

HÉCTOR H. HERNÁNDEZ

# EL GARANTISMO ABOLICIONISTA

Estudio sobre la «Criminología crítica»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS.....	27
PRÓLOGO.....	29

## PRIMERA PARTE LA «CRIMINOLOGÍA CRÍTICA» DEL DOCTOR ZAFFARONI

### PRIMERA SECCIÓN SU DOCTRINA PENAL (EXPOSICIÓN Y ANÁLISIS CRÍTICO)

<b>Apartado I: Punto de partida. Ilegitimidad.....</b>	<b>37</b>
CAPÍTULO 1. Dos etapas .....	37
CAPÍTULO 2. Ilegitimidad del sistema penal ( <i>Incompatibilidad con los derechos humanos; inconstitucionalidad</i> ) .....	41
1. Paso estratégico .....	42
2. Consideración esencial .....	42
3. Confirmación .....	44
4. ¿Y los tratados de derechos humanos? .....	44
5. ¿Cómo saber a qué atenernos? .....	46
6. Inconstitucionalidad de las penas .....	46
7. <i>El enemigo en el Derecho penal</i> .....	47
8. <i>Estructura básica del Derecho penal</i> .....	47
9. «Estado de policía» <i>versus</i> «Estado de derecho».....	47
10. Doctrina permanente .....	49
11. La palabra «justo» .....	50
12. Pasos menos radicalizados .....	50
CAPÍTULO 3. Lógica .....	53
A. Valoración e ilegitimidad .....	53
1. La norma se funda en el valor .....	53
2. Consecuencia.....	54

	Pág.
3. Inferencia.....	54
4. Aproximación a una hermenéutica.....	55
5. Dos sentidos de «utopía».....	56
6. La pregunta.....	56
B. Derechos humanos, razonabilidad, valor (Construcción solidarista).....	57
1. Derecho subjetivo.....	57
2. Derechos humanos (I).....	57
3. Razonabilidad, inconstitucionalidad y aniquilación jurídica.....	59
4. Seguridad jurídica.....	59
CAPÍTULO 4. Notas metodológicas (1).....	61
<b>Apartado II: Abolicionismo</b> .....	<b>65</b>
CAPÍTULO 5. Dio el paso ( <i>Cancelacionismo</i> ).....	65
1. El minimalismo como tránsito al abolicionismo ( <i>En busca...</i> ).....	66
2. Lo vieron abolicionista sus admiradores.....	68
3. El libro <i>Encuentro con las penas perdidas</i> .....	70
4. La tapa del libro.....	71
5. Nino lo vio abolicionista.....	72
6. También Elbert y Donna lo vieron así.....	72
7. ¿Qué es el abolicionismo según Elbert?.....	74
8. Guillermo Yacobucci.....	74
9. Su descripción del abolicionismo.....	74
10. Sus impugnadores al cargo de juez de la Corte.....	75
11. Prólogos y divulgación de autores abolicionistas.....	76
CAPÍTULO 6. El objetivo y la profecía ( <i>Objeciones. Precisiones</i> ).....	77
A. Cuestiones pendientes.....	77
1. Objeción.....	78
2. Tres distinciones.....	78
3. Textos variados.....	78
4. Distinción entre objetivo o ideal y pronóstico o conjetura o profecía.....	80
5. ¡La conciencia todavía!.....	80
6. Fines y medios.....	81
7. Una hipótesis.....	82
8. Abolicionismo ingenuo y abolicionismo científico o político.....	82
9. Excepciones a la regla.....	83
10. ¿Otro «modelo de sociedad»?.....	85
11. <i>Excursus</i> con otra hipótesis.....	86
12. Confirmación con sus obras escolásticas.....	86
13. Inconstitucionalidad del Derecho penal-penal.....	87
14. «Definición mejicana».....	87
15. <i>El enemigo en el Derecho penal</i> .....	87
B. Observaciones.....	89
1. El juez penal y el sacerdote descreído.....	89
2. Doble vara.....	90

