

Julio 8 de 2014

ENTREVISTA AL  
PROF. DR. DR. H.C. MULT. EUGENIO RAÚL ZAFFARONI  
MAGISTRADO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA



GEORG-AUGUST-UNIVERSITÄT  
GÖTTINGEN



**Entrevista al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Eugenio Raúl Zaffaroni  
por Diego Tarapués, Gustavo Cote y Gustavo Urquizo  
Investigadores adscriptos del CEDPAL\***

CEDPAL: Buenas tardes Prof. Zaffaroni, nos alegra su visita a la Universidad de Göttingen. Queremos agradecerle por permitirnos este espacio para formularle algunas preguntas.

ZAFFARONI: Gracias a ustedes por la invitación.

CEDPAL: Profesor Zaffaroni, ¿bajo su concepción cuál debe ser la relación entre criminología, política criminal y dogmática penal?

ZAFFARONI: La dogmática penal es un proyecto de jurisprudencia que está dirigido a los operadores, fundamentalmente a los jueces. De modo que creo que es una tarea política, técnica pero política, porque proyecta un ejercicio del poder por parte del Estado. No creo que la política criminal se pueda separar de eso, pues el discurso jurídico es un discurso político, técnico-político. Creo que la función primordial que tiene hoy el derecho penal es la contención del poder punitivo. Para contener el poder punitivo necesariamente requerimos datos de realidad social y esos datos los provee la criminología. Creo que de esta manera es urgente restablecer el puente entre lo que es ciencias sociales y lo que es saber jurídico.

CEDPAL: Profesor, usted ha utilizado de manera crítica la expresión “autoritarismo cool”, para referirse a la política criminal actual de carácter autoritario en América Latina, ¿podría por favor precisar los rasgos de dicho fenómeno?

ZAFFARONI: El rasgo sustancial es que la agenda legislativa penal la marcan los medios masivos de comunicación social concentrados. América Latina padece una terrible concentración de medios masivos de comunicación, fundamentalmente televisión. Si vamos a México tenemos Televisa, si vamos a Brasil tenemos Rede Globo, bueno y esos son los que ponen sitio a nuestros políticos. Nuestros políticos se tienen que defender de que no hacen nada... la violencia, los homicidios, los muertos... hayan muertos o no, eso no le importa a los medios masivos. ¿Pero todo esto responde a la actual lucha de poder en el mundo, no?, bueno, ¿quién manda el poder financiero o el poder político? Lo que está en discusión es hacer un Estado que genere,

---

\* Entrevista realizada el día 8 de julio de 2014 en la ciudad de Göttingen (Alemania). Colaboración técnica de Roberto Pérez.

o que intente generar, un modelo de sociedad incluyente o un Estado que solidifique una sociedad excluyente; Bush o Roosevelt, es eso lo que hay en juego. Y los medios concentrados están al servicio de un Estado para una sociedad excluyente, al servicio del capital financiero, tienen vínculos muy estrechos, son lo mismo, virtualmente. Y una sociedad excluyente, como los excluidos no se quedan muy quietos, necesita represión. Ese es el asunto, ese es el derecho penal cool: todas las semanas tenemos una nueva ley penal, todas las semanas tenemos un aumento de penas, cada político que quiere distinguirse hace un proyecto de ley penal, en fin ese es el derecho penal cool.

CEDPAL: ...y cómo distinguiríamos eso de la corriente neopunitivista, del neopunitivismo?

ZAFFARONI: Claro, ¡claro es neopunitivismo! Que tiene manifestaciones un poco distintas si estamos en un país más desarrollado, si estamos en otra región con mayor estratificación social...

CEDPAL: ¿Sin embargo, en el fondo son lo mismo?

ZAFFARONI: Son lo mismo, sí.

CEDPAL: ¿Pero hay alguna parte de ese neopunitivismo que quizá pueda ser visto como positivo?

ZAFFARONI: No lo veo como positivo de ninguna manera. Estamos adelantando punición para actos preparatorios, el asunto de la sociedad de riesgo multiplica los tipos de peligro abstracto, se inventan bienes jurídicos que no existen, se clonan bienes jurídicos, se viola el principio de ofensividad, las penas se hacen desproporcionadas con la magnitud del injusto, se destruyen nuestros códigos penales. Ya no tenemos códigos, estamos descodificados. En Argentina directamente no hay códigos, están los escombros de lo que fue un código.

CEDPAL: Profesor, ¿y qué papel cree usted que ha jugado o tal vez debería jugar en la aparición de este tipo de política criminal la ciencia del Derecho Penal o academia en América Latina?

