

EL ÚLTIMO ADIÓS A MASSIMO PAVARINI. EL ENCUENTRO EN SU CASA EN BOLOGNA, JUNTO A EUGENIO RAÚL ZAFFARONI

GUIDO LEONARDO CROXATTO*

"*Via Belinzona 11*", me repite Raúl (Zaffaroni) en el teléfono, "*Belinzona*", me repite en voz alta, lenta, separando y pronunciando bien cada sílaba ("*Be-Lin-Zo-Na*") para que yo anote. "*Bologna. La casa de Massimo Pavarini, nos vemos ahí*".

La visita a Massimo Pavarini en su casa en Bologna, donde impartía clases de derecho penal y procesal penal y criminología crítica, representaba para Zaffaroni y para mi, en Agosto de 2015, una cuestión moral y humana –un deber humano– de primer orden. "El garantismo no se predica solo con palabras", pensé, cuando corté el teléfono, ese domingo. Yo estaba en Berlín, había viajado ese fin de semana, Raúl me esperaba en Friburgo, estábamos compartiendo una estancia de investigación conjunta en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Internacional de Friburgo, invitados por Hans Georg Albrecht, donde escribíamos juntos sobre una figura compleja presente en el Estatuto de Roma: el Crimen de Agresión, que fue definido –en nuestra visión, muy restrictivamente, de modo muy limitado¹– en Kampala (en Uganda) en el 2010 (antes era un tipo penal abierto) y que empezará a ser juzgado por la Corte Penal Internacional en 2017.

* En este breve texto narro nuestro último adiós a Massimo Pavarini junto a Eugenio Raúl Zaffaroni, en Italia, en julio de 2015, así como la promesa realizada a Pica, su mujer, en el estudio que compartían ambos en un subsuelo de la casa en Bologna. Un extracto de este texto fue leído en el Congreso en Memoria de Massimo Pavarini realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bologna el 13-14 de Mayo de 2016 ("IL SISTEMA PENALE MESSO IN DISCUSSIONE. *L'opera di Massimo Pavarini tra teoria, ricerca empirica e impegno sociale*"; Convegno Associazione Franco Bricola), donde participaron el autor de estas líneas y el propio Eugenio Raúl Zaffaroni. El autor agradece especialmente la invitación a exponer en el mismo del Prof. Dr. Gaetano Insolera. (Università di Bologna)

1. Zaffaroni, E. R. y Croxatto, G. L. *El espionaje masivo como un (nuevo) Crimen de Agresión*, en Revista *Pensar en Derecho*, UBA; Buenos Aires, diciembre 2015.

Raúl alternaba las lecturas del Estatuto de Roma con libros sobre Friedrich Spee, un poeta jesuita del barroco alemán, que, a su vez, cuestionó duramente el *Malleus Maleficarum*, los procesos por la caza de brujas (*Der Hexenhammer*), afirmando a su vez (en su célebre libro *Cautio Criminalis*) que la tortura fuera un método idóneo para la obtención de ninguna "verdad". Zaffaroni estaba concentrado en las lecturas de Spee, también de sus poemas ("*El cantar de un ruiseñor*"). No es casual que uno de los primeros críticos de la caza de brujas, de la tortura como forma de interrogatorio y también como pena, del penalismo en general (que no ha cambiado tanto hasta nuestros días e, incluso, menos de lo que nos gustaría pensar) haya sido un poeta y no un abogado.²

Raúl tenía en el Max Planck su escritorio lleno de libros sobre Spee, estaba sumergido en ese mundo, que cruzaba derecho y poesía alemanes. A las 12 horas hacíamos siempre un corte y bajábamos caminando hasta una panadería. Allí tomábamos café y hablábamos. Raúl me contaba sobre los poemas de Spee y sobre su pensamiento en contra del *penalismo* y la caza de brujas. Fue entonces que pensamos en Massimo Pavarini: un crítico de la pena y del "*arte abyecto*" en que se ha convertido, poco a poco nuestra disciplina aunque, tal vez, como dirían Hulsman y, cinco siglos antes Spee, el mal llamado "*derecho penal*"³ (según Naucke) nunca había dejado de ser eso, un "*arte abyecto*".

La única manera de predicar –de producir doctrina, de pensar– es predicando con el ejemplo, porque teoría y práctica, como nos enseña el pragmatismo, no se escinden nunca del todo. Separar la teoría de la acción es una argucia de los académicos, sobretodo de quienes, desde el formalismo académico (cuestionado por el pragmatismo filosófico⁴), evaden la realidad

2. Con Zaffaroni y Axat, entre otros, (Roland Spiller, Karina Theuer, en Alemania) pensamos que existe una fuerte relación o vinculación entre poesía y derecho (penal). Entendemos que la poesía, desde tiempos de Friedrich Spee, humaniza al derecho, lo torna poco a poco más "humano" o, al menos, menos inhumano, menos cruel, y menos injusto. No es casual que Spee, poeta y jesuita alemán, haya sido uno de los fundadores, con sus críticas al *Malleus Maleficarum* y sus críticas (presentes en la *Cautio Criminalis*) a los cómplices de la tortura, de la criminología crítica. Sus razonamientos siguen vivos.

3. Porque donde hay "pena" no hay Derecho ("Humano", no hay "humanismo", no hay "humanidad", solo padecimiento y muchas veces tortura, violencia, sufrimiento, dolor, no una persona "re-educada"). Naucke, W. *Negatives Strafrecht; 4 Ansätze*. Berlin, Munster, Lit, 2015.

4. Que reemplaza la noción de "verdad" por la noción, mucho más práctica, pero también

tal cómo esta funciona fuera de sus aulas y tratados. Por tal razón fuimos juntos a Italia, en tren, desde Friburgo a Milano y de Milano a Bologna, a visitar a Pavarini. Porque nada reemplaza, en la era de las telecomunicaciones virtuales, el contacto humano. Sabíamos que estaba muy enfermo, que estaba en su casa. Queríamos verlo y fue por eso que decidimos ir a compartir una tarde con él. Fue una tarde emotiva y como parte del pensamiento crítico acerca del Derecho (no solo penal, sino pensamiento crítico respecto de la forma en que actúa y piensa actualmente un jurista, no negando las emociones, sino repensando el Derecho y la actividad de la justicia a partir de ellas⁵) es que pensamos en narrar este encuentro "humano", emotivo, sensible, entre personas con sus cuerpos, como Zaffaroni y Pavarini, dos referentes sobresalientes de la academia crítica penal.

Todo esto resultó, para nosotros, en palabras de Martha Nussbaum, una reivindicación moral de las emociones tantas veces negadas en las aulas de abogacía en la labor de los jueces que deben ser "neutrales", "imparciales", "objetivos" "inconmovibles", "duros", como máquinas de pura razón, sin emociones. En este sentido, entendemos a este encuentro en Bologna como un ejercicio pedagógico, humanizante, moral, poético, inspirador, emotivo y de importancia para el abogado o el estudiante de abogacía. Un ejercicio "humano" en una disciplina (como el Derecho) a menudo tan tecnificada, que necesita ser humanizada, porque está, de tanto repetir de "memoria", de tanto automatismo ciego, vaciada de toda emoción, de todo vínculo humano, de toda empatía. Esto no es, en realidad, casual, sino que es funcional a una forma de aplicar, de enseñar y de practicar el derecho: con indiferencia, sin empatía, sin condolerse con el dolor ajeno, sin humanidad, olvidando que el derecho también vive, crea, crece, se sostiene y se afianza con las emociones.

mucho más modesta, de "consecuencia". No las cárceles como funcionan, sino como "deberían" funcionar: este "idealismo" (la "verdad") sobre el Derecho, rasgo que caracterizó durante décadas y aún caracteriza a la filosofía legal, es lo que el pragmatismo de autores como Rorty, Pierce, Dewey, James, está impugnando y nos invita a dejar de lado: el "ser" del Derecho está siempre en la práctica, no en la teoría. Esta es, en consecuencia, su única verdad. La cárcel como funciona en la cárcel. No (como se presupone que funciona) en los tratados. No en los manuales. La única "verdad" del Derecho no está en los manuales, sino en las "consecuencias" prácticas. Lo que el Derecho hace, no lo que el derecho promete o dice.

5. Nussbaum, M., *Justicia Poética*, Bogotá, Ed. Andrés Bello, 1997.

Aún tenemos un Derecho Penal que persiste en "negar" el lugar de los cuerpos y sus emociones y sentidos:⁶ cuerpos que enferman, que sufren, que son encerrados, (precisamente es en el plano penal se realiza esta represión física, pero también simbólica⁷). Si es que un derecho penal "más humano" es posible, si no es que toda pena es inhumana por naturaleza y esencia, como cree Naucke impugnando el error del liberalismo de autores como Fauerbach,⁸ defender al "derecho penal más humano", tal como proclama Zaffaroni, supondría que los abogados jóvenes nos comportamos también en nuestra vida privada, en nuestra esfera personal, como seres con integridad y humanismo que no hacen del derecho (ya sea penal o civil) un negocio o una mera profesión desvinculada de la Justicia.⁹ Abogados que

6. El cuerpo visto como cárcel del alma es una tradición que se afianza con Platón y perdura con todo el cristianismo, (lo que Nietzsche califica de "nihilismo", debilidad, servidumbre, apatía, una "nada celeste") repercutiendo en nuestra filosofía y en nuestra visión del sujeto. Esta represión de la corporalidad –como encierro, tortura, disciplina– luego se traslada al derecho penal. Se consolida en la "Pena". (Como sufrimiento, en la forma de penar-castigar-encerrar cuerpos).

7. Que es uno de los pilares de la modernidad cartesiana, con su antropología dualista (alma-cuerpo, sujeto-objeto, abstracción-naturaleza, humano-animal, Frances Olsen dirá, a su vez, que son dualismos no neutrales, sino fuertemente sexualizados, como la modernidad misma, donde el hombre representa la Razón (mundo público), lo abstracto, en tanto la mujer representa "lo emotivo" (mundo privado), la corporalidad, las emociones, la sexualidad: la sensibilidad).

8. Al haber justificado, si bien (a la vez que, por la razón de que se establece la legalidad como principio) poniéndole límites, una "pena" que nunca debió haber alcanzado justificación en el Derecho "liberal". Porque la pena nunca respeta los "límites": siempre los transgrede. Esta es la paradoja (Naucke dice el "error", fundante, por otro lado, de la legalidad moderna) que comete –o en la que cae– el liberalismo en el Derecho ("penal"). Al haber fundamentado algo que no admite límites (pero de cuyo respeto pende la "legalidad") el liberalismo convalida una trampa. Esa trampa es la pena. Y el saber que la "estudia" (a la vez que la justifica, incluso –creen muchos– "científicamente") es un saber tramposo, que es producto de un error histórico: el penalismo. Para el liberalismo el camino es pues uno solo y es no legitimar ni justificar lo que debería ser cuestionado: la pena. (como es, y no como "debería" ser, según los manuales).

9. Como cree, entre otros, Marc Galanter. Galanter, M. *Lowering the bar. Legal Jokes and Legal Culture*. Wisconsin University Press. 2010. Marc Galanter, que fuera un teórico importante del movimiento Law and Development, entiende que el Derecho como tal es una disciplina que se ha convertido en una "profesión" (técnica, no humanista, sino tecnocrática), con profesionales (técnicos) que ya no se preguntan (preocupan) por un ideal de "justicia". Esto explicaría el desinterés por disciplinas ("humanistas") como filosofía del Derecho, cada vez más marginales en los programas de estudio, disciplinas que son reem-

no disfruten del festival de castigos, de sangre, de pena y de cárceles inhumanas que se reproduce en la región y en el mundo intramuros¹⁰ a diario, no solo en las cárceles "clandestinas", donde no rige el debido proceso, sino también en las cárceles "reconocidas", "humanas", que constituyen en lo que Zaffaroni llama la "tortura blanca", donde la regla es también la violencia institucional.¹¹ Frenar la demagogia punitiva significa tomar conciencia de que la pena es un mal y nunca un bien,¹² que la pena no ayuda, no resocializa, no mejora, no cura ni retribuye. De hecho, empeora y es posible que no sirva de nada, como cree Zaffaroni. Más aún, es posible que la pena sea contradictoria y termine por agravar los cuadros sociales de violencia social, de injusticia que supuestamente debería "solucionar", generando así más violencia, más delito, más pobreza, más exclusión, más abandono, menos sujetos rehabilitados y, en suma, más crimen, más inseguridad, más dolor y sufrimiento.

En este sentido, toda pena como creía Antifonte (un presocrático hedonista-naturalista, crítico del sistema penal ateniense) es, por más justificada que esté, "asocial", para él incluso las penas "justas" serían ilegítimas en tanto siempre representan un mal, un crimen, una negación del derecho y por todo ello no tendría sentido continuar hablando de un "derecho penal", porque existe un punto en que la pena y el derecho se oponen, se niegan y, lejos de complementarse, se contraponen. Sobre la base de esta contraposición hay un "error", tal como afirma Naucke en sus obras sobre Feuerbach, del primer liberalismo. El camino para el liberalismo, cree Naucke, es uno solo: no legitimar la punición, no justificar la pena, no darle argumentos ni buscarle un "sentido", un "objeto", o una "meta humana" porque la pena, lejos de humanizar, degrada, no vuelve a las personas más dignas, como sostiene Hegel, ya que la cárcel nada tiene que ver con la dignidad del hombre.

plazadas por el análisis económico, hoy de moda. NUSSBAUM, M. *Sin fines de lucro. Por qué las humanidades le importan a la democracia*, Buenos Aires, Katz, 2014.

10. ELIAS, N. *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*, Basel, Verlag Haus zum Falken, 1988.

11. Porque, como sostiene Zaffaroni, no existen las cárceles "sanas y limpias". Ninguna cárcel es "sana". Ningún encierro (por más que prescinda, como la criminología positivista, que descrea del libre albedrío y con ello de la responsabilidad, del castigo, y esa es la filosofía que inspira el artículo 18 de nuestra Constitución) es "limpio".

12. ALBRECHT, H.G. y GANDER, H. *Bausteine zu einer Ethik des Strafens: Philosophische, juristische und literaturwissenschaftliche Perspektiven (Studien zur Phänomenologie und Praktischen Philosophie)*, Broschiert, 2008.

