

Profesor Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni

*Fernando Velásquez Velásquez**



* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, director del Departamento de Derecho Penal de la Escuela Mayor de Derecho de la Universidad Sergio Arboleda; E-Mail: fernando.velasquez@usa.edu.co

En esta oportunidad se ha entrevistado al Prof. Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni, nacido en Buenos Aires, Argentina. El profesor terminó sus estudios de Derecho en la Universidad de Buenos Aires en 1962, y obtuvo el doctorado en Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad Nacional del Litoral en 1964. Fue becario de la OEA en México y de la Fundación Max Planck en Alemania, catedrático (profesor titular) y Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho y de Criminología en la Facultad de Psicología, actualmente profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires.

Se desempeñó en la magistratura argentina como juez de tribunal oral y Procurador General de Justicia de la Provincia de San Luis, juez federal, juez de sentencia y juez de cámara en Buenos Aires, y entre 2003 y 2014 juez de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fue electo convencional constituyente nacional (1994), de la Ciudad de Buenos Aires (1996) y legislador de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (1998). Entre 1990 y 1992 ocupó en San José de Costa Rica la Dirección General del ILANUD (Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito) y entre 2000 y 2002 fue interventor del Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI) en la Argentina. Actualmente es juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos por el período 2016-2022. Ha recibido múltiples distinciones y doctorados *honoris causa* (cerca de cincuenta) y forma parte de diversos comités de revistas académicas y de entidades científicas nacionales e internacionales.

Es autor de decenas de libros, centenares de artículos en revistas científicas y en libros colectivos, conferencista, director de publicaciones especializadas, todo ello en los ámbitos del derecho penal, la criminología y la política criminal. A no dudarlo, es una de las figuras más relevantes de las disciplinas penales en el mundo de habla hispana y, por ende, sus muy valiosos planteos y aportes teóricos son punto de partida obligado para la discusión.

La entrevista se realizó bajo la orientación del Editor Fernando Velásquez Velásquez.

C.D.P.: ¿Por qué eligió el Derecho penal, la Criminología y la Política criminal como las áreas predilectas de sus múltiples incursiones académicas e intelectuales?

Suele decirse que el derecho penal es la primera novia de todo estudiante de derecho, con la que por lo general no se casa. Creo que me pasó lo mismo que a muchos, pero me casé con esa primera novia, me llamó la atención desde el principio, me confundía, tuve un profesor positivista ferriano a los 18 años, y luego me pasaron de golpe a la dogmática, en las clases de Jiménez de Asúa en el Instituto de Buenos Aires. ¿Qué diablos era eso, tan grave y en que todos hablaban lenguajes tan diferentes y que no lograba combinar? Me daba cuenta que en esas diferencias abismales de perspectivas se encerraba algo más profundo, que hacía al derecho mismo, en su rama más dramática. Empecé a leer más y sin método, para tratar de poner un poco de orden, salir de la confusión, no era tarea fácil en aquellos años y con las reducidas fuentes de información de que disponíamos. En mis tiempos de estudiante trabajaba como inspector administrativo de hospitales municipales, tenía muchos contactos con los médicos, veía el dolor de la gente de cerca. Me interesaba en la política del barrio, militaba. No me atraían el derecho comercial, las quiebras, el derecho privado en general, porque todo eso me llevaba a no apartarme de esa confusión conceptual de metodologías, visiones dispares del mundo y juego de vanidades que había en el derecho penal de aquellos años. Así fue que cuando me recibí de abogado fui a cursar el doctorado a la Universidad Nacional del Litoral, en Santa Fe, porque en Buenos Aires estaba suspendido. Hice una tesis horrible sobre la embriaguez en el derecho penal, con la que me gradué. Allí estreché vínculos con un profesor español exiliado, Manuel de Rivacoba y Rivacoba, que contribuyó mucho en mi formación, era un liberal kantiano decidido y con el que continuamos en estrecha amistad hasta su fallecimiento en 2000. Fui asomándome más al mundo académico y también tuve oportunidad de conocer a otro extraordinario republicano español, el profesor Francisco Blasco y Fernández de Moreda, hombre de vida difícil y sacrificada, de una modestia sin par, por entonces

profesor de filosofía del derecho en la Universidad Nacional del Nordeste, en Corrientes. De ese modo la suerte quedó echada y el curso de mis andanzas posteriores también.

C.D.P.: ¿Qué valoración hace usted de la Ciencia penal en el continente latinoamericano? ¿Se encuentra en declive o en ascenso? ¿A qué, atribuye usted ese fenómeno?

La ciencia jurídico penal latinoamericana siempre ha sido realmente importante en calidad y cantidad y lo sigue siendo. Si comparamos nuestra producción con la europea, por supuesto que parece más limitada, pero tengamos en cuenta que con la facilidad de medios que cuentan ellos y la posibilidad de vivir de la pura actividad académica –que entre nosotros es casi imposible–, realmente producimos muchísimo y de muy buen nivel. No creo que haya ningún declive, sino que, por el contrario, por todos lados aparecen hombres y mujeres jóvenes y no tan jóvenes, que cada día sorprenden más por su capacidad de trabajo, el empeño que ponen y algo que muchas veces no se percibe en la producción de países centrales: solemos ser más creativos, quizá por osados. Creo que esta es una ventaja del subdesarrollo, tal vez la única, porque la osadía creativa en un mundo universitario menos jerarquizado, en el que no estamos obligados a sobrevivir porque lo hacemos de otras actividades, nos deja la libertad de la impunidad académica.

Tengamos en cuenta que nosotros no disponemos de grupos de subordinados que nos hacen fichas, buscan bibliografía, corrigen las pruebas, señalan defectos y omisiones, preparan las consabidas sábanas de cansadoras *citas de autoridad* que todos sabemos cómo se hacen y que solo sirven para *épater le bourgeois* y no olvidar a los amigos. Nosotros somos artesanos y, como todo producto artesanal, el nuestro tiene defectos, pero también muchas veces la creatividad de que carece la producción en serie.

C.D.P.: ¿Pero cree que esta producción se hace cargo de nuestra realidad penal? ¿Está a la altura de las circunstancias que vive nuestra región?