ZAFFARONI: Bueno de eso iba a hablar hoy en la conferencia. Creo que no nos hemos puesto las pilas. Históricamente nosotros hemos importado discursos y desde la mitad del siglo veinte, cuando cayó el positivismo italiano, el positivismo criminológico, etc., vinimos a buscar el discurso a Alemania y bueno, pasaron una serie de cosas muy raras, nos llevamos el discurso neokantiano; primero llegó un poco

von Liszt, Beling, pero después fue sustancialmente el discurso neokantiano, básicamente en la versión de Mezger que es la que se expandió... y claro como el positivismo era un disparate frente a una dogmática que más o menos daba soluciones un poco más exactas o bastante más exactas para los distintos casos que se planteaban, para la casuística, se tomó eso como derecho penal liberal, cuando todos sabíamos que Mezger y el neokantismo del 30 al 45 de liberal tuvo poco; es decir, Mezger sí se peleó con la escuela de Kiel, pero los dos eran nazis, ¡seamos sinceros! Aunque es cierto que hubo cantidad de neokantianos liberales: Radbruch, Max Ernst Mayer, un poco de Hellmuth von Weber diría también, me parece que Helmut von Weber andaba por ese lado, pero ninguno de esos lo hemos conocido en América Latina, incluso las traducciones que tenemos ahora de Hellmuth von Weber y de Max Ernst Mayer son traducciones que se hacen por interés histórico, que se hicieron muy recientemente, pero en su tiempo no los conocimos, lo que conocimos fue la versión autoritaria del neokantismo. Conocimos a Mezger, conocimos a Wilhelm Sauer... y se tomó todo eso como tan liberal que cuando trajimos a Welzel, el finalismo, decían que claro que éramos autoritarios porque sosteníamos el tipo complejo, una cosa así, ¡disparatada! Se llegó a decir que Welzel era Nazi, después no faltó alguien en Uruguay, Bayardo Bengoa que era profesor en Montevideo y que fue ministro en la dictadura uruguaya, que dijo que a través de Welzel entraba el marxismo, es un disparate total. Y después seguimos trayendo modelos, pero, ¿qué hemos hecho con los modelos alemanes? Los hemos despolitizado. En Alemania cada modelo responde a un momento político, a un contexto: Binding es Bismarck, Von Liszt es el Segundo Imperio – Guillermo II, el neokantismo autoritario es la época de la dictadura, bueno yo diría que Welzel es Konrad Adenauer, Roxin es Willy Brandt y Jakobs es ahora Helmut Kohl... sí, son los contextos en que nacen, es así, pero nosotros los importamos como si realmente fueran los sucesivos modelos de la Volkswagen: el último supera al anterior, ¡tiene mejores frenos! ¿No es así? Entonces creo que lo que tenemos que hacer con la metodología dogmática es retomar el objetivo político, objetivo político que por otra parte, yo creo que a estas alturas, está claro que no tenemos que ir a buscarlo en el derecho natural, liberal, aristotélico-tomista o el que sea, sino que está en el derecho positivo. ¿Para qué ratificamos entonces las convecciones de derechos humanos? En mi país las tenemos en la Constitución, incluso con la misma jerarquía constitucional. Y bueno un derecho penal al servicio de la persona, un derecho penal humano es trabajar lo que tenemos como derecho positivo, constitucionalizar nuestro derecho penal y hacer un derecho penal partisano, en ese sentido, un derecho penal crítico. Me parece que ese es el camino.

CEDPAL: Una pregunta con relación a su respuesta Profesor. Usted cree que ese proceso de trasplante, digamos de la dogmática penal alemana como un discurso vacío a América Latina...

ZAFFARONI: ...vacío políticamente...

CEDPAL: ...sí, ¿es un proceso relativamente casual o hay detrás tal vez una agenda política también o una intención de hacer ese proceso?