Pavarini, crítico de la selectividad, como Zaffaroni, suscribía esta posición: Un derecho penal "no selectivo" y "justo" es algo imaginario, es decir, si el derecho penal más humano, bueno y justo, no puede no ser selectivo (es decir que es antidemocrático por esencia), no podrá no ser estructuralmente injusto e inconstitucional. De este modo, el derecho penal reproduce los males que ya existen, los agiganta, y forma parte del "problema", lejos de ser una solución en tanto no hace más que aumentar la violencia, y, en lugar de suspender conflictos sociales los convierte en conflictos nuevos, de una naturaleza distinta, involucrando al Estado. La pena no parece el camino, diría Hegel que no es un fin, pero cabe aclarar que tampoco es un medio (tal como sostienen las teorías relativas).

La pena fracasó. La administrativización del Derecho (que se observa en la actualidad, siendo el caso de Francia el más visible y significativo) es una prueba implícita de este fracaso. En Frankfurt, Zaffaroni me repetía continuamente que la multiplicación irresponsable de tipos penales al infinito, además de dejar a los propios penalistas en la total incerteza acerca de lo que "es" el Derecho, que ya no es claro ni para los propios juristas y jueces (ya que no hay "códigos" articulados, sino rejuntes irresponsables y muchas veces antagónicos de leyes penales, sin ninguna sistematicidad, sin ninguna coherencia), rompiendo así con una idea elemental del derecho penal, la idea de que el "mal" que se vulnera, se conoce con claridad. Uno puede tener conciencia de que matar está mal, es un crimen grave, pero no de que al no responder un mail o no llenar tal planilla, o no tener un documento encima, o no presentarse en una votación, comete un acto ilegal, me decía Zaffaroni en el café del Rewe, supermercado que está frente al Instituto Max Planck de Frankfurt, "*uno ya no sabe en todos los casos que es un crimen*". Esta administrativización del Derecho, paralela a la multiplicación al infinito de normas y tipos penales, produce la gradual descodificación del derecho, (regresión premoderna, donde el "poder" interpretativo vuelve a los juristas y jueces) rompiendo la legalidad, afectando nuestra certeza, afectando el funcionamiento mismo de la justicia en la democracia. Ya no hay "*Gesinnung*"¹³ posible, no hay "representación" en la persona, no hay

13. Zaffaroni me refería el concepto de "innere Gesinnung", innere Einstellung, de G. Bettiol, penalista italiano. Bettiol sigue la línea del alemán Eberhard Schmidhäuser, con su *Gesinnungsstrafrecht*.

“conciencia” criminal posible en muchísimos actos de la vida cotidiana, producto de la ampliación-administrativización-multiplicación continua de normas penales, desconocidas incluso para los propios jueces penales. El derecho penal se presenta como esta “multiplicación irresponsable de normas penales” que demuestra, con la consecuente desarticulación de los códigos penales, que no es ya un derecho de *“ultima ratio”*, como postuló el liberalismo ilustrado, sino que la multiplicación normativa, producto de la “urgencia política”, de la demagogia penal, demuestra que el derecho penal es el “primer” medio al que se apela ante determinados conflictos sociales. Debido a ello, también los mismos jueces desconocen, en muchos casos, cuál es el alcance del “derecho” penal. Esto afecta naturalmente la certeza, afectando la legalidad. Se han desnaturalizado, en consecuencia, los postulados del derecho penal “liberal”, para el caso de que estos, que están en la base del desarrollo de la legalidad moderna (que nace, con Feuerbach, limitando la pena, encorsetando la punición) hayan tenido alguna vez un sentido genuino, practicable, lo cual es puesto en duda por Naucke. Tal vez se perdió algo que nunca se tuvo (en el Derecho penal): “liberalismo” penal “ilustrado”, un pensamiento “humanista” (y liberal) sobre la pena... parece una contradicción en los términos. Esta crisis de la codificación penal, producto de la recopilación política irresponsable, superpuesta de leyes (demagogia punitiva), que obedecen a móviles políticos demagógicos que varían con las épocas, que son siempre de muy corto plazo, rompe la idea unificada y coherente, ilustrada, bienpensante, de un código argumentado¹⁴ como cuerpo articulado, que responde de manera sistemática a una sola y precisa filosofía. A una “idea” (y a un ideal) determinado. De este modo el Derecho deja de tener fundamentos claros, debatidos, precisos, argumentados, filosóficos. Deja de tener “fundamento” y se convierte en un derecho “ductil” (como dice Zagrebelsky, aunque lo afirma en referencia a la importancia de los principios constitucionales, paralelos a las reglas fijas), en el cual el rasgo más marcado es el activismo judicial.¹⁵

14. Ideal ilustrado, que nace en Francia, precisamente, donde ese ideal hoy se desdibuja y se pierde, paradójicamente, es puesto en peligro, Tejedor tomó de Vattel la traducción del código de Baviera de 1813, que fue el modelo de nuestra primera codificación penal).

15. Como impugnan Ferrajoli, Habermas en sus disputas con Alexy, seguidas por Klaus Gunter, su discípulo, no casualmente la escuela de Frankfurt, el instituto de Derecho de la Universidad de Frankfurt, que preserva el legalismo y las garantías como barreras de fuego frente al activismo judicial. Podría decirse que la Universidad de Frankfurt es el Instituto

No se puede historiar las prisiones, no historiando, al mismo tiempo, las conceptualizaciones que las acompañaron e intentaron justificar, fracasando –estrepitosamente como muestra Pavarini, entre muchos otros– en ese cometido básico. La pena no puede ser justificada: la prisión tampoco. De allí la curiosidad que supone un estudio que prescinde, desde el encuadre teórico mismo, de los postulados más elementales de la dogmática y la criminología. Este encuadre netamente “histórico”, (no penal) para historiar “las prisiones”, supone, pues, un encuadre netamente “ideológico” y es allí donde la tensión con la propia escuela de Frankfurt¹⁶ (progresista en materia penal) no parece un mero “accidente”, parece un propósito (y un antagonismo conceptual) deliberado.¹⁷

Llegamos con Zaffaroni juntos, desde Friburgo, a Bologna, en Italia, ambos en tren desde Milán. Yo viajé con mi hijo pequeño, Constantino, que en todo el viaje no paró de jugar con Raúl.¹⁸ Viajamos con un solo objetivo

más progresista en materia penal de todo Alemania, y que por eso le pusieron al lado al Max Planck de historia del derecho europeo.

16. La ciudad de Frankfurt cuenta pues con esta triple historia: la historia de la Escuela de Frankfurt, fundada por Weil, dedicada a repensar la cultura de masas desde postulados del marxismo, el instituto de Derecho de la Universidad de Frankfurt, uno de los espacios más avanzados en materia penal de todo Alemania y Europa, y el Instituto de Historia del Derecho Europeo Max Planck, ubicado en el Campus Westend, pegado a la misma universidad de Frankfurt, que se postula, a diferencia de los dos primeros escenarios, como un espacio conservador en su visión del rol de la investigación académica y sus cometidos “históricos” políticamente “neutrales” y “objetivos”.

17. Lo que no parece un accidente casual, en una ciudad y en una universidad como la de Frankfurt, es la postulación de una línea de investigación, en un instituto conservador, dominado por historiadores más que por abogados sabedores de las tensiones de la dogmática, del estudio “histórico” de las prisiones. Carecer de un marco dogmático profuso (o no) es también una forma de “blindar” de críticas el estudio que se presenta como mera investigación de la “historia” (de las prisiones), como una investigación acotada que (dice que) no quiere “entrar” en la discusión de dogmática, evadiendo (desde una supuesta neutralidad) los cuestionamientos (no solo de dogmática penal) más fundamentales. De este modo se presenta (se transforma) un defecto como una virtud, se presenta una carencia como una forma “más objetiva” de investigar.

18. El emperador Constantino, que terminó con la persecución de los cristianos en el Imperio Romano de Oriente, fue el primero en mandar abrir una ventana –pequeña– en cada celda del imperio. Entendía que nadie debe estar sometido a la oscuridad total, al aislamiento total, al encierro absoluto, que todo preso (por “monstruoso” que hubiera sido su crimen) tenía derecho a ver entrar en su celda un hilo de luz. La misión del “penalismo” es seguir abriendo, en el siglo XXI, esa pequeña ventana. Volverla cada día más grande.

preciso: visitar a Massimo Pavarini en su casa. Profesor, eminencia, amigo: Massimo estaba enfermo pero su semblante y su humor críticos, apenas lo vimos, permanecían intactos. Tanto como su compromiso y su firmeza en sus pensamientos, de los que no se había movido. Conmovía verlo. Abrazarlo. Sentirlo. Entenderlo. Mirarlo a los ojos. Massimo nos esperaba de pie en la puerta interna, al final de un largo pasillo, que cruzamos con Zaffaroni, luego de atravesar un jardín lleno de flores.

Con Zaffaroni estuvimos juntos, como dije, en el Max Planck de Derecho Penal Internacional de la ciudad de Friburgo (MPI), sur de Alemania, un mes y medio, trabajando temáticas relacionadas a los linchamientos (cómo una sociedad "*lincha*", a quiénes y por qué) y la mal llamada "*justicia por mano propia*", que es salvajismo, venganza, barbarie desatada, e, incluso, el fin de la sociedad. También nos encontrábamos trabajando temas de derecho penal internacional, sobretodo buscando interpretaciones más extensivas (menos extemporáneas), considerando, en el nuevo siglo XXI la óptica de países emergentes (no potencias industriales, como Alemania y Estados Unidos, que no casualmente tienen una doctrina clásicamente "restrictiva"). En ese marco se nos ocurrió visitar a Massimo. No fue casual el momento: Discutíamos en un café sobre la doctrina origenista de la "salvación de los demonios". Orígenes, un filósofo medieval, fue determinante en la historia de "salvación" de aquellos que la Iglesia veía como demonios. Así como Spee pedía no torturar a las brujas, así como el presocrático Antifonte pensaba que la pena ya en la Antigüedad representaba un equívoco, porque agiganta los sufrimientos y cadenas de venganzas, también Orígenes, un teólogo medieval, puso con su pensamiento en complicaciones a la Iglesia Católica,¹⁹ al sostener, desde la unidad ontológica, la unidad "del ser", "de todo lo existe": el mal y el bien como parte de un "universo"; que necesita, en su integridad, ser asumido y reivindicado, sin dividir, sin condenar, porque toda condena supone un recorte de lo "uno", supone en consecuencia una auto-condena no del condenado, sino de quien impone la condena creyéndose distinto de él, mejor que quien padece la pena, sin separar buenos de malos, santos de demonios, justos de pecadores. Con su doctrina, (la llamada *doctrina origenista de la salvación de los*

19. CROUZEL, H. *Orígenes. Un teólogo controvertido*, Madrid, Biblioteca de autores cristianos, 2015. (Traducción española realizada por la monjas benedictinas de la Abadía Santa Escolástica de Victoria; Buenos Aires, Argentina, 1998).

demonios, determinante para el pensamiento penal contemporáneo, sobre todo desde el humanismo cristiano) Orígenes ponía una piedra sensible en el camino crítico de toda pena, de todo castigo, como un mal, aunque en sentido no utilitario hedonista (como Antifonte, que cuestiona la pena en sentido netamente práctico, utilitarista, sociológico²⁰) sino en sentido netamente filosófico y moral.

Mientras pensábamos la barbarie que se instala en nuestras sociedades a través de la "justicia ciudadana" pensamos que debíamos ir a visitar a Pavarini, que él lo necesitaba. Habíamos asistido con Zaffaroni a un seminario sobre cárceles en Frankfurt²¹, donde no existía una visión crítica (humana) sobre el rol de las prisiones y su "historia": en ese marco (acrítico, no humano, funcional a las prisiones) pensamos en Pavarini: la otra cara de la moneda "penal", la otra cara de la "historia" (inhumana, e inenarrable) de toda prisión. La voz que falta. El marco mismo en el que se nos ocurrió la visita a Pavarini habla por sí solo (lo descubro ahora): juntos con Zaffaroni en un seminario en el Max Planck (Mpier) sobre historia del derecho europeo, en Frankfurt, que en rigor se limitó a analizar históricamente (pero acríticamente, prescindiendo de las conclusiones más elementales de la dogmática penal y de la criminología contemporáneos) algunos aspectos –no medulares, no socialmente estructurales sino más bien anecdóticos– de las prisiones. Sentimos la necesidad de ver a Massimo en ese preciso momento. El que analizó de frente su aspecto medular, su aspecto socialmente estructural, estructurante, selectivo, ilegítimo, no justificable fue Pavarini. Pavarini no esquivó los aspectos críticos de la prisión, sus verdades incómodas, los dejó al desnudo, exponiendo las debilidades de todo el discurso liberal penalista justificador (aún hoy) de castigos y encierros, mostrando todos sus fracasos, sus dobleces, todas sus

20. Bieda, E. "*Antifonte Sofista: un utilitarismo naturalista*"; en Revista *Méthexis*, N° 21 (2008), Italia.

21. El edificio central de la Goethe-Universidad de Frankfurt es el mismo edificio que se empleaba durante el nazismo para preparar el gas que se utilizaba en los campos de exterminio: el gas de la "solución final" salía de ese mismo edificio universitario, que aún se mantiene incólume. Curiosamente, Frankfurt alberga a la escuela penal más crítica de todo Alemania, con Klaus Gunter, Naucke, Frankenberg, Pritz, entre otros. También con destacados autores como Roland Spiller, Antonio Martins, Marta Muñoz Conde, hija del penalista español Francisco Muñoz Conde, con quien también estuvimos en un seminario en Frankfurt.

