribe generalmente de noche, no se acuesta nunca antes de la una de la mañana. Comenta que no madruga, “salvo que los cordobeses me manden un pasaje para las siete de la mañana”, dice riéndose.

La biblioteca de su casa tiene aproximadamente dieciocho mil libros, pero desde que se mudó allí hace trece años, no puede terminar de ficharlos a todos. “Nueve mil están fichados, el resto tengo que ponerme a escribir las voces, si no lo hago

personalmente después no los encuentro más”. Y con ese comentario da la pauta que los ha leído a todos.

Habla, lee y escribe perfectamente en italiano, inglés, portugués, alemán. De hecho da conferencias en Italia, Brasil, Alemania, Inglaterra y Portugal en su idioma original. Su biblioteca está nutrida de libros en cinco idiomas.

La actividad más emotiva que realizó en Córdoba, fue su participación en el homenaje a su amigo Juan Gelman. Una amistad que nació en los años ochenta, cuando el poeta del humanismo tenía todavía pedido de captura por su persecución política. Zaffaroni por aquel entonces era juez, y le tocó intervenir en la eximición de prisión. A pesar de otorgársele, y de sus visitas esporádicas a la Argentina, Gelman vivió hasta su muerte en México junto a Mara, su esposa.

“Este no es un libro, es una hazaña”. Comienza el prólogo que escribió Juan Gelman al libro de Zaffaroni *La palabra de los muertos*. Él quería ponerle a ese libro *Las palabras de los muertos*, pero asegura que fue el propio Juan Gelman el que le dijo: “*La palabra, Raúl... así, en singular*”.

La hazaña consiste en escribir y pensar sobre la visibilidad de lo invisible: los muertos del poder punitivo. Los límites epistemológicos arrojan muchos muertos lejos de las criminologías académicas. Lo que hace Zaffaroni es traer un dato, que por obvio no implica que haya sido estudiado: lo importante son los muertos, “la única realidad son los muertos”. Juan Gelman pensaba que no estaba capacitado para prologar una obra criminológica, y Zaffaroni dice no poder escribir poesía. Es que a Gelman y a Zaffaroni los une algo más importante que sus respectivas disciplinas, los une la convicción en la dignidad humana y desde allí se entendieron.



**– En una conferencia en la Universidad de Buenos Aires, dijiste alguna vez que en el derecho, en el campo jurídico, hacían falta más poetas que abogados.**

– Bueno, son los creadores. Hablar de creatividad en el derecho puede resultar un poco curioso a veces, pero creo que, como en toda actividad, hay creatividad. Están los prosistas del derecho que se dedican a repetir, a reiterar, después están los poetas del derecho, que son los que crean. En la medida en que lo que estén creando sea una potenciación de la persona, son los poetas del derecho.

**– De no ser abogado, ¿qué hubieras sido?**

– Economista, me encanta la economía. – responde sin dudarlo. Y si no hubiese sido juez de la Corte Suprema, le hubiera gustado ser Defensor General de la Nación, pensar y administrar el estudio jurídico más grande del país, pero para defender a todos aquellos que no pueden pagarse un abogado.

“Pobres las lenguas que no distinguen entre ser y estar, qué embrollos ontológicos”, escribió Zaffaroni alguna vez. Por eso jamás le gustó que le digan que fue o es juez, sino que trabaja de eso. Y trabajó como juez federal, camarista, procurador general en San Luis, fue director del Instituto Latinoamericano de Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente; también se desempeñó como interventor del Inadi, fue Convencional Constituyente, diputado, juez de la Corte Suprema y el primero de enero de 2016 asumirá como Juez en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Reconoce que en todos sus trabajos se sintió cómodo, y que cuando se aburrió decidió dejarlos, pero que lo que más disfruta es la docencia.



## “No se puede ser neutral frente al ejercicio del poder”

Raúl Zaffaroni representa no sólo una de las cabezas más lúcidas del mundo del derecho y la criminología, sino también del compromiso político. En todos los cargos que ocupó ha llevado adelante lo que pensaba y escribía en sus libros. Esa coherencia y militancia con los Derechos Humanos tal vez sean la causa del fanatismo que genera. Zaffaroni es quizás para muchos, la esperanza de que el derecho no sólo pueda usarse como instrumento de opresión hacia los subalternos, sino también como una forma de contención del poder punitivo y así, evitar otras masacres.

### – ¿Cuáles son los intersticios entre derecho, criminología y compromiso político?

– Bueno, creo que las tres cosas tienen que ir juntas. No me parece que puedan desdoblarse y que uno sea una persona en una actividad, y otro en otra. Creo que es inevitable que lo que hagas, siempre referido al aparato punitivo, –tanto derecho penal, que proyecta ejercicio del aparato de contención, o criminología, que se acerca a la realidad de lo que sucede–, necesariamente tenga una respuesta política. La podés hacer expresa o no. Podés tener actividad política o no tenerla, pero sea como sea estás haciendo política. No podés criticar la realidad sino desde una posición política.

No hay neutralidad en el derecho ni en la criminología. No se puede ser neutral frente al ejercicio del poder. Quien pretenda refugiarse en una ciencia no política, o bien se engaña o bien nos miente; en el primer caso es peligroso porque no sabe lo que hace, en el segundo también lo es, pero por deshonesto–.