	Pág.
3. Más que «doble vara», «Derecho penal del enemigo». La grave acusación de Fayt .....	90
4. Qué no es y qué es decir de alguien que es abolicionista .....	92
<b>Apartado III: Fundamentos. Observaciones. Construcción solidarista .....</b>	<b>95</b>
CAPÍTULO 7. Sistema de muerte .....	95
A. El arsenal argumentativo .....	95
1. Objeto y corte de camino .....	95
2. Sistema irracional .....	96
3. Muerte .....	97
4. Expropiación del conflicto .....	97
5. Selectivo .....	98
6. «La lógica del carnicero responsable» .....	98
7. Peligrosidad y reproche .....	99
8. Indiferencia por las víctimas .....	99
9. Aumento de pobreza .....	100
10. Presos sin condena .....	100
11. «Monopolio del delito» .....	100
12. Lesiones culposas y abortos .....	100
13. «Evitar la coalición» .....	101
14. La agencia judicial .....	101
15. Aparatos de propaganda e invención de la realidad .....	101
16. «Genocidio» .....	102
17. «Jaulas» .....	103
18. «Policización» .....	103
19. Guerra a la gente .....	104
B. Clasificación de los argumentos contra el sistema penal .....	104
CAPÍTULO 8. Suponer lo que se niega ( <i>Críticas y elogios</i> ) .....	107
1. Al argumento de «violencia y arbitrariedad». Selectividad .....	107
2. Los solidaristas de acuerdo .....	108
3. Aciertos zaffaronianos .....	109
4. Lo que se discute .....	111
5. Algunas consideraciones previas. Lo que se sigue y lo que no se sigue .....	111
6. Observación crítica al argumento de la selectividad .....	112
7. ¿Suprimir o denunciar la selectividad? .....	113
8. El magisterio de Tomás de Aquino (1) y el valor del argumento .....	114
9. Posible objeción .....	115
10. Las desigualdades injustas cometidas no justifican otras desigualdades injustas fundadas en aquellas desigualdades .....	115
11. Dos casos de combate a la selectividad .....	117
12. ¿Cuál sería la conducta «materialmente ética»? .....	117
13. El argumento con la impunidad del aborto .....	119
14. Interrogantes .....	120
CAPÍTULO 9. El problema ¿no está en otra parte? ( <i>«Arbitrariedad» y desviación</i> ) .....	121
A. ¿Qué valor da el crítico al primer argumento? .....	121

	Pág.
1. Interrogantes .....	122
2. Minusvaloración del delito.....	122
3. El delincuente serial apulserado .....	123
4. El problema está en otra parte.....	124
B. La inocencia y el crimen.....	126
1. Problemática.....	126
2. La ley.....	128
3. El magisterio de Tomás de Aquino (2) .....	128
4. La ley jurídica natural (Derecho natural 1) .....	129
5. El Magisterio de Bernardino Montejano .....	130
 CAPÍTULO 10. «Conspiracionismo» .....	 131
1. Opiniones de «cotrincheristas». Tessio y Parma.....	132
2. Excursus foucaultiano (I).....	133
3. De Olazábal y Elbert .....	133
4. Las críticas metodológicas de Carlos Nino .....	134
5. Generalizaciones o atribuciones o conexiones no probadas ni intentadas probar .....	135
6. Recapitulación .....	139
 CAPÍTULO 11. «Expropiación del conflicto» .....	 141
A. El segundo argumento y su problemática .....	141
1. La tesis .....	142
2. Su problemática.....	142
3. Retira de circulación.....	145
B. Observaciones .....	145
1. «Diversión».....	145
2. Prospectiva .....	146
3. Trascendencia del delito. El magisterio de Camilo Tale (1).....	146
4. Solidarismo. El magisterio de Carlos Sacheri (1) y de Juan Llambías de Aze- vedo.....	147
5. Orden natural, Estado y delito .....	148
6. El delito afecta a la comunidad. El magisterio de Tomás de Aquino (3) .....	149
7. El magisterio de Tomás de Aquino (4) .....	151
8. Ley penal natural y ley penal positiva.....	151
9. ¿Y los derechos de las víctimas? El magisterio de Tomás de Aquino (5) .....	152
 CAPÍTULO 12. ¿Cuál es el principio del Derecho penal? ( <i>Construcción solidarista</i> )....	 155
1. «No es justo penar».....	155
2. ¿Dónde encontrar los fines? .....	156
3. La experiencia jurídica. El magisterio de Guido Soaje Ramos (1) y el magis- terio de Félix Adolfo Lamas (1).....	157
4. El método no escapa a la Criminología crítica .....	158
5. El ejemplo del puñetazo .....	159
6. Valoración.....	159
7. ¿Qué hay que hacer ahora?.....	160
8. La justicia política.....	163
9. El magisterio de Francesco Carnelutti (1).....	164