En general, diría que no del todo, pero en buena medida sí y en perspectiva futura también. Hay confusión, pero las mismas circunstancias habrán de aclararla: estamos un poco ebrios con doctrina extranjera, pero, como dice el Martín Fierro, no hay como el miedo para aclararle las ideas al que se pasó de alcohol, y hechos temibles aquí no nos faltan, que se terminen de aclarar las ideas es solo cuestión de tiempo. De toda forma ya se vislumbran ensayos bastante realistas, no podemos ignorar la violencia de nuestros sistemas punitivos, las cárceles convertidas en campos de concentración, las ejecuciones policiales, las torturas, la enorme selectividad punitiva, el racismo, en fin, la disparidad abismal, el disparate entre el ser y el deber ser del poder punitivo.

C.D.P.: ¿A qué atribuye que nuestro penalismo no se haya hecho cargo del todo de nuestra realidad?

Al doble efecto de nuestra importación teórica. Es largo de explicar. Cuando entró en crisis el reduccionismo biologista del positivismo con la segunda guerra y al mismo tiempo se fueron acabando nuestras repúblicas oligárquicas por efecto de los movimientos populares, nos quedamos huérfanos de filosofía penal y fuimos a buscar el derecho penal en la dogmática alemana. Hicimos bien al hacerlo, porque era donde el derecho penal había alcanzado los más elaborados y finos planteos. Y trajimos la dogmática, que en ese momento estaba dominada por el neokantismo, pero no trajimos a los neokantianos liberales de los tiempos de Weimar, como Gustav Radbruch, Max Ernst Mayer o Hellmuth von Weber, sino a Mezger, Sauer y otros, o sea, la vertiente autoritaria que había racionalizado la brutal legislación penal nazi, aunque lavada de signos muy manifiestos. Ahora vemos, en especial en nuestra lengua a partir de las investigaciones del profesor de Sevilla, Francisco Muñoz Conde, que ese lavado era bastante superficial. Lo cierto que

la tomamos como *la ciencia pura*, absolutamente incontaminada de política, aséptica, diría que *políticamente virginal*. Esto gustaba a nuestros penalistas, que podían sentarse junto a los científicos de las ciencias duras en momentos en que el *fisicalismo* se metía en todos los saberes, por el incuestionable prestigio de la física en la posguerra. Vaciamos la doctrina penal de contenido político y hasta se llegó a considerar, contradictoriamente, que la construcción *mezgeriana* y sus similares eran garantía de *liberalismo penal*. Nada hay más contradictorio que pretender que lo políticamente aséptico sea garantía de liberalismo político, pero así fue durante años, en particular en las décadas posteriores a la segunda guerra. Esto no fue culpa de los alemanes, por supuesto, sino de nosotros, porque en Alemania nunca la doctrina penal fue políticamente aséptica, nadie puede ignorar que Binding se correspondía con la necesidad bismarckiana de reforzar al Estado en el momento de la unidad, que von Liszt se ajustaba al estado intervencionista de Guillermo II, que Radbruch y los penalistas liberales respondían a los tiempos de Weimar, que Mezger y los neokantianos de su corriente se enmarcaban dentro del esquema legitimante del nazismo y discutían con los de Kiel quién era más apto para legitimarlo, que Welzel fue un penalista típico de la reconstrucción alemana de Adenauer, que Roxin y el proyecto alternativo son claros exponentes de los tiempos de la Alemania socialdemócrata de Willy Brandt, y no quiero seguir porque nos acercamos demasiado a la actualidad y, por ende, como en todo lo contemporáneo, las cosas son más discutibles cuando no hay perspectiva temporal. Pero quede claro que este vaciamiento político de la dogmática penal es nuestro defecto, no el de los alemanes. Por eso, muchas veces dije que es bueno que imitemos a los alemanes, pero no que los copieemos. De toda forma, la llegada de la dogmática acabó con el romanticismo positivista, lo que fue altamente saludable, porque todo romanticismo jurídico penal es peligrosísimo. Cuidado con quienes quieren hoy regresar y lo hacen diciendo idioteces como que hay que volver al sentimiento de justicia del hombre trabajador, rescatar el dolor del gaucho, hurgar en el sentimiento del pueblo y otras insensateces parecidas. El método dogmático es necesario como garantía de racionalidad, aunque no sea suficiente, porque debe combinarse con una teoría del conocimiento realista, dado que sin ella se

queda en pura lógica normativa y esquizofrenizante, porque —y esto es lo más grave— nunca puede ser aséptico lo que diga una ciencia que está destinada a ser aplicada en un ejercicio de poder político, porque cada sentencia es un acto de gobierno y, por ende, un acto político, de gobierno de la *polis*. Son las consecuencias de esta distorsión en la importación las que aún hoy hacen que no todo nuestro saber penal se haga cargo de las actuales circunstancias de la región.

C.D.P.: Pero seguimos importando teorías alemanas. ¿Es este el defecto actual? ¿No nos llegan las teorías de Roxin, de Jakobs? ¿Y acaso no son penalistas de primera nivel en Alemania? ¿Es eso negativo en este momento en Latinoamérica?

No, aclaremos las cosas. Nadie puede poner en duda que Roxin es un extraordinario dogmático. Su construcción responde al neokantismo políticamente liberal en la línea que no nos había llegado a nosotros a mediados del siglo pasado, o sea, la de Radbruch y Max Ernst Mayer, la línea de Weimar. Es un renovador de esa línea a mi juicio. Después de Welzel, el llamado *postfinalismo* volvió el neokantismo y Roxin es quizá el máximo exponente de este giro. El neokantismo no es necesariamente una corriente autoritaria, ya lo vimos, ni mucho menos. El problema es otro: si todo lo ordena y lo hace disponible el valor, todo depende de qué valores se trate. Y allí está el problema, o parte del problema, pues tampoco es menor que todo lo que el valor no ordene se quede fuera de los límites epistemológicos de la ciencia penal. Pero esto no tiene mayor consecuencia negativa en Alemania, porque si bien esa teoría del conocimiento hará que algo de la realidad del ejercicio del poder punitivo alemán quede excluido de lo que su doctrina les dice a sus jueces, éstos se pueden arreglar bastante bien con lo que se incluye, porque el deber ser y el ser del poder punitivo alemán no se separan en forma absolutamente disparatada. Alemania no conoce policías con altísima letalidad, tortura más o menos habitual, cárceles como campos de concentración, la mayoría de sus presos en prisión preventiva y otras aberraciones. Si bien