Entre sus planes más inmediatos, Zaffaroni dictará clases en todas las nuevas universidades públicas del conurbano bonaerense: “–Es necesario que haya juristas populares.”

En varias oportunidades le pregunto sobre el Código de Faltas y la cuestión contravencional. Me recomienda mucha bibliografía. Casi toda en alemán. Habla sobre su participación política en la Legislatura Porteña y cómo fue la dura pelea para derogar, de una vez por todas, los edictos policiales e implementar un sistema judicial.

**– ¿Qué opinas de los Códigos de Faltas y del derecho contravencional?**

– Creo que el Código de Faltas es inconstitucional. La Constitución Nacional es clara cuando dice que el Ejecutivo no puede juzgar, y si el Poder Ejecutivo no puede juzgar, un funcionario que depende de él tampoco puede hacerlo, como el caso de un comisario. Eso es lógica elemental. Yo sé que acá en Córdoba se teorizó eso cuando llegó Goldschmidt, y se empezó a desarrollar una teoría rara del derecho penal administrativo o derecho administrativo penal muy propio del Imperio Alemán, que no tiene nada que ver con nosotros, y acá hubo unos teóricos que se prendieron en eso y comenzaron a legitimarlo. Pero no tiene nada que ver con la Argentina ni con la forma terminante que se expresa la Constitución Nacional. Esta posición administrativista legitimó la tradicional arbitrariedad policial en la materia y consagró, de hecho, un derecho de peligrosidad sin delito, en manos de comisarios, a los que se concedieron funciones judiciales por esta vía.



De todos modos, los juzgamientos a través del jefe de policía son remedos del siglo XIX, del Martín Fierro. Bueno, a Martín Fierro todavía lo mandaba a la frontera el juez de Paz. Ahora desapareció el juez de Paz y te sanciona un comisario directamente. Bueno, es remedo de esa época.

Lo mismo sucedió con los edictos de policía de la Ciudad de Buenos Aires, que logramos sacarlos hace como dieciséis años. Mirá, creo que vale la pena leer a Tomás Jofré, que dijo que ningún país del mundo legislaba las contravenciones de manera análoga a la Argentina. Acá es mucho más fácil defender a alguien de un delito que de una contravención. Eso lo escribió en el año veinticinco del siglo XX, y todavía tiene vigencia, por lo menos en Córdoba en que un comisario es juez.

El Código de Faltas tiene un altísimo valor configurador de la coexistencia cotidiana, cuyo potencial es, en cierto sentido, superior al del mismo Código penal. Es mucho más frecuente beber en la vía pública que cometer un homicidio.

Digamos que las contravenciones nos son mucho más cotidianas que los delitos. Es una locura pensar que a medida que aumenta la magnitud del injusto deben aumentarse las garantías constitucionales, porque lleva al efecto paradójico de otorgarle más garantías al parricida que al contraventor. Esto produce una minimización discursiva, como que el derecho contravencional no tendría importancia, lo que se ha traducido como una maximización represiva. A menor poder de contención, mayor poder de represión. Es como que el poder punitivo, en el caso de las contravenciones, pasa sin el filtro de las garantías constitucionales, y cuidado, eso es muy peligroso.

– **Antes de irte de la Corte, dijiste que te hubiera gustado sacar un fallo sobre el matrimonio igualitario. Al final, el matrimonio salió por ley. ¿Te quedó algo pendiente?**

– La sindicalización policial. El poder desestabilizador lo tienen ahora las fuerzas policiales que, a diferencia de las fuerzas armadas, tienen una capacidad de penetración de capilaridad social mucho mayor. No dejar que se sindicalicen, que discutan sus condiciones de trabajo con la patronal, es inconstitucional. Uno de los puntos necesarios para desmilitarizar a la policía es sindicalizarla. Los trabajadores policiales deberían tener los derechos laborales de cualquier otro trabajador, salvo el derecho de huelga, prohibición que comparten con todos los otros trabajadores de servicios públicos de primera necesidad. Los policías deben poder discutir horizontalmente sus condiciones de trabajo, esa es la única forma de crear una verdadera conciencia profesional. Es ridículo que deban mandar a sus mujeres a reclamar. Tenemos más de treinta años de democracia pero no se ha repensado el modelo policial. Seguimos con toda la tecnificación, pero el modelo estructural de la policía sigue siendo el mismo que sale desde Rivadavia cuando cerró los cabildos”.

– **Desde los años '90, el tema de la seguridad se ha instalado en la agenda pública hasta llegar a niveles de obsesión. ¿Cómo analizás este fenómeno?**

– Mirá, una sociedad que aspira a la seguridad en relación a la conducta de cada uno de nosotros es una sociedad con un modelo peligroso, porque llevada la seguridad hasta las últimas consecuencias es una sociedad que puede convertirse en robotizada. Esta pesadilla orwelliana es y será falsa, sólo un pretexto más para seguir legitimando el control social punitivo.





## **“Daniel Scioli es un hombre razonable”**

El currículum de Zaffaroni es impresionante. Tiene más de doscientas páginas de títulos, distinciones, premios, publicaciones y cargos que ha ocupado en la función pública. Treinta y siete Doctorados Honoris Causa otorgados por distintas universidades del mundo. Usa trajes sí, pero con zapatillas, para no perder la informalidad. Casi siempre se queda trabajando en la feria judicial, y aprovecha la licencia para viajes académicos. Cuenta, riéndose, que durante un caluroso enero le costó explicarle a los policías del ingreso a Tribunales de Capital Federal que era juez y no heladero, por usar guayabera.