contradicciones y su falsedad, sus malos argumentos. Claro que la teoría liberal del bien jurídico, hoy en crisis, es mejor que las interpretaciones totalitaristas, peligrosistas. El derecho penal de acto es, sin dudas, mejor que el derecho penal de autor, que el derecho penal del enemigo, pero también el liberalismo, como observa Naucke, ha sido funcional y ha sido "responsable" de la erosión continua del Estado de Derecho que vivimos, porque también el liberalismo, con sus justificaciones, con su intento de buscar un sentido y un camino a la pena ha contribuido, a su modo, a legitimarla, legitimando un sistema de punición que siempre transgrede los límites que intenta imponer la democracia, lo cual da por resultado a la inhumanidad de todo castigo institucionalizado, del encierro, de las penas y las cárceles. Las cárceles son la representación de la violencia, de un mal que alguien padece, lo cual trasciende, desde la teoría sobre el rol del Estado, la mera "culpabilidad" de la persona, tal como advirtió ya antiguamente Antifonte, asimilando el Estado que aplica penas a un Estado Criminal terrorista que legitima, con sus penas, el "terror". Por ello se explica que Alagia deduzca de la posición de Zaffaroni que el riesgo del penalismo es que él mismo tiende naturalmente a un genocidio, a un "crimen de masas".²² De allí que Bauman asocie, en la historia alemana, llena de "evolución penal", de dogmática y racionalización del castigo, a la Modernidad con el Holocausto: así como el terrorismo de Estado torturaba y desaparecía "culpables"; no inocentes, sino personas que *"algo habrían hecho"*, la diferencia con la pena, con la justicia penal, no es sustantiva, es de grado, por eso debe ser, a la luz de los argumentos de Naucke, Zaffarini y Pavarini, visibilizada como lo que es: violencia, crimen, no justicia ni derecho, del mismo modo que se denunció el terrorismo de Estado.²³

22. ALAGIA, A. *Hacer sufrir*, Buenos Aires, Ediar, 2014.

23. Con los mismos argumentos que se impugnó y aun se impugna la pena de muerte, (también desde el humanismo cristiano) pueden impugnarse todas las penas, ya que toda pena nace (y es) como pena de muerte, y conserva siempre latente (por más que lo erradique en las palabras) ese como "su" sentido: la "muerte", la neutralización de una persona encerrada. Muerta. Violentada. Castigada. Abandonada. Olvidada. Que se "pudra" en la cárcel. Que espere la muerte (cuando hay motines se habla de "muertes ecológicas", justificando la violencia institucional, no la resocialización de personas). Nada parece hacer evidente que este discurso dominante promueva, ni desde la palabra, la "resocialización". Por eso entendemos que los mismos argumentos que se emplearon para denostar la pena de muerte pueden ser usados, en el siglo XXI, para el cuestionamiento de toda forma de penar de todo castigo (como este funciona y no como estos "deberían", en teoría, funcionar). El

Muchos entendemos que en rigor todo derecho penal termina siempre funcionando, lo asuma o no, en la práctica, como derecho penal del "enemigo", como derecho penal de "autor". De allí su selectividad estructural, inevitable, tan antiliberal y antidemocrática. El derecho penal es por esencia selectivo: no igualitario. No liberal. No democrático. Presupone la culpabilidad, no la inocencia, que deberá, para quien es criminalizado, demostrarse: de allí que la regla sea actualmente (más allá del peligro de fuga o el entorpecimiento del proceso, que rara vez se constatan) la prisión preventiva, no la excepción, esto presupone que es la inocencia la que debe probarse, no ya la culpa que se presupone: todos somos *a priori* "sospechados" y sospechosos para el Estado, de allí que actualmente –en la tensión seguridad y libertad, seguridad y derechos humanos, civiles– se presente como estado normal al estado de excepción, con el recorte continuo de garantías civiles, con la negación de derechos "humanos" y la erosión de la legalidad en nombre de construir sociedades más "seguras".²⁴ Esto es, la criminalización secundaria reconstruye siempre sus "enemigos" prácticos, sus estereotipos, a los que les declara la política criminal una "guerra", y solo sobre ellos recaerá la pena. La tortura. El estigma. La marca. El Derecho Penal. La selectividad, que a su vez borra los principios que fijan nuestras constituciones ("liberales", como el debido proceso o el principio de inocencia) La prisión preventiva no es la excepción, es la regla, porque el derecho penal no es un derecho de "última ratio", sino el primer y único medio al que apelan las dirigencias políticas como forma de "resolver conflictos". Es esta apelación política continua al derecho penal la que repercute, a su vez, en la demagogia punitiva, la superposición (demagógica,

liberalismo nunca trascendió, en el plano penal, (de allí los "castigos" de las dictaduras, que aplastaron toda legalidad, asimilando penalismo –poder punitivo desatado– a terrorismo, pena a crimen, porque la pena, como vio Alagia, siguiendo a Z. Bauman, es el "modelo") el nivel del discurso. Por eso el penalismo puede terminar en un Holocausto (siglo XX). O en un genocidio por goteo. Por eso Zaffaroni nos invita a abandonar el idealismo en la filosofía penal, repensando la forma en que la pena, el castigo, termina reconfigurando al Estado –su rol, su cometido, sus funciones, espacios, asignaciones– y a la sociedad. (ZAFFARONI, E. R. *Crímenes de Masa*, Buenos Aires, Madres de Plaza de Mayo, 2010) El idealismo es siempre cómplice de un pensamiento funcional a un orden económico no igualitario, respaldado (controlado, y disciplinado) con "penas". (Para una crítica aguda del idealismo en la sociedad y en la filosofía, véase: BAKUNIN, M. *Dios y el Estado*, Buenos Aires, Utopía libertaria, 1998).

24. Véase CASTEL, R. *Qué es estar protegidos*, Buenos Aires, Manantial, 2010.

veloz, no argumentada) de normas (penales), que causa la descodificación gradual de todo el Derecho (no solo penal), que es reemplazado por conjuntos superpuestos e inorgánicos de leyes. En este marco, como el derecho penal no es ya *ultima ratio* sino "*primera ratio*" y como sucede esta politización continua del campo penal, reemplazando discursos dogmáticos por apelaciones demagógicas de corto plazo político es que el ideal sistemático y articulado del "código" (el ideal ilustrado, liberal) es reemplazado por cuerpos inorgánicos, no sistemáticos, muchas veces incoherentes, de normas penales y "medidas". Esta descodificación (producto de la generación y superposición irresponsable de leyes penales, con móviles políticos, descartando todo estudio estadístico de fenómenos criminales, todo estudio empírico) afecta el principio de legalidad penal y es producto de la caída de todos los postulados del liberalismo: debido proceso, principio de inocencia, no hay culpa sin juicio previo fundado en ley anterior al proceso, cárceles inhumanas, pena como *ultima ratio*, derecho que se reputa, a su vez, conocido por todos (lo cual es actualmente, con la proliferación masiva de normas penales, en un proceso continuo de administrativización, imposible incluso para los propios abogados "penalistas") son todos postulados del liberalismo penal que han caído en desuso. Por eso decimos que en este marco no es casual la "moda" que representa el pensamiento de Gunter Jakobs. En este sentido, a partir de la caída de las teorías "*re*" (Pavarini) de derecho penal inhumano (Naucke), es que todo derecho penal es derecho penal "del enemigo", y ya no queda, en la práctica, derecho penal (liberal) de acto: es todo derecho penal de autor, es todo "peligrosismo", ya no se trata de "personas", sino que se trata de criminólogos actuariales, que diseñan políticas (criminales, urbanas, penitenciarias) en términos de "riesgos", no ya de sujetos medidos por su culpabilidad (y por ende según sus posibilidades de reforma, a la que ya no se aspira, es algo que ya no se pretende, lo cual agrava las condiciones de abandono de las cárceles), sino por su "peligro", que debe ser anulado y "prevenido", neutralizado. Lo que sucede luego del delito, ya no le preocupa a la criminología actuarial. Nadie cree ya en el derecho penal, en la dogmática, en el ideal ilustrado reformista que aspiraba, a través de la cárcel o la pena, a "educar" a una persona. De allí el auge de la criminología actuarial, una criminología que presupone, en sus tecnicismos, el abandono de todo ideal humanista ilustrado reformista y social: se trata de un mecanismo técnico de prevención y neutralización de personas "de riesgo". Este nuevo enfoque, naturalmente, carece de límites prácticos en la prevención control de "riesgos": todo debe

ser, *a priori*, controlado, para disminuir el "peligro" y lograr una adecuada "protección", convirtiendo de este modo a la sociedad misma en una cárcel, en un panóptico hiper y continuamente vigilado, donde ya no existen actos privados, libres, autónomos: la sociedad se convierte ella misma en la nueva "cárcel". Sus muros son virtuales. En este escenario, de amortiguación de riesgos, no es casual la erosión continua de la legalidad y el recorte continuo, como observa Frankenberg, de garantías civiles. Se trataría, con esto, de construir una sociedad "más segura". El recorte de libertades civiles y el auge de las estructuras de vigilancia masivos, de cada acto privado, personal, demuestran que en rigor ya no hay diferencias sustantivas entre la vida en la sociedad "libre" y la vida en la cárcel.

Los límites, también en este punto, se difuminan. Se desvanecen. En ambos campos todos los actos son vigilados, perseguidos, registrados. En ambos casos la persona es vigilada, no es libre. En este sentido, la cárcel, en sentido tradicional, no es sino una cárcel dentro de una cárcel aún mayor. Por eso sostenemos, con Bauman, que la cárcel termina siendo el "modelo" que rige para la vida en sociedad misma. En las fábricas higiénicas, en las escuelas, en la vía pública, en los hospitales.²⁵ La sociedad termina funcionando como una fábrica, como un "campo" (tal como sostendría Agamben), como una cárcel, como una "jaula de hierro" (en palabras de Weber). Por eso este modelo de la sociedad y de Estado que "pena", tiende, como advierte Zaffaroni, con Alagia, siguiendo a Bauman, al Holocausto, al crimen de masa, con sus burocracias masivas y ciegas²⁶ y su técnica hiperdesarrollada.

El desafío de la criminología crítica es vincular estos postulados, estos "modelos" penales, a los crímenes que se cometen desde la sociedad y el Estado. No deja de ser elocuente, en este marco, el lenguaje de las "escapadas" que se promociona en las ciudades como "oportunidad" de hacer turismo: se venden "escapes", la posibilidad de "escapar" un fin de semana de la propia vida, en la cárcel que es la modernidad, la vida moderna,

25. Este es el modelo (Bauman, Adorno, Horkheimer) donde Modernidad y Holocausto (Adorno habla de la dialéctica de la ilustración) se vinculan.

26. Automatizadas-inconscientes, como el verdugo que exalta De Maistre, crítico de la revolución y su igualitarismo y derechos universales del "hombre", no casualmente un crítico ultramontano de la Revolución Francesa es un defensor de la desigualdad y los privilegios y un defensor acérrimo, por ende, del sistema penal, que mantiene, con el verdugo, esos privilegios a raya.

hipervigilada (la llamada por Weber "jaula de hierro", cárcel "de puertas abiertas").²⁷ Si la sociedad se convierte, con la erosión de garantías y la vigilancia masiva, en un nuevo tipo de "cárcel", es porque la cárcel, como denunciaban Horkheimer, Weber, Adorno, Agamben, expresa mucho más que un espacio de neutralización de sujetos "peligrosos": expresa en miniatura un "modelo" que se quiere imponer, con su panóptico controlador de "peligros" y riesgos, a la sociedad entera, a la sociedad en su conjunto. De allí que la vida moderna se acerque a formas de alienación (Simmel) y por ende que se vendan "escapadas". "¿Quieres escaparte este fin de semana?" En las agencias de turismo: porque ante este tipo de sociedad-cárcel, donde todo acto es continuamente vigilado, donde ya no existe la privacidad, la vida privada,²⁸ la alternativa que queda es "escapar", pagar una escapada llamada "turismo". Del mismo modo, pueden pensarse las modas de salir a "correr" de miles de personas cada día. Personas que corren en círculo, pero cuya necesidad de "salir corriendo" expresa esta necesidad turística de "hacer una escapada". "¿Quieres escaparte este fin de semana de Buenos Aires?", este es el lenguaje de "escape" (de la presión del trabajo-vigilancia de la "jaula de hierro") que emplean, no por accidente, no por mera casualidad²⁹ en los *parquets* de turismo. El lenguaje de la escapada, del escape de la sociedad, expresa el tipo de sociedad (cárcel "higiénica") que tenemos. Que hemos construido en nombre de la "seguridad". Para estar más "seguros", queremos "escapar", "hacer una escapada".

27. Horkheimer hablaba ya de fábricas higiénicas, Agamben habla de "campos", Bauman va al centro cuando vincula *Modernidad y Holocausto*, ya que el Holocausto no es la excepción, es la regla o modelo de la modernidad. La criminología crítica dirá que es el modelo del penalismo, del Estado que reparte penas en cárceles que son castigo (nada diferencia a una cárcel clandestina de un campo de concentración) que denuncian Adorno y Horkheimer en su ensayo *Dialéctica de la Ilustración*, cuando postulan que la modernidad industrial solo funciona y solo se asienta en la "total indiferencia" que la vida urbana industrial establece respecto de los "otros", de su destino, de sus dramas y problemas personales. Esta indiferencia estructural civil de la sociedad moderna *algo habrán hecho, no te metás*— no expresa, pues, lógicas que se suceden solo en dictaduras: son la regla también en democracias, los efectos sobre la cultura y la sociedad de las dictaduras y genocidios no se acaban, pues, con el fin de los regímenes dictatoriales (ni se soluciona con la mera reivindicación de la memoria de las víctimas), persisten, en la conducta pública, en los espacios de deliberación y contacto público, más allá de ellos, moldeando tipos de sociedad).

28. Orwell anticipó el modelo de sociedad que vivimos, el *Gran Hermano*.

29. Es necesario atender bien a cada palabra, los lenguajes que se imponen como estrategia de *marketing*, de mera *publicidad*.

"*Vamos a ver a Pavarini*", coincidimos con Zaffaroni en un café, en una mesa puesta sobre la avenida más importante de Frankfurt, (An der Hauptwache), a unas pocas cuadras del instituto Max Planck (MPIeR), mientras Raúl fumaba. "*Nunca había encontrado el momento, pero quiero ir*", dijo Raúl. "*Yo te acompaño, vamos*", respondí. "*Tenemos que ir*". Raúl respondió secamente con un "*Sí*" y le dio una larga pitada al cigarrillo. "*Hay que ir*". Y finalmente fuimos.

