
Entrevistas

Treinta años de *minimalismo penal* en América Latina (1989-2019): entrevista a Raúl Zaffaroni

Juan Carlos Ruas: Profesor Zaffaroni, muchas gracias por recibirme en su casa para la realización de esta entrevista. Como adelanté en conversaciones e intercambios previos que estuvimos manteniendo, me encuentro realizando una serie de encuentros en el marco de un proyecto de investigación de la Universidad de Buenos Aires, que busca rastrear las múltiples redes y grupos de trabajo detrás del fenómeno denominado como “reforma de la justicia penal”. En este sentido, hace ya treinta años sucedieron una serie de hechos que, en cierta forma, reflejan una perspectiva poco explorada de las transformaciones a los sistemas penales latinoamericanos de las últimas décadas... A modo de ejemplo, hace ya treinta años usted publicó su reconocido libro *En busca de las penas perdidas*¹, con el cual inauguró una nueva línea de pensamiento, acción y “contención” político-criminal por parte de los actores judiciales de América Latina. Línea que en cierto modo buscó un cambio cultural de corte “humanista” sobre los recursos humanos de las instituciones penales, a través de una “militancia” constante de reducción de la violencia punitiva.

A su vez, y en sintonía con esta producción intelectual, se estaban construyendo en la región las primeras reformas procesales penales, que tenían una meta declarada sobre dejar atrás la brutalidad de los antiguos sistemas “inquisitivos” para así adoptar sistemas procesales más garantistas, republicanos y transparentes de corte “acusatorio”. Esto último, por supuesto, a la par de la fundación del Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) de la mano de David Baigún y Alberto Binder hace también treinta años²; Organización No Gubernamental (ONG) que luego sirvió como sostén operativo de muchas de estas reformas procesales en diversos países de la periferia.

En tercer lugar, cabe mencionar que en esta misma época se aprobaba la Convención de Derechos del Niño³... Tratado internacional que posteriormente facilitó que diversos

¹ Zaffaroni, Raúl, *En busca de las penas perdidas*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

² Nota de JCR: El Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales (INECIP) es una Organización No Gubernamental (ONG) fundada en el año 1989. Dicha organización se dedica hoy en día – casi exclusivamente – a la promoción y asesoramiento de reformas procesales e institucionales en Argentina y América Latina. Su sitio web con mayor información al respecto puede consultarse a través del siguiente enlace: <https://inecip.org/>.

³ Nota de JCR: La Convención de Derechos del Niño fue aprobada el 20/11/1989.

grupos de trabajo comenzaran a impulsar reformas en los sistemas de justicia juvenil de Latinoamérica, en paralelo a varias de las reformas procesales penales para adultos... Hecho que también tuvo fuertes aspiraciones liberales, en torno al alcance que debía tener la intervención estatal en materia de niñez y adolescencia.

Con todas estas cuestiones, entonces, nuestra hipótesis es que la cuestión de la *reforma* de los sistemas penales en las últimas décadas excedió lo meramente procesal, y buscó abarcar aspectos institucionales, ideológicos y culturales, en torno al rol que debería tener la cuestión penal en las incipientes democracias de la región post-dictadura. Hasta dónde alcanzó el diálogo e intercambio entre estos distintos grupos y agendas de trabajo, sin embargo, es un área poco explorada en las investigaciones al respecto. Por todo ello, el interés de este encuentro consiste en poder entrevistarlo acerca de su trayectoria, conocimiento e involucramiento personal en estos temas, con la finalidad de consolidar una serie de testimonios a tal efecto.

Eugenio Raúl Zaffaroni: Sí, no hay problema. Adelante.

JCR: Lo primero que quisiera conocer tiene que ver con dónde se encontraba usted en el ámbito académico y político una década antes de la publicación de *En busca de las penas perdidas*⁴... Es decir, estamos hablando de que si “*En busca*” fue publicado en el año 1989, una década antes aún contábamos con numerosas dictaduras militares en distintos países de América Latina. Y a partir de la información de la cual dispongo, en 1980 usted había comenzado a escribir su primer tomo del antiguo *Tratado de Derecho Penal*⁵ de cinco volúmenes...

ERZ: No. La realidad es que el antiguo *Tratado* —que hay que quemarlo (risas)— está basado en un concepto preventivista de la pena... Ahora lo tomo como apuntes, pero la verdad es que en 1973 publiqué la “*Teoría del delito*”⁶, y los tomos tercero y cuarto del *Tratado* virtualmente son la *Teoría del delito* un poco más desarrollada, corrigiendo algunos temas y con un poco más de bibliografía.

Los tomos primero y segundo, en cambio, los comencé escribiendo entre 1974 y 1975 en San Luis. Luego volví a Buenos Aires como juez federal, y los seguí escribiendo con alternativas, especialmente entre 1977 y 1979. Creo que recién el primer tomo se publicó en 1980, si no me equivoco. Pero lo cierto como decía antes es que cuando se publicó el primero de los tomos ya tenía los borradores de toda la colección.

De modo que lo que hice de ahí hasta que se termina de publicar —que creo fue en 1983—, fue pasar los borradores, completarlos, ponerle un poco más de

⁴ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

⁵ Zaffaroni, Raúl, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Buenos Aires, Ediar, 1980.

⁶ Zaffaroni, Raúl, *Teoría del delito*, Buenos Aires, Ediar, 1973.

bibliografía, etcétera... Y en el medio de eso, ya con todo el *Tratado* en borrador, también publico en 1977 el viejo *Manual de Derecho Penal*⁷, porque es más difícil escribir un Manual que escribir un Tratado. En un Tratado se puede meter de todo e incluso le podés poner el número de páginas que quieras. En un Manual eso no ocurre y además tenés que ser bien claro y didáctico. De modo que cuando escribí el *Manual* ya tenía por lo menos todo el *Tratado* armado. Esa es la historia del viejo *Tratado de Derecho Penal*... Fueron prácticamente diez años de trabajo, aunque por supuesto hubo interrupciones... El lío del juzgado federal, el golpe, me degradan en la justicia y me echan de la Facultad... En fin, esas cosas...

JCR: Vinculado con su expulsión de la Facultad, durante aquellos años muchos de los que después serían vistos como “criminólogos críticos” en América Latina también se encontraban exiliados del país... Pienso, por ejemplo, en los casos de Emilio García Méndez y Roberto Bergalli durante los años 1979/80... Y a nivel teórico, incluso, había grandes discusiones sobre cuál iba a ser el futuro de esa incipiente criminología crítica en la región... Es decir, cuál iba a ser su marco teórico...

ERZ: A mí me pasó algo curioso en ese sentido. Yo me formé con la criminología etiológica, es decir, yo soy discípulo del maestro Alfonso Quiroz Cuaron. Pero en un momento dado, me empezó a hacer un ruido bárbaro todo eso: no lograba compatibilizar esa cosa de positivista, neopositivista... Todo eso de la criminología etiológica y terminé dejando la criminología, porque me dije «esto no me cierra». Así fue cómo me fui a la dogmática y cerré los libros de criminología por un tiempo.