Hablamos sobre América Latina y la inclusión de grandes masas de personas a través de gobiernos progresistas de la región. Me corrige: “No inclusión, sino que han evitado una mayor exclusión.” Comenta que muchos de los que antes estaban fuera, hoy están colgados del brazo, y eso es peligroso, porque esos piensan que sus enemigos son los que están fuera, porque les representan un peligro. Nos habla de la batalla cultural que hay que dar allí.

### **– ¿Cómo valorás el panorama político actual?**

– Yo ahora estoy sin bozal –se ríe–. Como Ministro de la Corte había cosas que no podía decir. Ahora sí puedo decir lo que quiera. Puedo opinar libremente como ciudadano. El mandato de Néstor y los dos de Cristina, a mi juicio y pensando en el fundamentalismo de mercado de los noventa, de dónde veníamos, fueron muy buenos. El dinero público puesto en salud, educación y en inversión social, la forma en la que se han potenciado las universidades del país, sobre todo las



del conurbano bonaerense... creo que ha sido un periodo verdaderamente revolucionario. Se han acortado las brechas en lo posible, quedan muchas cosas pendientes y se han cometido errores, como siempre sucede en la gestión pública, pero creo que desde que yo era chico no he visto una acción de gobierno tan coherente como ésta. El balance general es altamente positivo. Se inscribe en el contexto regional donde no estamos solos. Si trece años atrás me hubieran preguntado sobre esto, hubiera dicho que era imposible todo lo que se logró. No estamos en la panacea, pero vivimos más o menos bien. Incluso en comparación con Europa y con Estados Unidos. En Argentina se puede estar más o menos tranquilo, por más que los monopolios digan lo que quieran, las mujeres pueden caminar solas por la calle. Y veo un futuro promisorio, creo que Daniel Scioli es un hombre razonable, que tiene experiencia política, dos mandatos gobernando la provincia de Buenos Aires no es poco.

– **¿Qué opinión te merece hoy la Corte Suprema de Justicia?**

– Bueno, la ley vigente dice que la Corte tiene que tener cinco ministros, pero tiene cuatro. Es una gran irresponsabilidad de la oposición negarse a tratar el nombre de cualquier candidato, así sea Hans Kelsen. Lo vengo diciendo hace un tiempo. Si bien la ley establece que deben ser cinco los integrantes de la Corte, eso implica una concentración muy grande de poder. Soy partidario de una corte ampliada, de por lo menos once miembros funcionando a través de salas.

La Corte realiza dos funciones fundamentales. Uno es el control de constitucionalidad, que es fundamental que allí la Corte actúe en pleno. La otra función es una función casatoria. Allí debería dividirse por salas. Es una locura los casi diez mil casos

que resuelve por año. Nadie puede conocer profundamente todas las disciplinas del derecho, ser especialista en todas las ramas jurídicas. Allí es importante que funcione por salas, con vocales especializados por áreas del derecho.

Por supuesto que en la función de control de constitucionalidad debe funcionar en pleno, pero en la función casatoria debería funcionar por salas. Todo esto se puede hacer cambiando simplemente la ley. Ahora, si pensamos en una ingeniería institucional más profunda, hay que modificar la Constitución y crear un Tribunal Constitucional, pero para que ello funcione, debería cambiarse el sistema presidencialista por uno parlamentario.

– **¿Te gustaría un cargo ejecutivo? ¿Gobernador, presidente?**

– Hace veinte años quizás lo hubiera pensado. Ahora no, con el estrés que demanda, mi cuerpo no lo soportaría.

178

– **¿Pero estás sano?**

– Por eso, quiero conservar la salud–, responde riéndose.

– **De aquel Zaffaroni de “Criminología. Una aproximación desde el Margen” o “En busca de las penas perdidas” ¿Qué ha cambiado del sistema penal o qué ha cambiado de Zaffaroni?**

– Desde que hicimos el informe de Derechos Humanos en América Latina a principio de los ochenta hasta hoy, las cosas empeoraron notoriamente. Aumentó el número de presos, no bajó el número de procesados en las cárceles. La situación de violencia que vivía Colombia y que era bastante grave, se trasladó a México y se agravó. Terminó la guerra en Centroamérica pero no la violencia. Apareció el fenómeno de desplazamiento

de Centroamérica a EE.UU. Terminaron las dictaduras, eso es cierto, pero la demagogia de seguridad urbana prendió mucho más, ha podrido bastante la política. Se ha generado con respecto a ello un empobrecimiento de la política bastante grave. No es que sea naturalmente pesimista, me dedico a mirar el panorama del sistema penal, y en los últimos 30 años ha empeorado.