	Pág.
10. «Comienzo» del Derecho penal.....	164
11. Principio del Derecho penal .....	165
12. Lo justo penal.....	167
13. ¿Un principio aledaño o concomitante o previo?.....	168
14. El hombre de la calle tiene razón.....	169
CAPÍTULO 13. Crítica principal al Garantismo abolicionista .....	171
1. Queda dicho .....	171
2. El principio en la Criminología crítica .....	172
3. Consecuencias de ser «principio».....	172
4. Cotejo.....	173
5. Consecuencia del cotejo.....	173
CAPÍTULO 14. Diccionario ( <i>Nota metodológica 2</i> ).....	175
1. «Garantista» .....	175
2. «Garantoabolicionismo».....	176
3. Relación entre el Criminólogo crítico y el Garantoabolicionismo.....	177
4. ¿Por qué no nos llamamos «garantistas» ni llamamos al «Garantoabolicionismo» con la denominación de «garantismo»? .....	177
5. ¿Quién es quién? .....	177
6. Incidencia de factores extraacadémicos .....	178
7. Las categorías de «minimalismo» y de «abolicionismo» .....	179
8. La propia posición.....	182
9. Cómo sigue .....	183
CAPÍTULO 15. El fin retributivo en la Criminología crítica ( <i>Exposición</i> ).....	185
1. Clasificación de los fines de la pena.....	185
2. Argumentación que hace contra el retributivo .....	186
3. Crítica que hace al fin retributivo en <i>Estructura básica del Derecho penal</i> .....	189
CAPÍTULO 16. Justificación del retributivo ( <i>Doctrina solidarista</i> ) .....	191
1. Iniciativa y retribución .....	191
2. El fin retributivo de la pena .....	192
3. ¡Ya llegamos! El método de la ética. El magisterio de Camilo Tale (2). El magisterio de Von Hildebrand .....	193
4. El magisterio de Carnelutti (2).....	193
5. Derecho natural 2. El principio del Derecho penal. El Magisterio de Carnelutti (3) .....	194
6. Conclusión crítica.....	194
7. Observaciones a la crítica efectuada en <i>Estructura básica del Derecho penal</i> .....	195
8. Discusiones .....	198
9. Lo que no significa «fin retributivo» .....	199
CAPÍTULO 17. «Ojos para ver» ( <i>Comprensión del adversario</i> ).....	203
1. La lógica del antipenalismo.....	203
2. El magisterio de Carnelutti (4).....	204

	Pág.
3. Un bien de otro orden. El magisterio de Pío XII (1).....	204
4. Dónde se da el mal del delito.....	205
5. Materialismo de la Criminología crítica marginal según Yacobucci.....	205
6. Aspectos gnoseológicos.....	206
7. «Absoluta». El magisterio de Hans Welzel (1).....	207
8. Encarnar la justicia.....	207
9. «El umbral de Dios».....	208
10. El magisterio de Hans Welzel (2).....	209
CAPÍTULO 18. Los presupuestos del Derecho penal ( <i>Parte constructiva</i> ).....	211
1. Justicia.....	211
2. Aspectos morales.....	212
3. Aspectos antropológicos.....	213
4. Aspectos políticos.....	215
5. Bien común político. El magisterio de Guido Soaje Ramos (2).....	215
6. Estado. Autoridad política.....	216
7. El magisterio de Aristóteles.....	216
8. <i>Ius puniendi</i> . Remisión.....	216
9. El Estado argentino y los tratados internacionales.....	217
10. El magisterio de Sergio Castaño.....	218
11. ¿Dios y el Derecho penal?.....	218
12. El anarquismo y Dios según Karl Schmitt.....	218
13. Relación entre principios y garantías.....	219
CAPÍTULO 19. Allanamiento ( <i>La discusión con Nino</i> ).....	221
1. Síntesis correcta de Nino.....	221
2. Desafío.....	223
3. Contesta el autor de <i>En busca de las penas perdidas</i> .....	223
4. Negro sobre blanco (1).....	223
5. Delitos atribuidos a los militares argentinos.....	224
6. Negro sobre blanco (2).....	227
7. Penas contra torturadores.....	227
8. Negro sobre blanco (3).....	229
9. Negro sobre blanco (4) (tres columnas).....	230
10. El cambio de sociedad.....	232
11. Sentido común.....	232
12. Negro sobre blanco (5). Admite y rechaza la venganza.....	233
13. El magisterio de Tomás de Aquino (6).....	234
14. Significado de las respuestas a Nino.....	235
15. La virtud de las teorías negativas de la pena.....	235
CAPÍTULO 20. Pluralismo de fines de la pena jurídica ( <i>Construcción - Doctrina solidarista</i> ).....	239
1. Posibilidad psicológica de muchos fines de un mismo acto.....	240
2. El art. 18 de la Constitución Nacional argentina.....	240
3. Las modas y el Derecho penal.....	241
4. Retributivo.....	241
5. El magisterio de Francesco D'Agostino.....	242
6. La doctrina católica.....	243