Hasta que finalmente, durante los años 1979/80, empecé a leer los trabajos de la criminología crítica. En 1979 Baratta había publicado un artículo en *La Questione Criminale*⁸, donde prácticamente demolía a la dogmática jurídico-penal, en una línea que después continuó desarrollando en su libro *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal*⁹, que ahora acaba de ser reeditado en Italia¹⁰. Recuerdo que cuando leí por primera vez ese artículo de Baratta intenté responderlo, porque la sensación que me dio era que se estaba por venir abajo toda la dogmática. Baratta,

165

⁷ Zaffaroni, Raúl, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 1977.

⁸ Nota de JCR: Entendemos que aquí Zaffaroni hace alusión al trabajo publicado como Baratta, Alessandro, “Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica”, *La questione criminale. Rivista di ricerca e dibattito su devianza e controllo sociale*, n° 2, 1979, pp. 147-183 [publicado en español como Baratta, Alessandro, “Criminología y dogmática penal. Pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal”, *Papers: revista de sociología*, vol. 13, 1980, pp. 13-48.].

⁹ Baratta, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*, Alvaro Búnster trad., México, Siglo XXI, 1986, obra original publicada en Italia en 1982.

¹⁰ Nota de JCR: Entendemos que aquí Zaffaroni se refiere a la reedición realizada por la editorial Meltemi, del año 2019.

usando sociólogos clásicos como Merton o las teorías de las subculturas, desarmaba todo el discurso de la dogmática jurídica, sin la necesidad de apelar a otra cosa. Sin embargo, tiempo después me di cuenta que era imposible responderle (risas)... Que lo que había escrito, en realidad, era únicamente un recurso desesperado de un penalista al que se le venía todo el mundo abajo.

Luego conocí a Baratta en 1983, en Medellín, lugar donde me dedicó una copia de *Criminologia critica e critica del diritto penale*¹¹. Así fue cómo empecé a leer con atención los escritos de Rosa del Olmo, de Lolita Aniyar de Castro, a los norteamericanos... Y con todo eso dije «no, acá se arma un lío que es tremendo»... No iba a ser nada fácil recomponer las cosas... Principalmente, porque si bien Baratta desarma la dogmática jurídico-penal, como creo que no le gustaba el tema, salta directamente a un desarrollo vinculado con la política criminal.

Pero al mismo tiempo creo que se daba cuenta que no se podía desarmar todo y, por ello, durante esos años también escribió un artículo que siempre me fue muy útil para sistematizar los principios limitadores a tener en cuenta en una reconstrucción ulterior de la dogmática. Al analizar los principios generales en el posterior desarrollo que hicimos con Alagia y Slokar, seguimos bastante el curso de ese artículo de Baratta. Pero como mencioné antes, él no reconstruyó dogmáticamente el Derecho Penal... No le gustaba. Y al final, como buen “demoledor de ruinas” daba en aquel momento un salto sin escalas a la política criminal, proponiendo que se la replantease desde las perspectivas de las “clases subalternas”, es decir, con un concepto medio frankfurtiano, que hoy ha perdido vigencia... En particular o al menos porque las actuales “clases subalternas” no son ahora las de 1982.

Fue entonces cuando comencé a pensar y a plantearme «no, un momento, no podemos destruir el Derecho Penal, renunciar a la dogmática jurídica y quedarnos sin nada. Acá hay que asignarle una función al Derecho Penal y reconstruir la dogmática». Así fue cómo salió la publicación de *En busca de las penas perdidas*¹².

Por aquel entonces yo también tenía bastante contacto con Louk Hulsman, quien venía todos los años a Buenos Aires y se quedaba un mes en mi casa. Entendía su abolicionismo, pero era una propuesta de cambio civilizatorio, no se reconstruía la teoría de la pena ni la dogmática penal. Baratta, por su parte, saltaba directamente a la política criminal y el propio Luigi Ferrajoli hacía incluso lo mismo, aunque en menor medida. Sin embargo, los jueces necesitaban un discurso... Era indispensable darles un discurso dogmático. Para eso sirve la dogmática jurídica... No era posible decirles a los jueces que esperen mientras se viene un cambio político general o civilizatorio.

En eso se me ocurrió leer a Tobías Barreto, el brasileño de la llamada “Escuela de Recife”. Allí encontré dos cosas importantes, dichas muy brevemente y en

¹¹ Baratta, Alessandro, *Criminologia critica e critica del diritto penale*, Bologna, Il Mulino, 1982.

¹² Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

un trabajo muy corto a fines del siglo XIX¹³. La primera es que dice no saber si existe el derecho natural, pero afirma que hay una “ley natural del Derecho”, es decir, que el derecho tiene límites, que no es omnipotente. La segunda, es que la pena es un hecho político... No es otra cosa que un hecho político, y que quien la quiera justificar antes deberá justificar la guerra, si es que ya no la justificó. Esas dos cosas me golpearon mucho.

Lo de la ley natural del Derecho es muy cercano a las estructuras lógico-reales de Welzel, y lo de la pena como hecho político es revelador, porque puede ser que todo ejercicio de poder punitivo sea irracional y tengan razón los abolicionistas, pero en definitiva, es un hecho político. Ahí está. Y por más que lo deslegitimemos nosotros en los libritos, seguirá estando, al igual que la guerra que, pese a todos los pacifistas, ahí sigue. Entonces se me iluminó la pregunta «¿pero el poder punitivo quién diablos lo ejerce?» Y, me di cuenta de algo evidentísimo, de que lo ejercen las policías, es decir, que no lo ejercía yo como juez. «¿Entonces qué estoy haciendo acá?» – Pensé –.

Resultaba evidente que los candidatos a la criminalización me los traía la policía. Por aquel entonces yo era juez de sentencia y teníamos un procedimiento penal inquisitivo escrito tanto para la etapa de instrucción como para el juicio. Recuerdo que estaba en un altílo de la calle Viamonte y cuando no tenía escaramuzas con la dictadura me peleaba con la Cámara, pero me tenían que soportar (risas)... Ahí fue cuando caí en la cuenta de que lo que estaba haciendo con todo eso era tratar de contener el ejercicio del poder punitivo, de contener un poder que no ejercía (risas)... Es decir, los jueces no ejercen el poder punitivo, lo único que tienen es un semáforo para regularlo... Diría que es una función de limitación, de acotamiento o de reducción, que trata de que no se le vaya la mano a policía. Una función de cautela.

Y como son las policías quienes ejercen el poder punitivo, la función del Derecho Penal es la construcción de un discurso de programación del poder jurídico de contención de los jueces. En ese sentido, diría que el trabajo de los jueces tiene una analogía enorme con el de la Cruz Roja Internacional. Tobías Barreto vio esta cuestión hace un siglo y medio... Es decir, la Cruz Roja sería la agencia de contención de la violencia en el momento bélico, y nosotros seríamos la de contención de la violencia en el momento político. No sé si tenía razón Clausewitz o Foucault. Si la guerra es la continuación de la política por otros medios o viceversa, pero no se puede negar el nexo entre las dos violencias.