**– Se sabe que sos un abierto defensor del Estado de Bienestar. En los últimos años, muchos gobiernos de América Latina han dado importantes avances en materia de inclusión social y en gran medida, han superado las etapas del Estado Gendarme neoliberal. Sin embargo, las tasas de encarcelamiento no han bajado en la región. Incluso han subido. ¿Cómo analizás este fenómeno?**

– No es que hayan logrado la inclusión, disminuyeron la exclusión. Pero América Latina sigue teniendo los índices de desigualdad más altos. De cualquier manera han bajado, pero el coeficiente de Gini sigue alto. Los gobiernos por más que sean progresistas se encuentran sitiados por los medios masivos de comunicación social que están en manos del capital financiero. Entonces la demagogia vindicativa de los medios masivos los obliga a hacer una serie de estupideces, a veces muy inconscientes porque no tienen ni idea de cómo funciona el sistema penal. Lo que sí tienen idea es que no tienen que perder votos, entonces por miedo, por desconcierto, porque los persiguen por ese lado, por la inseguridad, por el lado de la criminalidad común, toman medidas que son paradójales. Eso pasa en todo el mundo. Las derechas no tienen que dar pruebas de orden, porque siempre se las consideró el orden. Las izquierdas tienen que dar pruebas de orden, se sienten obligadas a hacerlo. En consecuencia, si

vos miras países que no tienen nada que ver con nosotros. En Inglaterra por ejemplo, los laboristas hicieron leyes mucho más represivas que los conservadores. Lo mismo sucedió en Italia, los socialistas hicieron leyes más represivas que los demócratas cristianos. Deben demostrar que son gente de orden.

**– ¿Por qué creés que el discurso de la mano dura es tan popular? ¿Qué estrategias de comunicación debería tener la criminología crítica para difundir otra forma de política criminal?**

– Creo que tenemos que ir por el lado artístico, no tanto del discurso. Creo que tenemos que hacer telenovelas, por ejemplo. Por el lado del discurso, sí, sigamos por el lado en el que estamos, todo lo que se quiera. Pero por ese lado no vamos a ganar nunca. Y después tenemos que desmonopolizar los medios masivos. Si no conseguimos eso, no sólo el sistema penal va a seguir peor, sino nuestra democracia. ¿Y por qué te digo por ese lado? Porque el mensaje *völkisch*, no trabaja por la razón, sino por la emoción. Entonces lo que te muestra es un impacto traicionero, emotivo, traigo a la víctima acá y llora, lo paso diez veces. Eso no lo podés neutralizar a través de un discurso racional. Muchos televidentes no están muy dispuestos a pensar, y el mensaje televisivo es emocional, entonces tenés que ir por ese lado.

## Jóvenes y sistema penal

Entrevista de la revista *Tumbando rejas* a Eugenio Raúl Zaffaroni<sup>1</sup>

Organizamos todo para ser puntuales. Buscamos a Denis. Revisamos las preguntas. Ordenamos el extenso cuestionario. Teníamos muchas inquietudes. Presenciamos su conferencia en la Facultad de Filosofía de la UNC. ¡Cuántas líneas de pensamiento se abrieron! Nos centramos en nuestro contexto y en los jóvenes.

Llegamos a la casa de Patricia. Tomamos mate. Probamos la máquina de fotos y el grabador. Teníamos revistas para obsequiarle y libros para que nos dedique. Pasamos al patio donde el sol nos acariciaba con alegría. Y llegó Raúl. Uno más entre nosotros.

Denis disparó, con soltura, la primera pregunta: ¿Por qué los jueces nos encierran sin saber que salimos peor?

**Zaffaroni:** Porque hay una máquina funcionando, de reproducción, entonces los jueces no lo saben pero resultan funcionales, encierran a los jóvenes y los van preparando como clientes para esa máquina infernal que es la cárcel. Toda institucionalización tiene un efecto deteriorante, que se

---

<sup>1</sup> Entrevista publicada en la Revista “Tumbando Rejas”; Número 8, Año 2015. Tumbando Rejas es la revista del Centro Educativo Complejo Esperanza que incluye tres escuelas: CENMA María Saleme de Burnichón, Escuela Primaria Paulo Freire de la Dirección de Jóvenes y Adultos; IPEM 124 del Programa de Inclusión y Terminalidad Educativa (PIT) de la Dirección de Enseñanza Media. Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba. Todos anexos Complejo Esperanza.

puede atemperar, pero es inevitable. Y eso lo saben todos: los políticos que hacen demagogia con eso y los jueces que tratan de racionalizarlo y decir: “yo cumplo con la ley”. Es una especie del “cumplo órdenes” de los campos de concentración.

**TR:** ¿Por qué los jueces no escuchan a los jóvenes?

**Zaffaroni:** Depende de cada juez, algunos tratan de escuchar, otros no; es totalmente individual. Cuanto más se burocratiza un juez, menos escucha.

**TR:** Queríamos conocer su opinión sobre el trabajo que estamos haciendo sobre sexualidad y acerca de tener visitas privadas, porque hay muchos que tenemos pareja e hijos y no queremos perder esos vínculos.

**Zaffaroni:** No sé por qué se prohíbe la visita privada en chicos. Si hay un vínculo establecido lo importante es que se mantenga. Y la sexualidad sirve para mantener ese vínculo. Es un absurdo que no haya sexualidad del menor. La idea del adulto es una idea cultural, no es biológica. Desde los trece años el desarrollo neuronal es completo. Biológicamente existe la sexualidad adolescente. En nuestra cultura parece que el adolescente no tiene relaciones sexuales hasta los 18 años. Es una locura. Menos en el momento del desarrollo, ¡que es cuando las hormonas están mucho más vivas! (risas).