	Pág.
7. El magisterio de Camilo Tale (3).....	244
8. Otros fines: Inocuidización .....	244
9. Escarmiento .....	245
10. Educativo.....	245
11. El magisterio de Tomás de Aquino (7) y de Manuel Belgrano .....	245
12. Evitar la venganza.....	246
13. Disuasivo.....	246
14. Ejemplaridad .....	246
15. Expiación.....	246
16. El magisterio de Carnelutti (4) y de Pío XII (2).....	246
17. Sensación de seguridad .....	247
18. El magisterio de Camilo Tale (4).....	247
CAPÍTULO 21. Críticas al crítico ( <i>I: Sobre historia, clasificación de los fines y la crítica al retributivo</i> ).....	249
1. Refutación del antirretributivismo.....	249
2. Freud. Remisión. Confirmación con Sebrelli .....	250
3. Reductivismo .....	250
4. Horizonte histórico .....	250
5. El magisterio de Camilo Tale (5).....	251
6. ¿«Teorías absolutas»?.....	252
7. Estilo político agonal.....	252
8. Un alto en el camino.....	253
9. Deductivismo.....	254
10. La crítica de Donna a propósito de Kant. De nuevo Tale .....	254
11. Carga de la prueba .....	255
12. Mala presentación de las posiciones divergentes .....	255
13. Confusión de lo normativo con lo fáctico .....	256
14. Otra crítica de Donna .....	256
15. Retributivo y sociedad.....	257
CAPÍTULO 22. Pena y sentido común ( <i>Críticas al crítico sobre los fines de la pena —II— Los fines preventivos</i> ).....	259
A. Exposición .....	259
1. Prevención general negativa .....	259
2. «Prevención general positiva» .....	260
3. Prevención especial positiva .....	261
4. Prevención especial negativa.....	261
B. Algunas observaciones críticas.....	262
1. Críticas que no dan en el blanco retributivista.....	262
2. Confesión de parte .....	262
3. Relativismo .....	265
4. «Obstáculo mecánico».....	267
5. Todo el derecho influye.....	267
6. Educación y naturaleza humana .....	268
7. El magisterio de Camilo Tale (6).....	269
8. El Estado y los bienes jurídicos protegidos .....	269
9. Al argumento del deterioro. El magisterio de Siro De Martini .....	270
10. Holocausto .....	271

SEGUNDA SECCIÓN  
¿CÓMO HACER PARA ABOLIR EL SISTEMA PENAL?

<b>Apartado I: Estrategia y táctica</b> .....	275
CAPÍTULO 23. «Epifanía de Santa Fe de la Vera Cruz».....	275
1. Secuencia .....	276
2. Una empresa salvadora .....	276
3. Método.....	276
4. Síntesis de la estrategia.....	276
5. Autenticidad de «la Epifanía» .....	277
6. Diafanidad .....	278
7. Encuentro con las penas perdidas .....	278
CAPÍTULO 24. Poder que destruya poder (« <i>La técnica del yudoca</i> »).....	283
1. Empresa .....	283
2. Fin. Estrategia. Táctica.....	284
3. Exposición sintética de la táctica .....	284
<b>Apartado II: Fuentes doctrinales, presupuestos del Derecho penal, justificación del <i>ius puniendi</i></b> .....	291
CAPÍTULO 25. Influencia marxista en la Criminología crítica .....	291
1. La presencia de Baratta .....	292
2. La Criminología crítica según Creus, Yacobucci y Donna .....	292
3. El camino de las «deslegitimaciones».....	293
4. La libertad humana en cuestión.....	294
5. De nuevo la crítica de Donna .....	295
6. Inventario de negaciones.....	295
7. La enseñanza de Guillermo Yacobucci .....	296
8. Foucaultianas VII.....	297
9. Discipulado.....	298
10. «El delito no existe». Fuga de tema.....	299
11. Intermedio hipotético consecucional.....	301
12. Los principales abolicionistas. De nuevo Foucault VIII .....	301
13. El magisterio de Aníbal D'Angelo Rodríguez .....	303
14. Semejanzas doctrinales.....	303
15. El uso alternativo del derecho .....	304
16. Aplicación inmediata.....	305
CAPÍTULO 26. «Gnoseología cratológica».....	309
1. Omisión de la justicia .....	309
2. Mesianismo ausente. La enseñanza de D'Angelo Rodríguez (2) .....	310
3. «Piadosa y justiciera» .....	310
4. La realidad y el conocer .....	311
5. Praxismo .....	312
6. Sentido de «discurso» (Foucaultianas IX) .....	314
7. La dialéctica llevada a la acción humana.....	314