De allí entonces salió un poco la idea central de “*En busca*”. Nadie deslegitima a la Cruz Roja Internacional, que hace lo que puede en el momento de la guerra,

¹³ Nota de JCR: Entendemos que Zaffaroni se refiere al trabajo “Introdução ao Estudo do Direito”, publicado en Barreto, Tobias, *Estudos de Direito*, Río de Janeiro, Laemmert, 1892, pp. 5-43 [y que el propio Zaffaroni cita –con otra edición– en “*En Busca*” (Cfr. Zaffaroni, “En busca...”, op. cit., p. 197, nota 8)].

y nosotros hacemos lo mismo en el momento político. No se le puede reprochar a la Cruz Roja que no haga desaparecer la guerra, ni a nosotros que no hagamos desaparecer al poder punitivo, porque con el poder jurídico de los jueces no vamos a cambiar la sociedad ni la civilización o la cultura, lo único que podemos hacer es garantizar el espacio en que la dinámica social se ocupe de eso. Como ciudadanos podemos ir a la esquina y decir cualquier cosa, pero como penalistas no, porque hay una “ley natural del derecho”. Nuestro poder jurídico tiene límites, ese es el asunto. Aquí es que conecto la “ley natural del derecho” de Tobías Barreto con las estructuras lógico-reales de Welzel, que las sigo sosteniendo hasta el día de hoy.

En ese sentido, el tratado de Welzel parece escrito por dos manos: con una mano escribe la teoría del delito y con la otra mano escribe la teoría de la pena. Las estructuras lógico-reales las lleva hasta la teoría del delito, pero en su teoría de la pena no las menciona porque se le hubiese venido toda la estantería abajo y, obviamente, en esos años no podía hacerlo y tampoco era un revolucionario. Pero si llevás las estructuras lógico reales a las teorías de la pena te va a pasar eso y ahí tenés la puerta de entrada a toda la criminología crítica. Criminología que por cierto es sociológica y no puede dejar de ser crítica de la operatividad del poder punitivo.

Sin embargo, siempre sostuve que nuestra función como penalistas consiste en realidad en introducir los conocimientos sociológicos en la dogmática. Esto lo hablé varias veces con Baratta... Pero él siempre estaba en otra cosa... Como mencioné, no era un tema que le gustara.

JCR: Volviendo a su explicación del principio, entonces, podemos decir que sus primeros acercamientos con esta incipiente criminología crítica se producen aproximadamente una década antes de la publicación de *En busca de las penas perdidas*¹⁴. Tiempo marcado por un contexto regional en el que aún perduraban gran parte de las dictaduras militares latinoamericanas. Y estos primeros acercamientos, a su vez, se producen a través de la lectura de producciones teóricas provenientes del exterior...

ERZ: Los acercamientos también se producen a través de los contactos personales que fui entablando con los viajes al extranjero. Por ejemplo, en el año 1980 fuimos con David Baigún al congreso de Naciones Unidas de Prevención del Delito de Caracas, como representantes de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP), y allí conversé bastante con Lolita Aniyar. Otro ejemplo, puede ser en el año 1983 que, como te dije, fue el año en el que tomé contacto con Baratta... En fin, la época en que volví a la criminología, que previamente me había desencantado bastante, porque aunque había hecho un curso de psiquiatría clínica en México y

¹⁴ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

todo eso, llegó un momento en que la dejé por completo... Fui entonces volviendo a la criminología gracias a estos contactos y a esas lecturas, porque los vínculos que mantenía en aquella época eran básicamente con ellos.

JCR: Recién mencionó que durante aquella época se produjo su expulsión de la universidad debido al golpe de Estado. Con lo cual, uno podría intuir que estos contactos y viajes con la criminología “crítica” se dan por fuera de los claustros académicos... Es decir, que aquellos vínculos tenían un carácter más político que académico. Quisiera consultarle en este sentido si es que acaso no mantuvo su actividad con otros espacios universitarios en aquel entonces...

ERZ: A mí me echaron de la UBA en el año 1976. Por entonces, estaba refugiado en la Universidad Católica de La Plata, y luego en la Universidad del Salvador en Buenos Aires.

JCR: Y respecto a su trabajo como juez por aquella época, ¿tuvo algún rol o actividad que pudiera vincularse con estos acercamientos que estaba teniendo con las ideas de la criminología crítica?

ERZ: Bueno, como juez tenía encontronazos permanentes con la Cámara. Declaré la inconstitucionalidad de la tenencia de estupefacientes para el consumo. En aquel momento habían bajado la edad de responsabilidad penal de los menores, y metían presos a chicos por tenencia de un porro, un desastre... Molestó, porque el estereotipo de la época era que el consumidor era el terrorista... Después les declaré la inconstitucionalidad de la prohibición de la opción de salida del país a los presos por estado de sitio según el artículo 23 de la Constitución. Incluso antes, en 1975, como juez federal había declarado la inconstitucionalidad de la limitación de esa opción de salida para cualquier país del continente.

También en aquel entonces me llegó el habeas corpus de una chica que había desaparecido en un colectivo, llevada por la marina, y de lo cual había como treinta testigos, que eran los pasajeros del colectivo y los que estaban en la comisaría. Me di cuenta de que eso era casi el único caso de una desaparición con testigos e identificación de los sicarios. Entonces necesitaba cubrirme mínimamente y rechacé el habeas corpus de entrada, sin investigar. Obviamente esto se fue a la Cámara y ahí pasó lo que deseaba: la Cámara me ordenó que investigue (risas)... Y así fue. Llamé a todos los testigos y cuando agoté los testimonios, mandé un oficio al jefe de la marina para que me informe quiénes integraban la patota y me respondió que no llevaban registro. Luego envié otro oficio: «Dígame quiénes son todos los que están habilitados para integrar esos grupos», y su respuesta fue: «No se lo podemos decir por razones de seguridad».

Entonces, mandé un oficio directamente a Videla contándole que su subordinado no me quería decir esto... Y ahí me llamaron de la Casa de Gobierno preguntándome qué quería que me dijeran... A lo que con ingenuidad, les respondí «que me digan que no me lo dan, así yo cierro el expediente». Y, en efecto, me dijeron que por orden del presidente no me lo daban (risas)... Y se cerró el expediente (risas)...

Sin embargo, yo sabía que había que dejar pruebas y ellos tampoco eran tan tontos. De inmediato se dieron cuenta y a la semana nos quitaron los habeas corpus y los concentraron en la justicia federal. No obstante, ese expediente sirvió luego como una de las pruebas para condenar a Videla, como prueba de plan sistemático. No sé si en aquel momento pensaron lo mismo que yo, pero era claro que se habían “apiolado” de que eso era una prueba peligrosa para el futuro.

Ahora, mentiría si dijera que con todo eso, me vino a apretar algún milico... Lo que está pasando ahora no pasó nunca. Es obvio que no me ascendieron y me quedé todos esos años en el altillo, pero nunca me amenazaron... La persecución de jueces por el contenido de las sentencias es algo inédito en la historia judicial argentina. Soy la prueba viviente.