ZAFFARONI: No, no lo creo de ninguna manera. No hubo ninguna intención. Eso, bueno lo podemos verificar en la realidad. ¿Históricamente quiénes difunden el neokantismo en América Latina? El neokantismo que se trae acá fueron republicanos españoles, insospechados de simpatía con el nazismo. ¿Quién fue el traductor del Studienbuch de Mezger en Argentina? Un italiano expulsado por judío de la Universidad de Modena. No, detrás de eso lo que hubo fue un asombro y una admiración por todo lo que era científico. Estamos en la posguerra, sí, realmente se quedó todo el mundo estupefacto por lo que hacían los físicos, unos tipos que trabajaban en el laboratorio y nadie entendía lo que hacían, pero eso se transmitía, se traducía en cambios en la vida cotidiana y creo que el derecho penal, la ciencia jurídica en realidad, que siempre fue despreciada por las ciencias duras como ciencia, con la dogmática alemana creyó que ocupaba su lugar en la academia científica. Bueno estamos haciendo ciencia, un poco ese discurso lo trajeron de Alemania, pero en Alemania era explicable por dos razones fundamentales. Primero en los últimos setenta años Alemania pasó por una cantidad de modelos de Estado: el imperio, la república, la dictadura, la ocupación, la república federal, la RDA, la reunificación, y la única forma que tienen los alemanes de encontrar una continuidad en su actividad jurídica es decir: ¡esto es ciencia, esto no es política! Y cada uno de estos modelos en Alemania fue sincero, dijo: ¡yo traigo este modelo de Estado! Segundo, cuando se hace derecho en condiciones negativas, sostener que eso es ciencia y no es política es casi un acto de legítima defensa.

CEDPAL: Muy bien Profesor. En ese sentido como podría evaluar el estado actual de la investigación criminológica en América Latina y si esta juega un papel relevante en la definición de políticas públicas regionales.

ZAFFARONI: Catastrófico. Nosotros tenemos muy buena criminología teórica pero no hacemos criminología de campo. Nadie invierte un solo peso en hacer criminología de campo, lo que es terrible frente al derecho penal cool que tenemos, no hacemos criminología de campo, no la hacemos ni a los niveles más groseros ni elementales. Ni siquiera contamos nuestros muertos, ni decimos dónde están y por qué, nada, no hacemos nada de criminología de campo, muy poco. Eso significa que a nuestros políticos no les interesa prevenir la muerte de nadie. Porque si no conozco lo que está pasando no lo puedo prevenir, si no estudio lo que pasa no lo puedo prevenir. Quiere decir que todo lo que se hace es para que salga en la televisión y a nadie le importa que se amontonen cadáveres, ¡y no estoy exagerando! Estoy poniendo como ejemplo

mi país, no pongo otro. Realmente hace tres años, cuatro, tuve que empezar desde la Corte Suprema a contar los muertos y averiguar dónde estaban, nadie lo hacía, no sabíamos el índice de homicidios que teníamos, no sabíamos dónde se concentraban, no sabíamos cuáles eran las motivaciones. Y tenemos un bajo índice, de modo que es un universo que lo pudimos ver expediente por expediente. Bueno si nadie hace eso, ¿entonces a alguien le interesa prevenirlos? Esa es la pregunta, es triste pero así es. Y en el resto de América Latina, igual.

CEDPAL: Bueno, en ese sentido ¿Usted ve algún avance en los sistemas penales latinoamericanos o el panorama es pesimista?

ZAFFARONI: El panorama que veo es de regresión, con algunos pasos más o menos positivos en estructuración de la justicia, depende de cada país un poco. En las últimas décadas, algunos países han empezado a exigir concursos para nombrar jueces, en fin, la selección es un poco menos grosera de lo que era antes, hay un cierto nivel técnico un poco superior en la justicia, sí, en ese aspecto sí, también se invierte en tecnología, en eso sí, pero en el resto no. Y lamentablemente en uno de los aspectos fundamentales del aparato punitivo que es la policía, menos, estamos retrocediendo, estamos descuidando. No tenemos un modelo de policía, hay amenazas de presión de Estados Unidos para que hagamos policías únicas lo que lamentablemente se está apprehendiendo en México. ¡Lo veo grave!

CEDPAL: En esa misma línea, ¿qué circunstancias de la realidad latinoamericana cree Usted se deberían tener en cuenta para la construcción de un derecho penal regional digamos, latinoamericano, más auténtico?, ¿existen nuevas circunstancias?

ZAFFARONI: No creo que podamos tener un derecho penal regional. Lo que si podemos hacer, creo, desde la región, es dar un salto al realismo, de alguna manera hacer un derecho penal más realista. Fundamentalmente, si no le damos un claro objetivo político al derecho penal, nutrido de un realismo que salga de algo empírico e histórico, las condiciones metodológicas ocupan el lugar del objetivo político, es decir, la lógica del modelo pasa a ser objetivo de la construcción dogmática, la no contradicción del modelo, la coherencia del modelo. Y un modelo puede ser perfectamente coherente, tener una completa lógica y ser un delirio, claro, un delirio sistematizado, y el riesgo que esto tiene y en eso creo que le podemos dar una cierta devolución a Alemania incluso, el riesgo que esto tiene, es algo que veo que está pasando en la dogmática Alemana, se está produciendo un fenómeno de disolución de la dogmática, ¿por qué?, porque yo puedo hacer muchos modelos que sean lógicamente coherentes y lógicamente completos, tantos como imaginación tenga, tantos como creatividad tenga, tantos como teoría del conocimiento tome como base, puedo tener diez modelos; entonces, la dogmática sirve para hacer más previsible las

