

# EL ÚLTIMO ADIÓS A MASSIMO PAVARINI

UN ENCUENTRO EN SU CASA JUNTO A  
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI - PARTE 1<sup>1</sup>

POR GUIDO LEONARDO CROXATTO

## RESUMEN

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 (Universidad di Bologna). Creo que Pavarini estaría, más allá de mis digresiones, muy orgulloso de las "reflexiones" críticas sobre la pena y el “penalismo” que disparó el encuentro con Zaffaroni. Estar ahí, esa tarde, en Italia, poder contarle. Narrar el encuentro entre estos dos gigantes del derecho penal. Pavarini y Zaffaroni. Dos maestros.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho penal mínimo; Modernidad; Genocidio.

---

<sup>1</sup> Una segunda parte de este ensayo será publicado en la 3ra edición de esta Revista Cultural “Espectros”.

## I

“Via Belinzona II”, me repite Raúl (Zaffaroni) en el teléfono. Voz alta, lenta, separando y pronunciando bien cada sílaba (Be-Lin-Zo-Na) para que yo anote. Bologna. La casa de Massimo Pavarini. Donde impartía clases de derecho penal y procesal penal y criminología crítica, representaba para Zaffaroni y para mí, 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 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 (definido, en nuestra visión, muy restrictivamente<sup>2</sup>) en Kampala (Uganda) en el 2010 (antes era un tipo penal abierto) y que empezará a ser juzgado por la Corte Penal Internacional en 2017. Raúl alternaba las lecturas del Estatuto de Roma con libros sobre Friedrich Spee, un poeta jesuita del barroco alemán. Cuestionó duramente el *Malleus Maleficarum*, los procesos por la caza de brujas (*Der Hexenhammer*) en su célebre libro *Cautio Criminalis*: eso de que la tortura fuera un método idóneo para la obtención de ninguna “verdad”. Zaffaroni estaba concentrado en las lecturas (también en los poemas) de Spee (“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, pero también como parte de una “pena” que padecían (porque la tortura era parte de esa pena, de un castigo) esas mujeres torturadas, uno de los primeros críticos del penalismo (que no ha cambiado tanto hasta nuestros días, ha cambiado mucho menos de lo que nos gustaría pensar, no se ha “humanizado” respecto de aquellos días donde la tortura era un método comúnmente empleado y justificado) haya sido un poeta. No un abogado<sup>3</sup>. Raúl tenía, en el Max Planck, su escritorio lleno de libros y bibliografías sobre Spee. Estaba sumergido en ese mundo que cruzaba derecho y poesía alemán. A las 12 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 (o tal vez nunca dejó de ser eso, diría Hulsman, también Spee, cinco siglos antes) nuestra “disciplina”: el (según Naucke *mal llamado*) “derecho penal”<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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”. 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*, con sus críticas (presentes en la *Cautio Criminalis*) a los cómplices de la tortura, de la criminología crítica. Sus razonamientos siguen vivos.

<sup>4</sup> 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. *Negative Strafrecht*; 4 Ansätze. Berlin, Munster, Lit, 2015.

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 filosófico<sup>5</sup>) evaden la realidad 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, al contacto humano. Sabíamos que estaba muy enfermo, que estaba en su casa. Queríamos verlo. Por eso fuimos 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 ellas<sup>6</sup>) como afirma Martha Nussbaum en Chicago, pasa por una reivindicación moral de las “emociones” (largo tiempo negadas en las aulas de abogacía y en la labor de los jueces, que deben ser –se presumen- “neutrales”, imparciales, “objetivos”, inmovibles... “duros” como máquinas, pura razón sin emociones, sin capacidad de “sentir”) es que pensamos que narrar este encuentro “humano”, emotivo, sensible, entre personas, con sus cuerpos, como Zaffaroni y Pavarini, dos referentes sobresalientes de la academia crítica penal, en Italia, puede resultar no solo un ejercicio moral, de reflexión, sino también, como afirma Nussbaum, un ejercicio pedagógico, humanizante, moral, poético. Inspirador. Emotivo. Importante 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 (y esto no es casual, naturalmente, es funcional a una forma de aplicar el Derecho, no solo de enseñarlo, sino de practicarlo, con indiferencia, sin empatía, sin condolerse con el dolor ajeno, sin humanidad), y el Derecho también vive –también crea, crece y se sostiene y se afianza- con las emociones. Aún tenemos un Derecho (Penal) que persiste en “negar” el lugar de los cuerpos y sus emociones y sentidos<sup>7</sup> (cuerpos que enferman, que sufren, que son encerrados, precisamente en el plano penal se realiza esta represión física, pero también simbólica<sup>8</sup>) Defender un “derecho penal” más “humano” (como pide