la criminalización alemana será selectiva, porque esta es una característica estructural de todo poder punitivo, esa selectividad no llega al grado indignante y muchas veces racista de la que padecemos en nuestra región. El problema se produce cuando importamos esa perspectiva y esa limitación del conocimiento a Latinoamérica, porque de ese modo estamos enseñando a nuestros jueces y entrenando a los futuros operadores de nuestra justicia a no ver la realidad muchas veces atroz de nuestros poderes punitivos, o sea, a tomar decisiones políticas –insisto en que toda sentencia lo es– sin incorporar los datos de la realidad social. ¿O acaso será lo mismo enviar a un sujeto a una prisión alemana que a un campo de concentración latinoamericano? ¿Acaso Alemania tiene a más de la mitad de sus presos en prisión preventiva? ¿En Alemania se recogen muertos por la policía todos los fines de semana, como en algunos de nuestros países? ¿Hay allí ejecuciones sin proceso con la frecuencia de nuestra región? No, y por eso que no son tan graves las consecuencias de la limitación del conocimiento neokantiana y hasta las pueden tolerar sin consecuencias muy graves.

C.D.P.: ¿Y jakobs? ¿Pasa lo mismo con la importación de sus teorías?

Jakobs es un extraordinario dogmático también, pero en Alemania no tiene la importancia de Roxin y de la renovación del neokantismo, que es donde se enrola ahora la mayoría de los autores de obras generales en ese país. En lo personal creo que importar su teorización es para nosotros más riesgoso, porque con fundamentos no muy claros, diría que contradictorios, con cierta mezcla que no termino de entender entre el funcionalismo sociológico y al parecer algo de hegelianismo, corre el grave riesgo de introducir en el derecho penal una ética tampoco muy clara, de *roles sociales*, que los sacraliza, los vuelve estáticos, cuando sociológicamente son dinámicos, lo que lleva a que el tipo modelo de todos los delitos sea omisivo, aunque esquivada esta consecuencia con un concepto muy complicado o rebuscado de acción o conducta. Por otra parte, la prevención general positiva me parece que corre el riesgo de acabar también en un bien jurídico único, que sería solo el su-

puesto *prestigio* del Estado como proveedor de seguridad, lo que trasladado a nuestra región sería un inmejorable argumento para los discursos mediáticos y políticos de la demagogia punitivista. Todo esto no pasó, por supuesto, por la cabeza ni fue la intención de Jakobs y tampoco creo que en Alemania su construcción sea tan peligrosa como en nuestra región. Insisto en que la realidad alemana del poder punitivo es muy diferente de la nuestra, no lo olvidemos. Aquí, *normativizar* todo significa formular programas políticos, porque toda construcción dogmática lo es en el fondo y en su esencia, sin tomar en cuenta la realidad social del poder punitivo. Programar decisiones políticas, de gobierno, fuera de la realidad, es el colmo del absurdo. Imaginemos las consecuencias que tendría una actitud similar en programas de salud, de educación, viales, etc.

C.D.P.: ¿El derecho penal del enemigo de Jakobs no revela un perfil autoritario?

A mi juicio, no del todo. Creo que si hubiese dicho lo mismo sin ponerle ese nombre y sin hablar de *no personas*, no hubiese levantado el escándalo que causó, porque inmediatamente se lo vinculó a Carl Schmitt. Hablar del *enemigo* en Alemania es como nombrar la cuerda en casa del ahorcado; más bien me parece una imprudencia de Jakobs. Pero no, no hay en eso más autoritarismo que el que podía haber en Stooss cuando proyectaba el código suizo. Escribí un libro sobre esa cuestión hace años. Jakobs sostuvo en ese artículo –bastante breve, por cierto– algo así como que una parte del derecho penal podía excluirse de la pena más o menos retributiva y tratar por excepción a algunos infractores con una suerte de medidas *de contención*. Su imprudencia consistió en que habló de *enemigo* y calificó a esos infractores como *no personas*. A mi juicio, fuera de las denominaciones, el verdadero escándalo no es ese, sino que lo que Jakobs propone es lo que se hace en el derecho penal desde siempre y sin escandalizarnos en lo más mínimo. Se lo hacía con la pena de galeras y los ingleses con la deportación a Australia, y modernamente lo hacemos desde que los suizos primero y los italianos con Rocco después,

inventaron las medidas de seguridad para habituales, multirreincidentes y profesionales y, más aún, cuando en nuestra región tenemos a más de la mitad de los presos sin condena, o sea, en prisión preventiva. ¿Qué otra cosa es la prisión preventiva que una medida de contención? No nos escandalicemos por lo que Jakobs propone, sino porque precisamente estamos haciendo lo que propone sin escandalizarnos. Eso no tiene nada que ver con Carl Schmitt, al menos en forma directa. Lo que Schmitt proponía era conceptuar a la política como la potestad de elegir al enemigo en forma irreconciliable, para dividir la sociedad entre amigos y enemigos. Eso era otra cosa.

C.D.P.: Usted reivindica frente al neokantismo las tesis de Welzel. ¿Pero Welzel no ha sido también un autor que en un momento se plegó al nazismo? Y, por otra parte ¿no está un poco pasado de moda, por así decir?

