



Universidad Metropolitana
para la Educación y el Trabajo



Universidade do Estado
do Rio de Janeiro



New School University
Observatorio Latinoamericano



RAÚL ZAFFARONI

Ex juez de la Suprema Corte de Justicia de Argentina

“Lawfare” es una expresión paralela a “warfare”, utilizada para referirse a una guerra jurídica. Existe la impresión de que se trata de un fenómeno nuevo. Aunque, en alguna medida presenta características novedosas, si lo vemos desde la perspectiva general del derecho penal, no lo es.

Hay que distinguir el *derecho penal auténtico* o *verdadero* del *derecho penal vergonzante*. El derecho penal verdadero es aquel que ha servido a lo largo de la historia para contener las manifestaciones de ejercicio irracional del poder punitivo. El derecho penal vergonzante deriva de la Inquisición y se extiende también hasta hoy. Los penalistas, desde siempre, han destacado y reconocido la importancia del primero y ocultado la existencia del segundo. Nosotros nos creemos hijos de Beccaria, de Sonnenfelds, del Iluminismo. Pero no de la Inquisición. No conozco ningún instituto de derecho penal que se llame «Torquemada», por ejemplo, o que tome los nombres de los inquisidores o sus teóricos. Es decir, hay un derecho penal verdadero, que es aquel que sirve justamente para que no se desboque el poder punitivo, y un derecho penal vergonzante, que es aquel que se presta al desbocamiento, al desborde del poder punitivo.

Este derecho penal vergonzante descuartiza al derecho penal verdadero y aparece cíclicamente en la historia. El poder punitivo siempre ha tratado de ampararse en la amenaza de un mal cósmico que pone en peligro a la humanidad con grandísimos desastres, inclusive, con hacernos desaparecer. Cuando enfrentamos un peligro que pone en riesgo nuestra propia existencia, la reacción contra ese mal no debe tener límites. Así, los que desmienten la magnitud del mal o los que lo ponen en duda, se vuelven nuestros peores enemigos, porque deslegitiman la autoridad del que quiere ejercer ese poder punitivo de un modo ilimitado.

Lo grave es que, cuando ese poder punitivo se desborda, ¿quién lo ejerce? Una de las ilusiones que sufren los penalistas y muchos jueces es que son ellos quienes ejercen poder punitivo, y esto es mentira. A partir de ahí, empieza toda la confusión. Basta pararse en la acera de cualquier tribunal del mundo para darse cuenta de que, cuando bajan personas esposadas de un coche oficial, a esas personas no las salieron a buscar los jueces, los fiscales ni los abogados. No fueron ellos, los seleccionó la policía.



Lamentablemente, **el poder punitivo descontrolado, que tuvo lugar en todo el mundo en el siglo pasado, cobró muchos millones de víctimas. Son muchas más las víctimas estatales de ese poder punitivo que la suma de todas las víctimas de los homicidios de iniciativa privada. Esas personas fueron victimizadas por las agencias que se suponía que tenían el deber de preservar nuestras vidas, nuestros bienes, nuestra libertad y nuestros derechos.**

Si desaparecieran todos los penalistas, los jueces y los tribunales, el poder punitivo no desaparecería con ellos: por el contrario, se expandiría ilimitadamente. Así sería porque no existiría contención jurídica. Cada genocidio

El presente texto es una adaptación de la clase que Raúl Zaffaroni realizó en el Curso “Estado, política y democracia en América Latina”, donde fue presentado por Ricardo Lodi Ribeiro. La clase completa puede encontrarse en: www.americalatina.global

no ha sido más que una expansión del poder punitivo sin control jurídico.

Construimos sistemas allí donde interpretamos las leyes en forma racional, no contradictoria, y pretendemos que los jueces eleven eso a jurisprudencia a través de sentencias. Cada sentencia es un acto de un poder del Estado. Si es un acto de un poder del Estado, entonces es un acto político, un acto de gobierno de la *polis*.