Muchas veces habíamos discutido con Zaffaroni en Alemania el título mismo del libro más importante de Pavarini: "*Arte abyecto, ensayos sobre el gobierno de la penalidad*", brillante alegato en contra de las penas. Libro en que el autor denuesta el castigo y demuestra cómo una por una han caído y fracasado todas las argumentaciones o legitimaciones ("las pantallas") penales, todas las llamadas "*teorías re*" de la pena, la cual, pese a haber quedado sin discurso, no se cae: aún se mantiene como un hecho incólume y estricto del poder, como una muestra del poder mismo, que se realiza castigando indisciplinas y "desviaciones". Así, sin discurso, sin moral, sin fines de resocialización, rehabilitación, reintegración, sobrevive. En este sentido también asistimos, podríamos decir con Ferrajoli (que lo sostiene en otro debate constitucional, impugnando el principalismo),³⁰ a una regresión premoderna. Esto es lo que postula la teoría agnóstica de la pena, que a su vez desmiente la idea vana de una "ciencia" penal, como pretende el neokantismo, menos honesto, en este punto, que la Escuela de Kiel, que al menos, con Dahm y Schaffstein, en pleno nazismo, asumía el carácter netamente "político" de la ciencia penal, del castigo como lo que es: violencia (poder desnudo, sin fundamento, pero con objetivos que requieren formas de castigo y de control) que no sirve, que no "reeduca", que no mejora, que daña siempre. En este sentido, los campos de exterminio son la expresión última pero más cabal de un saber, de un modelo que "pena y castiga" personas, como el terrorismo de Estado, que es el modelo al que aspira el Estado de policía, todo "poder punitivo desatado".³¹ La pena es siempre un genocidio latente. Ese es el "modelo": el campo de exterminio es la expansión (sin

30. FERRAJOLI, L., "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 34 (2011) pp. 15-53.

31. ZAFFARONI, E. R., "¿Es posible una contribución penal eficaz a la prevención de los crímenes contra la humanidad?"; *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention* (Nro. 10, 2009).

límites constitucionales) de la cárcel, con su administración burocrática y sus funcionarios ciegos aplicando la pena a los condenados, encerrados, que en general provienen, como afirma Zaffaroni, de los mismos sectores sociales carentes, vulnerados.³²

Lo que define a la pena es su inhumanidad. Su capacidad siempre de transgredir los límites de la Constitución y el liberalismo legalista,³³ del "garantismo", tan denostado, no por accidente. No mejoran las personas en la cárcel, con el castigo no se "re-educan", y de allí viene la teoría agnóstica de la pena. Zaffaroni decía (refiriéndose a la obra de Pavarini) que el título debía ser "*arte asqueroso*", no abyecto. Discutíamos, entonces, la traducción del título del trabajo en castellano, de la palabra "*abyecto*". Decía Zaffaroni, que "*abyecto*" suena mejor, más refinado, más sofisticado, más literario, más elegante, más lindo. La connotación o referencia implícita histórica, repugnante viene de Francesco Carrara y su "*La Schifosa Scienza*" ("La asquerosa ciencia"): legitimar la pena es un arte o ciencia asquerosa. La "ciencia" penal es un arte "abyecto" en el sentido de asqueroso, que repugna y que causa un mal.

32. Entendemos que debe hablarse de sectores "vulnerados" y no de sectores "vulnerables". Lo que diferencia a unos de otros es una vulneración que debe ser vista, que debe ser nombrada –y no evadida con eufemismos– por la teoría política y por el Derecho. El discurso de la "vulnerabilidad" deja en la invisibilidad muchas vulneraciones de hecho ya cometidas, que son las que explican la "vulnerabilidad" presente. Si un sector es "vulnerable" es porque previamente ya hubo una "vulneración" no denunciada por el Derecho (que es escrito, como la historia, por los vencedores). La "vulnerabilidad" de los pueblos indígenas es una perfecta muestra de vulneraciones que quieren ser silenciadas, no asumidas como lo que son: graves crímenes presentes en la historia, en la conquista de un "desierto", en la expropiación, la asimilación, el robo, ("la palabra de los muertos") en la "pacificación" de la Araucanía, etc. Vencer el eufemismo, vencer el silencio, es empezar a demostrar todo lo que no quiere ser (violencia que no quiere ser) denunciado –nombrada– por el Derecho. Un principio esencial de la hermenéutica es analizar el Derecho no por lo que este dice, sino por lo que este omite decir. Por lo que el Derecho no denuncia. Por la violencia que "naturaliza". Que no pone en cuestión. Que asume como un orden dado con sectores "vulnerables", no "vulnerados". No son solo palabras. Entre un término y el otro se define la existencia (el reconocimiento) de una vulneración: de un crimen. De un robo. De una expropiación de tierras.

33. La prisión sin condena, violentando el principio de inocencia, es una buena muestra de que el sentido de la cárcel es la neutralización, no la resocialización de personas. El postulado liberal básico de derecho de "*última ratio*" se ve desmentido a diario, cuando el derecho penal es el primer recurso que se aplica y se demanda. (CASTEL, R., *Qué es estar protegidos*, Buenos Aires, Manantial, 2001).

En el living de Pavarini, mientras comíamos unos duraznos que nos había traído Pica, mujer de Massimo, le mencionamos a aquél el debate que veníamos teniendo con Zaffaroni en Friburgo, incluso en el tren a Italia, pocas horas antes. Él estaba parado frente a nosotros y asintió con una sonrisa sutil, como quien no se topa con este tema por primera vez: "*Si, el arte schifoso*", dijo, reconociendo el argumento de Raúl con una sonrisa sostenida, dándole la razón, mientras con la mano se tocaba el pecho y el hombro, del cual le colgaba un aparato con una venda blanca. Yo defendí, sin embargo, ante ellos dos el uso del término "*abyecto*", porque en castellano "*asqueroso*" (si bien muy crítico) no es tan elocuente como *abyecto*, ni tan literario, pero, innegablemente, más evidente, más claro, más directo, menos "refinado", menos rebuscado, menos ambiguo y menos sutil.

Zaffaroni hubiera preferido "*arte asqueroso*", que produce "*asco*" porque legitimar la pena "*repugna*". Esta era la idea que flotaba en ese living en Bologna esa tarde de tanto calor, mientras Pica, la mujer de Pavarini, preparaba la cena. Recuerdo el sonido del cuchillo pegando contra la tabla de madera viniendo desde la cocina, ese ruido seco, repetido. Zaffaroni prefería ese título para no perder la vinculación con el trabajo de Carrara, cuya obra fundamental muchos ("*También yo*", dije) desconocen. "*Abyecto es más refinado y más bonito pero el derecho penal debe causar repugnancia, Guido. No ser elegante, no empezar a jugar con los términos elegantes*", me dijo Raúl. "*No es solo abyecto: también debe producir asco*". Así de fuerte. Pensaba en ese living en Bologna, esa tarde de calor, mientras Pavarini y Raúl comían duraznos, que estaba sentado frente a dos gigantes del Derecho "*penal*". No es solo una discusión de palabras. No es solo una cuestión de términos. No es solo una cuestión de abstracta teoría. Es una discusión fundamental sobre el futuro de nuestro derecho (penal), al que muchos (no Pavarini, no Zaffaroni, no el que suscribe sino, por ejemplo, los neokantianos ven como "*ciencia*"). La pena, o el derecho penal, entendido como "el derecho de la pena" no es una ciencia, aunque la racionalización extrema nos haga pensar lo contrario. De hecho, el desarrollo de la dogmática no casualmente se sucede en países que han vivido, como Alemania, el horror de un Holocausto, la racionalización del castigo no es inocente y termina siendo muchas veces una petición de principio, dando la impresión de "discutir" desde distintos ángulos algo que se da, en cuanto tal, por sentado: la pena misma, el castigo en cuanto tal. Incluso es discutible que hablemos de derecho penal, porque donde hay pena no hay (no suele haber, no puede haber) derecho alguno: suele haber vulneraciones gra-

ves y atroces de derechos humanos, violencia "institucional". Se emplean distintos eufemismos para justificar violencias y recortes de garantías, no casualmente se reproduce como discurso el anti-garantismo en momentos de fuerte erosión de la legalidad, de normalización, como afirma Frankenberg, de las excepciones, del estado de excepción que pasa a ser, poco a poco, la nueva "regla", la nueva "normalidad" de nuestra democracia, que termina siendo ella misma una cáscara vacía, una pantalla de un orden ilegal, sin garantías, sin derechos civiles, donde una vez más se tortura, con eufemismos políticos como "técnicas de interrogatorio mejoradas", entre otros. Más crimen. Violencia institucional. Carandiru. Es probable que en el futuro no se hable más de "derecho penal", que desaparezca el nombre mismo de esta mal fundada y mal llamada "disciplina" o ciencia o saber. O derecho o pena. No ambas dos. Es una disyuntiva de hierro y así lo plantea Pavarini, como Naucke. No van juntas la pena y el derecho. Se contradicen siempre, aunque el primer liberalismo, al intentar legitimarla (al tiempo que fundó la legalidad, estableciendo "límites") lo haya creído posible. El mismo Zaffaroni me enseñó, con largas y aleccionadoras charlas caminando juntos rumbo al Max Planck en Friburgo o en cenas en Alemania, este punto esencial. La pena contradice al Derecho. Lo deslegitima. Porque el derecho penal es siempre selectivo. No puede dejar de serlo.³⁴ Entonces nunca una pena estará legitimada. Porque estructuralmente el derecho penal, en su funcionamiento, (amén de conceptos tales como culpabilidad por vulnerabilidad, que intentan desandar este camino) atropella principios básicos del orden constitucional republicano. Principios elementales de una democracia civil. La igualdad ante la ley, el primero. La pena –las cárceles llenas de pobres– parece funcionar de un modo que no es compatible con una democracia. Con un Estado Constitucional de Derecho, basado en la igualdad civil de sus ciudadanos.³⁵

34. De allí que autores como Zaffaroni y los criminólogos críticos apuesten por el desarrollo de conceptos tales como la culpabilidad por vulnerabilidad, invirtiendo esta selectividad que parece estructural en todo nuestro Derecho.

35. Nos importa la pena como funciona y no la pena como en teoría "debería" funcionar, aunque nunca lo haga. FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014. IV. La crisis actual de la democracia constitucional. No es casual que con su garantismo (que impugna el principalismo no positivista de Alexy) que nace en la esfera penal, Ferrajoli de el salto a la discusión –hoy amenazada– de las garantías "constitucionales":

Con Raúl nos terminamos cruzando, pese a que la idea era encontrarnos directamente en Bologna, frente a la casa de Massimo, en la estación de tren de Milán, en el andén 18. Habíamos sacado tickets en el mismo tren. Viajamos juntos de Milán a Bologna.³⁶ Fuimos al hotel a dejar unas cosas, primero. Luego, como nos sobraba tiempo, caminamos por las calles de Bologna, desde el hotel que estaba ubicado frente al arco de la ciudad. Tomamos un café en la estación de tren, parados, charlamos un rato. Comimos un yogur cada uno, esperando que pasara la hora. Luego nos subimos a un taxi y fuimos a la casa. Belinzona 11, dijo Raúl. Apenas llegamos saludamos con un abrazo a Massimo, que nos esperaba, y nos sentamos todos alrededor de una mesa de vidrio, en la cual había un folleto y una tesis sobre derecho penal de una alumna, doctoranda, de Massimo. Pavarini y Raúl enfrentados. Massimo a mi lado al comienzo. Luego vino su mujer y nos sentamos los cuatro. En el medio del encuentro suena el teléfono: era Tamar Pitch, desde España, otra amiga, otra "del palo", como diría Raúl. Yo recordaba los textos de Pitch sobre feminismo que había leí-

del Estado constitucional de Derecho. Se ubica el jurista italiano en la línea de Habermas y Günther, preservando, desde el positivismo metodológico, la legalidad en el Derecho, tomando a los derechos esenciales como reglas más que como "mandatos" de optimización. (*Optimierungsgebote*) No es casual que Ferrajoli suscriba, en esta discusión constitucional alemana, a la línea de Frankfurt Habermas-Günther, crítica del no positivismo de Alexy, que sigue a Dworkin (quien a su vez impugnara el positivismo de Hart) Para Habermas se trata, como para Ferrajoli, de preservar el sentido mismo de la legalidad en el Derecho, (hoy en crisis) evitando regresiones "premodernas", (donde el protagonismo vuelve a los profesores y jueces, no ya al legislador) cuestionando de este modo el activismo de los jueces con su "inventiva" jurisprudencial, con su proliferación de "principios". (Ferrajoli) Esta discusión constitucional (garantismo-principalismo-mayoritarismo; republicanos y liberales) es la contracara de una discusión que se sucede en la dogmática penal alemana. Son dos caras de un mismo debate. La línea de Ferrajoli intenta preservar la legalidad (como Habermas) de embates directos (normalización del estado de excepción, de recortes abiertos de garantías civiles, como denuncia Frankenberg) o indirectos (con el activismo judicial, derivado del principalismo y la ponderación –o *Abwägung*– como método central de aplicación normativa) Son dos caras de una misma tensión, por eso Ferrajoli, Habermas y Klaus Günther participan por igual de ambos debates, del debate penal y del debate constitucional. Porque la erosión de la legalidad (que denuncia Frankenberg) cruza a ambos "campos" de estudio. 36. Zaffaroni tiene unas primas que viven en Como, norte de Italia. Siempre que trabajamos en Friburgo, pasamos, en tren, por Como. Habíamos estado de visita, junto a Raúl, en esa casa en varias oportunidades. Ese año nos encontramos en una librería de Como, que en ese momento festejaba su festival de cine independiente, con el director italo-argentino Marco Bechis, director de Garage Olimpo, que actualmente vive en Milán.

do en cursos de Gabriel Anitua en la UBA, con Julieta Corleto, y también en seminarios del profesor Hendler, donde me tocó exponer textos de Pitch y de Catherine Mackinnon. Todos colegas y amigos. Massimo debe participar a distancia de un congreso en México, que se realiza en homenaje a él mismo, me explica su mujer. Cuando se sienta, Massimo mira en silencio el afiche de ese congreso, sobre el cual está impreso su rostro mismo, antes de este rostro que tiene ahora, con el mismo semblante, pero enflaquecido por la enfermedad. La mujer de Massimo me mira y me pregunta: "*Si eres italiano, me entiendes, ¿no?*". Yo respondo que no cada palabra, pero aun así "entiendo". Y le repito "entiendo". Luego le explico que para mí la comunicación es posible cuando las personas tienen la voluntad de entenderse y, sobretodo, cuando están de acuerdo en las cosas más fundamentales, más profundas, más humanas, más vivas, más de fuego, que no quedan dichas pero están de algún modo sobre la mesa y son parte de nuestro diálogo: esas cosas que nos llevaron a Zaffaroni y a mí esa tarde desde Alemania en tren a esa casa en Bologna. Esa comunicación humana, poética, sensible (de la que tanto necesita nuestro Derecho) es lo que nos llevó, nos permitió a todos entendernos esa tarde en Bologna, como si nos conociéramos de siempre, aunque acabáramos de conocernos". *Ya nos conocíamos*" piensa uno, en esa tarde en la que el tiempo y acaso el dolor se suspendió unas horas, para Massimo y para nosotros, más allá de las palabras. Pica asiente y nos sirve agua con limón a todos. Luego comemos fruta que Pavarini corta despacio con un cuchillo, separando la cáscara, que seguramente ya no puede digerir.