JCR: Podemos decir entonces que esta primera época previa a la confección de “*En busca*” estuvo marcada por un fuerte exilio en la discusión y en sus vínculos con la criminológica crítica, que tenía lugar a partir de sus viajes al extranjero... Es decir, no había una genuina experiencia de construcción y diálogo universitario criminológico en el marco de la dictadura; pero al menos, podía encontrarse cierto activismo a partir del trabajo en la justicia...

ERZ: Y no. No tenías posibilidades de hacer eso en la universidad, de ninguna manera. Tampoco era suicida, ni iba a aparecer en el baúl de un auto (risas)... Pero era una experiencia dura, porque estabas viendo toda la burocracia judicial callando o cooperando... Era una cosa terrorífica y tremendamente decadente. Éramos pocos los que hacíamos alguna resistencia en aquel entonces y hablábamos en voz baja entre nosotros: me refiero a los muchachos que después integraron la Cámara federal para juzgar a los comandantes y unos pocos más. Julio Maier se había ido, y quedaban además de ellos Pepe Masoni y Carlitos Oliveri, quien murió al tiempo. Éramos un grupo muy chico de primera instancia los que hacíamos alguna resistencia... Soltábamos gente y ese tipo de cosas.

Como te dije antes, recuerdo que había un constante conflicto con la Cámara, y también con un fiscal ante esa instancia – que a su vez era director del Departamento de Derecho Penal de la Facultad –... Un personaje que por suerte después pasó a la justicia federal, pero que en aquella época pedía la nulidad de todas mis sentencias. Sin embargo, cuando me anularon la segunda sentencia, dije «sin perjuicio de cumplir lo dispuesto por el superior...», y escribí cincuenta páginas explicando por qué no

era nula. La tercera vez que me anularon otra sentencia, hice lo mismo y allí se detuvieron las nulidades... Por supuesto, como ya tenía escrito el tratado, me costó muy poco transcribir lo investigado para refutar los argumentos de ese fiscal (risas)...

De cualquier manera, y pese al enfrentamiento ideológico interno, no había corrupción de dinero en ese entonces. Había otro tipo de corrupción, que es la de la gente que, con el “carrerismo” judicial, quiere quedar bien con el poder de turno para que los asciendan; de eso sí había, pero corrupción de dinero, no.

JCR: Antes mencionó un asiduo vínculo con Hulsman en estos primeros contactos con la criminología crítica latinoamericana y europea. Incluso, el propio título de “*En busca*” surge como una especie de diálogo con él... Me gustaría que pudiera contarme qué conexión tenía con Hulsman previo a la publicación de este libro, y cómo llegó a entablar ese vínculo.

ERZ: Bueno, creo que yo lo conocí por primera vez a Hulsman en Siracusa en el año 1981, en el Instituto... Creo recordar que fue en un mes de enero¹⁵, y nos pusimos a charlar. A Hulsman siempre le gustaba charlar (risas)... Hablábamos en inglés. Él hablaba un inglés medio raro y yo también, claro (risas)... Hablo un inglés de Naciones Unidas (risas)... Después vino a un congreso en Buenos Aires de la Asociación Internacional de Defensa Social, y Bernardo Beiderman me preguntó si podía alojarlo en mi casa, a lo que respondí que sí, y vino hasta acá. Le gustó, y después venía todos los años. Tenía su séquito de seguidores, en su mayoría mujeres (risas)... Era un personaje sumamente querible. Se integraba, y era un gran compañero.

Después, cuando hice política, venía a los actos, lo presentaba, y en seguida entablaba relación con todos. Un tipo realmente increíble. Balbuceaba el castellano, pero muy mal (risas)... Recuerdo que un día, de repente, se le ocurrió hacer un pescado asado en la casa, y cuando regresó por la tarde, veo llegar el camioncito del verdulero que lo traía a Louk con todo lo que había comprado en el mercado. Le pregunté cómo se había dado a entender, porque esto era un barrio, y no había mucha gente que hablara inglés o alemán, y me contestó que señalaba los productos, y les decía a los comerciantes “this!” “this!” y “how much?” (risas)... Muchas veces

¹⁵ Nota de JCR: En este pasaje de la entrevista, entendemos que Zaffaroni hace alusión al Instituto Internacional de Justicia Penal y Derechos Humanos de Siracusa, por entonces conocido como “Instituto Internacional de Altos Estudios en Ciencias Criminales” [The Siracusa International Institute for Criminal Justice and Human Rights, *About the Institute*, disponible en: <https://www.siracusainstitute.org/app/the-institute/> (enlace consultado el 21/6/2022, la traducción nos pertenece)]. Allí tuvo lugar, durante el 4 al 9 de enero de 1981, un Seminario Internacional titulado “Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal”, del cual participaron Zaffaroni y Hulsman [Cfr. Beristain, Antonio, “Reunión internacional sobre ‘Perspectivas contemporáneas en la filosofía de la justicia penal’”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo 35, n° 1, 1982, pp. 155-158; Zaffaroni, Raúl, *Curriculum Vitae*, recuperado de <https://bit.ly/3OsByUA> (enlace consultado el 21/6/2022)].

incluso, andando por el barrio, algunos vecinos me preguntaban «¿y el holandés? ¿Tuvo noticias del holandés?». Era un tipo muy comunicativo (risas)...

Y en cuanto a “*En busca*”, te diría que efectivamente el libro es una respuesta al abolicionismo, es una discusión con ellos. Me causa mucha gracia cuando algunos me llaman “abolicionista” (risas)... Creo que Grondona alguna vez me llamó así, cuando todo el libro en realidad es una discusión con el abolicionismo.

JCR: Otra consulta que quisiera realizarle tiene que ver con la formación religiosa en sus primeras producciones vinculadas con la criminología crítica. Así como se ha hablado y escrito de la formación y compromiso religioso de algunos de los “reformadores” del proceso penal, recuerdo que en algunos libros de criminología se han descrito los postulados de “*En busca*” como profundamente “cristianos” y “humanistas”¹⁶. Entonces, quisiera consultarle qué vinculación o influencia tuvo la formación religiosa en estos primeros pensamientos críticos.

ERZ: Yo soy un tipo laico. Toda mi carrera primaria, secundaria y universitaria la hice en el Estado. Fui profesor de universidades católicas, pero no estoy particularmente vinculado a la Iglesia, es decir, soy un católico “de la calle”, como muchos. Aunque hay un contacto, es posible... Porque la filosofía católica siempre ha sido más bien realista, y en ese sentido puedo tener una cosa... Pero nunca he mezclado lo religioso con lo jurídico. Es más, soy un profundo admirador de la religiosidad popular o, más bien, de los distintos caminos en los que los pueblos se vinculan en lo absoluto, que es una síntesis de cultura de cada pueblo... La concepción escatológica de cada pueblo, la forma en que se vinculan a eso, es una síntesis de cultura desde un punto de vista sociológico, que no se puede minimizar.