<sup>5</sup> Que reemplaza la noción de “verdad” por la noción, mucho más práctica, pero también 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 aun 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 está en las consecuencias prácticas. Lo que el Derecho hace, no lo que el derecho promete o dice.

<sup>6</sup> Nussbaum, M. *Justicia Poética*. Ed. Andrés Bello. Bogotá. 1997.

<sup>7</sup> 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)

<sup>8</sup> 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

Zaffaroni, si es que un derecho penal más “humano” es posible, si no es que toda pena –todo derecho “penal”- es inhumano por naturaleza y esencia, como cree Naucke, que impugna el error del liberalismo de autores como Feuerbach<sup>9</sup>) supone 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 (penal o civil) un “negocio”, una mera “profesión” desvinculada, con sus intereses privados, de la Justicia<sup>10</sup>. Que no disfrutan del festival de castigos y cárceles inhumanas (el festival de sangre, de penas) que se reproduce en la región y en el mundo intramuros (Elías analiza este proceso, cuando el dolor se “encierra”, se lo quita de nuestra “mirada”<sup>11</sup>) a diario, no solo en las cárceles “clandestinas”, donde no rige ningún debido proceso sino también en las cárceles “reconocidas” (“humanas”, lo que Zaffaroni llama la “tortura blanca”) donde la regla es, también, la violencia (“institucional”)<sup>12</sup>. Frenar la demagogia punitiva significa tomar conciencia de que la pena es un mal: no es nunca un bien<sup>13</sup>. La pena no ayuda. Empeora. No sirve de mucho. No resocializa, no “mejora”. No “cura”. Tampoco retribuye. Incluso es posible que no sirva de nada, como cree Zaffaroni. Incluso es posible que sea contradictoria y agrave los cuadros sociales de violencia social (es decir, de injusticia) que dice que viene a “solucionar”. Generando más violencia, más delito, más pobreza, más exclusión, más abandono, menos sujetos “rehabilitados”. Más crimen. Más “inseguridad”. Más dolor. Más sufrimiento. En este sentido la pena, toda pena, como creía Antifonte, un presocrático

---

sexualizados, como la modernidad misma, donde el hombre representa la Razón (mundo público), lo abstracto, en tanto la mujer representa “lo emotivo”, (el mundo privado), la corporalidad, las emociones, la sexualidad: la sensibilidad.

<sup>9</sup> 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)

<sup>10</sup> Como cree, entre otros, Marc Galanter. Galanter, M. *Lowering the bar. Legal Jockes 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 tenocratizada) 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 reemplazadas por el análisis económico, hoy de moda. Nussbaum, M. *Sin fines de lucro. Por qué las humanidades le importan a la democracia*. Katz. Buenos Aires. 2014.

<sup>11</sup> Elías, N. *Über den Prozeß der Zivilisation. Soziogenetische und psychogenetische Untersuchungen*. Basel, Verlag Haus zum Falken. 1988.

<sup>12</sup> Porque como sostiene Zaffaroni, no existen las cárceles „sanas y limpias“. Ninguna carcel es „sana“. Ningún encierro (por más que prescinda, como la criminología positivista, que descree 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“.