Con pudor me acerco a Pavarini en un determinado momento y le digo: "*Massimo, para mí sería un honor poder tener una foto con usted, no quiero molestarlo*", a lo que Massimo, con una sonrisa, responde encantado (algo que me sorprendió): "*Por supuesto, claro*" y fue el momento más lindo y emotivo de toda la velada: la foto. Massimo trajo su propia máquina de fotografías y su mujer, Pica, nos sacó a los tres en el jardín, "*donde todavía queda un poco de luz*". "*Todavía queda un poco de luz*", fue su frase. (Era tarde, pero en Europa Agosto es verano y sacamos la foto antes de la cena). Todavía me resuena esa frase de la mujer de Massimo antes de salir al jardín: "*Vamos que todavía queda un poco de luz*". Un poco de luz. Nos pusimos los tres (Pavarini, Zaffaroni y yo) frente a Pica, que sacó muchas fotos. Todas de espaldas al jardín, frente a la puerta. Primero con la cámara de Massimo. Luego con nuestros celulares. Fue un momento lindo. Significativo. Emotivo. No baladí. No anecdótico. Los tres

abrazados en el jardín de Massimo Pavarini en Bologna. Porque uno sabe, mientras sacan la foto, que está ahí también para "ponerle el cuerpo" a una situación muy dolorosa. Para poner la cara. Para poner el cuerpo a algo que no tiene respuesta. Para abrazar. Para decir "acá estamos". Para seguir un pensamiento, un ideal, una idea. Para luchar por el derecho, luchando contra la muerte, contra la pena. Contra el dolor. Contra el mal. Contra el sufrimiento y sus heridas. Contra el encierro. Sus marcas. Su llaga. Una llaga que la pena profundiza, nunca cura. Nunca cierra. Siempre agranda. Siempre abre.

Después de la foto, entramos sonrientes de nuevo a la casa y es el único momento en que Massimo habla de su enfermedad: "*Es cuestión de mala suerte*", dice, resignado, pero con una sonrisa, nuevamente. "*Así que no te preocupes por dejar de fumar*", le dice con humor a Raúl. Ambos ríen. Pavarini le pide a Pica luego que traiga "los libros". Se sienta, los abre, escribe cosas en cada uno. Raúl y yo estamos en silencio, Raúl con las dos manos juntas, yo con los pies cruzados, enfrentados. Nos miramos. Luego nos los entrega, a Raúl y a mí, cada uno con una dedicatoria y un mensaje escrito. Son tesoros que uno debe conservar. Una palabra viva. Caliente. Crítica. Justa. Comprometida. La palabra de Massimo. Su forma acaso de decirnos adiós. Tomo el libro. Pero no lo abro. Raúl sí lo abre y lee la dedicatoria. Yo lo imito. El da las gracias. A mi me cuesta hablar. Así que repito lo que dice Raúl: "*Gracias Massimo. Gracias*".

No son los momentos más fáciles, más lindos: la enfermedad no es nunca un momento grato. Es un momento de reflexión. De tristeza. De empatía. De entendimiento. De comunicación generacional, de legado. De mandato. De trascendencia. De Fortaleza. De fuego. Visitar a Pavarini con Zaffaroni, desde Alemania, es desde ya un honor que uno, generacionalmente, como joven abogado, más que predicar, debe merecer, debe ser digno de esto, de estas presencias, de estos libros, de esta palabra viva, de estos diálogos de los que uno ha sido testigo. Esa foto en el jardín de Massimo Pavarini en Bologna, con Zaffaroni, es una foto simbólica, representativa para el garantismo vilipendiado por los que recortan continuamente derechos, para los que piden continuamente y en nombre de una sociedad "más segura", no más sino menos "garantías", no más sino menos "garantismo", como si los derechos humanos –y no el recorte de derechos y garantías constitucionales– fuera el verdadero "problema". Como si la "culpa" de los "problemas" que aquejan a la sociedad (la pobreza, la inseguridad, la desigualdad, el lavado de dinero, la fuga de capitales, no creci-

miento, no desarrollo, la discriminación, la corrupción pública y privada, los fraudes al Estado, las estafas financieras, el narcotráfico, ausencia de rutas, hospitales, colegios, soluciones habitacionales) fueran las garantías constitucionales. El problema no es el "garantismo". El problema es la ausencia de garantías y el recorte de los derechos. Rescatar a la democracia de esta inversión parece fundamental para el futuro de la democracia. Las garantías no son nunca un escollo para la vida en democracia. Al contrario. Son su garantía.

En determinado momento bajamos al estudio con Pica a buscar una clave de internet, que yo necesitaba para comunicarme con mi madre, que estaba cuidando a mi hijo en el hotel. Pica, que preparó con enorme amor una cena exquisita que su propio marido no pudo probar, ya que le costaba tragar, y a mi también durante la cena me empezó en determinado momento a costar tragar, lo tenía a Raúl a mi derecha, Massimo en la cabecera de la mesa, pero siempre sonriendo, con una entereza admirable. La mujer de Pavarini en su estudio, abajo, mientras buscábamos unos libros y la clave de internet, (ellos tienen –tenían– sus estudios enfrentados, trabajaban juntos, mirándose a la cara) se pone a llorar y me dice: "*Cada vez que veo a jóvenes como ustedes que vienen y valoran el pensamiento de Massimo me pongo...*" y tragó saliva. No podía seguir, mientras las lágrimas caían de sus dos hermosos ojos azules: ambivalente, triste por un lado, pero alegre por el otro. "*Estoy triste, sabes, porque siento que lo estamos perdiendo*" dijo. Y me miró fijo, como esperando una respuesta a lo que no tiene ninguna respuesta. Primero guardé silencio. Luego respondí: "*Pero nosotros estamos para seguir su pensamiento, Pica*". A lo que ella entre lágrimas contestó: "*Eso espero. Eso espero*" y volvió a posar su mirada en los libros. Antes había dicho: "*Seguir su pensamiento no es fácil*". A lo que yo respondí, mientras Raúl y Pavarini hablaban arriba, "*Ya lo sé, lo sé muy bien*".³⁷ Seguir al garantismo no es fácil. Ya lo sabemos. Hay discursos antidemocráticos deshumanizantes que son continuamente "hablados" (Hobsbawm diría lenguajes totalitarios, como los que surgen en la escuela de Bonn, que tiene vehementes seguidores en Argentina, que se sienten así

37. "Yo sé que no es fácil", le respondí a la mujer de Massimo, abajo, en su estudio, mientras ella tenía lágrimas en los ojos. Yo sé que no es "fácil" seguir su pensamiento, pero yo igual te lo prometo. Vamos, las nuevas generaciones de abogados críticos de la pena, a seguir el pensamiento de Massimo. A seguir su camino.

más "científicos") que emergen a diario, con su carga de odio y prejuicio, desde muchas tribunas, cómplices muchas de nuestro peor pasado. Pero el garantismo (más próximo a la Escuela de Frankfurt, a Naucke, a Gunter, a Frankenberg, que a Bonn) es el único camino que hay en una democracia: defender las garantías civiles. No hay otro camino. Massimo Pavarini es (fue) un ejemplo a seguir. Un ejemplo de conducta y de pensamiento vivo. Por eso uno debe decir: "*Gracias Massimo. Gracias Pica. Y gracias Raúl. No vamos a ceder. Vamos a seguir este pensamiento crítico en material penal*". "*Aunque no sea fácil*". No nos vamos a mover ni un solo milímetro de allí. Como te dije en el estudio de Massimo en Bologna hace apenas unas meses, Pica: "*Te lo prometo*".

Luego subimos. Pica sirvió toda la comida, panes, patés, pasta. Pero era difícil para nosotros comer. La comida estaba riquísima. Pica misma la había preparado. Massimo no podía digerir la fruta, ni el paté. No podía comer. Aun así estaba en la cabecera de la mesa. Feliz. Valiente. Firme. Consciente. Con Zaffaroni y conmigo a la izquierda de Massimo, frente a nosotros Pica, su mujer y abogada feminista que luego nos acompañó en la cena y a quien dejamos en taxi luego, entrada la noche, frente a su departamento en Bologna. "*Adelante*", dijo Massimo, "*Empiecen*" y nosotros comimos. Él no. Yo en ese momento descubrí que no íbamos a volver a verlo más. Y fue duro por dentro estar sentado en su casa, en su mesa, sabiendo eso. Sabiendo que era la última vez. Que no iba a haber otra oportunidad para vernos.

En determinado momento la mujer le entrega a Massimo un aparato para espantar mosquitos con un cable negro largo. Yo estaba detrás de él, yendo al baño, que estaba al final de un pasillo. Massimo lo toma con ambas manos y me mira y me dice con ironía, en voz baja: "*A través de esta máquina se puede producir el derecho penal bueno*". Se da vuelta nuevamente y me dice –en italiano, sonriendo, con una sonrisa de niño– como develándome un secreto (todavía recuerdo exactamente su rostro con el aparato ese para matar mosquitos en su mano, que él no sabía-o acaso no quería-enchufar, yo iba al baño mientras él buscaba un toma en la pared): "*Por lo tanto no existe. Es una cosa solamente imaginaria*" ("*Veramente immaginaria*", fueron sus literales palabras en italiano, que aún me resuenan en el oído). Pavarini hizo ese comentario porque minutos antes habíamos hablado con Raúl sobre un ensayo titulado "El derecho penal humano". Yo creo que solo es posible –como discutimos también con Kai Ambos en Gottingen (CEDPAL)– un derecho penal "menos inhumano",

que baje su inhumanidad, su crueldad inherente, pero no uno "más humano" (nunca es posible, en mi visión, un derecho penal más "humano", no se puede "humanizar" la pena, volver más "humana", más buena, la "punicción"), porque todo el derecho penal –en mi opinión– es siempre un derecho inhumano, (una contradicción en los términos), la pena es siempre un mal. Un no-derecho. Cuando me levanté para ir al baño fue cuando Massimo, que ya tenía la máquina de matar mosquitos en su mano, dijo, precisamente, eso: el derecho penal "bueno" es una cosa "*veramente imaginaria*". Luego Massimo se volteó y siguió buscando una toma en la pared. Pero yo ya había escuchado esa frase.

Un año antes habíamos estado en un seminario con Zaffaroni en la Universidad de Frankfurt (espacio más progresista en términos penales de todo Alemania, instituto jurídico dirigido por Klaus Günther, discípulo de Habermas, crítico del principialismo de Alexy). En determinado momento, Raúl explica en alemán que deberíamos construir entre todos un "Menschliches Strafrecht" (un derecho penal más humano, yo prefiero usar la expresión "menos inhumano", como dije, porque la pena no es nunca "más humana", nunca es "buena", nunca es "humana", es siempre cruel, entonces puede ser "menos mala", pero no –nunca– "más buena"). Wolfgang Naucke, eminencia, respondió (Zaffaroni me miró durante el seminario, sorprendidos ambos de que Naucke estuviera vivo y estuviera allí, en la conferencia que Zaffaroni brindó, conmigo a su lado para ayudarlo a traducir algún aspecto en la charla) que había una sola forma de construir un "Menschliches Strafrecht" (un derecho penal más humano, como quería Zaffaroni) y es construyendo un "Null Strafrecht": un nulo derecho penal. Un no derecho penal. Un cero derecho penal. Un no a la pena. Una negación del mal llamado "penalismo", de ese arte "abyecto". De este "no derecho".³⁸

Cuando nos íbamos de la casa de Pavarini, ya tarde, Raúl me dice: "*Mirá Guido que ni él (Pavarini) ni yo somos abolicionistas*". Yo contesté: "*Yo tampoco Raúl, yo tampoco*". Pensaba entonces en los criminales procesados y condenados por crímenes de lesa humanidad en Argentina,

38. Fue la primera y única vez que ví en toda mi vida que corrían "por izquierda", por así decirlo, al maestro Zaffaroni. Luego terminamos almorzando con Naucke, en el restaurant Sturm und Drang del Campus Westend, de la Goethe-Universität de Frankfurt, con quien Zaffaroni me conminó a hablar, ya que Naucke es un especialista (y un crítico) de la obra de Paul Anselm von Feuerbach, tema central de mi tesis de doctorado en Derecho Penal.

en los procesos que se siguen en el país por crímenes cometidos durante la dictadura cívico-militar. Pensaba en el caso Simón. Pensaba en Eduardo Luis Duhalde que ya no está con nosotros, pero luchó, desde el Derecho, para que esos juicios fueran efectivos, posibles, existieran. "Yo tampoco".