	Pág.
8. Un prólogo bélico.....	315
9. La moral dialéctica .....	316
10. Observación metodológica. El magisterio de Carlos Alberto Sacheri (2).....	317
11. Táctica.....	317
12. «Conseguir que ya no sepan qué hacer». Foucaultianas X.....	318
13. El dictamen del iusfilósofo Guibourg.....	319
14. Gramsci.....	319
 CAPÍTULO 27. Estado y Derecho penal.....	 321
1. Un texto del Criminólogo crítico sobre el Estado .....	322
2. Lenin, Estado y sistema penal.....	323
3. El «hombre nuevo» .....	325
4. El magisterio de Carlos Ignacio Massini .....	326
5. Utopía y fines perfectivos de la naturaleza .....	327
6. El magisterio de Carlos Alberto Sacheri (3).....	328
7. Necesidad del sistema penal .....	328
8. ¿Otro sistema penal-penal con otro contenido? .....	329
9. Abolicionismo y pensamiento utópico según los abolicionistas .....	330
10. Pensamiento utópico y derechos humanos. El magisterio de Max Scheler ...	333
11. El magisterio de Víctor Frankl.....	334
 CAPÍTULO 28. El <i>ius puniendi</i> estatal ( <i>Construcción solidarista</i> ).....	 335
1. Humanidad del Estado .....	335
2. Solidarismo no es absolutismo.....	336
3. Tercera posición. El magisterio de Johannes Messner y de Carlos Alberto Sacheri (4).....	337
4. El buen orden social.....	338
5. El magisterio aristotélico y el magisterio de Sergio Castaño (2).....	338
6. «Conflictivismo» <i>versus</i> «concordismo». El magisterio de Agustín de Hipona y el de Félix Adolfo Lamas (2).....	339
7. El titular del <i>ius puniendi</i> .....	340
8. La República Argentina como titular del <i>ius puniendi</i> .....	341
 CAPÍTULO 29. La Escuela de la Criminología crítica.....	 343
1. Distinción básica .....	343
2. El magisterio de Creus y de Donna .....	344
3. La Criminología crítica, anarquismo y cambio de horizonte.....	345
4. Criminología en el Criminólogo crítico .....	346
5. Criminología crítica, marxismo y abolicionismo.....	349
6. Los principios de la Criminología crítica según Yacobucci.....	350
7. Mathiesen y un tiro por la culata del abolicionismo .....	351
8. El caso danés .....	351
9. El caso sueco.....	352
10. Leo Hulsman .....	350
11. Nils Christie.....	350
12. Observaciones a Christie.....	354

SEGUNDA PARTE  
**GARANTOABOLICIONISMO**

PRIMERA SECCIÓN  
**GENERAL. GARANTÍAS. DESCRIPCIÓN. MÉTODO**

<b>Apartado I: Planteo: Garantías y falsas dialécticas</b> .....	361
CAPÍTULO 30. Defensa de las garantías.....	361
1. Dentro del principio están las garantías.....	361
2. Modo de operar de los principios.....	362
3. El magisterio de Tomás de Aquino (8) y de Víctor Cathrein.....	363
4. Cómo operan los «principiados» desde los principios.....	364
5. La supergarantía olvidada.....	365
6. División de poderes.....	367
7. Presunción de inocencia. El magisterio de Tomás de Aquino (9).....	368
8. Debido proceso.....	369
9. Derecho de defensa. En los judíos y en los romanos.....	370
10. Ley previa.....	371
11. El magisterio de Javier Hervada.....	372
12. ¿Somos garantistas?.....	372
13. Violación de las garantías de «El Primer Sector». Daniel R. Pastor y el Derecho penal de doble vara.....	373
CAPÍTULO 31. Geometrías de café ( <i>Las falsas dialécticas en el Derecho argentino. «Lo primero es lo primero»</i> ).....	375
1. Inflación legislativa <i>versus</i> abolicionismo o minimalismo.....	376
2. «Mano dura»-«Derechos humanos» (= abolicionismo).....	376
3. Abogados buenos-policías malos.....	376
4. «Oral-escrito».....	377
5. «Acusativo-inquisitivo».....	378
6. Ejemplificación con un autor: Cafferata Nores.....	379
7. Tres observaciones a Cafferata Nores.....	380
8. Acusatorio y división de poderes (Razón republicana I).....	381
9. El jurista Maier y otra filosofía penal.....	381
10. De nuevo la «expropiación del conflicto».....	382
11. Acusatorio, conciencia y responsabilidad (Razón republicana II).....	382
12. Ud. es juez y debe fallar.....	382
13. Carencias del «juez de palo».....	383
14. «Garantías-represión».....	385
15. «Combatir la pobreza» (= prevenir bueno) <i>versus</i> «reprimir» (malo). Remisión.....	385
16. «Hay-no hay» aumento de la criminalidad (derecha e izquierda).....	386
17. El aumento de la criminalidad como invento de la derecha.....	386
CAPÍTULO 32. Cómo sigue ( <i>Nota metodológica 3</i> ).....	389
1. Razones para no llamarnos/llamarles «garantistas».....	389
2. «Garantoabolicionistas».....	390
3. Esta Segunda parte.....	391