Hace un momento caractericé a Welzel como el penalista de la reconstrucción alemana, o sea, de los tiempos de Konrad Adenauer. Por ende, su pensamiento es conservador, sin duda, era un democristiano de esos tiempos. Lo que haya escrito antes no me interesa, no estoy haciendo un estudio ni emitiendo un juicio ético sobre la conducta de Welzel frente al nazismo ni me corresponde hacerlo. El finalismo *welzeliano* que llegó a América Latina era conservador, pero no le veo características nazistas, más que algún giro autoritario común a su tiempo. De toda forma, lo que reivindico de Welzel es la teoría de las estructuras lógico reales, o sea, el realismo metodológico fundado en la naturaleza de las cosas, que se remonta a Aristóteles, lo que no creo que tenga nada de malo. Con eso da vuelta al neokantismo afirmando que, si bien el derecho es un orden, hay otros órdenes, que el mundo no es un caos que organiza solo el derecho, y cuando en nuestro campo se menciona un ente, no se puede negar el dato óntico acerca de ese ente, si es que no se quiere dirigir la norma hacia otro ente. Dije muchas veces que, si defino jurídicamente a la vaca con los caracteres de un lobo, mando al juez a ordeñar un lobo. Eso es lo que siempre he rescatado del llamado *finalismo*, como también su mayor coherencia en la construcción del delito, aunque en esto nunca seguí el con-

cepto de culpabilidad welzeliano ni compartí del todo la tesis del mínimo de eticidad que, por otra parte, no es original de este autor, como tampoco la cuestión de la adecuación social de la conducta. Pero lo cierto es que el *Lehrbuch* de Welzel parece escrito por dos autores: uno escribe la teoría del delito y otro la de la pena, porque en esto último no aplica ni lejanamente su tesis de las estructuras lógico reales, ni creo que pudiera hacerlo en su época, porque hubiese sido un escándalo y, además, no hubiese sido compatible con el carácter conservador de Welzel. Pero esto dio lugar aquí, en nuestra región –y sobre todo en el Río de la Plata– a dislates de todo tipo. Por un lado, se dijo que Welzel traía elementos nazis al poner el dolo en el tipo y que, por ende, la ubicación en la culpabilidad –al estilo de Mezger– era una garantía liberal, o sea que, por un lado, según algunos Welzel era nazi. Pero el mayor disparate provino del otro extremo, porque alguien bastante sagaz se imaginó lo que sucedería si las estructuras lógico reales se llevaban a la teoría de la pena, y el profesor de Montevideo –Bayardo Bengoa– lo escribió, sugiriendo que el finalismo era marxista o, por lo menos, que dejaba penetrar esa posición en el derecho penal. Welzel marxista es inimaginable, obviamente y ese folklore rioplatense a dos puntas es insostenible, siendo lo único cierto que Welzel no llevó su respeto a la naturaleza de las cosas a la pena, no reconstruyó la teoría de la pena sobre base realista, que es lo que desde años trato de hacer, porque creo que es la única forma de volver a integrar el derecho penal y las ciencias sociales, de zanjar ese abismo que observaba Baratta en su famoso y hermoso libro de crítica del derecho penal. En cuanto a que está pasado de moda, sí, en Alemania lo está, porque se produjo la vuelta al neokantismo, quizá por el mismo temor de las consecuencias de aplicar la tesis realista a la pena, cuando ya había cundido la crítica criminológica con el círculo de jóvenes criminólogos y sus importantes publicaciones. Pero no es únicamente el finalismo welzeliano lo que se dejó de lado en Alemania, sino que en el derecho penal se dejó de lado el realismo en la teoría del conocimiento, lo que es mucho más amplio. Quizá también esto sucedió en otros ámbitos jurídicos, como en el derecho constitucional, aunque allí no está del todo apartado, como lo prueba de obra de Peter Häberle.

C.D.P.: Por favor hablemos de sus nexos con el mundo académico latinoamericano y europeo, en general, y, con el colombiano en particular

Cuando uno tiene un *curriculum* largo es porque tiene una vida larga y eso es difícil de resumir. Mis contactos con el mundo académico latinoamericano comenzaron cuando en los años sesenta fui a estudiar criminología en la Universidad Nacional Autónoma de México, con el Maestro Alfonso Quiroz Cuarón, un hombre extraordinario, al que debo muchísimo en mi formación. Allí conocí a los penalistas mexicanos de ese momento, en especial a Celestino Porte Petit, a Ricardo Franco Guzmán y a otros. Nos lanzamos incluso a una aventura intelectual al intentar con Elpidio Ramírez y con Olga Islas un modelo lógico matemático de teoría del delito. En ese momento no lo sabía, pero nos resultó una teoría más o menos semejante a la de Hellmuth von Weber. En la reunión del Código Tipo de México conocí a muchos penalistas latinoamericanos, entre ellos a tres penalistas colombianos, Pedro Arturo Sanabria, Ricardo Medina Moyano y Alfonso Reyes Echandía, con quienes mantuve estrecha amistad por años. Alfonso me invitó varias veces a Bogotá y hasta hoy no puedo olvidar la profunda impresión con que seguí los acontecimientos de la toma del Palacio. Más tarde los contactos con nuestros penalistas latinoamericanos se fueron ampliando y sería largo mencionar a todos los colegas amigos, a los actuales y a los que ya no están, corriendo el riesgo de omitir injustamente a muchos. En mi estancia en México fui el intérprete de alguna conferencia de Benigno Di Tullio y también de Giuliano Vassalli, pero mi contacto con Europa se inició en realidad cuando, por medio del profesor Ricardo Levene (h), con quien trabajaba en la Universidad Católica de La Plata, obtuve una beca que me permitió la estancia en el Max Planck de Freiburg en 1972, entonces dirigido por el famoso Hans Heinrich Jescheck. Allí trabajé la *Teoría del delito* que publiqué en Buenos Aires a fines del año siguiente. En ese tiempo visité a Welzel en Bonn, aún conservo su *Naturrecht* dedicado. Pero las dos personalidades europeas que más me impactaron y con quienes seguí teniendo contactos por mucho tiempo fueron Giuseppe Bettiol y Antonio Beristain.

Por supuesto que luego, en las asociaciones internacionales y fuera de ellas, entré en contacto con muchos más colegas de Europa, Paco Muñoz Conde, Diego Luzón Peña, Luigi Ferrajoli, Enzo Musco, Sergio Moccia y muchos más. Pero contar todo esto en detalle, sería como hacer una autobiografía.

C.D.P.: ¿Y no tiene deseos de hacerlo?

Por lo único que valdría la pena hacerlo es para rememorar a todos los colegas que conocí, para que las nuevas generaciones no pierdan la memoria de la larga tradición penalística que, por cierto, está nutrida de personalidades fuertes e interesantes. Nosotros también tenemos en esa tradición a muchos héroes y hasta mártires que no deben ser olvidados, solo que la ciencia penal es un saber que no suele trascender a los grandes medios de comunicación.