La clave está en la culpabilidad por vulnerabilidad. En repensar la imputación. En invertir (más que en desaparecer) la selectividad estructural en el derecho. Castigar poderosos, no siempre pobres. Hacen falta cárceles para el crimen de cuello blanco, que es el crimen más "peligroso" para el orden social, aunque nunca es presentado como tal, sino como "reglas de juego" del "libre mercado". Se cambia el lenguaje (se abandona el lenguaje penal, policial, punitivo), cuando los crímenes no son cometidos por pobres, sino por sectores poderosos, que nunca atraviesan, nunca conocen, la criminalización efectiva. Los actos criminales de sectores poderosos no son descriptos con el vocabulario penal. "Tenemos que repensar cómo el Derecho construye la imputación", le digo a Raúl en el taxi que nos lleva al hotel, después de despedirnos de Massimo por última vez. "El propio Código dice las circunstancias son inexcusables", me dice Raúl. Pero la verdad es que no lo son. Son ellas las que determinan, pienso yo, recordando a Spinoza ("La piedra también debe pensar que ella es libre"). Son ellas las que deciden. La filosofía humanista. La conciencia. El sujeto. El acto. Y la imputación en el Derecho. Todos estos aspectos –de la filosofía moderna, del humanismo, una filosofía hoy en crisis³⁹ deben ser repensados. El discurso de la modernidad –sobre el que se edificó la legalidad y el Derecho– debe ser repensando.

39. Pienso en el estructuralismo francés de Claude Levi-Strauss y en sus debates con el humanismo (existencialista) de Sartre. El antihumanismo estructuralista francés, con sus críticas al lenguaje de la modernidad, (Acto, Voluntad, Libre Albedrío, Verdad, Hecho, Historia, Hombre) afecta al lenguaje jurídico. A los conceptos (humanistas) que emplea el Derecho, con su antropología cartesiana dualista. La crisis del discurso de la modernidad supone una crisis del discurso y del lenguaje jurídico. Una crisis del discurso de aplicación y justificación del Derecho. En este camino de "renovación" de categorías el Derecho, a nivel académico, se cruza con diversas disciplinas y enfoques de análisis como la economía, la sociología o la literatura (hay un auge de enfoques como Law and Economics, Law and Literature, Law and Sociology, buscando allí respuestas (y conceptos/parámetros) que ya no encuentra en el Derecho mismo o en la filosofía legal. El Derecho ha decidido, en este marco concreto de crisis del humanismo, abrir sus puertas, asumiendo el desafío, postergado largo tiempo, de la interdisciplinariedad del pensamiento interdisciplinario.

Una vez que llegamos al hotel esa noche nos quedamos tomando un café, comentando lo enfermo que habíamos visto a Massimo. El dolor que esto nos produjo a los dos. "Está muy flaco", dijo Raúl, una vez que nos sentamos en la mesa y Raúl sacó de su bolso negro el edulcorante, que él lleva a todos lados. Yo dije "Sí, pero lo vi bien, lo vi entero". Raúl estaba afligido, yo también, pero Raúl más, aunque no lo decía. Teníamos la seguridad de haber hecho lo correcto en haber viajado juntos a Bologna desde Alemania ese día para despedirnos de él. Luego nos fuimos a dormir, cada uno a su cuarto, tristes, sabiendo pero sin decírnoslo, que esa era la última vez que íbamos a ver a Massimo. Y estoy seguro de que Raúl dejó caer alguna lágrima en la intimidad y soledad de su cuarto. Yo hice lo mismo. Pero son lágrimas de fuego, no son en modo alguno (le diría a Massimo) lágrimas de tristeza, son lágrimas que reafirman y consolidan un compromiso. Gracias Massimo.⁴⁰

Ahora que escribo estas páginas a modo de recuerdo de Pavarini, unos meses después de su muerte, tratando de ir a fondo con sus críticas a este "arte abyecto" que es el "saber" penal, recuerdo las palabras de Pica, su mujer, en su estudio, ahí abajo, cuando entre lágrimas (mientras Pavarini y Zaffaroni hablaban arriba, en el balcón, donde Raúl fumaba, Pica y yo bajamos al estudio que ambos compartían a buscar una clave para poder usar internet) me dijo "lo estamos perdiendo".

Ella se largó a llorar en silencio, como dije. Me dijo "lo estamos perdiendo". Yo le dije "Pero estamos nosotros Pica. Estamos para seguir su pensamiento". Pica se secó las lágrimas y me dijo "Eso espero. Eso espero. Seguirlo a Massimo no es fácil". Claro que no es fácil. Pero como le prometí a Pica, su mujer, esa noche en Bologna, "para esto estamos". (Para qué, sino, preguntaría Artaud, nos han formado) Para seguir ese pensamiento porque, como afirma Zaffaroni, el único pensamiento compatible con el liberalismo (y aunque el propio Zaffaroni, que nos lo ha enseñado, lo olvide o maticé) es un pensamiento crítico con la pena.

El camino para el liberalismo es, en rigor, desde el penalismo, uno solo. No un pensamiento que le busca, a toda esa atrocidad que la pena produce y ha producido, un "fundamento". Un "objetivo". Un argumento.

40. El 13-14 de mayo se organiza un congreso en la Universidad de Bologna, Italia, para recordar la figura de Massimo Pavarini, encuentro en el cual participan el autor de estas líneas y Eugenio R. Zaffaroni.

Una "meta". El no penalismo como única salida "más humana". El no-penalismo es la única salida para el pensamiento liberal contemporáneo. El liberalismo y el penalismo se oponen, no se complementan. Esto es lo que nos mostró Pavarini: que tenemos que salir de la contradicción que supone ser, en el siglo XXI, "penalistas liberales". O se es penalista, o se es liberal. El liberalismo ha desnudado ya sus errores, como afirma Naucke, y este error fue el que ha llevado nada menos que a la legalidad. Nada menos.

Feuerbach, por su parte, fue quien desarrolló el principio de legalidad, como observa bien Thomas Duve, no por convicción sino, más bien, como forma para limitar o acotar su propia teoría de la pena, de la coacción psicológica, que abandonaba el retribucionismo kantiano, entrando, de ese modo, a la prevención general, con el riesgo de que el hombre pase de ser fin a mero medio del castigo, medio –instrumento– del poder punitivo, *medio* de la pena, paradójicamente la legalidad nace limitando la punición, al tiempo que, con esos límites, la legitima y de este modo, como afirma Naucke⁴¹, la establece, la convalida, la "reglamenta".⁴²

No se puede ser las dos cosas al mismo tiempo: El derecho está para combatir el mal que la pena produce, justifica, y agiganta: por eso la categoría misma de "derecho penal" debe ser reemplazada, porque no hay derecho donde hay pena. No hay humanismo, no hay humanidad posible. Solo padecimiento.

MODERNIDAD Y HOLOCAUSTO

El derecho penal, en cierto sentido, produjo el Holocausto.⁴³ La administración burocrática del castigo, con sus miles de funcionarios ciegos que juran "obediencia" a un "sistema" de derecho penal, de justicia penal,

41. NAUCKE, W., "Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs", en *Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Nr. 3. Hamburg, 1962.

42. DUVE, T. (1999), "¿Del absolutismo ilustrado al liberalismo reformista? La recepción del Código Penal Bávaro de 1813 de P.J.A. von Feuerbach en Argentina y el debate sobre la reforma del derecho penal hasta 1921", en *Revista Historia del Derecho*, 27, 125-152. Y esto es lo que puede terminar fácilmente en un Holocausto. En un Estado que comete crímenes de masa.

43. ADORNO, T. y HORKHEIMER, M., *Dialéctica de la Ilustración*, Buenos Aires, Losada, 2000; BAUMAN, Z., *Modernidad y Holocausto*, Madrid, Sequitur, 2010.

un sistema de derecho con sus normas, que es producto de una "racionalización" (también analizada por el experimento de Milgram, el abogado –el operador jurídico– muchas veces es un autómatas) previa del castigo que permite verlo, de tan racionalizado, de tan formalizado, de tan refinado, como un producto lógicamente derivado y puro de la razón, como una idea abstracta, razón por la cual los operadores (verdugos voluntarios) terminan aplicando castigos sin conciencia de culpa alguna, sin ver,⁴⁴ como si se tratara de un tema ajeno (de un mero "trabajo" abstracto, de una "profesión" como cualquier otra)⁴⁵ lo aplican.⁴⁶ administrando el castigo que es decidido por "la justicia".

La modernidad y Alemania: el desarrollo de la técnica, por un lado, la enorme racionalización del castigo, por el otro, son dos factores que han caracterizado a la sociedad alemana, y se alimentan entre sí, la administrativización-burocrática del "castigo" en los campos de exterminio alemanes (como modelo máximo al que todo castigo, en rigor, aspira, por eso "choca" con los límites que intentan contenerlo, en nombre de la legalidad) no fue un hecho casual ni aislado. La cultura que los respaldó con su obediencia ciega tampoco.

Es por todo eso que estamos obligados a ser prudentes con la escuela de Bonn y las "no personas", con Jakobs otorgando "clases magistrales" en la Universidad Austral, empleando argumentos y categorías –derecho penal de autor y no de acto– como forma de combatir el terrorismo sosteniendo que "no son personas, no tienen derechos humanos porque no son tales, no son personas, son enemigos de la sociedad, y no deben tener por ende garantías", y, así, justificando cárceles clandestinas, sin debido proceso, todo lo cual otorga una puerta de entrada para quebrar la legalidad, la democracia y el Estado de Derecho.⁴⁷

44. Por eso Martha Nussbaum afirma que la literatura (la poesía, en el Derecho) nos permite salir del automatismo, del rol "burocrático" y abrir los ojos también sobre lo que hace nuestra misma "profesión".

45. Como sucedía con los empleados de los campos de exterminio o de los trenes que conducían a esos campos. Cada uno hacía "su trabajo".

46. Como La Rastra, en la Colonia Penitenciaria de Kafka. No se advierte humanismo alguno en el sistema penal de aquella colonia. Y hay muchas "rastras" vivas en nuestro derecho, y muchos abogados que aun operan como "guardianes" de un sistema que cae, como en el cuento, (con sus instrumentos de punición y tortura, que inscriben condenas) lentamente en desuso.

47. Por eso es notable que Jakobs esté de "moda" entre muchos teóricos no liberales de la región, como muchos penalistas en Chile, o en Colombia, país que libra su propia "guerra",

En lo personal, después de todo lo dicho en este texto-recuerdo del encuentro con Massimo Pavarini más por las experiencias personales como la aquí narrada (en Frankfurt, junto a Zaffaroni, Naucke, Günther, Frankenberg, en Bologna, un año después, junto a Pavarini, en Gottingen, en el seminario de Kai Ambos, con colegas de Brasil, como Antonio Martins, entre otros) que por lo aprendido en los manuales y tratados, y es a partir de todo esto que puedo decir que no creo en el derecho penal porque yo no creo en ninguna legitimación justa de la pena. En ningún objetivo legítimo.

Desconfío, como Naucke, de la racionalización "académica" que se hace de la misma sobretodo en Alemania, lo cual es inesperado del error que menciona Naucke en los albores del liberalismo, que comete la paradoja de defender la legalidad defendiendo la pena misma, en lugar de combatirla, asumiendo que esta siempre transgrede los límites que se le imponen, generando un modelo de sociedad que conduce, como vivió Alemania misma, a un genocidio. Todo esto es, además, porque tampoco creo que el derecho penal pueda dejar de ser selectivo, es decir, entiendo que es estructuralmente selectivo, esto es: anti-democrático por naturaleza, anti-constitucional y anti-liberal.

El propio derecho penal es "no derecho". Es –como se ve en las cárceles llenas de pobres– una injusticia extrema, un derecho injusto. Pueden verse los informes anuales, siempre repetidos en sus denuncias, de DDHH del CELS al respecto, para advertir el deterioro de las condiciones de encierro, con el empeoramiento que él mismo produce, muy lejos de "mejorar", las personas "empeoran" en la cárcel: salen "peor" que como entraron. Es notable que para afrontar problemas de inseguridad se reclame mediáticamente "más" de aquello mismo que se asume abiertamente que viene fracasando: la cárcel.

El castigo no "re-educar", no resocializa, no mejora, ni contribuye en nada a la sociedad. Entonces el metamensaje del pedido de más cárcel cuando se reconoce que la misma no funciona como debería ni logra el objetivo que en principio se propone a sí misma (que sería la resocialización), implica pedir "cárcel" como una mera y ciega neutralización, como un muro detrás del cual rige un abandono absoluto que no debe acabarse ni volverse más "humano". Se presupone que la cárcel "funciona mal", pero

aunque aún no ha logrado explicar sus "falsos positivos", cuando el actual Presidente Santos era Ministro del Interior del entonces presidente Alvaro Uribe.

aún así se pide, vindicativamente, implícitamente, más de lo mismo.

Una neutralización eterna, el encierro para siempre: que se "pudran" en la cárcel. Por eso si se espera que las personas se "pudran" allí, a nadie le importará las condiciones inhumanas de detención o encierro que allí existen. Al contrario, se las justifica como parte tácita del "castigo" que las personas que están allí encerradas "se merecen" (al menos informalmente, nunca asumido por el derecho literal) por lo que hicieron. Justamente como no se espera realmente que salgan nunca más es que nadie se preocupa verdaderamente por mejorar las condiciones de detención o encierro inhumano, violento. Al contrario.

Todo ello es porque la sociedad asume, en primer lugar, que la cárcel no resocializa, está solo para neutralizar y no puede ser mejorada, de allí el estado de abandono de las mismas. En segundo lugar, se asume también que las mismas son solo para los pobres, únicos sectores abarcados estructuralmente por el penalismo de hecho, por la criminalización secundaria, única criminalización que importa.

El Derecho Penal, (como pide el pragmatismo filosófico, en la realidad, y no en los papeles, a partir más de sus consecuencias que de sus supuestas "verdades"),⁴⁸ es pensado y aplicado y diseñado para los sectores más carenciados. Por todo eso es que la pena "no debe ser mejorada". La pena, a nivel práctico, violenta postulados básicos de toda constitución, conculcando el principio de inocencia –cuando no los derechos más esenciales–, con casos de hacinamiento, hambre, tortura, abandono. A nivel teórico, reproduce un error presente en los albores de la modernidad, con el liberalismo, cuando nace la legalidad y se establece como principio.

48. La contra cara de la modernidad en el fondo es una tragedia. Bauman, un sociólogo polaco, explica que la modernidad, con sus desarrollos instrumentales, es la que produjo (el avance de la técnica, la deshumanización de los vínculos sociales) el Holocausto. Alemania es un país que creció mucho debido a su cultura y a su esfuerzo, como ya marcó Tácito ("son bárbaros, pero Roma debe cuidarse mucho de ellos, ya que trabajan, son laboriosos"). Pero también es un país que produjo, en ese camino de evolución (de la razón instrumental –Adorno– y de la idea de burocracia –Weber) tragedias que muestran los clarooscuros de este proceso que denominamos "progreso". El derecho penal no es (tan) separable de este "camino" civilizatorio, el derecho con la pena intenta mantener a "raya" a una sociedad –a una población– donde todo "desvío" es una forma de "crimen". La pena –más la amenaza que la pena misma– es inseparable del control social. De la disciplina y el disciplinamiento de poblaciones.