<sup>13</sup> 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.

hedonista-naturalista, crítico del sistema penal ateniense, es, por justificada que esté, “asocial”. Toda pena –incluso una pena “justa”– sería siempre ilegítima. Es siempre un mal. Para Antifonte, toda pena es un crimen. Es un mal. Una negación del Derecho. Por eso no tiene sentido seguir hablando de un “derecho penal”. Porque hay un punto donde la pena y el derecho se oponen, se niegan, no se complementan. Se contraponen. En la base de esta “contraposición” hay un error, que a su vez fue fundante de la legalidad penal moderna: el error, como afirma Naucke en sus libros 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. No buscarle un “sentido”. Un “objeto”. Una “meta humana”. La pena no humaniza. La pena –el castigo– nos degrada, no nos vuelve, como cree Hegel, más “dignos”. Las cárceles no tienen nada que ver con la “dignidad del Hombre”. Pavarini, crítico de la selectividad, como Zaffaroni, suscribía esta posición. Un derecho penal “no selectivo” (“justo”) es “solo una cosa imaginaria”. Por ende, si el derecho penal (“más humano”, “bueno”, “justo”) no puede no ser selectivo, (antidemocrático por esencia) no puede no ser estructuralmente injusto e inconstitucional. De este modo el derecho penal reproduce los males que ya existen. Los agiganta. Es parte del problema. Aumenta la violencia, no la disminuye. No suspende conflictos sociales, simplemente los reconvierte en conflictos nuevos, de otra naturaleza, involucrando al Estado. La pena no parece el camino. No es un fin (Hegel), pero tampoco un medio idóneo (teorías relativas<sup>14</sup>).

<sup>14</sup> La pena fracasó. La administrativización del Derecho (que se observa en la actualidad, 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) rompe 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 pre-moderna, donde el poder interpretativo vuelve a los juristas y jueces) rompiendo la legalidad, afectando nuestra certeza, afectando el funcionamiento misma de la justicia en la democracia. (Zaffaroni me refería el concepto de *innere Gesinnung, innere Einstellung*, de G. Bettioli, penalista italiano, del cual él era amigo, incluso me contaba un viaje en auto que hicieron juntos, cuando ambos eran jóvenes estudiantes de alemán en el Goethe de Friburgo, en los 70) Bettioli sigue la línea del alemán Eberhard Schmidhäuser, con su *Gesinnungsstrafrecht*. Ya no hay “Gesinnung” posible, no hay “representación” en la persona, no hay “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 demuestra con la consecuente desarticulación de los códigos penales, no es ya un derecho de “ultima ratio”, como postuló el liberalismo ilustrado; 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, y no un medio de “última ratio”) que desconocen 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 éstos, 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.

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<sup>15</sup>. Viajamos con un solo objetivo 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 espera de pie en la puerta interna, al final de un largo pasillo, que cruzamos con Zaffaroni, luego de atravesar un jardín lleno de flores.

---

***“Para Antifonte, toda pena es un crimen. Es un mal. Una negación del Derecho. Por eso no tiene sentido seguir hablando de un “derecho penal”. Porque hay un punto donde la pena y el derecho se oponen, se niegan, no se complementan. Se contraponen.”***

---

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 temas de linchamientos (como una sociedad “lincha”, a quiénes y por qué) y la mal llamada “justicia por mano propia”, que es salvajismo, venganza: barbarie desatada, el fin de la sociedad. También temas de derecho penal internacional, sobretodo buscando interpretaciones más extensivas (menos extemporáneas) para lo que consideramos, en el nuevo siglo XXI, desde la óptica de países emergentes (no potencias industriales, como Alemania y Estados Unidos, que no casualmente tienen una doctrina clásicamente “restrictiva”) “agresiones”. En ese marco se nos ocurrió visitar a Massimo. No fue casual el momento. Discutíamos en un café sobre la doctrinaria origenista de la “salvación de