**TR:** ¿Qué opina respecto de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil que aún está pendiente en Argentina?

**Zaffaroni:** Es un serio problema. Por un lado le tengo confianza y por otro, miedo. Hay una cuestión que es normativa. Bajarla a la realidad es peligroso. Cualquier ciudadano, si tiene que ser objeto de una medida restrictiva de su libertad, habrá que probar que hizo algo que daña a otro. Y tiene derecho a defenderse, tenga la edad que tenga. En la medida en que nos manejemos con: “el menor, pobrecito, necesita ser tutelado”, eso es inquisitorio.

Ese es el principio general y lo deseable. Ahora, no puedo desconocer que eso permitiría bajar la edad de procedibilidad. Tendría derecho a estar en un proceso. No la de punibilidad. Pero cuando lo llevamos a la realidad, hay una distorsión temporal, los procesos duran mucho, el chico deja de ser chico durante el proceso. El riesgo que veo es que vayamos a una prisión preventiva. No es pena, pero es lo mismo. La cuestión es que eso no sirva como pretexto para una institucionalización mayor.

**TR:** En la práctica, las medidas tutelares y cautelares les permiten a los jueces privarlos de su libertad indefinidamente. Las cautelares se renuevan cada 3 meses, según el juez. No pueden planificar sus vidas, porque no saben cuándo van a recuperar la libertad.

**Zaffaroni:** La idea tutelar implica que va a haber un juzgado único que va a tutelar al nene desamparado, y al nene infractor, que también es un desamparado. Obviamente, todas las paradojas y las contradicciones absurdas que tiene el aparato punitivo se manifiestan mucho más claramente cuando nos referimos a adolescentes. Eso es inevitable. Tres años de prisión preventiva es una barbaridad para cualquiera, mucho más si

está en una edad evolutiva; lo estás metiendo en una institución que deja una marca mayor que en un adulto. En todo lo que sea tratar de llevar garantías procesales hay que tener mucho cuidado, porque el discurso penal es siempre perverso.

**TR:** ¿El poder judicial legitima un sistema socio-económico desigual?

**Zaffaroni:** No tengo dudas. El poder judicial es un aparato que se monta para eso. No todo el Poder Judicial. No todos los jueces lo hacen, hay algunos que actúan disfuncionalmente, y eso molesta.

**TR:** En el Complejo ingresan cada vez más chicos menores de 15 años.

184

**Zaffaroni:** Sí, y ¿cuáles son las infracciones? La incidencia real que tiene el pibe menor de 16 años en delitos graves es muy baja. En homicidios es un índice muy bajo. El estereotipo del pibe dado vuelta que sale a matar no existe. Este no es el problema del derecho a la vida. No es que tengamos bandas de pibes matando gente por la calle. Los mayores índices de homicidios en las villas son por los grandecitos, son bandas que se disputan el reparto de tóxicos.

**TR:** ¿Cuál es su opinión sobre la educación en contextos de encierro?

**Zaffaroni:** Es lo mismo que en el adulto. Quizá tenga mayor éxito. Tenemos una masa de gente encerrada. No creo en darle

un tratamiento, hay que darle un trato. ¿Qué se puede hacer? Un gran problema es el “carné de cárcel”, el que vuelve, es que el estereotipo fue asumido. No es “yo robé”, es “soy ladrón”. El aparato está configurado para que asuma el estereotipo. Quizás el término haya que cambiarlo, pero desde hace cuántos años vengo hablando de una terapia de la vulnerabilidad. No se encuentran presos por lo que hicieron, sino porque lo hicieron mal, hay otros que lo hacen bien y no están presos. Otros lo hacen bien y son ministros de economía. Si a un pibe analfabeto lo sacás ingeniero electrónico indudablemente tiene un nivel de invulnerabilidad más alto porque cambia su autopercepción, en la medida que deja de verse como lo ven los otros.

En este sentido ¿qué función cumple o tiene que cumplir la enseñanza en la institución total? Esa: cambiar la autopercepción.

**TR:** ¿Qué alternativas existen al encierro como forma de castigo a los jóvenes?

**Zaffaroni:** Las mismas que puede haber hacia los adultos. Y en esto también hay que tener cuidado por la perversión del discurso. Tener gente encerrada es caro; tener gente controlada afuera, es más barato. Y el riesgo que hay es que las cárceles desaparezcan, van a quedar reducidas a un número muy chico. El control electrónico de conducta es muy preocupante. Cada uno de nosotros está registrado en unos quinientos aparatos, lo que falta es que nos pongan un chip, y que cuando nos salgamos de lo programado tengamos una sensación dolorosa. Y eso es barato, cuesta menos que tener a alguien encerrado. Pero para que funcionen las alternativas hay que establecer la cuota: tantos lugares tengo, tantos presos puedo tener. Si no, lo

que ha llegado a pasar es que en algunos lugares que se aplicó, el número de presos siguió creciendo, además de tener más presos, se aplicaban las alternativas. Entonces lo que ocurre en esa perversión es extender la red punitiva.