Así, se usan amenazas de males cósmicos, a lo largo de toda la historia, para desarmar la verdadera función de contención del poder punitivo, que no es otra que la función de prevención de genocidios, en definitiva. A lo largo de la historia nos han amenazado con infinitos males cósmicos de diversa naturaleza, como las brujas, lo maligno, los herejes, la sífilis, la degeneración, el comunismo internacional, la droga o el alcohol. Podemos verificar que, en función de esas amenazas, se ha ejercido poder punitivo ilimitado. Se ha matado muchísima gente: a millones y millones.

Cabe preguntarse ¿alguna vez ese ejercicio de poder punitivo nos ha librado de algún mal? No. Algunos de los males cósmicos no eran tan cósmicos, o desaparecieron, o se diluyeron. A la sífilis se le encontró la cura en la penicilina, el comunismo internacional implosionó, y otros siguen siendo problemas, como el alcoholismo. Pero nunca ese poder punitivo resolvió **ninguno de los males cósmicos que tomó como pretexto para expandirse, lo cual significa que siempre estuvo al servicio de otros intereses y que ha sido una permanente estafa, presente a lo largo toda la historia de la humanidad. Una estafa muy grave que reincide a lo largo de siglos.**

Se vuelve a caer en la misma trampa. Nuestra civilización se comporta como aquel necio que todos los días cae en el timo del gato. **Reiteramos el mismo error: creer que el poder punitivo nos va a resolver algún problema, que va a atacar algún mal cósmico que nos amenaza con destruirnos.** Así fue a lo largo de mil años y así llegamos a este momento en esta región del planeta, en nuestra América Latina, región que lleva 500 años de resistencia contra el colonialismo.

El colonialismo se propagó a través de estafas diferentes. Primero, la originaria, un acuerdo con nuestras oligarquías nacionales. Luego, cuando los movimientos populares desarmaron o debilitaron a las oligarquías nacionales, se alienó a los oficiales de nuestras Fuerzas Armadas con la ideología de la Seguridad Nacional, la cual “nos iba a liberar del comunismo internacional”. Cada uno de estos males cósmicos venía entramado en una ideología que nos iba a ofrecer el «paraíso cósmico», esa suerte de ideología de racismo spenceriano: **íbamos a ser todos inteligentes de cabeza grande después que se eliminara a todos los de cabeza chica.** Esa ideología de volver a la sana comunidad germánica, aria, con un sentido innato de justicia; o bien lograr el igualitarismo perfecto después de la dictadura estalinista.

Muchos se prestaron a eso y descuartizaron el derecho penal. El tribunal del pueblo, el Volkgerichtshof nazi; Roland Freisler, ese payaso disfrazado de juez; Kuczynski, en las purgas estalinistas del ‘38. No es nuevo que alguien se ponga al servicio de la destrucción del derecho penal verdadero para construir un derecho penal vergonzante.

Pero el derecho penal verdadero tiene la virtud de renacer, esa virtud que tenía algún ente imaginario de la mitología que se podía reproducir de cualquier pedazo que quedase o que podía recuperar la cabeza si lo decapitaban. **Así, el derecho penal verdadero crece de la innata pulsión de libertad de los hombres, de las mujeres y de los pueblos. Nunca logran matarlo del todo; en algún momento, crece.**