C.D.P.: Profesor, dado que usted ha sido un juez de carrera, ¿considera posible que la administración de la justicia penal esté al servicio de las mayorías y de los colectivos o grupos con mayor vulnerabilidad en lo social, económico, político y/o cultural? ¿Y cómo es posible que lo anterior sirva, así mismo, como dique para contener la violencia consustancial al poder punitivo del Estado?

Desde el derecho penal no debemos ser omnipotentes, porque nunca haremos los profundos cambios que el mundo y nuestra región necesitan, sin perjuicio de que cada uno como ciudadano tenga el protagonismo social y político que quiera y pueda en su país. Pero lo cierto es que podemos ayudar mucho al cambio con nuestra ciencia jurídico penal, proveyendo a los jueces y operadores de la justicia de discursos jurídico penales que tiendan a preservar los espacios de libertad social en los que se muevan quienes protagonicen los cambios. Nuestra labor es la de preservar el escenario y no tanto la de ser actores. Reducir la selectividad estructural del poder punitivo es posible, bajar su nivel de violencia también, el judicial tiene mucho que hacer en esto

en nuestra región. Un derecho penal de garantías con incorporación de los datos sociales, por lo menos creará mala conciencia en los jueces, un control de constitucionalidad serio, la incorporación de los Derechos Humanos a la dogmática penal, en adecuado control de convencionalidad, son tareas imprescindibles y todo eso es posible y necesario. Esa es la única forma en que podemos defender los derechos de las mayorías desde nuestro discurso, bajando líneas teóricas a los jueces en este sentido. Obviamente que tenemos un largo camino por andar en este sentido, pero creo que muchos de los penalistas de la región ya están transitando ese sendero y muchos jueces los siguen, aunque no falten unos pocos que encubren con la toga le uniforme del verdugo.

C.D.P.: Los años setenta y ochenta del siglo pasado fueron un escenario muy importante para la gestación de la Criminología Crítica, a lo cual usted contribuyó de manera decisiva. ¿Cree que ese importante movimiento ha desaparecido como claman algunos o, antes por el contrario, él tiene hoy un mejor escenario para su avance?

Debo aclarar que fui ajeno al surgimiento de la criminología crítica en nuestra región, es decir, no me quiero atribuir méritos que no tengo. En cierto momento, a fines de los años sesenta, me sentí desilusionado por la criminología etiológica, me parecía algo contradictorio, pletórico de juicios que no encajaban en la realidad, aunque no sabía muy bien por qué, lo que me llevó a abandonar la criminología para dedicarme de lleno a la dogmática penal. Volví a la criminología a fines de la década siguiente, cuando Lola Aniyar de Castro y Rosa del Olmo en Venezuela y otros en los distintos países, habían cambiado el paradigma. Comencé a leer a los anglosajones y a meterme más en la teoría sociológica. A fines de los setenta me impactó mucho el artículo de Baratta publicado en *La questione criminale: Criminología y derecho penal: Pasado y futuro del modelo integrado de ciencia penalística*. Me desconcertó ese artículo, allí las ciencias sociales desbarataban todo el derecho penal. Incluso escribí un trabajo desesperado, tratando de responderlo, tentativa absoluta-

mente inidónea por cierto. Conocí en los ochenta a Pavarini, a Baratta, a Hulsman, fui amigo de ellos, nos encontramos en múltiples ocasiones y empecé a pensar cómo volver a compatibilizar el derecho penal con la criminología, cómo reconstruir el modelo integrado, al decir de Baratta. Fueron los años de la investigación sobre sistema penal y Derechos Humanos en América Latina, llevada a cabo en el marco del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el que logramos una interesante reunión entre penalistas y criminólogos críticos en San José de Costa Rica, donde estuvieron por el lado penal colegas de la talla de Eduardo Novoa Monreal, Rodolfo Schurmann Pacheco, Nilo Batista y otros. Se generó un interesantísimo debate luego entre Lolita y Eduardo. Pero la criminología crítica no ha desaparecido ni mucho menos, su partida de defunción quieren escribirla quienes se desconciertan frente a ella, quedan confundidos y se encierran en el idealismo normativo. También hay otros que no están confundidos ni desconcertados, y que mañana serán los *malditos de la historia* que ahora por intereses o por razones políticas coyunturales se pliegan a la moderna demagogia punitivista. Pero la criminología crítica goza de excelente salud, por cierto. Lo que fracasó son los planteos críticos más macrosociales y más radicales, de algunos autores que, a mi juicio, habían leído demasiado rápido a Marx y creían que se la *revolución total* estaba a la vuelta de la esquina y todo se podía tirar por la ventana y –de paso– también la ventana. Este extremo radicalismo llevaba a la impotencia, porque nada se podía hacer hasta que no se pudiese cambiar todo. Desde el comienzo se veía que esos planteos extremos estaban destinados al fracaso, pero no la crítica en sí misma. Cualquiera que observe desde el atalaya de las ciencias sociales cómo opera en la realidad el poder punitivo, no puede menos que ser crítico. Además, la crítica actual tampoco puede ser la de hace cuatro o cinco décadas, porque el marco de poder planetario ha cambiado. En general la crítica de hace décadas se dirigía al control social punitivo de un *Estado social* o *de bienestar* en sociedades de consumo que, si los latinoamericanos no teníamos por completo, por lo menos aspirábamos a tener y, por cierto, algunos de nuestros movimientos populares nos habían aproximado a esos modelos. Hoy la crítica debe dirigirse al proyecto de sociedad excluyente del actual totalitarismo financiero que ocupó el lugar

de la política en el hemisferio norte y nos impone un tardocolonialismo de endeudamiento astronómico al sur. Tal como lo decimos en un libro reciente escrito con el colega brasileño Ílison Dias dos Santos, hoy sufrimos un control social de contención de nuestros excluidos, en tiempos en que la polarización ya no es *explotador-explotado* sino *incluido-excluido*. Quien no quiera ver en nuestra región la indignante selectividad del poder punitivo, los macrodelitos de la criminalidad organizada de los gobiernos que se amparan en la ideología encubridora autodenominada *neoliberal*, la letalidad policial, el fomento criminal de la proliferación de armas, el *lawfare*, la manipulación de los medios monopólicos, la persecución política, el desbaratamiento de nuestros capitalismo locales, sea no penalista o criminólogo, no es únicamente alguien que no es crítico, más bien es alguien que perdió todo contacto con el mundo real, que está alienado.