	Pág.
<b>Apartado II: Ensayo de Presentación</b> .....	393
CAPÍTULO 33. Radiografía del Garantismo abolicionista.....	393
1. Cómo se presenta. Razonabilidad inicial.....	393
2. Fenomenología fallada. Dogmas.....	394
3. Garantías y derechos humanos.....	394
4. La revolución permanente.....	395
5. Potenciación a la eminencia y elevación a nivel constitucional.....	396
6. Denostación del adversario. Falta de citas de autores concretos. El espantajo y la teoría del complot.....	396
7. Los pactos o tratados internacionales.....	397
8. El ejemplo de Daniel Carral.....	398
9. El cambio es gratis y trae ventajas.....	399
10. Soberanía argentina.....	400
11. Benignidad probatoria y admisoría.....	401
12. Visión sesgada e ideológica.....	401
13. No son constitucionalistas.....	402
14. División de poderes y seguridad jurídica.....	403
15. Festejar, descansar y culpar al Estado.....	403
16. Las verdaderas garantías.....	404
17. La maldita policía.....	405
18. La bendita prescripción.....	405
19. El paso a la legislación.....	406
20. Amedrentamiento por amedrentados.....	406
21. ¿El duro represivismo con «Los Dos Sectores» como otra nota del Movimiento.....	406

SEGUNDA SECCIÓN  
LOS MEDIOS PARA EL FIN

<b>Apartado I: En el Criminólogo crítico</b> .....	409
CAPÍTULO 34. La redefinición del Derecho penal.....	409
A. Exposición.....	409
1. El problema y su solución.....	409
2. Poder punitivo y Derecho penal.....	410
3. Comparación con el Derecho internacional.....	411
4. En la lógica del «reducir y contener» está el suprimir.....	411
5. ¿Argumentación coherente?.....	412
B. Valoración.....	413
1. «Esquizofrenia».....	413
2. Incorrecciones.....	415
3. Nadie dijo.....	416
4. Absurdo.....	416
5. Cambios de posición.....	416
6. Negro sobre blanco (6).....	417
7. Garantiabolicionismo y Cruz Roja.....	417

	Pág.
8. Inconstitucional.....	418
9. Antirrepublicano.....	419
10. Indecible.....	420
11. Antiinstitucional. El magisterio de Tomás de Aquino (10).....	420
CAPÍTULO 35. Dialecto.....	423
A. El cambio de lenguaje.....	423
1. Negro sobre blanco (7).....	424
2. Razón del cambio.....	426
3. Coherencia de escuela.....	427
4. La palabra y la cosa.....	427
B. Valoración.....	428
1. Propósito.....	428
2. Significados de «delito» y de «conflicto».....	428
3. Cuatro diferencias.....	428
4. Resonancias del tema en la discordia social.....	429
5. «Criminalizar».....	430
6. Vulnerabilidad.....	432
7. Lenguaje de barricada contra el sistema.....	432
CAPÍTULO 36. «Nuevas pautaciones decisorias».....	435
1. Siempre se parte de la deslegitimación.....	436
2. Las «viejas» pautaciones decisorias.....	436
3. Estamos ante nuevas normas penales.....	438
4. Obviamente normas que no son relegitimantes.....	439
5. La regla de oro del nuevo Derecho penal.....	439
6. Un Derecho penal del arbitrio.....	440
CAPÍTULO 37. Las «medidas alternativas».....	443
A. Epifanía de Ciudad de Méjico.....	443
1. Fidelidad en la exposición de las doctrinas adversarias.....	443
2. Abolicionismo penal y abolicionismo jurídico total.....	444
3. «Me imputan contradicción».....	444
4. Síntesis de las propuestas.....	445
5. Observación crítica sobre nulidad y prescripción como «medidas alternativas».....	446
6. Análisis de la decisión previa «cuántos presos queremos tener».....	446
7. Infantilismo de escuela.....	447
8. Mensaje para «garantistas».....	448
9. Las fuentes y las alternativas.....	448
10. Hipótesis sobre «medidas alternativas».....	451
11. El sistema de Brasil.....	451
B. Valoración.....	451
CAPÍTULO 38. ¡Cuidado con el periodismo! ( <i>Epifanía de Ciudad de Méjico</i> ).....	453
1. Desolación.....	453
2. No hay modelo alternativo al penal.....	454