JCR: Anteriormente conversamos sobre su vínculo con Baratta y los contactos que fue entablando en el ámbito de la criminología crítica a través de sus viajes al exterior, a comienzos de los años ochenta. Quisiera ahora consultarle el motivo por el cual, al momento de pensar la producción de “*En busca*”, seleccionó como marco teórico predominantemente la línea italiana de la criminología crítica, por sobre otras corrientes de este mismo enfoque... Como podría ser el caso, por ejemplo, del realismo de izquierda británico... A su vez, me interesaría que pudiera contarme cuándo se produjo sus primeros contactos con Luigi Ferrajoli, y qué vinculación tenía con el autor previo a la publicación de su libro.

¹⁶ Nota de JCR: En la entrevista se referenció a Anitua, Ignacio, *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2005.

ERZ: Bueno, como te dije antes, con Sandro ya tenía un contacto previo a la publicación del libro. Sin embargo, con Luigi Ferrajoli esto ocurrió en menor medida, aunque después de la publicación de “*En busca*” dicho contacto se hizo más frecuente, especialmente a partir de un libro que se publicó en Italia... El vínculo para esa publicación, a la que finalmente envié un artículo que se llamaba “*La Croce Rossa Giudiziaria*”¹⁷, justamente creo que vino por Alberto Binder.

Pero insisto en que Luigi, al igual que Baratta, no reconstruyen la dogmática. En este sentido, el Derecho Penal tiene un objetivo pragmático, que es programar el funcionamiento de ese semáforo que tienen los jueces. Por eso justamente le doy vuelta a la legitimación y afirmo que no se legitima con el poder punitivo, sino con la contención y limitación de ese poder, con lo cual también se convierte en la más importante prevención del genocidio.

JCR: Entonces, ¿Binder tuvo una intersección que lo vinculó con esta línea italiana de pensamiento crítico?

ERZ: Con este libro fundamentalmente, sí. Es un libro colectivo que se publicó con motivo de *Derecho y Razón*¹⁸, pero me estoy olvidando un poco porque esto pasó hace bastantes años¹⁹...

173

JCR: Entiendo que esta publicación que comenta fue luego del lanzamiento de “*En busca*”, en tanto *Derecho y Razón*²⁰ salió después de su libro...

ERZ: Sí, fue después. No recuerdo exactamente la fecha, pero sin duda que fue después... Por otra parte, también fui muy amigo de Massimo Pavarini, a quien también conocí en Colombia. Después lo visité en Italia y nos encontramos en otros lugares, e incluso vino varias veces a casa... Con lo cual, también teníamos un trato bastante frecuente. La última vez lo visité en Bologna, ya enfermo.

JCR: Antes de “*En busca*” usted también publicó otro trabajo titulado como “*Criminología, aproximación desde un margen*”²¹, que adelantaba parte de la

¹⁷ Nota de JCR: En este pasaje Zaffaroni hace alusión a su publicación del año 1993, titulada “La rinascita del diritto penale liberale o la ‘croce rossa’ giudiziaria”, que fue publicada en Gianformaggio, L. (org.), *Le ragioni del garantismo: discutendo con Luigi Ferrajoli*, Torino, Giappichelli.

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco y R. Cantarero Bandrés trad., Madrid, Trotta, 1995, obra original publicada en 1989.

¹⁹ *Supra* nota 17.

²⁰ Ferrajoli, “Derecho y Razón...”, op. cit.

²¹ Zaffaroni, Raúl, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1988.

discusión en la cual se enfocaría en los noventa, aunque en este caso, con una línea más similar a la que tenían por aquel entonces autoras como Rosa del Olmo, de crítica al positivismo criminológico...

ERZ: Sí, esa publicación fue anterior a “*En busca*”. Pero “*Criminología, aproximación desde un margen*”²² realmente son unos apuntes, no es un libro... Son los apuntes que distribuía en la Facultad de Psicología de la UBA donde fui titular de Criminología muchos años. Por eso el trabajo termina prácticamente con la exposición y crítica del positivismo, ya que son los apuntes que fui haciendo casi como reflexión de por qué me hacía ruido la criminología etiológica que me habían enseñado.

Los colombianos me pidieron que los publicase en Bogotá y lo hice, con la condición de que no se distribuyese en Argentina, porque pensaba hacer un libro más orgánico. Pero al final la editorial lo distribuyó también aquí. Primero porque me dijeron que habían despachado un paquete por error y después no sé por qué... Por otra parte, aquel libro “más orgánico” se demoró unos veinte años (risas)... Hasta concretarse en “*La palabra de los muertos*”²³.

JCR: Otra cuestión que creo importante analizar en el marco de esta entrevista, tiene que ver con los primeros modos de difusión de estas ideas en el ámbito universitario tras la recuperación democrática. Recién conversamos sobre las producciones editoriales que surgen en esta época y los vínculos intelectuales con muchos de estos pensadores críticos, incluso años anteriores durante los gobiernos militares de facto.

Sin embargo, esta apertura democrática y el retorno a las universidades no implicó *per se* un cambio inmediato en la bibliografía, en la medida que se continuaba utilizando el antiguo *Tratado* de los cinco volúmenes... Es decir, usted había recuperado su cátedra en la Universidad de Buenos Aires, pero no se contaba con el último *Tratado* colectivo escrito en coautoría con Alagia y Slokar²⁴ para el dictado de las clases...

ERZ: Bueno, yo volví a la cátedra en Buenos Aires en 1984, y en 1985 se hizo el concurso. También, en 1984 me hice cargo de la cátedra de Criminología en la Facultad de psicología, y creo que en 1987 se hizo ese concurso. Luego, en 1994 fui designado director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Facultad de Derecho.

²² Ibíd.

²³ Zaffaroni, Raúl, *La palabra de los muertos. Conferencias de criminología cautelar*, Buenos Aires, Ediar, 2011.

²⁴ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000.

Y en cuanto a las clases, en realidad se utilizaba mi *Manual de Derecho Penal*²⁵. La primera edición del viejo *Manual*, más o menos actualizado que, por otra parte, también se iba editando en México, en Perú, fusilando en Ecuador y con Pierangelli en Brasil... Por lo tanto, la difusión de estas nuevas ideas se hacía un poco oralmente en aquel entonces. En las clases que yo daba y en las que daban todos los docentes de mi equipo... Cambiando un poco el discurso, porque no teníamos otros textos para dar.

Recién empezamos a trabajar a mediados de los noventa en el nuevo *Tratado*²⁶, el “ladrillo” que se publicó en el 2000... Con Alagia y Slokar nos juntábamos todos los sábados y domingos, veíamos lo que había escrito cada uno, lo empalmábamos y lo corregíamos. Todo eso nos llevó cinco años.

A su vez, creo que fue más o menos por esta época cuando se incorpora nueva bibliografía en las clases que dictábamos, cuando se publica el *Tratado* y se empieza a armar el nuevo *Manual de Derecho Penal*²⁷, que no me gusta mucho (risas)...