En nuestra región se han producido, en todas esas etapas, momentos de sístole y diástole, momentos de altísima represión. El poder punitivo de nues-

tra región, por regla general, no fue formal. No pasaron a través de jueces la esclavitud ni la explotación que casi extingue a nuestras poblaciones originarias. Fuimos ocupados policialmente en el colonialismo originario. Luego, en el neocolonialismo cundieron todas las teorías biologicistas y racistas. Nuestras oligarquías pretendían estar llevando a cabo una labor humanitaria, porque eran los visionarios de la civilización frente a pueblos de indios mestizos, negros, mulatos y zambos a los que no podían dejar que se gobernarán porque todavía “no tenían la cabeza grande”, como decía Spencer. Entonces, ellos venían a cumplir esa benéfica labor de gobernar a la masa informe que todavía no había adquirido conciencia. Su ejercicio de poder punitivo era, fundamentalmente, policial. No menos genocida que el primario: a veces igual o más genocida. Después, vinieron movimientos populares a partir de la revolución mexicana del año ‘10, a partir de esa tragedia que fue, en el siglo XX, la más grave de las guerras civiles de la región. A partir de entonces, surgen gobiernos populares y vienen las resistencias a esos gobiernos.

Los gobiernos populares, seamos sinceros, pudieron a veces cometer errores, a veces ser autoritarios y a veces paternalistas. Pero todos los errores juntos de los gobiernos populares del siglo pasado empalidecen frente a las atrocidades que se cometieron para contener la ampliación de la base de ciudadanía real que esos gobiernos posibilitaron. Si sólo me limito a la de mi país, Argentina, puedo mencionar el golpe de estado del ‘55, la derogación de una Constitución Nacional por bando militar, convocatoria a una Asamblea Constituyente invocando poder revolucionario, fusilamiento por delito político sin proceso, proscripción del partido mayoritario durante 17 años, y la lista podría seguir. **Se empleó el poder judicial para estigmatizar a nuestros líderes.** Recuerdo nombres de jueces, algunos de los cuales, en aquellos años, todavía me enseñaban historia constitucional en la facultad. Lo recuerdo perfectamente. El odio y el desprecio hacia todo lo popular. La consideración de los líderes populares como corruptos y como inferiores, porque se supone que son apoyados por personas a quienes “todavía no les creció la cabeza”. Esta es la verdadera historia del “gorilismo”, del odio a todo lo popular.

El programa del neocolonialismo financiero

Hay algunos elementos nuevos en esta etapa de colonialismo en la que nos encontramos, porque enfrentamos un nuevo orden de poder planetario. La economía se ha financiarizado y las corporaciones del hemisferio Norte hoy tienen como rehenes a los políticos. No sufrimos el mismo imperialismo anterior, que era una empresa política encabezada por gobernantes en favor de su establishment. Ahora, los políticos del hemisferio Norte son lobbistas de las corporaciones transnacionales, y las corporaciones transnacionales no están manejadas por los dueños del capital, como en el viejo capitalismo productivo. Las conducen los chief executive officers (CEOs), tecnócratas que, si no cumplen la misión de conseguir la mayor ganancia en el menor tiempo, son desplazados. De este modo, no tienen ningún poder de negociación, la única alternativa es obtener el máximo de ganancia en el menor tiempo, a toda costa.

Así, van cayendo obstáculos éticos y legales, dando forma a este totalitarismo financiero que tiene una naturaleza criminal. Comenten macro-estafas, como la del 2008; llevan a cabo el vaciamiento y endeudamiento de Estados mediante administraciones fraudulentas, como sucedió en mi país; destruyen economías; realizan extorsiones como lo son todas las perpetradas por los holdouts; y son responsables de ecocidios que están poniendo en peligro la subsistencia de la especie humana en el planeta. La pandemia que estamos viviendo no es “porque a un chino se le ocurrió comerse un murciélago”. Es por los desequilibrios ecológicos que estamos causando y las transformaciones que provocan a nivel microscópico, que es donde nació la vida. Manejan y desconciertan a nuestras poblaciones a través de monopo-

lios y oligopolios mediáticos que asumen, en esta nueva versión totalitaria, la función de los viejos partidos únicos. Son partidos únicos. **Basta encender la televisión y escuchar a un comunicador para darse cuenta de que es un político en acción: están en permanente campaña. ¿Para qué? Para fabricar candidatos-virreyes que destruirán la economía a través del endeudamiento. Ese es el neocolonialismo que estamos sufriendo en las últimas décadas.**