C.D.P.: Uno de los fenómenos más difíciles de estudiar para un criminólogo crítico es el atinente a la criminalidad de los grandes poderes políticos y económicos. ¿Cree usted que con las actuales herramientas que brinda el Derecho internacional penal, es posible sancionar a los responsables de los genocidios indiscriminados que cometen las grandes potencias?

No, el poder punitivo siempre es selectivo y por el hecho de internacionalizarse no deja de serlo. Las grandes potencias no ratificaron el estatuto de Roma ni los acuerdos para reducir la contaminación ambiental, todo lo que se haga en la ONU debe pasar por el Consejo de Seguridad donde tienen posibilidad de veto, Estados Unidos no integra el sistema interamericano porque no ratificó la Convención Americana, etc. Esto no significa que las penas a genocidas impuestas por tribunales internacionales o internacionalizados no estén legitimadas pues, aunque pertenezcan a países subdesarrollados, no dejan de ser genocidas, pero es ilusorio creer que lo mismo puede pasar con los genocidas de las grandes potencias. Se está pensando en un crimen internacional *económico-político*, como lo propone el profesor de Frankfurt

Wolfgang Naucke. Es una idea generosa pero está muy lejos de ser viable en la actualidad, en el contexto de la pulsión de totalitarismo financiero que sufre la humanidad.

C.D.P.: Profesor, para utilizar una categoría creada por usted, ¿Qué hacer para construir un nuevo sistema integrado del derecho penal donde tengan cabida la dogmática, la política criminal y la criminología, que se compadezca con el ejercicio del poder punitivo en este margen planetario?

Es lo que vengo sosteniendo desde hace treinta años, cuando publiqué *En busca de las penas perdidas*, que es en algún sentido una respuesta al abolicionismo, en particular de Hulsman, el propio título es un juego de palabras con su libro con Jacqueline Bernat de Celis. Pero también es un ensayo de compatibilización del derecho penal con la crítica criminológica. Parto de la afirmación de Tobías Barreto en relación a que la pena, al igual que la guerra, no tiene legitimación, sino que es un hecho político y sostengo que por eso no tiene racionalidad, que la racionalidad es la del derecho penal, cuya función más elemental, cuando sirve de algo, es acotar y limitar el ejercicio del poder punitivo mediante el ejercicio de un poder jurídico o judicial. Entiendo que la Cruz Roja es la agencia de contención jurídica del momento bélico y los poderes judiciales son los del momento político y, por ende, el derecho penal opera de modo análogo al derecho internacional humanitario. Este último no hace desaparecer la guerra, porque la Cruz Roja no tiene poder para eso, así como los jueces no pueden hacer desaparecer el poder punitivo, pero una y otros pueden acotarlo, evitar sus manifestaciones más crueles. Cuando le expuse esto a Antonio Beristain me dijo que me salía del sistema planetario, pero he salido y desde hace treinta años me siento muy cómodo habiendo renunciado a legitimar un poder que como juez nunca ejercí, porque me di cuenta de que el poder punitivo, la selección, etc., la hacen las agencias ejecutivas o policías, en tanto que nosotros solo tenemos el semáforo que sirve para detener el avance del poder punitivo más irracional y dejar pasar al

menos irracional, o bien, poner una luz amarilla cuando no tenemos las ideas del todo claras. Desde esta perspectiva es indispensable incorporar los datos de las ciencias sociales acerca del ejercicio real del poder punitivo, porque de otro modo sería imposible saber cómo ponerle límites. Además, mi perspectiva la confirma la historia de todos los genocidios del siglo pasado, porque han sido cometidos por policías sin contención del poder jurídico: las SS, la Gestapo, la KGB y los ejércitos en función represiva, no bélica. De este modo la criminología se integra de nuevo con el derecho penal, en una dogmática construida a partir de una teoría realista del conocimiento.

C.D.P.: Otro tema recurrente en el actual Derecho penal es el atinente al Derecho penal nacionalsocialista; usted mismo publicó hace poco un muy importante trabajo sobre la materia. ¿Cree que los lineamientos teóricos de esa concepción perviven en el momento actual, tanto en el Derecho penal alemán como en el Derecho penal de nuestros países?

El derecho penal nazi es un tema recurrente porque el nazismo no es un fenómeno exclusivamente alemán; si lo fuese no nos interesaría. Prescindiendo de cruces gamadas y camisas pardas, porque es obvio que la historia no se reitera en forma fotográfica, puede suceder un desgraciado proceso similar en cualquier otro país del mundo. Pensar que es exclusivamente alemán y no repetible es una insensatez y, a la vez, una injuria intolerable al pueblo alemán, es la teoría del *Sonderweg*, que implica una reversión del racismo nazi, un racismo al revés. Eso es inadmisibile. En cuanto a supervivencias en el derecho penal alemán, hay autores que destacan algunas cosas en la jurisprudencia, los cito, pero no creo que sean muchas ni atribuyo a eso mayor importancia. Lo que sí estimo es que surgen ideas análogas entre nosotros, justamente porque el fenómeno es repetible y por eso debemos cuidarnos muchísimo. Estudiar el derecho penal nazi hoy sirve para detectar estos brotes en nuestras propias legislaciones, doctrinas y, en especial, en los discursos políticos y mediáticos de nuestros monopolios comunicacionales, que son parte del totalitarismo financiero actual. Si pretendemos construir un derecho penal mínimamente

humano, es elemental estudiar las manifestaciones del derecho penal inhumano para detectarlas, porque, como dije, resurgen en cualquier lugar del mundo y sin pagar derechos de autor.

C.D.P.: ¿Qué les respondería a los críticos de su producción académica en este ámbito?