	Pág.
3. De nuevo indecible.....	455
4. Boicot al sistema no es alternativa al sistema .....	456
5. El Criminólogo crítico contra el Criminólogo crítico. Negro sobre blanco (6).....	456
6. Eventuales delitos.....	457
7. Leyes penitenciarias .....	458
 CAPÍTULO 39. Cómo se hace ( <i>El juez progresista en acción</i> ).....	 459
1. Impugnaciones .....	459
2. Causa <i>Sánchez</i> .....	460
3. La Corte Suprema .....	460
4. Causa <i>Irigoyen</i> .....	461
5. La Corte de nuevo revoca.....	462
6. <i>Cuña Madeira y Tiraboschi</i> .....	463
7. «Estar del lado de las víctimas».....	464
 <b>Apartado II: Hitos y resultados del Garantismo abolicionista.....</b>	 <b>467</b>
 CAPÍTULO 40. De chicana a <i>leading case</i> ( <i>La paralización de la justicia correccional con el fallo Llerena</i> ).....	  467
1. Causa <i>Llerena</i> .....	467
2. No todo lo distinto de lo mejor es inconstitucional.....	468
3. No es irrazonable la solución que da el Código.....	469
4. Fenomenología fallada 1: Objetos y certezas distintos .....	469
5. Fenomenología fallada 2: Control «vertical».....	470
6. Fenomenología fallada 3: Control «horizontal».....	470
7. Fenomenología fallada 4: ¿Quién en verdad investiga?.....	470
8. Construcción del enemigo .....	471
9. Estadística inesperada .....	471
10. Progresivamente extendidos.....	472
11. Efecto práctico .....	472
12. No sirve para proteger las garantías que se invocan .....	473
13. El voto Petracchi .....	474
14. Mirar y festejar el resultado y culpar al Estado.....	475
15. Una suposición y un desafío. El descrédito de la Justicia.....	475
16. Una bomba de tiempo.....	476
17. ¿Y los constitucionalistas? .....	477
18. Nada más que un hito .....	477
19. Proyecciones.....	478
 CAPÍTULO 41. Desmadre anticientífico de las nulidades ( <i>la DOFAV</i> ).....	 481
1. Remisión. Síntesis.....	482
2. Cumplimiento de notas de la «Radiografía» .....	482
3. Tres requisitos de la DOFAV .....	483
4. La DOFAV fundada en el principio antimaqueavelico que admite excepciones incurrir en el maquiavelismo que dice combatir .....	484
5. Argumentación principal. Remisión .....	485
6. ¿Qué sucede cuando la DOFAV está consagrada en los textos positivos? ...	486
7. Inutilidad de la DOFAV.....	486

	Pág.
8. Aire legislativo .....	486
9. La doctrina de Carlos Creus .....	487
10. Experiencias .....	487
 CAPÍTULO 42. La magia del juicio oral.....	 489
1. Prescendencia del fin .....	489
2. La lentitud del sistema del JOIEN: Un dato indiscutido en el foro argentino .....	490
3. El sistema lleva a la prescripción .....	491
4. La <i>Probation</i> y una nueva cadena de problemas .....	491
5. Un fallo del juez Massoni .....	492
6. Audiencias a siete años y entrevista al ministro Superti.....	493
7. Carlos Chiara Díaz, una voz autorizada .....	493
8. Pero tampoco se aseguran las garantías. Encuesta.....	499
9. Catarata de carencias que destruyen la Justicia. El juicio abreviado.....	500
10. «Parches agujereados» .....	501
11. El principio de oportunidad .....	501
12. El sistema de justicia penal «opera por intimidación» en los Estados Unidos (Langbein) .....	502
13. Confirmación «del lado menos pensado». «La extorsión negociadora».....	503
14. El juicio mágico y las «leyes» del Garantismo abolicionista .....	503
15. Necrológica: en Rosario de Santa Fe se murió el Juicio Mágico .....	505
16. El abreviado es la vuelta del escrito bajo el incienso al oral .....	506
 CAPÍTULO 43. «El rey estaba desnudo» ( <i>La sentencia Casal</i> ).....	 507
1. Decíamos ayer.....	507
2. Dogmas y modas que se chocan .....	508
3. Un «Derecho natural garantista».....	509
4. Cómo queda la situación .....	510
5. Se cumplen las leyes del Movimiento .....	511
 CAPÍTULO 44. El ataque a la prisión preventiva ( <i>El caso Díaz Bessone</i> ).....	 513
1. «Puerta giratoria» .....	514
2. Realidad de la prisión preventiva. Uso y abuso.....	514
3. El problema y la lógica del Garantoabolicionismo .....	516
4. Posiciones radicalizada, restringida y tradicional según Chiara Díaz .....	516
5. Coherencia a partir de «los tres requisitos» .....	517
6. Concepción evolutiva .....	517
7. El caso del profesor Donna y de otros jueces que cambiaron de posición. La defensa social.....	518
8. Una insólita irregularidad en <i>Díaz Bessone</i> .....	519
9. El error de interpretar una presunción normativa que no está en la norma.	520
10. Otro error .....	522
11. Tres observaciones axiológicas sobre la admisión de la prisión preventiva restringida al peligro procesal.....	522
12. Observaciones a la doctrina de la pura y simple ilegitimidad de la prisión preventiva .....	524
13. Nuevos problemas.....	530
14. Propuestas y convocatoria.....	531