Ninguna pena debe estar, en consecuencia, legitimada, ni en la práctica ni en la teoría. La pena es inhumanidad, representa un derecho técnico que se ha vuelto cruel, inhumano, incapaz de conmoverse, de sentir emociones, de sentir empatía por ese otro que se condena, margina, esposa y encierra. La pena no es derecho⁴⁹, es la negación de todo lo que el derecho representa, una negación de todo lo que el derecho significa. Una aspiración y una apuesta por la humanidad. Por el humanismo. Por eso no es posible, como quería Zaffaroni en Frankfurt, antes de toparse con la respuesta terminante de Naucke en el seminario, un "derecho penal más humano", porque la pena niega eso que el derecho mismo como proyecto humanista, en el siglo XXI, viene a preservar: la humanidad misma.

La dignidad misma es negada por el penalismo en todas sus formas. Por eso entendemos que ninguna pena debe ser legitimada, sino, luego de tantos siglos de fracasos, (de caída de toda teoría "re") de mentiras, de tortura, puesta en cuestión, en tela de juicio. Todo esto porque los discursos humanistas-liberales que rodean a estas teorías –como los que avalan las dictaduras, en nombre de la República, la democracia, el cristianismo, la constitución– no son nunca discursos veraces, son siempre ambiguos, con cometidos falsos. Por eso creemos que no es exagerado, en este camino crítico de la pena y del mal llamado "derecho" penal, asimilar el Estado terrorista (expresión de Duhalde, también empleada por Chomsky) al Estado "criminal" que replica condiciones inhumanas de encierro (no basta con decir, como dice Wacant, cárceles de la miseria, porque fuera de la misma la cárcel, como ve bien Zaffaroni, también es tortura "blanca") en nombre

49. Por ello este texto intentó ser un alegato en contra de la pena. Desnudando las argumentaciones (que hoy vuelven a ser escuchadas, con otros nombres) de autores antirevolucionarios y premodernos, antimodernos, como Josphe de Maiestre con su Exaltación del Verdugo, un autor que no casualmente fue un crítico del igualitarismo de la Revolución Francesa, con su idea de derechos "universales" del Hombre. El Romanticismo, separado de la Ilustración francesa, exalta la Guerra, la desigualdad, la tradición frente a la Razón, la identidad frente a la igualdad de derechos. La crítica de Heidegger a la modernidad no es separable, por otro lado, del nazismo. La modernidad es el igualitarismo. La pena es por naturaleza no igualitaria. La pena no es igualitaria, es selectiva y como es selectiva no respeta la legalidad ni el Estado de Derecho. Desnaturaliza la esencia misma del Estado de Derecho que es la igualdad formal ante la ley. Por eso toda pena es estructuralmente ilegítima, inconstitucional. Ninguna pena está legitimada si se adoptan formalmente los postulados del liberalismo jurídico. Toda pena violenta garantías constitucionales, principios básicos de todo ordenamiento liberal garantista, de todo orden igualitario.

de una "justicia", en nombre de un pretendido –mal llamado– "derecho": el derecho "penal".

El "derecho penal" es un eufemismo teórico que debe ser dejado de lado, reemplazando de raíz el nombre de esta mal fundada disciplina, de este errático y mal pensado, en los albores de la legalidad, campo de estudio, y de esta "ciencia" asentada en falsedades y peticiones de principio.

Donde hay pena, no hay –y no ha habido nunca– derecho. Por eso, –como aprendimos con Naucke, con Hulsman, con Pavarini y con Zaffaroni mismo– es un oxímoron seguir hablando, con la caída de todas las teorías resocializantes, de todos los discursos humanistas que rodeaban o rodearon durante décadas y siglos a la pena, de "derecho" penal. Podemos hablar de "pena", ya que la misma subsiste, como constatamos a diario, como hecho desnudo, no como hecho con respaldo teórico. Lo que no debemos es llamar al producto de la pena "derecho penal", ni estudiarlo como tal. La pena es una forma refinada de la tortura, de crimen, de terrorismo y ya hemos visto –tal como denunció el poeta jesuita Friedrich Spee en Alemania, en el siglo XVI– que la pena no sirve de mucho. La pena es, además, tan ilegítima como la violencia institucional.

Antifonte, Spee, Orígenes, Hulsman, Pavarini, Zaffaroni, Young, ya lo vieron, en distintas épocas, con semejantes argumentos. La pena es, produce y representa un mal. Aumenta la violencia, y así se empeora a la sociedad civil.

Los males deben ser erradicados, prevenidos, no justificados y mucho menos catalogados con la palabra "derecho" o con la palabra "justicia". El Estado no debe ser cómplice de la pena, como no puede ser cómplice de la tortura.⁵⁰

A partir de todo esto, advierto que aún hay un largo camino por recorrer en el Derecho, pero si los derechos "humanos" son un nuevo modelo

50. Por eso el garantismo propone, para salir de este dilema, una transformación integral de la sociedad, que comience por "garantizar" derechos humanos (derechos sociales, económicos) a todos sus miembros. El proyecto igualitarista es inseparable del proyecto del garantismo, que trasciende, y por mucho, al penalismo, a la esfera penal, como demuestra el caso de Ferrajoli, que pasa del garantismo (penal) al ámbito del derecho constitucional. El garantismo transforma de raíz el campo del derecho público. Por eso se habla de "constitucionalismo garantista". Porque el anti-garantismo pone en crisis, „en suspensión“, precisamente, la Constitución: las garantías constitucionales. El Estado (Constitucional) de Derecho.

para el Estado y para todo el Derecho Público, este modelo deberá imponernos repensar de raíz lo que la pena, el encierro, la cárcel, producen y, además, lo que la cárcel significa. Debemos repensar cuál es la esencial diferencia entre las cárceles de hoy, y las cárceles de la dictadura o el Holocausto. Si la respuesta es que no hay una diferencia sustancial, sino muchas veces meramente de "grado", entonces no podemos seguir hablando ya de "derecho" allí donde haya una pena⁵¹.

La pena parece incompatible con un enfoque crítico de derechos humanos.⁵² Donde los derechos humanos se convierten no ya en una rama sino en un modelo para todo el derecho –Rorty, a instancias de Eduardo Rabossi, habla de una "cultura"– la pena (el penalismo) es puesto en tela de juicio como campo de saber, como disciplina. Si el "derecho" es derecho

51. Las críticas de Naucke al liberalismo en el plano penal no deben ser tomadas como funcionales a los elementos anti-liberales presentes en la actualidad en la doctrina penal (de Bonn, por ejemplo), sino en términos estrictamente históricos, de evolución histórica, de críticas a la forma en que se gestó con Feuerbach la legalidad en el Derecho Penal, legitimando o justificando la pena misma, trazándole límites. Giuseppe Bettiol condenaba el subjetivismo intuicionismo de las teorías penales nacionalsocialistas. Zaffaroni fue amigo de Bettiol, estudiaron juntos en Alemania, ambos estaban muy familiarizados con la dogmática alemana. La responsabilidad debe basarse en la realización de un hecho (no, por ejemplo, en la violación de un "deber", en la no asunción de un "rol"). Derecho penal de acto, no derecho penal de autor. No-peligrosismo. Derecho penal del enemigo, siendo "enemigo" quien no adhiere a los valores dominantes en una sociedad. Todas estas conceptualizaciones anti-liberales presentes (nuevamente) en la doctrina penal, que olvidan el esencial rol del bien jurídico, son impugnadas también por Naucke y la escuela de Frankfurt. El delito no como violación de un deber (o de un "rol") sino como afectación concreta de un bien jurídico cuya lesión efectiva es indispensable para justificar una pena. La teoría liberal del bien jurídico se ha visto desdibujada en los últimos años producto de la erosión continua del estado de derecho y el principio de legalidad.

52. "Artículo 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice." (Constitución Argentina)

humano la pena ya no puede ser –en modo alguno– “derecho”, allí ya no podrá haber “derecho penal”.

El liberalismo nos permite vislumbrar y romper esta contradicción en la que los “penalistas” nos encontramos inmersos. La modernidad jurídica habría dado, en el plano penal al menos, un paso en falso, en la dirección equivocada. Esto es lo que Naucke impugna como error de base de todo el liberalismo: La paradoja que él advierte, también, es que la “legalidad moderna” (penal, en palabras de Feuerbach) se funda y se fundamenta sobre este primer error del liberalismo. Por eso esta crítica penal tiene alcances que la trascienden y ponen en tensión el sentido mismo de nuestro Estado Constitucional de Derecho: el rol del Estado.

Como afirma Zaffaroni, para el liberalismo el camino es uno solo: no legitimar aquello que nunca debió haber sido legitimado y que nunca debió haber encontrado justificación. En este sentido, la pena, como la tortura, reniegan el Derecho.

El Derecho se opone a la tortura –ya desde Antifonte y Spee–, pero también, como muestran Naucke, Pavarini, Hulsman y Zaffaroni, se opone a la pena misma y al “saber” de la pena –el derecho penal–, porque donde hay pena (como donde hay tortura) no hay Derecho alguno, ni saber, ni argumento, ni campo de estudio.

En síntesis, si no puede hablarse de “*Menschliches Strafrecht*” –ley penal humana–, porque solo un “*null Strafrecht*” –“ningún derecho penal”– sería, como afirma Naucke, al cuestionar a Feuerbach y su error liberal histórico, un derecho penal humano. Es decir, si, como afirma Pavarini, un derecho penal bueno es solo una cosa “*veramente imaginaria*”, inexistente, solo puede hablarse de derecho penal menos inhumano partiendo de su “inhumanidad”⁵³ –y no de su “humanidad”, ya que hablar de un derecho penal “más humano” –en palabras de Kai Ambos– presupondría partir de su humanidad como un hecho mínima o remotamente presente cuando, precisamente, es este el “hecho” que estamos negando.

A partir de todo lo dicho es que, entonces, debieran descartarse fórmulas como “*Menschliches Strafrecht*”, o derecho penal “más humano”, “menos inhumano” o “bueno” –entendiendo al derecho como la justificación para un mal como la pena–. Entonces, si a través de esta discusión

53. De conformidad con lo debatido con Kai Ambos antes de la conferencia con Zaffaroni en el CEDPAL, en Gottingen, luego de la conferencia en Frankfurt con Klaus Gunter.

terminológica en Alemania e Italia con Naucke, Gunter, Ambos y Pavarini, concluimos que el término mismo que empleamos para denominar a nuestra disciplina es un error ya no podrá hablarse, en consecuencia, de "derecho penal", ya que aquello carece en absoluto de "humanidad", porque el encierro –como reconoce el propio Zaffaroni– no lo es. No podemos, entonces, hablar de "derecho penal" a secas.

Todo esto es porque una justificación para algo que no es bueno sino que es un mal y que no es humano– no puede ser derecho. Por eso entendemos que lentamente la doctrina debe optar por ir dejando de lado la categorización empleada por siglos y comenzar a optar por otra terminología que problematice mejor esta disciplina de modo tal que permita ver sus agujeros, dilemas y contradicciones "liberales", sus vacíos, sus "silencios ilustrados" y su violencia no dicha.⁵⁴

Lo que propongo no se trata de refundar los estudios penales sino de cambiar el nombre mismo de nuestra disciplina, ya que el derecho penal expresa una idea equivocada. Expresa esto que Naucke y Zaffaroni han visto con claridad⁵⁵ "el error histórico del liberalismo", que es lo que nos permitió y sigue permitiendo hablar mansamente de un "derecho penal". Esto es así ya que si el liberalismo no se hubiera "equivocado" poniendo límites como modo indirecto de justificación de una pena que siempre los transgrede, hoy no estaríamos hablando de derecho penal.

Si hoy discutimos respecto de ello es porque la pena fue justificada por quienes crearon los límites que la pena misma no respetó nunca, y es por eso que hoy vivimos –aún en las democracias más avanzadas– una rehabilitación judicial de la tortura, no solo de la pena –tal como denuncia Butler en Estados Unidos–. Gracias al "error del liberalismo" es que hoy tenemos cárceles clandestinas, sin debido proceso, sin derecho a defensa en juicio, sin principio de inocencia, en la principal "democracia" del mundo.⁵⁶

54. Nombrada si por la literatura (Kafka) y los criminólogos críticos (minimalistas, abolicionistas, Loic Waquant, Hulsman, Young, entre otros), pero no por el Derecho.

55. Zaffaroni y Naucke plantearon esto juntos, a la salida del seminario de Frankfurt en mayo de 2014.

56. FRANKENBERG, Günter. *Political Technology and the Erosion of the Rule of Law. Normalizing the State of Exception*. Elgar Monographs in Constitutional and Administrative Law Series, Edward Elgar, MA; USA, 2014. La crisis del Estado de Derecho por el resurgimiento ("normalizado" como nueva "regla") de los "estados de excepción" (la justificación de las torturas como "técnicas de interrogatorio mejoradas", o los escándalos de espionaje

La pena ha superado y atravesado al derecho vaciándolo de su contenido moral, de su costado "humano", y es por esto que sencillamente no podemos seguir hablando de derecho penal en tanto la pena niega todo derecho humano. Continuar hablando de derecho penal implicaría convalidar el error mencionado, el que cometió Feuerbach, artífice de la legalidad penal moderna⁵⁷, que consistió en legitimar el penalismo y crearlo como campo de saber, como disciplina.⁵⁸

El hecho de que dentro del campo del derecho sea tolerado hablar de "pena" no hace más que confirmar el error del liberalismo, del cual parte la criminología de hoy, intentando liberar o desprender al derecho de él. Hablar del derecho penal es como hablar del derecho a la tortura, excepto que este último saber nunca existió porque el liberalismo no cometió con la tortura el mismo error que con la pena al justificarla. Propongo, en suma, como forma de reconocer el error liberal que está en la base de nuestra disciplina y que puede situarse en el momento en que Feuerbach, como forma de contener el alcance de la pena, abandona el retribucionismo y lo reemplaza por el "liberalismo" penal, cuando la legalidad termina justificando una pena realtiva a objetivos que luego la trascienden. La categoría de derecho penal debería ser, a la luz de estas consideraciones históricas, descartada, reemplazada. El derecho y la pena son antónimos, se excluyen y se oponen.