**TR:** ¿Conoce el Código de Faltas de Córdoba?

**Zaffaroni:** Sí, es inconstitucional. La legislación contravencional es una forma de control social más peligrosa que la penal. Los ciudadanos estamos más cerca del control contravencional que del penal. Es una fuente de arbitrariedad, pero básicamente está relacionado a cajas de recaudación de la policía, salen a “hacer estadística”, promueven a los comisarios de acuerdo al número de procedimientos que hacen, se llevan 60 pibes y sacan un cigarro de marihuana. ¿Acaso no saben dónde venden cocaína?

186

**TR:** ¿Cómo se podría evitar que miles de niños y jóvenes ingresen al sistema penal?

**Zaffaroni:** Es algo complejo. Habría que ver qué delitos cometen los jóvenes, y cuáles se detectan y cuáles no. Si fumo marihuana en la plaza voy en cana, si fumo en casa, no. Hay una cobertura por estratificación social. Si se debilitan los canales normales de socialización, la casa, la familia, los viejos, la escuela, el barrio, el pibe se socializa en la esquina, y surgen subculturas más o menos reactivas. Hay que fortalecer los canales normales de socialización. Tenemos un modelo de policía de ocupación territorial. Una policía colonial. Debemos pensar una policía comunitaria, más racional.

La base a cambiar, sustancialmente, es la de creación de realidad mediática. Si la gente está convencida que hay un grupo de malos

a eliminar, responsables de todo lo que les pasa, estamos listos. La televisión vende esa imagen y el político se monta sobre esto. El monopolio de los medios sostiene un modelo de sociedad excluyente que está de acuerdo con los grandes capitales. Si no se desarma esto, desde el punto de vista de la creación de la realidad, estamos listos.

Quedaba una pregunta pendiente. Denis no la iba a dejar pasar y nos dio el pie: ¿A quiénes se refería cuando hablaba de “nosotros” en el programa Criminología mediática?

**Zaffaroni:** Históricamente, cada vez que se hizo una masacre, estaban los “nosotros” que son los incluidos, gente como uno y “ellos”, enemigos naturales. Hay otros “ellos” que son los extraños, no son enemigos pero pueden nutrirlo, y después los traidores entre el grupo de “ellos”. Cuando eso se agudiza se llega a la masacre, termina en una matanza.

**Denis:** ¿y usted en qué lugar se posiciona?

**Zaffaroni:** Yo soy un traidor del “nosotros” (risas). Un enemigo declarado.



Anexo



## Documento #SeguridadConDerechos<sup>1</sup>

Las respuestas del Estado a las legítimas demandas de mayor seguridad en Córdoba han incrementado la ineficacia policial, judicial y penitenciaria y hasta han amenazado la gobernabilidad democrática. Basadas en medidas abusivas, las acciones estatales proponen la violencia como el modo casi exclusivo de abordaje de los conflictos sociales y del delito.

Estas políticas de seguridad han enfocado sus estrategias y recursos económicos sólo en la persecución de los pequeños delitos, aumentando la persecución estigmatizante y selectiva de jóvenes provenientes de sectores populares y villas. Según lo demuestran las investigaciones que se vienen llevando a cabo en la Universidad Nacional de Córdoba, lejos de ser eficaces, estas políticas han aumentado los niveles de conflictividad interpersonales, intra e interbarriales y en los lugares de encierro. Con el objetivo de construir acuerdos básicos sobre políticas de seguridad integrales y eficaces basadas en valores democráticos, tanto las políticas como las instituciones que las implementen deben operar sobre las causas del delito y las redes de criminalidad que atraviesan a todos los estratos sociales. Los recursos estatales deben estar distribuidos de manera que se aborde el crimen organizado, evitando profundizar la criminalización de la pobreza y la desigualdad social.

---

<sup>1</sup> Este documento fue elaborado por el Programa de Derechos Humanos de la Facultad de Filosofía y Humanidades de la UNC y cuenta con el aval de numerosas organizaciones sociales, políticas, partidarias, sindicales, organismos de Derechos Humanos y personalidades destacadas como Eugenio Raúl Zaffaroni y Estela de Carlotto.

La Seguridad Democrática, en su concepción plural, ampliada e integral implica tanto la prevención del delito y la violencia física, como la garantía de condiciones de vida dignas para toda la población.

Reconociendo la necesidad de establecer acuerdos entre distintos actores de nuestra sociedad para construir una Seguridad Democrática en Córdoba, la Facultad de Filosofía y Humanidades de la Universidad Nacional de Córdoba y la Mesa de Trabajo Provincial por los Derechos Humanos de Córdoba proponen:

- *10 Lineamientos generales sobre Seguridad Democrática en Córdoba*
- *16 Puntos para la Acción Política*

## **10 lineamientos generales. Seguridad Democrática en Córdoba**

### **1. Demagogia Punitiva**

La política de mano dura ha sido evocada constantemente por distintos dirigentes políticos, promoviendo el aumento de penas y encarcelamientos masivos, elevando niveles de prisionalización, criminalizando la pobreza y otorgando mayor autonomía a las fuerzas de seguridad. Esta política lejos de ser eficaz para prevenir el delito, ha aumentado los niveles de conflictividad interpersonales, intra e interbarriales y en los lugares de encierro.