decisiones o se convierte en un instrumento de un tópico, es decir, el juez elige las soluciones y después busca qué modelo dogmático le viene bien para justificarla, y ahí se disolvió la dogmática, perdió el objetivo. Lo cual no sucede cuando le doy un objetivo político, puede haber dos o tres sistemas, perfecto, pero como van en la misma dirección, uno puede ser más lento que otro en el avance en esa dirección, pero todos van por el mismo camino por lo menos. Es como si tuviéramos un grupo de gente que llega a un cruce de caminos, bueno cada uno agarra para un punto cardinal distinto o los cuatro siguen por un mismo camino, solo que uno va más lento que otro. Porque me parece que por el camino que vamos, vamos convirtiendo a la dogmática en un juego lógico de ajedrez y pueden haber muchas jugadas de ajedrez.

CEDPAL: Profesor, algunos estudios afirman que el crimen organizado transnacional constituye la principal amenaza para la seguridad y la consolidación democrática de varios estados latinoamericanos en la actualidad. ¿Comparte esa visión?, ¿cómo se debe prevenir y contener el crimen organizado en nuestro contexto?, ¿qué papel debe jugar el derecho penal?

ZAFFARONI: Primero y fundamental no hay crimen organizado, sino hay cierto encubrimiento del propio aparato punitivo, entonces lo primero es depurar el aparato punitivo. En la medida en que le doy más poder discrecional al aparato punitivo, le doy más oportunidad de que se deteriore por vías de corrupción. Lo llamo corrupción, pero desdramaticémoslo, llamémosle “fuentes de recaudación autónoma”. En América Latina ¿qué es lo que nos preocupa, la cocaína? Sí, de acuerdo, pero, ¿en dónde queda la mayor renta de todo el tráfico y producción de cocaína? En Estados Unidos, en el servicio de distribución; el precio fob con el cual llegamos a Estados Unidos se reproduce por siete u ocho hasta llegar al consumidor. Estados Unidos no tiene problemas en su red de distribución, no le genera ninguna violencia y se queda con el 50 o 60 % de la renta. ¿Dónde se produce la competencia para alcanzar el mercado demandante que son los Estados Unidos? Se produce en América Latina, en este momento en México, es decir, los muertos se quedan en México. ¿Qué hace Estados Unidos? Les vende armas a los mexicanos. ¿Cómo se lava todo ese dinero? Lo lavan en Estados Unidos... bueno... es un problema.

CEDPAL: En ese orden de ideas, ¿cuál es su opinión frente a la creciente postura de replantear la lucha contra las drogas? Pues ya se lo han manifestado al gobierno de Estados Unidos, aunque de forma tímida; varios mandatarios, grupos de expertos y de expresidentes de países latinoamericanos han dicho que la actual forma o estrategia de lucha contra las drogas es ineficiente y ha fracasado.

ZAFFARONI: No están luchando contra las drogas, no están luchando contra ninguna droga. Todos sabemos que si a cualquier porquería que tenga una demanda rígida se

le reduce la oferta, pues sube el precio. Bueno, eso es alquimia, es una alquimia económica lo que se está haciendo, puede suceder mañana con cualquier cosa; si se vuelven locos con el tabaco, pues va a pasar lo mismo, una caja de cigarrillos va a costar cien dólares y se va a vender de contrabando. No hay lucha contra la droga, ¿cuál es el resultado de treinta o cuarenta años de esta política? México ha tenido en los últimos años unos sesentamil muertos por la violencia, ¿cuántos años hubiera tardado México en tener sesenta mil muertos por sobredosis de cocaína? Creo que doscientos años más o menos, pues los tuvo en cuatro o cinco... ¡esa es la lucha contra la droga que estamos haciendo! En cualquier barrio de cualquiera de nuestras ciudades todo el mundo sabe donde se compra cocaína, ¿o no? Entonces, ¿qué estamos haciendo?

CEDPAL: Profesor, volviendo nuevamente a la relación que ha existido entre Alemania y América Latina. Con el paso de los años es cada vez mayor la participación de académicos latinoamericanos en las universidades alemanas, ¿qué aspectos de la academia latinoamericana o del Derecho latinoamericano cree Usted que pueden ser tenidos en cuenta por los profesores y académicos alemanes?, ¿cómo podría aportar la academia latinoamericana a la academia alemana o al Derecho Penal alemán? Por decirlo de alguna manera ¿es posible invertir esa relación?