JCR: Vinculado con esta cuestión, otro punto interesante para analizar podría ser la traslación de estas ideas que estaban surgiendo en el ámbito universitario hacia el trabajo en la magistratura. Es decir, cómo se logró esta difusión de ideas no sólo con alumnos o docentes universitarios, sino también con funcionarios judiciales... Colegas, que no necesariamente se vinculaban con la academia...

175

ERZ: Bueno, mucho no se difundió... A la jurisprudencia no sé si han llegado estas ideas, o al menos, no sé si hasta el día de hoy llegan... Pero bueno, mucha gente va creciendo y algunos pasan de secretarios a jueces, a fiscales, creo que es un efecto natural. Nada es del todo negativo, no por eso soy funcionalista, pero el mal absoluto no existe y, por lo tanto, también el subdesarrollo tiene algunas ventajas.

La circunstancia de que uno no pueda vivir de la investigación académica y de la docencia universitaria, sobre todo en derecho, nos favorece, tiene un aspecto positivo, que es que necesitamos vivir de algo, y eso nos mantiene en un contacto más real con el funcionamiento del modelo. Por eso es que las teorías pasan más rápido a los jueces. Se podría decir que el Poder Judicial es el gran financiador de la docencia y de la investigación jurídica (risas)... En algunos países de nuestra región es posible sobrevivir de lo académico, pero entre nosotros no. De todas maneras, creo que es bastante más positivo que embarcarse en una carrera totalmente separada de la actividad profesional, como en Europa, que puede conducir a una

²⁵ Zaffaroni, “Manual de Derecho...”, op. cit.

²⁶ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

²⁷ Zaffaroni, Raúl; Alagia, Alejandro y Slokar, Alejandro, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2005.

pérdida de realidad. No me gusta el derecho penal elaborado por un tipo que se encierra en un cubículo y piensa cualquier cosa (risas)...

JCR: Por aquel entonces, es decir, entre mediados de los noventa y comienzos del nuevo milenio, además de esta difusión en los claustros académicos y los tribunales, ¿mantuvo algún vínculo con movimientos políticos y/o universitarios que lo ayudaran a divulgar estas ideas? Esto lo consulto porque incluso en la criminología crítica comparada, varios de sus pensadores tenían una historia previa de militancia y activismo político... Pienso, por ejemplo, en el abolicionismo escandinavo y en la criminología crítica italiana...

ERZ: No, pasé directamente a la política. En 1994 fui constituyente por el Frente Grande, en 1996 fui presidente de la comisión de redacción de la Constitución de la Ciudad, en 1998 fui legislador de la Ciudad, en el 2000 fui interventor del INADI, y en el 2001 me fui al diablo hasta el 2003 (risas)...

JCR: Relacionado con el financiamiento de la investigación jurídica en América Latina y, especialmente en el contexto argentino, creo que otro punto poco explorado de la difusión de estas ideas tiene que ver con su posibilidad de “ascenso” o movilidad social... Pienso en los casos de jóvenes estudiantes, varios de ellos provenientes del interior del país y sin acceso al “campo” judicial, que quizás ingresaban como ayudantes alumnos en estos cursos universitarios, colaboraban en la cátedra y, posteriormente como adultos, ingresaban a la justicia con una clara formación ideológica...

ERZ: Hay unos cuantos que ingresaron, sí. Algún mal hicimos (risas)... Tan inofensivos no hemos sido (risas)... Claramente no es algo que pueda cuantificar, pero por supuesto que hay casos; y en el interior, quizá más.

JCR: Al comienzo de esta entrevista mencionamos su posición de Director del Departamento de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de Buenos Aires. Cargo que, hasta donde tengo entendido, sostuvo hasta el año 2011. Aquel fue un momento que podría ser retratado como una “época de oro” para estos temas en la UBA, en el sentido de que toda la discusión sobre la cuestión criminal en Argentina, tenía una de sus “casas centrales” en la Facultad de Derecho, por así decirlo...

Pero al producirse su retiro del Departamento de Derecho Penal, lo que quizás puede observarse desde una perspectiva externa, es que en los años subsiguientes se produce cierto desplazamiento hegemónico, en tanto comienza a surgir una nueva escuela de Criminología en Santa Fe, con una línea más sociológica o empírica. Esto, a su vez, produce que muchos jóvenes investigadores de la Ciudad y la

Provincia de Buenos Aires tengan que trasladarse al interior del país para formarse en criminología, a la inversa de lo que retratamos anteriormente.

Entonces, quisiera consultarle si posee conocimiento sobre cuándo comenzó a generarse este desplazamiento, y por qué.

ERZ: Esto se produce porque el lugar quedó vacante y fue entrando a la UBA un “normativismo” muy “no quiero líos”. Se va cultivando un derecho penal que se separa demasiado de las ciencias sociales. Se subestima no sólo a la criminología, sino también a la ciencia política, a la economía, a la sociología, a casi todo menos al propio derecho penal. Con sinceridad, me pregunto si no se dan cuenta que están elaborando un programa político sin datos sociales...

Entonces, creo que está bien lo que se está haciendo. Máximo Sozzo es un tipo que está dedicado a eso. En Buenos Aires no tenemos a nadie, por lo menos en Derecho. Puede ser Pegoraro con el grupo de “Delito y sociedad”, pero en Sociales. No me llama la atención que suceda esto, porque en cualquier país del mundo, por desarrollado que sea, no dispones de veinte tipos de primera línea en una materia, no hay. Es más, en Alemania, como tienen un programa común, los muchachos van de una universidad a otra, según la materia que les interesa y así, cada universidad tiene su “geniecito” que se ocupa de algo. Así que te diría que me parece correcto, lo que hace Máximo es bárbaro. Acá en Buenos Aires no se hace.

177

JCR: Pasando al espectro de la política criminal, es interesante observar que en *En busca de las penas perdidas*²⁸ usted defiende a la política criminal desde la idea de un “modelo”. Un modelo de “ciencia penal integral”, en el sentido de que el saber y el diagnóstico criminológico, sirviera a la dogmática jurídica para trazar una especie de plan político criminal, «de contención ante el genocidio en marcha». Sin embargo, diez años después, en el *Tratado* escrito en coautoría con Alagia y Slokar²⁹, se reconoce a la política criminal como una disciplina con su especificidad propia, argumentando que debería ser administrada por gente vinculada a la ciencia política; incluso, se menciona la propuesta de crear un Consejo de Política Criminal.

Pareciera, entonces, que en esta nueva concepción la política criminal es reconocida como una política pública, como pueden serlo la economía o la salud, en un sentido similar a lo que plantea Binder hoy en día³⁰. Lo que me interesaría consultar en este aspecto, se vincula con los motivos detrás de ese radical cambio de pensamiento.

²⁸ Zaffaroni, “En busca...”, op. cit.

²⁹ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

³⁰ Nota de JCR: Aquí se referenció a Binder, Alberto, *Análisis político criminal*, Buenos Aires, Astrea, 2011.