¿Cómo maneja el poder punitivo el neocolonialismo? Primero, lo debe dirigir contra los excluidos, porque debe imponer un modelo de sociedad llamado “30-70”: 30% incluido, 70% excluido. Hay que contener al 70% excluido. Pero, también lo va a dirigir contra todo aquel que pueda obstaculizar sus intereses: políticos y dirigentes populares. **Por esto los representantes del neocolonialismo se presentan como la antipolítica, porque “todos los políticos son corruptos”: el nuevo mal cósmico es la corrupción. En contraste, ellos son los impolutos y virginales que no son políticos. Ese es el discurso que se transmite en los monopolios y oligopolios mediáticos, estos partidos políticos únicos en permanente campaña.**

También inventan una casta de parias en cada país, de la cual todos los demás tienen que distinguirse. Para hacerlo, ellos mismos recomiendan adoptar los lenguajes y los usos de las clases hegemónicas. Entonces, tenemos desconcierto en las clases medias, que reproducen discursos ridículos imitando a los sectores hegemónicos.

Además de todo esto, consiguen el apoyo de clases populares. ¿Cómo lo hacen? A través del poder punitivo. **Muchas compañeras y compañeros piensan que el 70% destruido se podrá controlar con tanques de guerra, rodeando favelas, pueblos jóvenes, barrios precarios, villas miserias o bien con los cosacos del Zar. Pero, los cosacos del zar no existen. Lo que sí existe son los campos de concentración que tenemos en toda nuestra región y que suelen llamarse cárceles o institutos penitenciarios, donde hay una superpoblación del orden del 200% al 300%. Estos campos de concentración son manejados por los capos de alguna organización más o menos delincuencial que normalmente toma el control interno. Ahí sumergimos a pequeños ladroncitos.**

Nuestra población penal debe tener un 20% de sujetos por homicidios, violaciones y otros crímenes graves como máximo. El resto es pequeña delincuencia de supervivencia. Fundamentalmente delito contra la propiedad, muchos de ellos ni siquiera violentos. Se sumerge a un adolescente ahí, se le hace una carrera previa de exclusión de la escolaridad mediante su inserción en cárceles de menores. Se lo tiene ahí encerrado algún tiempo, porque la mitad de nuestra población penal está en prisión preventiva, es decir, es una población flotante. Después de humillarlo, subestimarle, modificar su subjetividad y entrenarlo para que el día que salga siga robando, se lo pone en la puerta con un certificado de incapacidad laboral absoluta. ¿Qué es lo que hace luego? Aquello para lo cual se lo entrenó: roba. ¿A quién le roba? A sus vecinos, porque el ejercicio del poder punitivo es selectivo en la criminalización, pero también en la victimización.

Cuanto más pobre se es, más riesgo de victimización se corre. Los vecinos, naturalmente, se sienten agredidos y ¿qué hacen? Reclaman más poder punitivo. Ese es el método: hacer que los propios excluidos pidan poder punitivo. Así se explica la contradicción de por qué algunos sectores sociales votan virreyes. Por otra parte, el mecanismo es muy funcional para desarmar el sentimiento de comunidad de los excluidos y para impedir la organización, el diálogo y, por ende, que tomen conciencia de la situación y del segmento social al que pertenecen, dificultando que tengan una conducta política coherente con su situación.

Cuando uno ve cómo se ha producido esta superpoblación penal que ha con-

vertido a nuestras cárceles en campos de concentración y se da cuenta que es un fenómeno que se ha ido desarrollando a lo largo de 30 o 40 años, se pregunta ¿esto es sólo obra de los virreyes? No, pasaron todos los colores políticos. Los propios movimientos populares se encontraron amenazados por los partidos políticos únicos, que son los medios monopolísticos y oligopolísticos, y respondieron a los reclamos de esos medios. Así, fue aumentando la concentración en estos campos. No quiero mencionar ningún país en particular, pero sí resaltar que hay algunos donde este aumento ha sido del 7% anual acumulativo.