Las políticas de seguridad deben estar basadas en una eficaz coordinación de distintas áreas de gobierno para operar sobre

las causas del delito y sobre las redes de criminalidad que atraviesan a todos los estratos sociales. El accionar del Poder Judicial y las Fuerzas de Seguridad debe orientarse a desarticular el crimen organizado, y la ejecución de la condena debe ser a través del Sistema Penitenciario en condiciones que permitan la resocialización de los condenados.

Sumado a esto, debe actuarse coordinadamente entre áreas de gobierno para tender a la urgente reducción de la violencia institucional y social, como así también combatir los niveles de desigualdad social presentes en Córdoba.

## **2. Control Político de las Fuerzas de Seguridad**

Históricamente las políticas de seguridad han estado a cargo, salvo contadas excepciones, de las propias fuerzas de seguridad formando un autogobierno. Esta situación ha fomentado mayor autonomía y discrecionalidad policial y penitenciaria para el control y regulación de algunos tipos delictivos, promoviendo una extensa red de corrupción y amenazando la gobernabilidad democrática de nuestra provincia.

Las políticas de seguridad deben garantizar un pleno control sobre las instituciones. El órgano sancionador de las acciones de los integrantes de las Fuerzas de Seguridad debe ser ajeno a la propia institución, garantizando así la imparcialidad de lo resuelto. Si bien actualmente el control disciplinario policial es ejercido por un órgano externo a las instituciones de seguridad –el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario–, el problema sigue residiendo en la injerencia de las instituciones de seguridad en la definición de marcos legales y su aplicación.

### **3. Profesionalización, formación y democratización de las fuerzas de seguridad**

Resulta necesario planificar una reforma de la Policía y del Servicio Penitenciario para poder construir políticas de seguridad democrática, que contemple la revisión de la Ley de Seguridad Pública, las Leyes de Personal y los regímenes disciplinarios.

Las políticas de seguridad requieren que los miembros de los organismos del Estado que las implementen, estén debidamente remunerados, capacitados y representados para el ejercicio de sus funciones. La capacitación debe consistir en una formación con valores democráticos y el trabajo policial y penitenciario debe estar amparado por los derechos laborales.

### **4. Selectividad del Poder Judicial y de las Fuerzas de Seguridad**

Las estadísticas demuestran que el mayor porcentaje de detenidos por delitos comunes se concentra en jóvenes provenientes de sectores populares. La selectividad del sistema penal no debe reducirse exclusivamente a los pequeños ladrones sino, con mayor fuerza y rigurosidad, a aquellos que gestan y coordinan las vastas redes criminales, y que seducen y utilizan a los jóvenes para realizar sus negocios ilegales.

El papel de la Justicia, del Poder Judicial y del Ministerio Público, tiene una significativa e insoslayable responsabilidad en el impulso de políticas de seguridad democráticas, en la investigación rápida y eficaz de los delitos, en el control sobre el uso de la prisión preventiva, en las condiciones de detención, y en suprimir la violencia institucional.

El fiscal de la provincia de Córdoba tiene la facultad de dictaminar la prisión preventiva, facultad que debería estar

reservada al Juez por ser imparcial en la investigación, en tanto juzga con las pruebas producidas.

### **5. El Código de Faltas y la violencia institucional y/o policial**

El Código de Faltas de la provincia de Córdoba ha sido erróneamente concebido bajo la idea de reducir el delito a través de las figuras conocidas como “merodeo”. Este supuesto ha sostenido en el tiempo una política inconstitucional que produce no sólo la vulneración de derechos básicos elementales, sino que también opacan la ineficacia para combatir las verdaderas redes criminales que abarcan a todos los estratos sociales.

El Código de Faltas debe ser modificado en sus artículos más controvertidos, en un trabajo conjunto con los especialistas de la Universidad y organizaciones aquí firmantes. Se debe garantizar el debido proceso, el acceso a una defensa pública, reducir los tiempos en los cuales las personas deben estar demoradas, y se debe evitar la aplicación de penas que impliquen encierro.

### **6. Ordenamiento territorial y urbano**

Amparadas en supuestas políticas habitacionales, se ha relocalizado a gran parte de las villas hacia las periferias de la ciudad, zonificándolas a través del control, la represión y los abusos policiales. Al mismo tiempo se ha fomentado la proliferación de barrios privados y countries, lo que muestra la asociación, en diversos grados y eficacia, entre Estado y sector privado.

Consideramos que este ordenamiento urbano ha contribuido a la fragmentación socio-territorial de nuestra provincia, aumentando la conflictividad intra e interbarrial, y ha afectado el libre derecho a la circulación por los espacios públicos de la ciudad.

Las políticas de seguridad y habitacionales deben garantizar las interrelaciones sociales, culturales, políticas y económicas entre diversos sectores y estratos de la sociedad.

### **7. Cumplimiento de las penas**

En la Argentina existen más de 60 mil personas privadas de la libertad, de las cuales casi 7 mil (6994) corresponden a la provincia de Córdoba. La mitad de ellos se encuentran en prisión preventiva, es decir, sin condena. Una política de seguridad eficaz debe regular la utilización de la prisión preventiva, garantizando el debido proceso y los derechos fundamentales de cada persona a la hora de ser juzgada. Así también se debe regular apropiadamente el régimen de ejecución de la sanción penal, garantizando los derechos de las personas y las condiciones que posibiliten su reinserción en la sociedad.