Donde habrá pena no habrán derechos humanos y es por esto que la pena es combatida por un enfoque del derecho que tiene su centro, preci-

masivo –prácticas de espionaje que se suceden –sin excepción– en casi todas las democracias occidentales modernas– que, en nombre del combate al terrorismo, terminan haciendo espionaje sobre políticos, diplomáticos, empresarios, jueces, periodistas y académicos del mundo entero), entraña, como advierte Günter Frankenberg, la crisis del principio de legalidad moderno. La crisis del Estado de Derecho. Afectan la participación ciudadana. Las libertades civiles más esenciales. De esta manera, (y con las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación), se termina reconfigurando (y desdibujando) la línea que divide lo público de lo privado, afectando o recortando la libertad de expresión. (CAPELLA, Juan. *Fruta Prohibida. La construcción jurídica de la modernidad*, Madrid. Trotta, 1999). 57. DUVE, T. *Op. Cit.* 1998.

58. Y aquí la ambivalencia del término disciplina ("disciplinar" como la ambivalencia del adjetivo "normal" que significa "de acuerdo con la norma" está plenamente justificado, ya que el saber "disciplina", como advierte lúcidamente Foucault. El conocimiento en ningún plano es inocente ni neutral.

samente, en los derechos humanos como "nuevo paradigma".⁵⁹ Lo primero que debe hacer el derecho para ser "humano" es emanciparse de la pena, de su sentido, sus formas y su lenguaje ya que la pena condiciona toda la labor del Derecho, y no solo en el campo penal ya que la "sanción" es un modelo, un lenguaje que se replica en los ámbitos más diversos –desde la salud mental hasta la tutela de los menores pasando por la discrecionalidad administrativa del Estado–.

El castigo es un modelo que fue moldeando (con disciplinas y educación)⁶⁰ a nuestra sociedad. Si la pena contradice al derecho no se puede seguir hablando de derecho penal tampoco a efectos pedagógicos, de programas de estudio.

La hermenéutica nos enseña que los mayores desafíos o problemas están en los lugares menos pensados. El mayor presupuesto "problemático" de nuestra ciencia está en el nombre mismo que le hemos dado –a la luz del error clásico del liberalismo, en los albores de la legalidad– a nuestra disciplina o campo del Saber: no hay un genuino "derecho penal" sino un derecho que combate la deshumanización de la pena.

Un derecho es más humano si combate lo que el penalismo mismo produce y justifica abiertamente –teniendo en cuenta, además, que toda justificación es normativa, el ser y el deber ser, como muestra Kafka, se mezclan en las descripciones–

La pena –todo mal impuesto a sabiendas de que es un mal– desde el Estado, es la degradación, la caída⁶¹, y es por ello que el "terrorismo" de Estado no es igualable a acciones criminales cometidas por sujetos aislados o grupos. Porque el Estado –diría Hegel– tiene una misión mucho más alta.

59. Rorty habla de cultura, otros autores de "movimiento" de emancipación.

60. FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1997.

61. Para emplear un término de Camus, quien profundiza estos temas en su brillante novela *El Extranjero*. El preso está siempre hundido en un pozo. Este condenado a muerte (o no), siempre es eso, a fin de cuentas, lo que el reo espera en prisión: son muertos en vida, no resocializados, sino abandonados a su suerte, para que se "pudran" en la cárcel. Todos esperan la muerte. Nadie espera que realmente salgan nunca de allí. Cualquier salida es presentada mediáticamente como „imprudencias de jueces garantistas“. No como respeto a la constitución. Esta inversión antigarantista del discurso republicano no es un accidente. Por eso toda pena nace como pena de muerte y conserva, de muchos modos, ese sentido latente. Ese objetivo de neutralización de la persona. Por eso no hay nada "humano" en esto que la pena busca o produce. Es todo inhumano. Es todo crueldad y abandono. Es todo degradación. Todo sufrimiento. Todo tortura.

Nosotros creemos, con esta óptica, que el Estado no puede justificar un mal a partir de otro, incluso si este lo es, el Estado no puede responder del mismo modo, y este razonamiento es el que se emplea para denunciar al "terrorismo de Estado (el Estado no puede ser el mismo "terrorista", del mismo modo en que no puede torturar, responder del mismo modo y devolver un mal con otro crimen. La pena es un crimen, un mal y un Estado no puede imponer males, ya que haciendo eso también es terrorista, y del mismo modo que se combate la pena de muerte, se debe combatir, con exactamente los mismos argumentos y la misma lógica, toda pena y el hecho mismo de penar.

La distinción entre la pena y la tortura es en sí misma problemática y se desdibuja a medida que avanzamos con el análisis de las cárceles en la práctica, con un enfoque cercano al pragmatismo. No debiera darse por sentado, desde una óptica pragmática, tal distinción, entre lo que es penar y lo que es o significa torturar. Las condiciones de detención o encierro de muchas cárceles configuran abiertamente situaciones de tortura, haciendo responsables a los estados.

De allí los habeas corpus colectivos del CELS y los fuertes cuestionamientos de muchos organismos de derechos humanos⁶². Los funcionamientos de las cárceles, como observó Loic Waqant en Argentina, distan de ser ideales, no hay ideal alguno, no se busca nunca la "resocialización" de seres humanos, sino que más bien se imponen la deshumanización como regla, la violencia como norma, el destrato, la degradación, la neutralización y la tortura. En lugar de la "mejora", el sufrimiento, y aquí aparece la última idea que pretendemos analizar en este breve trabajo: la idea latente (más allá de los argumentos y objetivos explicitados por el derecho "penal" liberal", es la idea implícita en nuestra cultura, pero que aflora en el inconsciente colectivo de muchas formas cada vez que se hace público un caso de linchamiento (mal llamado justicia por mano propia) o de torturas en las comisarias de jóvenes pobres que es la idea –ya presente en el teatro antiguo, griego, de Esquilo y Sofocles– de que se "aprende a través del sufrimiento" (*pathei mathos*).

Esta idea, tan rudimentaria, tan antigua, es la base de todo derecho penal, de todo sistema penal y punitivo y se extiende, incluso coloquialmente, hasta nuestros días. La idea de que el sufrimiento (el encierro, la cárcel, la pena, la tortura misma) sirven para aprender, para re-educar a las

62. Un ejemplo dramático sobre el sentido del castigar fue la masacre de Carandiru, en Brasil.

personas. Es aquí precisamente donde los extremos de la tortura y de la pena, como dijimos antes, se tocan, los límites entre ambas se desdibujan, se confunden entre sí y por eso es un error, como vimos, seguir hablando de un derecho que justifica que la pena. No solo la pena, o sencillamente, lo que la pena es: algo inescindible, en la práctica más visible, de la tortura y la violencia física y moral. Cuando un joven es detenido y golpeado por la policía o hay linchamientos en la vía pública, muchos ciudadanos reaccionan espontáneamente con frases como "está bien". Esto nos demuestra que está implícita la idea de que a través del castigo –la pena, los golpes, la tortura– se "aprende", de que el sufrimiento permite ver, conocer, abrir los ojos, ser "re-educado". Esta idea primitiva, es la base de todo el aparato penal, de todo el sistema punitivo hasta nuestros días.

Todas las "teorías re" pueden haber caído –como bien menciona Pavarini– pero la pena, aún así, se mantiene y lo hace porque el sentido latente de la misma no eran esas teorías de resocialización humanistas, liberales, sino la otra idea, latente, pero firme desde la antigüedad de que a través del sufrimiento se aprende.

Aquí reaparece la ambigüedad que menciona Foucault en la hermenéutica del sujeto y el orden del discurso: cómo se construye el saber, cómo se construye –a la vez que se disciplina– a la sociedad. Por eso el campo del saber está dividido en disciplinas, cada una con su norma y su actuar normal o normalizado, donde lo que importa es ser "normal". Entonces vemos que el sentido de la pena no es el que postulan las "teorías re", que han caído mientras que la pena sigue en pie, como un hecho del poder que normaliza y reglamenta, disciplina, orienta y condiciona.

Este modelo "penal" es algo que trasciende –tal como sostiene Bauman en "Modernidad y Holocausto") en mucho al derecho, configura a todo el Estado y sus relaciones con los individuos en planos de familia, de educación, de crianza, de comportamiento en la vía pública, de tratamiento de "incapaces", menores y ancianos.⁶³

63. Esto es lo que precisamente trata Kafka en su cuento célebre "*La Colonia Penitenciaria*", con esa rastra con agujas que escribe (inscribe) en la piel del condenado el sentido mismo de su condena. Y el reo antes de morir desangrado, con la rastra que escribe la condena por su delito en la espalda del condenado, ve, el funcionario de la rastra dice que el preso, agonizando, unos segundos antes de morir entre vómitos, abre los ojos, porque comprende en un instante el sentido, el mensaje, de la condena; luego muere. Pero muere "reeducado" por el Derecho penal, por la pena, por la rastra

La pena nunca reconoce límites –como sostenía Pavarini– los transgrede, se vuelve autónoma –como la rastra del cuento de Kafka, trabaja sola–. La pena se vuelve mecánica, automatizada, inmoral e inhumana y su sentido es uno solo: no la reeducación sino la muerte del condenado, la neutralización, para que “se pudran en la cárcel”, detrás de esos muros, donde ya no los vemos, no los sentimos.

El hecho mismo de penar es, por la genealogía del lenguaje, la pena de muerte (*pathei matos*). La muerte, de muy diversas maneras, es el sentido no figurado sino real de la pena. Sea abiertamente, con la pena „capital o sea “dejando morir” –en palabras de Foucault– en las cárceles clandestinas⁶⁴. Los presos salen “peor que como entraron” y muchos buscan –directa o indirectamente– su “revancha por el mal que han sufrido, porque las cárceles no serán nunca “*sanas y limpias para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas*”.⁶⁵

El “*pathei matos*” es el fundamento latente de todo castigo. No hay “teoría re” ni discurso humanista que la justifique, la pena no es más que el encorsetamiento represivo de una persona, es parte de un sistema disciplinario represivo que influye notablemente en la educación y en la formación humana, en la “crianza”.⁶⁶ De esto se trata, precisamente, la biopolítica, base de todo totalitarismo.⁶⁷

64. Hoy se emplea, en un contexto dominado, como advierte Judith Butler en Estados Unidos, por el resurgimiento de la doctrina de seguridad nacional, el eufemismo de “técnicas de interrogatorio mejoradas” para justificar el uso de torturas como el submarino, rompiendo con un consenso básico de posguerra acerca de la “prohibición absoluta de tortura”, sin excepciones, principio que hoy se encuentra, como advierten diversos organismos, resquebrajado. Detrás de esta crisis, está la crisis misma del Estado de Derecho, de la democracia constitucional, con la normalización de las “excepciones”, de los estados de excepción, que pasan a ser, lentamente, y sin que nos demos acabada cuenta muchas veces, con sus recortes de garantías civiles, las nuevas “reglas” en nuestras democracias. Una democracia sin derechos civiles termina siendo apenas una cáscara vacía. Una pantalla de un orden político donde la participación, la autonomía civil, y la libertad de expresión, quedan desdibujadas.

65. La filosofía detrás de ese artículo de nuestra Constitución fue el positivismo biológico, de la criminología positivista, de tiempos de Ingenieros, primer director (medico) del Departamento de Criminología de la UBA, partidario de la filosofía según la cual quienes delinquen no son agentes libres sino “víctimas de una pulsión o circunstancia”.

66. SLOTERDIJK, P., *Normas para el parque humano*, Madrid, Ediciones Siruela, 2000.

67. FOUCAULT, M. (2000), *Defender la Sociedad*, Curso en el Collège de France (1975-1976). Traducción al castellano de Horacio Pons, Buenos Aires, FCE.

Nos encontramos, entonces, ante el siguiente dilema: más derecho penal –más criminalización o más derechos sociales. De un lado, los sectores que piden más derechos sociales, más reconocimiento, y del otro, los que piden (o proponen, como vía para solucionar conflictos sociales) más penas, “mejorar las cárceles” que jamás podrán ser mejoradas porque su esencia latente es proporcionar un trato inhumano, cruel, y degradante a las personas).

El vértice de ambas posiciones es la desigualdad y la pobreza –incompatible con la vida plena en democracia, demostrando que el frágil consenso de posguerra, que asociaba capitalismo y democracia, está resquebrajado, como afirma Thomas Pogge– y la forma de abordarla desde el constitucionalismo y el Estado.⁶⁸ Desde el constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli, único que preserva, con un Estado de Derecho en crisis, con continuos recortes de garantíasLa salida a la crisis de la legalidad pasa, contra lo que suele postularse, por aumentar los derechos civiles,⁶⁹ por reconocer más derechos y garantías.

En consecuencia, no es posible, como creyó o sugirió Zaffaroni en Frankfurt, un derecho penal “más” humano. Porque todo lo que ha hecho (y representado) el derecho penal, a lo largo de toda su historia,⁷⁰ no ha sido sino eso que Pavarini denunció en sus trabajos: inhumanidad, negación de lo humano, diversas formas de atropellar y conculcar, continuamente, con diversas excusas (que ya no vale la pena llamar “argumentos”, ni “teorías”) la dignidad.

68. El dilema que plantea Roberto Gargarella desde el derecho constitucional es el que explica (aunque él lo impugne desde otro ángulo) la importancia del garantismo y del constitucionalismo garantista (que el cuestiona por “elitista”, desde una posición mayoritarista próxima al pensamiento de Jeremy Waldron), en este sentido ver: GARGARELLA, R. “Más derecho penal o más derechos sociales?”, en *Diario La Nación*, Buenos Aires, 2011.

69. CARBONELL, M. “Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales en tiempos de emergencia”, en *Estudios Constitucionales*, Año. 6, N° 1, 2008, pp. 249-263, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca.

70. ANITUA, G. *Historia de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Del Puerto, 2008.