ZAFFARONI: ¿Hacer una devolución? Sí, creo que la podemos hacer... obviamente Alemania es un país que no tiene la estratificación social que tenemos nosotros tan marcada, bueno, es una potencia económica y los problemas no se viven acá con la misma magnitud con que los vivimos nosotros. Nosotros salimos a la calle y tenemos el problema, tenemos el problema en la práctica cotidiana, pero en definitiva los problemas son los mismos, solo que en algunos lados se perciben menos y en otros se perciben más, es eso lo que pasa. Sí, creo que podemos hacer una devolución de un derecho penal realista y con objetivo político, es posible intentar un diálogo, pero hay una dificultad, la vivencia alemana del Derecho y la vivencia que tienen nuestras propias poblaciones del Derecho son distintas. En Alemania han pasado muchas formas de Estado, pero cada uno de las formas de Estado llegó y con toda sinceridad dijo "éste es mi Estado", el imperio era el emperador, la Republica de Weimer era de tipo liberal, democrático y social, Hitler vino y dijo "yo soy Nazi" y punto, es decir, cada uno llegó con su modelo de Estado y dijo "éste es mi modelo de Estado"; en cambio en América Latina, con todas las cosas que pasamos, cada uno de los que llegó, incluso nuestras peores dictaduras llegaron y dijeron "nosotros somos liberales, democráticos, republicanos, vinimos a restablecer la democracia", sí y se mataron treinta mil tipos, no importa, bombardearon la ciudad de Buenos Aires, no importa, pero era todo en nombre de la democracia, en nombre de la Constitución, en nombre de la libertad... entonces la vivencia que tiene nuestra población del Derecho es una vivencia de real desconfianza y tiene razón en tener desconfianza, porque siempre

hubo una máscara que se pone un cara dura, un hipócrita... bueno, no es la vivencia alemana, para bien o para mal aquí cada uno que llegó fue sincero, entre nosotros en cambio no, cada uno se puso la máscara del liberal, del democrático, del garantista... una cosa muy insólita, era el discurso de "a mí me trae Dios para reponer la Constitución, a restablecer la República" y eso es histórico... si vamos más para atrás, bueno, nuestro constitucionalismo, tenemos constituciones liberales, la soberanía que emerge del pueblo, ¡qué sé yo!, y al mismo tiempo tuvimos realidades feudales, del porfiriato mexicano hasta la oligarquía vacuna en Argentina o el patriciado Peruano. La Constitución no era sino una cosa para los oligarcas, por eso nuestra población desconfía del Derecho y de las instituciones y tiene razones para hacerlo, nunca fueron sinceras.

CEDPAL: Profesor ya para terminar, queremos preguntarle, ¿cuáles cree Usted que son los retos más importantes que en la actualidad debe afrontar la enseñanza del derecho penal en América Latina?

ZAFFARONI: Bueno fundamentalmente creo que nuestra enseñanza del derecho penal tiene que profundizar en la constitucionalización. Creo que el riesgo que tenemos es que formemos técnicos que puedan racionalizar cualquier cosa, es contra eso que tenemos que pelear. Se ha trabajado mucho el derecho penal de garantías, el derecho penal liberal, etc., hay bibliotecas enteras escritas, obras muy buenas, si tuviéramos que señalar una diría Derecho y Razón de Ferrajoli por ejemplo. Eso está, pero creo que es bien importante ir por otro camino, creo que debemos estudiar el derecho penal inhumano, para saber cómo se racionalizaron las antigarantías, porque en general los derechos humanos no avanzan en el mundo porque vamos madurando, porque vamos reflexionando, no, avanzan es porque nos vamos asustando, si hubo una Declaración Universal de Derechos Humanos fue porque vieron la barbaridad que había pasado, si nosotros en el noventa y cuatro metimos en nuestra Constitución todas las convenciones internacionales de derechos humanos fue porque teníamos treinta mil muertos, bueno, entonces ese avance se produce por propulsión del pánico y ese pánico se genera en masacres... ¿cómo se racionalizaron esas masacres? Algunas no se racionalizaron mucho, es decir, Pol Pot llegó y mató los trescientos jueces que tenía en Camboya y chao... nuestra tarea es discursiva, nosotros no tenemos armas, nuestra arma es el discurso... lo que tenemos que hacer es tomar esos discursos inhumanos y darles vuelta.

CEDPAL: Estimado Profesor Zaffaroni muchas gracias por esta entrevista.