---

Tal vez se perdió algo que nunca se tuvo (en el Derecho penal) “liberalismo” penal “ilustrado”, un pensamiento “humanista” (y liberal) sobre la pena... una contradicción en los términos. Esta crisis de la codificación penal, producto de la recopilación política irresponsable, superpuesta de leyes (demagogia punitiva) que varían con las épocas, que son siempre de muy corto plazo, rompe la idea unificada y coherente, ilustrada, bienpensante, de un código argumentado. De este modo el Derecho deja de tener fundamentos claros, debatidos, precisos, argumentados, filosóficos. Deja de tener “fundamento” y se convierte en un derecho “dúctil” (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 llamado “activismo judicial”.

---

<sup>15</sup> El emperador Constantino, que terminó con la persecución de los cristianos en el imperio romano de Oriente, fue el primero en mandar a 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.

los demonios”. Orígenes 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 Antifonte, presocrático, pensaba que la pena ya en la Antigüedad representaba un equívoco, porque agiganta los sufrimientos y cadenas de venganzas. También Orígenes, teólogo de Alejandría, puso con su pensamiento en complicaciones a la Iglesia Católica<sup>16</sup>, al sostener la “unidad” de todo lo que existe: el mal y el bien como parte de un “universo”, que necesita, en su integridad, ser asumido y reivindicando, 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, pensándose “distinto” del condenado. Sin separar buenos de malos, santos de demonios, justos de pecadores, Orígenes, con su *doctrina de la salvación de los demonios* (determinante para el pensamiento penal contemporáneo, sobre todo, desde el humanismo cristiano) ponía una piedra sensible en el camino crítico de toda pena, de todo castigo, como un mal, en un sentido no utilitario hedonista (como Antifonte, que cuestiona la pena en sentido netamente práctico, utilitarista, sociológico<sup>17</sup>) sino teológico cristiano. Mientras pensábamos la barbarie que se instala en nuestras sociedades (“justicia ciudadana”) pensamos “tenemos que ir a visitar a Pavarini que lo necesita”. Habíamos asistido con Zaffaroni a un seminario sobre cárceles en Frankfurt<sup>18</sup> 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) con Zaffaroni juntos en un seminario en el Max Planck (Mpier) sobre historia del derecho europeo, en Frankfurt, que en rigor se limitó a analizar históricamente (pero acriticamente, 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 (aun hoy) de castigos y encierros, mostrando todos sus fracasos, dobleces, todas sus 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 mejor que el derecho penal de autor, que el derecho penal del enemigo, pero también

<sup>16</sup> Crouzel, H. *Orígenes. Un teólogo controvertido*. Biblioteca de autores cristianos. Madrid. 2015. (Traducción española realizada por la monjas benedictinas de la Abadía Santa Escolástica de Victoria; Buenos Aires, Argentina, 1998).

<sup>17</sup> Bieda, E. Antifonte Sofista: un utilitarismo naturalista”; en Revista *Méthexis*, Número 21 (2008), Italia.

<sup>18</sup> 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 toda 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.

el liberalismo, como observa Naucke, ha sido funcional y ha sido “responsable” de la erosión continua del Estado de Derecho que vivimos<sup>19</sup>, porque también el liberalismo, con sus justificaciones, con su “buscarle un sentido” y un camino a la pena, contribuyó a su modo a legitimarla, legitimando un sistema de punición que siempre transgrede los límites que le intenta poner o trazar la democracia, terminando en la inhumanidad de todo castigo institucionalizado, de todo encierro, de toda pena, de toda cárcel. Toda cárcel es violencia, toda cárcel representa un mal que una persona padece, y eso trasciende, desde la teoría sobre el rol del Estado, la mera “culpabilidad” de la persona, como brillantemente vio ya en la Antigüedad Antifonte, asimilando el Estado que “pena”, que reparte “penas” a un Estado criminal; como un Estado terrorista, que legitima, con sus penas, el “terror”. Por eso Alagia deduce de la posición de Zaffaroni que el riesgo del penalismo es el que el mismo tiende naturalmente a un genocidio, a un “crimen de masa”<sup>20</sup>. De allí que Bauman asocie, en la historia alemana, de tanta evolución penal, de tanta dogmática y racionalización del castigo: Modernidad y Holocausto. Así como el terrorismo de Estado torturaba y desaparecía “culpables”, personas que “algo habrán hecho”, la diferencia con la pena, con el penalismo, con la justicia “penal” no es sustantiva, es de grado, por eso debe ser, a la luz de los argumentos de Naucke, Zaffaroni, Pavarini, visibilizada como lo que es, violencia, crimen, no-justicia, no-derecho, del mismo modo que se denunció el terrorismo de Estado<sup>21</sup>).