ERZ: No sé si cambié tan radicalmente en eso. Quizás entendí más lo que podía ser la ciencia política, nada más. La política criminal es política y no la podemos manejar los abogados, porque no sabemos nada. Así es como te sale un fiscal que lo sacan de acá y lo ponen de ministro de seguridad en la Provincia de Buenos Aires y nunca vio un policía. Obviamente no tenía la menor idea, porque no es lo mismo decir frases impactantes por TV que mandar fuerzas de seguridad.

Lo que pasa es que cada vez que se habla de la cuestión criminal se mira a la Facultad de Derecho, y en la Facultad de Derecho no es donde están los que saben más o menos de política criminal o de criminología.

JCR: Retornando brevemente a la historia de la criminología crítica en América Latina, y las reflexiones teóricas que se producen en los ochenta, es importante señalar que hoy en día quienes hacen un revisionismo histórico de aquel entonces –especialmente, los criminólogos de las nuevas generaciones–, mencionan que una de las mayores adversidades que presentó la criminología latinoamericana de aquella época se vincula con una especie de “huida” sobre el estudio empírico.

Incluso en “*En busca*”, se aclara que no era necesario demostrar empíricamente muchas de las descripciones que se realizan sobre el sistema penal, en tanto eran “auto-evidentes”; es decir, que las cárceles están súper pobladas, o que solamente se detienen a los “ladrones de gallinas”. Recién después, en su paso por la Corte Suprema argentina, pareciera que se produce cierto “reencuentro” con el momento empírico, en tanto a finales de la primera década del nuevo milenio se crea un instituto de investigaciones de homicidios, dentro de la superintendencia del propio tribunal.

Entonces, lo que quisiera conocer sobre la cuestión, tiene que ver precisamente con el momento en el cual se produce este “reencuentro” con la investigación empírica en su abordaje de la cuestión criminal y, por supuesto, los motivos detrás de ello.

ERZ: Nunca lo dejé de lado. Lo que pasa es que no se puede hacer todo, y apenas cuando estuve en la Corte vi la posibilidad de hacer algo de campo, bastante elemental, por cierto. No lo logré terminar, porque la idea era que hiciéramos acuerdos con todos los tribunales superiores de Provincia para poder llevar la investigación de homicidios en todo el país, pero tuvimos dificultades, sobre todo con la Provincia de Buenos Aires, con la obtención de datos.

Si bien no lo logré, la idea era poder hacer un instituto que centralizara toda la información de homicidios del país. Elegimos homicidios porque son los delitos más graves, pero también porque son los más fáciles de investigar, porque son cifras duras, mientras que los delitos contra la propiedad no los podés investigar sin disponer de un presupuesto más o menos grande, porque tenés que hacer encuestas de victimización. Con los homicidios no hay problema, porque por suerte

no tenemos un país tan caótico que hacés un pozo y salen huesos. De modo que, por lo general, en cada homicidio queda un cadáver y los podemos contar.

También no hay que olvidar que por aquellos años ochenta se hizo una cosa importante, con la investigación sobre *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina*³¹, del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Hubo dos reuniones: la última fue en San José, donde por primera vez, después del surgimiento de la criminología crítica, logramos juntar penalistas con criminólogos críticos. Fue interesante, y de ahí surgió un debate entre Lolita y Novoa Monreal, el debate del “jardín de al lado”³². Creo que esa investigación me reforzó la necesidad de buscar una nueva respuesta, que posibilitase un nuevo modelo integrado de derecho penal y criminología, como contracara del positivista.

Por otra parte, en aquellos años hubo una investigación empírica posterior, que hicimos en el mismo ámbito del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y que popularmente lo llamamos “el proyecto muertos”. Se llama *Muertes anunciadas: ejecuciones policiales*³³. Es una investigación comparada que se reeditó hace poco por la Universidad de Avellaneda³⁴.

En nuestro país hubo un periodo, inmediatamente posterior al final de la dictadura, que duró hasta 1987 y que costó unos mil muertos, unas mil ejecuciones. Se lo ignora normalmente... Eso era algo mucho peor que el gatillo fácil y lo podíamos seguir por los diarios, porque lo mostraban como un éxito policial en la “guerra contra el crimen”. Seguía la policía de Camps y tampoco la federal había cambiado mucho. Y sí, juntó unas mil ejecuciones. Se terminó cuando asumió como gobernador Antonio Cafiero, en 1987.

179

³¹ Nota de JCR: Ver en este sentido las publicaciones de Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1984; y Zaffaroni, Raúl (coord.), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1986.

³² N.E: Si bien el debate conocido como el “jardín de al lado” incluyó intervenciones de distintos criminólogos, que excedieron a Lola Aniyar y al propio Novoa Monreal, las contribuciones de ambos autores en aquel debate fueron: Novoa Monreal, Eduardo, “¿Desorientación epistemológica en la criminología crítica?”, *Revista Doctrina Penal*, n° 30, Buenos Aires, Depalma, 1985; Aniyar de Castro, Lola, “El jardín de al lado, o respondiendo a Novoa sobre la criminología crítica”, *Revista Doctrina Penal*, n° 33/34, Buenos Aires, Depalma, 1986; Novoa Monreal, Eduardo, “Lo que hay al lado no es un jardín: mi réplica a Lola Aniyar”, *Revista Doctrina Penal*, n° 33/34, Buenos Aires, Depalma, 1986; Novoa Monreal, Eduardo, “En procura de una clarificación”, *Revista Doctrina Penal*, n° 36, Buenos Aires, Depalma, 1986; Aniyar de Castro, Lola, “Un debate sin punto final”, *Revista Doctrina Penal*, n° 44, Buenos Aires, Depalma, 1988.

³³ Zaffaroni, Raúl, *Muertes anunciadas*, Bogotá, Editorial Temis/Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1993.

³⁴ Zaffaroni, Raúl, *Muertes anunciadas*, Buenos Aires, UNDAV Ediciones/Editorial Punto de Encuentro, 2016, obra original publicada en 1993.

JCR: Yéndonos a la actualidad, creo que es interesante observar que cuando usted escribió el último *Tratado* en coautoría con Alagia y Slokar³⁵, se hizo en un periodo en el cual las reformas procesales penales de corte “acusatorio” aún no se habían extendido lo suficiente en las provincias argentinas; incluso, en América Latina recién comenzaban a introducirse las primeras experiencias piloto. Con lo cual, es probable que en muchas de estas jurisdicciones los roles de la defensa y la acusación estuvieran un tanto “difuminados”, en el sentido de que gran parte de las actuaciones dentro del proceso estaban a cargo de los jueces.

Hoy en día, sin embargo, estas reformas se han expandido considerablemente en muchas partes de América Latina; y esta expansión, asimismo, trajo consigo una nueva distribución de “poderes procesales”³⁶, siendo el Ministerio Público Fiscal el encargado de desplegar la política criminal sobre los potenciales infractores —esto último incluso puede ir en contra de la visión que se tiene en el *Tratado*, sobre el juez que contiene al poder punitivo y simultáneamente debe filtrar lo que ingresa al sistema penal—³⁷. Entonces, quisiera consultarle, a partir de este nuevo panorama, cuál cree que puede ser la perspectiva para las políticas penales de Argentina y de la región, en un futuro no muy lejano.