Los lugares de encierro no deben funcionar, como lo vienen haciendo, como reproductores de violencias materiales, físicas y simbólicas. Esas condiciones no sólo imposibilitan una adecuada reinserción social, sino que además fomentan las torturas y las muertes sin esclarecimiento.

### **8. Gestión policial no violenta en el ámbito público**

La gestión democrática de la seguridad debe garantizar la regulación del accionar policial en los operativos en el espacio público, tales como espectáculos deportivos, recitales, manifestaciones de protesta social y desalojo de personas. Para ello es fundamental establecer estándares normativos de actuación en el espacio público, de modo que aseguren un uso de la fuerza proporcional, racional y subsidiaria. Se debe erradicar toda práctica policial contraria a esos criterios.

## **9. Políticas de Seguridad con un abordaje multidisciplinario**

Las políticas de seguridad no deben suscribirse a los recursos más difundidos en el sentido común, respecto de que la mayor presencia policial y/o la privatización de los mecanismos de “seguridad”, garantizarían la eficacia de esas políticas.

Las políticas de seguridad requieren de un abordaje multidisciplinario, integral y de coordinación entre las distintas áreas del Estado, orientadas a la obtención de datos fiables para la creación de un mapa de las redes de criminalidad que incluyan a todos los estratos sociales, al desarrollo de programas de prevención y de estrategias de investigación criminal y persecución penal.

## **10. Un nuevo acuerdo para la seguridad en democracia**

Para cumplir con la obligación del Estado de dar seguridad a los ciudadanos en el marco de estos principios democráticos, resulta imprescindible alcanzar un acuerdo político y social amplio que permita avanzar en el diseño e implementación de políticas de corto, mediano y largo plazo para brindar soluciones inmediatas y perdurables a las demandas sociales en materia de seguridad.

## **16 puntos para la Acción Política**

### **Para el Poder Ejecutivo**

- 1) Conducción civil de la policía y del Servicio Penitenciario.
- 2) Desmilitarización de las fuerzas de seguridad.
- 3) Integración de organizaciones de la sociedad civil en el Tribunal de Conducta Policial y Penitenciario con derecho a voz y voto, y una reducción de la injerencia de las instituciones de seguridad en el control disciplinario. En esta dirección, resulta prioritario construir información de acceso público sobre las

faltas cometidas por los integrantes de las instituciones policiales y penitenciarias, así como también revisar las tipologías de faltas y los procedimientos de investigación y sanción.

4) Obligación mensual de publicar las estadísticas sobre detenidos en materia contravencional.

5) Rediseño de los planes de estudio de las carreras para oficiales y suboficiales del Servicio Penitenciario y de la Policía, en articulación con un nuevo modelo policial desmilitarizado y orientado a la especialización.

6) Eliminación de las celdas de aislamiento y de los elementos de tortura en todo lugar de encierro, incluyendo cárceles y hospitales psiquiátricos.

7) Protocolos de actuación policial para casos de detención contravencional, que aseguren la libre circulación.

### **Para el Poder Judicial y el Ministerio Público Fiscal**

1) Investigación prioritaria de todos los hechos denunciados como abusos policiales y penitenciarios.

2) Construcción de estadísticas oficiales sobre abusos policiales y penitenciarios y accesibilidad pública a los mismos.

3) Protocolos de actuación para Fiscales en casos denunciados de violencia institucional dentro de lugares de encierro.

4) Creación de Fiscalías y Unidades Judiciales especializadas en violencia institucional y corrupción policial y penitenciaria.

5) Judicialización de las brigadas de investigación criminal.

6) Garantía del derecho a una llamada telefónica de toda persona privada de su libertad, independientemente de su situación procesal.

### **Para el Poder Legislativo**

- 1) Implementación del Mecanismo Local de Prevención contra la tortura, tratos crueles, penas inhumanas y degradantes en el marco de la Ley Nacional 26.827.
- 2) Creación de un fuero contravencional que garantice la actuación en el proceso de defensa letrada, fiscales y jueces.
- 3) Eliminación de la facultad de detención preventiva que tiene la policía para casos de contravención en flagrancia.

Este libro se terminó de imprimir  
en abril de 2017 en la *Imprenta* de la Facultad  
de Filosofía y Humanidades

"Derechos Humanos y Poder. Conversaciones con Zaffaroni" es una invitación a una reflexión colectiva, a pensar el rumbo de nuestras democracias débiles que producen ciudadanía de baja intensidad. Es un convite hacia el reconocimiento del otro como forma urgente de coexistencia. Pero estas palabras, quizás como armas contra el olvido, contra la explotación y el colonialismo, como herramientas de lucha, también son una invitación a la acción, siempre colectiva, porque a diferencia de los privilegios - que son sin otros e incluso contra otros - los derechos son siempre con otros. Allí puede radicar, quizás de modo algo pretencioso, el valor de estas palabras.

Giuseppe Bettiol fue quizá el penalista italiano más importante del siglo pasado. Una vez me dijo que el derecho penal es muy importante, porque permite decir muchas cosas. Y sí, es raro, se tiran ideas y salen cosas raras, como este libro. Mil gracias a quienes se esforzaron por organizarlo, pero no soy ni Foucault ni Hegel, ni se me ocurre pretender serlo. Todavía conservo el sentido de las proporciones. Sólo un penalista.

Eugenio Raúl Zaffaroni