No he recibido hasta ahora mayores críticas sobre esta monografía. Si se refiere a un pequeño libro de un profesor alemán que nunca se destacó por contribuciones importantes a la dogmática penal, se trata de una directa agresión política que repite las difamaciones que recibo a diario por parte del gobierno *vendepatria* y entreguista de mi país. Me resulta curioso leerlas ahora en alemán. Repite lo que a diario dicen los *troll* del servicio de inteligencia argentino y agrega una discreta discriminación etaria. En mi país todos saben que fui juez antes, durante y después de la dictadura, que ésta me degradó a un atillo en la carrera judicial y que declaré la inconstitucionalidad de la suspensión de la opción de salida, de la tenencia de marihuana para propio consumo y que investigué un *hábeas corpus* en forma que determinó que de inmediato nos quitasen a los jueces ordinarios la competencia para entender en ellos y la concentraran en los jueces federales, sin contar con que ese *hábeas corpus* sirvió luego de prueba para condenar a los comandantes. Incluso se publicaron libros sobre esto, pero los servicios de inteligencia del actual régimen colonialista de mi patria y ese librito repiten la misma difamación. Por otra parte, son comidilla en sobremesas de colegas los episodios de desplantes, maltratos y aires de superioridad del autor en nuestra región. Cuando leo esas difamaciones en los diarios reaccionarios argentinos que en su momento apoyaron a la dictadura genocida, sé que en el fondo me reprochan que no haya salido a gritarlo a la calle, porque si lo hubiese hecho hoy sería una pequeña línea con mi nombre en bronce en una placa y se hubiesen ahorrado mi molesta presencia actual. Creo que se deben responder todas las críticas académicas y de buena fe, pero nunca respondo abiertas agresiones políticas con semejante carga de odio personal, de ensañamiento, fuera de todo res-

peto y estilo académico. En este mundo, cada uno de nosotros no tiene más remedio que cargar con sus propias neurosis y, como no soy psicoterapeuta, no me hago cargo de las ajenas. Que Dios lo ayude.

C.D.P.: ¿Cómo valora usted su muy importante paso como juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?

No creo que mi presencia como juez de la Corte Interamericana sea muy importante. Junto a mis colegas, hacemos lo que podemos en un sistema continental que es bastante débil. Creo que sembramos para el futuro, para que un día haya un sistema interamericano de Derechos Humanos más fuerte, con mayor eficacia práctica, pero los tiempos no son propicios para eso, todo lo contrario. Ya vendrán tiempos mejores.

C.D.P.: Usted ha sido un brillante estudioso de los sistemas penales subterráneos, le pregunto: ¿Hay manifestaciones de ellos entrado el nuevo milenio? En caso positivo, ¿tienen diferencias con las manifestaciones precedentes? ¿Cuál es la función que el Derecho penal puede y debe cumplir respecto de ellos?

La idea de sistema penal subterráneo la enunció Lola Aniyar de Castro con motivo de las dictaduras de seguridad nacional y, en verdad, la lectura del reciente libro de Hernando León Londoño Berrío me ha hecho reflexionar bastante. Repensando la cuestión, creo que, en cada agencia ejecutiva del poder punitivo, en cada policía, hay una tendencia orgánica a la autonomización que, en el fondo, es una pulsión hacia un sistema punitivo propio y sin control jurídico o judicial. La pulsión a escapar a toda limitación del poder punitivo y desembocar en un pluralismo punitivo se mantiene en potencia y contenida en los cuerpos policiales cuando el Estado es realmente soberano y el poder jurídico de filtración es fuerte, es decir, en todo verdadero Estado de derecho, pero cuando este último se debilita y se aleja del modelo

ideal, lamentablemente la pulsión aflora, pasa al acto y desemboca en sistemas punitivos paralelos y a veces subterráneos, es decir, en las matanzas y genocidios. Cuando directamente desaparece el poder jurídico de contención, la autonomización llega a montar un sistema punitivo que alcanza los límites de la atrocidad, como en el caso del *Mozote* en El Salvador, donde con la insólita y absurda tesis de que *hay que quitarle el agua al pez*, para evitar que los guerrilleros se refugiaran entre los aldeanos, mataron a toda una aldea de cerca de mil quinientas personas, incluso a niños recién nacidos. Esa es la teoría del partisano de Carl Schmitt en acción y llevada al extremo, la legitimación de la OAS que hizo en esa famosa conferencia en plena España franquista, transportada a nuestra región. El más fino ideólogo de la seguridad nacional fue Schmitt con su teoría del partisano, el *Kronjurist* del *Dritte Reich*. ¿Todavía alguien se atreve a sostener la absurda tesis del *Sonderweg* alemán?

C.D.P.: El tráfico ilegal de drogas es uno de los asuntos que ha ocupado la agenda internacional a lo largo de las últimas décadas, en medio de un agudo debate que fluctúa entre las posturas prohibicionistas y las anti-prohibicionistas. ¿Cómo cree usted que se debe enfrentar este asunto y en qué han fallado los intentos por descriminalizar la producción, comercialización y consumo de drogas ilícitas?

La prohibición de tóxicos es clave para debilitar a nuestros estados como recurso del colonialismo del totalitarismo financiero. Como es natural, conforme a las reglas del mercado, cuando hay demanda de un servicio ilícito —en este caso la distribución de tóxicos— y se limita la oferta del servicio, el precio sube. Es el precio del servicio lo que sube, no el valor agregado a esa porquería, que es ínfimo; no sube el valor del tóxico, sino del servicio de distribución. A diferencia de lo que sucedía con la prohibición alcohólica de hace un siglo, hay hoy una distribución internacional del trabajo en cuanto a tóxicos prohibidos: el demandante mayor está en el norte, la competencia para alcanzar ese mercado se produce en el sur, los muertos quedan en el sur, en el norte hay un servicio aceitado de distribución que no causa problemas.

La mayor renta por la enorme diferencia entre el precio FOB y el que llega al consumidor queda en el norte y, además, el norte monopoliza el servicio de reciclaje del dinero producto de todo el tráfico, el del norte y el del sur. El control prohibitivo se ajusta cuando aumenta la oferta y baja el precio, y se afloja cuando pasa lo contrario; las agencias controladoras internacionales cumplen el papel de una junta reguladora del precio del tóxico. El negocio es redondo para el norte y, por otra parte, funcional para introducir violencia en nuestros países, o sea, para debilitar a nuestros estados con sociedades muy estratificadas y alto nivel de pobreza, en las que de ese modo se arroja cualquier basura convertida en oro por la prohibición, o sea, que se descubrió la fórmula que los alquimistas no consiguieron nunca. En estas condiciones jamás se va a permitir la legalización, porque arruinaría el negocio del norte y sería disfuncional a la actual etapa colonialista.