180 **ERZ:** La perspectiva, desgraciadamente, es que estamos haciendo desaparecer el plenario, y estamos cambiando presos sin condena por condenados sin juicio. Estamos siguiendo el camino del *plea bargaining* de Estados Unidos.

JCR: Entonces, usted considera al “procedimiento abreviado” como uno de los desafíos más grandes que va a tener América Latina con estas reformas procesales...

ERZ: Y sí, mientras no seamos un poco conscientes y volvamos a Napoleón, vamos a hacer eso. Si vos creés que alguien que hurtó una botella de Coca-Cola en Londres lo llevan y le hacen un juicio con jurados, estamos jodidos (risas)... No sé, necesitamos distinguir, más o menos lo que pergeñaba un poco el proyecto del 2013³⁸.

Es decir, distinguir entre lo que son crímenes, delitos y contravenciones, con

³⁵ Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.

³⁶ Nota de JCR: En este caso se referenció al trabajo de Langer, Máximo, “From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure”, *Harvard International Law Journal*, vol. 45, n° 1, 2004, pp. 1-64.

³⁷ Nota de JCR: Si bien en este pasaje se menciona el *Tratado de Derecho Penal* de Zaffaroni, Alagia y Slokar (Cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Derecho Penal...”, op. cit.), en realidad se está haciendo alusión al *Manual de Derecho Penal* de los mismos autores, en tanto allí es donde realmente se encuentra presente la analogía entre el rol del juez penal y el dique de contención y filtro de las aguas (Cfr. Zaffaroni, Alagia y Slokar, “Manual de Derecho...”, op. cit., pp. 62-67, de la edición de 2007).

³⁸ Nota de JCR: Aquí entendemos que se hace referencia al anteproyecto de Código Penal de la Nación Argentina, que contó con la dirección del profesor Zaffaroni (Decreto PEN 678/12).

otros nombres. No le pongamos esos nombres, pero, graduar los contenidos de injustos y adecuar un proceso a cada contenido injusto es indispensable. A una contravención no se le puede hacer un proceso formal, a un delito de mediana gravedad tampoco del todo.

Todo esto sin ceder garantías, pero comenzar a hacer procedimientos que sean más baratos, porque de otra forma no hay presupuesto en el mundo que alcance para procesar formalmente todo, es una locura. Se crean códigos procesales sin ninguna investigación empírica sobre cuál es el universo que se va a procesar. Entonces eso genera un embudo. El código penal es gratis, cualquier estúpido puede poner un artículo, el código procesal por el contrario depende del presupuesto que tengas.

JCR: El tema sin dudas es interesante. Recuerdo incluso que hace unos años usted habló del presupuesto en las cárceles, y mencionó que uno de los problemas de estas políticas penales, es que Argentina no cuenta con los abultados recursos que tienen los países centrales como Estados Unidos, que pueden gastar doscientos mil millones de dólares al año.

ERZ: Y es que tampoco lo gasta, porque se manda todo por *plea bargaining*... Noventa y pico porciento en los Estados Unidos... Entonces, ni es el modelo tampoco. Antes pasaba otra cosa con el juicio oral, en Córdoba y también en otras provincias que tenían el juicio oral, como había dificultades en los juicios orales, porque más de dos juicios orales o tres por semana no se podían hacer.

Yo empecé como juez de tribunal de juicio oral en San Luis. San Luis no tenía esos problemas, pero Córdoba sí, porque ya el universo procesal en Córdoba era más grande, entonces los procesos de delitos menores los dejaban prescribir. Si el tipo aparecía procesado por otro delito, juntaban los dos y le hacían el juicio oral. En realidad, era eso lo que pasaba. Era una solución práctica, en última instancia, una especie de “probation” de hecho. Pero ahora eso ha cambiado, y sí, ahora tenemos todo por juicio abreviado, y no hay otra, porque sino se colapsa todo y no funciona más nada. Por eso estamos cambiando presos sin condena por condenados sin juicio.

JCR: Adoptando el discurso de la reforma, podemos decir que esto estaría dentro de la contradicción entre la eficacia y las garantías... El problema, creo yo, es que pareciera que nos estamos yendo más por el lado de la eficacia, y las garantías las estamos dejando de lado...Habría que evaluar empíricamente, no obstante, las causas detrás de la elección de estos mecanismos por parte de los operadores judiciales, por encima de las vías procesales tradicionales.

ERZ: Es que el problema es que por un lado no tenés que ceder garantías, pero por el otro hacer un procedimiento más sencillo. Lo que pasa es que también en

la Argentina el inconveniente grave que existe, por el cual podés llegar a ceder garantías, es que no tenés una jurisprudencia casatoria a nivel nacional. Yo no sé para qué citamos jurisprudencia, si siempre vas a encontrar a alguien que haya dicho una estupidez en una sentencia y a un iluminado que haya dicho alguna genialidad. Para lo que quieras sostener vas a encontrar a alguien que lo dijo. Acá un tipo puede ser delincuente de un lado de un puente, y del otro lado del puente, por la misma conducta regida por el mismo código, le dan una medalla y es un héroe nacional.

Si tuviéramos una jurisprudencia casatoria, aunque fuese autoritaria, por lo menos lo sabríamos, pero en nuestro país no es previsible lo que puede resolver cualquier tribunal, o es previsible sabiendo quiénes son quienes lo integran, pero no porque haya una doctrina que baje línea desde algún tribunal alto y con criterio único para todo el país.

Por suerte, entre nosotros no pasa lo que en algún otro país de nuestra región, que los fiscales negocian como forma de recaudación autónoma, que es mi nueva forma de denominar lo que otros llaman “corrupción”. Pero estoy seguro que prefieren el juicio abreviado, primero porque el defensor puede tirar para abajo y le conviene, el fiscal porque no tiene que prepararse para ir a la audiencia, y los jueces, te digo, como experiencia personal, no hay cosa más aburrida en el mundo, que ser juez de juicio oral...

182

Tenés que estar ahí poniendo la cara, escuchando que se lean documentos, las cosas que dice el fiscal, los testigos que mienten, se te repite el hurto, el robo, etc... Yo me especialicé en los años que estuve en Villa Mercedes en abigeato, porque como los viernes venía a Buenos Aires a dar clases, toda inspección ocular que había que hacer de vacas robadas iba yo, y había aprendido las marcas, las contramarcas, si el pelo está crecido, si está cicatrizada, todo, los peritos me explicaban todo, los veterinarios. Puedo ser un especialista en abigeato, mostrame una vaca marcada y te digo (risas)... Cuando llegaba un homicidio era toda una noticia, pura deformación profesional (risas)... Y por eso te digo que es terriblemente aburrido; ni al tribunal, ni al fiscal, ni al defensor, les conviene ir al juicio oral, salvo excepciones.

Sin dudas sería muy bueno que se investigue el juicio abreviado más a fondo, pero de todas formas, lo cierto es que el plenario se convierte en una conversación de “pichincheros”, donde se pide descuento y se retacea, como si estuvieran vendiendo algo en una tienda.