<sup>19</sup> 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 estados normales el 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”; véase Castel, R. *Qué es estar protegidos*. Manantial. Buenos Aires. 2010) 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, veloz, no argumentada) de normas (penales), que causa la descodificación gradual de todo el Derecho (no solo penal), afectando la certeza, reemplazándolo por conjuntos superpuestos e inorgánicos de leyes. La prisión preventiva es la regla, no la excepción, en este marco, y esto porque el derecho penal no es ya derecho de “ultima ratio” sino de *primera ratio*.

<sup>20</sup> Alagia, A. *Hacer Sufrir*. Ediar. Buenos Aires. 2014.

<sup>21</sup> 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”) 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. El liberalismo nunca trascendió, en el plano penal, el nivel del discurso. Por eso el penalismo puede terminar



“Vamos a verlo”, coincidimos con Zaffaroni en un café, a unas pocas cuerdas del instituto Max Planck (MPIeR). “Nunca había encontrado el momento, pero quiero ir”, dijo Raúl. Y finalmente fuimos.

---

***“También Orígenes, teólogo de Alejandría, puso con su pensamiento en complicaciones a la Iglesia Católica al sostener la “unidad” de todo lo que existe: el mal y el bien como parte de un “universo”, que necesita, en su integridad, ser asumido y reivindicando, sin “dividir”, sin condenar, porque toda condena supone un recorte de lo “uno”.”***

---

## II

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*, (editado por Del Puerto, que yo leí por primera vez con Gabriel Anitua en la UBA) ese brillante alegato en contra de las penas. Libro en que el autor denuesta el castigo y demuestra cómo una por una han caído –fueron cayendo, han fracasado- todas las argumentaciones o legitimaciones (las pantallas) penales, todas las “teorías re”, de la pena, que 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”. Pero sin discurso, sin moral, sin “fines” *re* (de resocialización, rehabilitación, reintegración, etc., todas las teorías-categorías *re* han caído, han naufragado, con el liberalismo) en cuanto tal. En este sentido también asistimos, podríamos decir con Ferrajoli (que lo sostiene en otro debate constitucional, impugnando el principalismo<sup>22</sup>) a una regresión pre moderna. (Esto es lo que postula la teoría agnóstica de la pena, esto 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 del castigo). Es violencia (poder desnudo, sin fundamento, pero con objetivos que requieren formas de castigo y de control) que no sirve, que no mejora, a las personas: las daña siempre. En este sentido, los campos de exterminio son la expresión última, pero más cabal, de un saber (de un modelo) penal, de

---

en un Holocausto. O en un genocidio por goteo. Por eso Eugenio 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*. Utopía libertaria. Buenos Aires. 1998)

<sup>22</sup> Ferrajoli, L. „Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista“. En *Revista Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 34 (2011) pp. 15-53.

un modelo que “pena y castiga” personas, como el terrorismo de Estado, que es el “modelo” al que aspira (lo que está latente detrás de) todo estado de policía, todo “poder punitivo desatado”<sup>23</sup>. Toda pena es un genocidio latente. Tal, el “modelo”: el campo de exterminio es la expansión de la cárcel, con su administración burocrática, sus funcionarios ciegos, aplicando la “pena” a los condenados, encerrados, que en general provienen, como afirma Zaffaroni, de los mismos sectores sociales carecientes, vulnerados<sup>24</sup>.