C.D.P.: Colombia es un país en el cual los escenarios de la guerra, la barbarie y la injusticia, tienen manifestaciones muy dolorosas y particulares. ¿Cree usted posible la reconciliación entre los colombianos acudiendo solo a las herramientas que brinda la llamada justicia transicional?

Creo que la experiencia de justicia transicional colombiana es resultado de una política transicional que me parece altamente positiva. Ante todo, debe tenerse en cuenta que no es posible continuar una violencia hasta el infinito. En algún momento debe parar, ser detenida. Si una violencia no se detiene en cierto momento, si no impera un instante de racionalidad, es porque la violencia es funcional a intereses y grupos con suficiente poder para impedir que eso suceda. Lógicamente, esos poderes harán todo lo posible para desacreditar y neutralizar cualquier intento de reconciliación. Lamentablemente, siempre es más sencillo promover una guerra que promover la paz, porque para lo primero se apela a la irracionalidad exaltando la necesidad de venganza y, en toda violencia hay heridas y heridos que no siempre es sencillo

que depongan la actitud vindicativa, en particular cuando ésta es azuzada machaconamente desde los medios de comunicación y las tribunas políticas.

C.D.P.: Y, a propósito de lo anterior: ¿Cree posible que imperen la paz y la justicia social si a los responsables de cometer graves crímenes de lesa humanidad no se les castiga, así sea con penas moderadas y, además, ellos no contribuyen a la verdad, a la no repetición y a la reparación de las víctimas?

Una cosa es lo que se haga una vez que una parte ha sido vencida y la violencia ha terminado, y otra cuando hay que ponerle fin y ambas partes están armadas y con capacidad ofensiva. Si tuviera la posibilidad de salvar al último millón de judíos que Hitler mató o al último millón de camboyanos que Pol Pot mató, y para eso tuviese que tomar un café con Hitler o con Pol Pot, lo tomaría. La cuestión es salvar vidas humanas. El objetivo estratégico debe ser claro y único: salvar vidas. En este sentido, entiendo que es positivo que la justicia transicional no deje de sancionar las violaciones al derecho internacional humanitario, como las masacres, los genocidios y los falsos positivos y bombardeos indiscriminados que golpearon a la población civil. Entiendo que hasta ahora, si no me equivoco, hay miles de militares y combatientes que se acogieron a la jurisdicción especial para la paz, reconociendo sus responsabilidades y dando garantías de no repetición, lo que, obviamente, supone que tendrán un tratamiento punitivo que les permita incorporarse como ciudadanos normales a la vida civil. En algún momento debe parar el conflicto y me parece que es bastante original en el mundo que se trate de hacerlo sin eximir a los actores violentos de sus responsabilidades, a diferencia de lo hecho en otros países hermanos. Dado que se trata de detener un conflicto, es decir, pasar a un postconflicto, tampoco se los podría someter a la justicia ordinaria, no solo porque impondría penas incompatibles con la reincorporación de los combatientes, sino también y fundamentalmente, porque debe tenerse en cuenta que se trata de un acuerdo de conciliación y no de la derrota de una de las partes. Por supuesto, insisto en que si la violen-

cia ha continuado por largo tiempo, no puede haber duda de que existen intereses para los que ésta es funcional y, por ende, serán contrarios a cualquier posibilidad de reconciliación, pero desde las perspectivas jurídica y moral, nadie puede ignorar que la confrontación se da entre un intento serio, novedoso y original de evitar muertes y quienes quieren que haya más muertos.

C.D.P.: ¿Qué consejos y qué lecturas le recomendaría usted a los jóvenes que quieren cultivar el estudio de la cuestión criminal desde las perspectivas de la criminología y la política criminal?

Ante todo, quiero aclarar que, tratándose de estudiantes de derecho, lo primero que deben estudiar es derecho, o sea, meterse en la dogmática jurídico penal. La dogmática es necesaria, aunque no sea suficiente, pero el manejo de sus categorías debe aprenderse. Abandonar la dogmática es caer en el romanticismo que, como dije, es perderse para siempre. Si se deben integrar la dogmática y los conocimientos y datos de las ciencias sociales, no debe descuidarse la primera. Pero, además, es bueno que lean de todo. Un buen manual de filosofía, que los oriente en las corrientes filosóficas, un Abbagnano, por ejemplo, es buena lectura. Libros que instruyan sobre las corrientes sociológicas, las escuelas, metodologías, etc. es necesario. Tener una idea de economía para entender qué pasa en el mundo actual y qué cambios sufrimos. Husmear por la psicología y en la psiquiatría nos viene muy bien. Y, en general, cuidar la cultura general, leer lo que se pueda, literatura, historia, sobre todo historia contemporánea. Debemos cuidarnos del normativismo idealista que nos convierte en verdaderos analfabetos culturales, nos encierra enseñándonos a conocer una parte ínfima de la realidad y nos deforma esa misma realidad, porque nos hace creer que el derecho es omnipotente, nos hace perder los límites del derecho. Cuando leo cosas tan absurdas como por ejemplo que el derecho *regula la familia*, siento que estamos alucinados, porque la más somera observación de la realidad nos muestra que el derecho de familia empieza a funcionar cuando la familia se ha terminado, sea porque uno murió o porque se pelearon y separaron. Entonces el derecho dice cómo

se dividen los bienes, qué pasa con los hijos menores, quién tiene que pasar alimentos a quién, pero porque ya no hay familia. ¿O alguien puede creer que el amor se reclama con el código civil en la mano? De esas alucinaciones debemos cuidarnos, no olvidar que el derecho no es todopoderoso, que para el teísta, todopoderoso hay uno solo y está arriba y, para el que no cree, todopoderoso no hay nada.

C.D.P.: Cuando la vida académica y el ejercicio profesional le brinden un respiro ¿a qué actividades académicas o culturales distintas a las que hace hoy, se piensa dedicar?

A estas alturas no creo que me reste mucho tiempo para dejar de hacer lo que hago. Creo que lo seguiré haciendo mientras la máquina funcione. Eso no me impide husmear otros campos, meterme a nuevos problemas, ver qué nos dicen otros científicos, pensadores, escritores, historiadores, etc. Nuestra ignorancia siempre será infinita.