Esto ha llegado a un límite, que es cuando se convierte en un problema de verdadera seguridad para el Estado. Cada vez vamos teniendo mayores proporciones de nuestra población que banalizan la cuestión penal y, al mismo tiempo, se autonomizan las policías, que empiezan a recaudar por su cuenta y adoptan ciertas simpatías y conductas letales, como fusilamientos sin proceso. Los jóvenes marginales se refugian en formas más organizadas, generan condiciones mafiosas de ejercicio de poder punitivo al margen de los jueces y también recaudan fiscalmente. Surgen grupos paramilitares, milicias que también cobran impuestos y ejercen poder punitivo por su cuenta. Toma lugar el caos social, hasta que a algún genio que está en la cúpula del poder se le ocurre bajar las fuerzas armadas a función policial. Como no tienen preparación, cometen errores y pierden el respeto de las poblaciones. Se debilita al Estado en cuanto al monopolio del poder punitivo y de la recaudación fiscal y en cuanto a la defensa nacional.

¿Qué mejor para el colonialismo que Estados debilitados? Ese es el programa. En este programa tiene que ser parte, naturalmente, la criminalización de los líderes populares. No cabe duda. ¿Cómo se logra? A través de un *ménage* complicado en el que participan algunas minorías judiciales y del Ministerio público junto a formadores de opinión de los medios monopolísticos, espías de los servicios de inteligencia — que nunca sabemos el servicio de quién están — y algún policía corrupto. Este *ménage* da por resultado procesos inválidos. Se armaron tribunales mediante el traslado de jueces. Como si fuera un ajedrez, se pusieron las piezas. En Argentina, tuvimos un presidente que dijo “quiero judiciales independientes que me controlen”. Yo nunca confío mucho en los ejecutivos que dicen esto, a nadie le gusta que lo controlen. En contraste, hubo un Ejecutivo que tuvo la rara y muy original sinceridad de decir “quiero jueces propios”. Tuvimos un proceso por traición a la Nación, cuando nosotros tenemos definida esta figura en la Constitución Nacional, donde se establece que sólo puede considerarse traición a la Nación un acto en caso de guerra. Nunca tuvimos guerras, salvo la de Malvinas. Cuando correspondía excarcelar, es decir, hacer cesar la prisión preventiva de algunos dirigentes populares, se inventó una teoría: no se puede excarcelar porque todo corrupto que estuvo en el poder queda con vínculos residuales.

Ese es el método que se usó. Podría seguir con muchos casos de prevaricatos claros, sentencias contrarias al derecho, sentencias sin pruebas, explotación del concepto de asociación ilícita, clonación de procesos. Ni hablar de la situación de Milagro Sala, una dirigente popular de la provincia de Jujuy, cuyo gobernador no tuvo mejor idea que enviar, en la primera sesión de su Legislatura tras asumir la función de gobernador, una ley ampliando el Tribunal Superior de la provincia, generando vacantes que ocuparon dos diputados de su partido que renunciaron a sus bancas y que habían votado la ampliación. Milagro Sala hace 5 años que está, hoy con arresto domiciliario, pero porque lo ordenó la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Nuestros poderes judiciales, en general, participan minoritariamente en el lawfare, en esta persecución política. Son pocos los jueces que participan en esto. Creo que, algunos porque quieren lograr fama; otros porque quieren ascender más rápido dentro de las jerarquías de los poderes judiciales, hacer carrera; otros porque creen que es la forma de dar el salto a la política;

otros por complejos de inferioridad. Se dan cuenta que no tienen poder y acercándose al poder de turno se sienten poderosos. Motivaciones bastante patológicas todas ellas. No digo que sean enfermos, pero son motivaciones bastante neuróticas. Son una minoría. La gran mayoría de nuestros jueces permanece indiferente y ahí está su pecado, porque la minoría ensucia al resto que se refugia en el silencio y coopera por omisión, lo cual es una cooperación importante en esas circunstancias.