Lo que define a la pena es su inhumanidad. Su capacidad de transgredir siempre los límites de la Constitución y el liberalismo legalista<sup>25</sup>. Del “garantismo”, tan denostado, no por accidente. No mejoran las personas en la cárcel. De allí la teoría agnóstica de la pena. Zaffaroni decía “pero el título debió ser arte asqueroso, no abyecto” (discutíamos la traducción del título del trabajo en castellano) porque se pierde con “abyecto” (suena mejor, es más refinado, más sofisticado, es cierto, más literario, “más elegante”, dijo Zaffaroni) la connotación o referencia implícita histórica, repugnante, que viene de Francesco Carrara, y su “la schifosa scienza”, arte asqueroso: (legitimar a) la pena es —y debe ser visto como— un *arte asqueroso*. Como una *schifosa scienza*. Y Raúl en esto, en el living de Pavarini, mientras comíamos unos duraznos que nos había traído Pica, mujer de Massimo, fue terminante. Pavarini —cuando le mencionamos el debate que veníamos teniendo con Zaffaroni en Friburgo, incluso en el tren a Italia, pocas horas antes— 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 más evidente, es verdad.

No es sólo 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) ven —los neokantianos por ejemplo— como “ciencia”. La pena —el derecho “penal”, el derecho de la pena— no es, como cree Raúl, una ciencia, aunque la racionalización extrema (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

<sup>23</sup> 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).

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> 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*. Ed. Manantial. Buenos Aires. 2001)

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) nos haga pensar lo contrario. 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 graves 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” –el nuevo estado “normal”- 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”, etc.). Más crimen. Violencia institucional. O derecho o pena. No ambas. Es una disyuntiva de hierro. Así lo plantea Pavarini, como Naucke.

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 I8. Habíamos sacado tickets en el mismo tren. Viajamos juntos de Milán a Bologna<sup>26</sup>. Fuimos al hotel a dejar unas cosas, primero. Luego, como nos sobraba tiempo, caminamos por las calles de Bologna, el hotel 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 II, 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 Pitsch sobre feminismo que había leído en cursos de Gabriel Antinua 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”. 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

---

<sup>26</sup> 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 Becchis, director de Garage Olimpo, que actualmente vive en Milán.

Zaffaroni y a mi 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 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.

---

***“Toda pena es un genocidio latente. Tal, el “modelo”: el campo de exterminio es la expansión de la cárcel, con su administración burocrática, sus funcionarios ciegos, aplicando la “pena” a los condenados, encerrados, que en general provienen, como afirma Zaffaroni, de los mismos sectores sociales carecientes, vulnerados.”***

---

Con pudor, en un determinado momento me acerco a Pavarini 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 hay un poco de luz”. Todavía queda un poco de luz, fue su frase. (Era tarde, pero en Europa, Agosto es verano, 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.



*De izq. a der.: Massimo Pavarini, Eugenio Raúl Zaffaroni y Guido Croxatto.*

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. Luego, Pavarini le pide a Pica 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. Él dice gracias. A mí 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 crecimiento, 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. La mujer de Pavarini en su estudio, abajo (Pica, que preparó con enorme amor una cena exquisita que su propio marido no pudo probar, ya que le costaba tragar, incluso cosas blandas le resultaban duras, y a mí 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), mientras buscábamos unos libros y una 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 su pensamiento (el pensamiento de Massimo) se pone... traga saliva, no podía seguir, mientras las lágrimas caían de sus dos hermosos ojos azules... Ambivalente; triste por un lado, alegre por el otro. “Estoy triste, sabes, porque siento que lo estamos perdiendo”. 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 respondió “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”<sup>27</sup>. *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 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

<sup>27</sup> 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.

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 materia penal. “Aunque no sea fácil”. *No nos vamos a mover ni un sólo 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. Le pregunta Pica, mirándolo a los ojos: nada. No podía comer. Aun así estaba en la cabecera de la mesa. Feliz. Valiente. Firme. Consciente. Con Zaffaroni y yo a la izquierda de Massimo, frente a nosotros Pica, una abogada feminista 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 lo íbamos a volver a ver 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” —*meramente imaginaria* 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” a lo que yo respondí 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 el derecho penal —en mi opinión, todo derecho penal- 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 “meramente imaginaria”*. Luego Massimo 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 (el espacio más progresista en términos penales de toda Alemania, instituto jurídico dirigido por Klaus Günther, discípulo de Habermas, crítico del principalismo 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) a lo que **Wolfgang**

**Naucke**, eminencia, respondió en alemán (Zaffaroni me miró durante el seminario, sorprendidos ambos de que Naucke estuviera vivo; estuviera allí, en la conferencia) que había una sola forma de construir un “Menschliches Strafrecht” (un derecho penal más humano, como quería Zaffaroni) y es construyendo, dijo Naucke en alemán, 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”<sup>28</sup>.

---

***“No vamos a ceder. Vamos a seguir este pensamiento crítico en materia penal. “Aunque no sea fácil”. No nos vamos a mover ni un sólo milímetro de allí. Como te dije en el estudio de Massimo en Bologna hace apenas unas meses, Pica: te lo prometo.”***

---

### III

Cuando nos íbamos de la casa de Pavarini, ya tarde, Raúl me dice “mira Guido que ni él (Pavarini) ni yo somos abolicionistas”. A lo que yo respondí “yo tampoco Raúl, yo tampoco”. Pensaba entonces en los criminales procesados y condenados por crímenes de lesa humanidad en Argentina, 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. Cárceles para el crimen de cuello blanco, que es 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 que 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

---

<sup>28</sup> Fue la primera y única vez que vi 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.



imputación en el Derecho. Todos estos aspectos –de la filosofía moderna, del humanismo, una filosofía hoy en crisis<sup>29</sup>- deben ser repensados. El discurso de la modernidad –sobre el que se edificó la legalidad y el Derecho- debe ser repensando.

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. Raúl más, pero no lo decía. Teníamos la seguridad de haber hecho lo correcto en haber viajado juntos ese día a Bologna desde Alemania 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<sup>30</sup>.

\*\*\*

*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”.*

\*\*\*

Pero estamos nosotros Pica. Estamos para seguir su pensamiento. Pica, ahí, se secó las lágrimas y me dijo "eso espero". *Seguirlo a Massimo no es fácil*. Claro que no es fácil. Para eso estamos. 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 matice) 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

---

<sup>29</sup> Pienso en el estructuralismo francés de Claude Levi-Strauss y en sus debates con el humanismo (existencialista) de Sartre. El anti-humanismo estructuralista francés, con sus críticas al lenguaje de la modernidad (Acto, Voluntad, Libre Albedrió, 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.

<sup>30</sup> 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.

producido, un “fundamento”. Un “objetivo”. Un argumento. 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 (ya que Feuerbach desarrolla 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 Naucke<sup>31</sup>, la establece, la convalida, la “reglamenta”<sup>32</sup>) Pero no se puede ser las dos cosas al mismo tiempo.

El derecho está para combatir el mal que la pena produce: *la categoría misma de “derecho penal” debe ser reemplazada.*

Porque *no hay derecho donde hay pena.*

Solo padecimiento.

[gcroxatto@zedat.fu-berlin.de](mailto:gcroxatto@zedat.fu-berlin.de)

---

<sup>31</sup> Naucke, W. “Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs”, en *Kieler rechtswissenschaftliche Abhandlungen*. Nr. 3. Hamburg, 1962.

<sup>32</sup> 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. *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.