Creo que, en la región, esto tiene que hacernos repensar. **Hay una lucha por la recuperación de la política y de nuestros movimientos populares; tenemos que seguir adelante con la lucha anticolonial en esta etapa de colonialismo tardío financiero. Parte de esto tiene que ser la toma de conciencia de la función que cumple el poder punitivo y de la necesidad de redefinir los perfiles de los jueces en nuestras estructuras institucionales judiciales.** Nos han afectado al neutralizar la verdadera acción de contención del ejercicio del poder punitivo de nuestros propios movimientos populares a través de la amenaza de pérdida de votos, de desprestigio y la acusación a nuestros líderes de cómplices y de ladrones por parte de los partidos políticos únicos – los medios de comunicación monopólicos.

Se ha permitido la criminalización de líderes y dirigentes mediante deformaciones institucionales de nuestros poderes judiciales y del deterioro y la degradación de los perfiles de los jueces.

En gran medida, esto no se debe descargar solamente en los jueces, que no nacen de incubadoras: los formamos en las academias. En consecuencia, carguemos cada uno con la parte de responsabilidad que le incumbe en esto. En ese sentido, carguemos nosotros, los académicos, con la pregunta acerca de qué derecho penal, y qué derecho en general, estamos enseñando. ¿Qué teorías jurídicas estamos enseñando? A veces tengo la sensación de que lo que se enseña son teorías jurídicas normativistas cerradas a cualquier dato de la realidad, que para lo único que sirven es, justamente, para el silencio de las mayorías judiciales y para legitimar, racionalizar o neutralizar valores de la mayoría de los poderes judiciales.

Tengamos todo esto en cuenta, porque es parte de una lucha que tiene 500 años, que vamos a seguir llevando adelante, y en la que nuestros pueblos no se van a quedar quietos.



El **Curso Internacional “Estado, política y democracia en América Latina”** es una iniciativa destinada a militantes y activistas sociales, funcionarios públicos, docentes, estudiantes universitarios/as, investigadores/as, sindicalistas, dirigentes de organizaciones políticas y no gubernamentales, trabajadores/as de prensa y toda persona interesada en los desafíos de la democracia en América Latina y el Caribe. Ha sido promovido por el **Grupo de Puebla**, el **Observatorio Latinoamericano de la New School University**, el **Programa Latinoamericano de Extensión y Cultura de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro** y la **UMET**. Fue organizado por la Escuela de Estudios Latinoamericanos y Globales, **ELAG**, y contó con el apoyo de **Página12**.

Coordinación general: **Carol Proner, Cecilia Nicolini y Pablo Gentili.**

1



ALBERTO FERNÁNDEZ

Presidente de la República Argentina

2



JOSÉ PEPE MUJICA

Ex presidente de Uruguay

3



DILMA ROUSSEFF

Ex presidenta de Brasil

4



ELIZABETH GÓMEZ ALCORTA

Ministra de las Mujeres, Géneros y Diversidad de Argentina

5



ÁLVARO GARCÍA LINERA

Ex vicepresidente de Bolivia

6



JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO

Ex presidente de España

7



ALICIA BÁRCENA

Secretaria Ejecutiva de la CEPAL

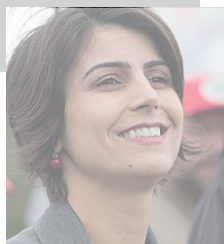
8



EUGENIO RAÚL ZAFARONI

Juez de la Corte Interamericana de Derechos

9



MANUELA D'ÁVILA

Comunicadora y política brasileña

10



ERNESTO SAMPER

Ex presidente de Colombia

11



ESPERANZA MARTÍNEZ

Ex Ministra de Salud Pública y Bienestar Social de Paraguay