	Pág.
CAPÍTULO 45. Epifanía del Garantoabolicionismo ( <i>El anteproyecto de CP de 2006 y el abortismo pretoriano en el caso «Fuentes»</i> ) .....	535
1. La Comisión reformadora y un retroceso político .....	536
2. <i>En defensa del Derecho penal</i> .....	536
3. Dictamen terminante. Mecanismos solapados .....	536
4. Abolición: Violación de los principios penales: ¿Quedan sólo seis delitos? .....	538
5. Fuente ideológica: el decano Limodio.....	538
6. «Un inmenso aparato de protección de delincuentes»: Inseguridad-impunidad; el problema está en la justicia; el ideólogo .....	539
7. Laje Anaya .....	540
8. Clamor popular .....	540
9. Protocolos tanáticos para «El Segundo Sector» .....	541
CAPÍTULO 46. La «maldita policía» ( <i>Historias de pago chico: la reacción popular contra el Garantismo abolicionista</i> ) .....	545
1. Nota del Garantoabolicionismo .....	545
2. Eugenesia para la policía.....	546
3. Reacciones populares contra el Garantoabolicionismo y defensa de los policías .....	547
4. «Los derechos humanos son para todos».....	549
CAPÍTULO 47. «Los derechos humanos son para todos» ( <i>Doctrina iusfilosófica de las ocho tesis</i> ).....	551
1. «Doctrina de las ocho tesis» .....	551
2. El Garantismo abolicionista.....	553
3. Consecuencia jurídica penal .....	554
4. El Derecho positivo.....	555
5. Humanidad del Estado .....	557
6. Derechos humanos, pueblo y Garantismo abolicionista .....	558
CAPÍTULO 48. El diablo del sistema carcelario ( <i>Pequeña encuesta sobre servicio penitenciario</i> ).....	561
1. «Fracaso de la cárcel» .....	562
2. Reincidencia .....	563
3. Causas .....	564
4. Servicios que presta la Unidad Penal 3 .....	566
5. Superpoblación y prisión preventiva .....	567
6. Servicio religioso y resultados.....	568
7. Carencias de este informe .....	568
CAPÍTULO 49. Pobreza y delito.....	571
1. La opción de un aforismo .....	571
2. Izquierda y derecha .....	572
3. De nuevo la libertad.....	572
4. La responsabilidad .....	573
5. «Criminalizar la pobreza» .....	575
6. Pobreza y concausas del delito .....	576
7. Gilberto Callado de Oliveira .....	577
8. Moral social y delito .....	577

	Pág.
9. «El que es fiel en lo poco...» .....	578
10. La demonizada «tolerancia cero» .....	579
11. La influencia de la moral social.....	580
12. La influencia de la religión. George Washington y Cornelio Saavedra.....	581
 CAPÍTULO 50. Libertad condicional y abolicionismo .....	 583
1. Abandono de exigencias valorativas para la libertad condicional.....	583
2. Las «leyes del Movimiento».....	584
3. Un caso de libro que ilustra la posición de Esteban Viñas .....	585
 CAPÍTULO 51. El Garantismo abolicionista y la inseguridad argentina .....	 587
1. El editor del diario <i>Clarín</i> .....	587
2. Las víctimas y el garantismo según el Juez Laborde .....	588
3. Diario <i>La Capital</i> de Rosario.....	588
4. En el Congreso de la Nación .....	589
5. Periodista Lanata.....	590
6. ¡Por fin un fiscal! .....	590
7. Manifestaciones populares.....	590
8. ¡El presidente de la Corte Suprema! .....	592
9. Presidenta de la República y ex presidente.....	592
10. «Kirchner se equivoca mal».....	592
11. Tienen razón .....	598
12. Las oposiciones a la designación del Criminólogo crítico en la Corte Su- prema .....	599
13. Conclusión con un periodista rosarino de la tendencia llamada «pro- gresista» .....	600

**TERCERA PARTE**  
**LAS MURALLAS DE LA ARGENTINA**  
**(Compendio y Llamado)**

 CAPÍTULO 52. Más sobre «Garantoabolicionismo» ( <i>Explicación de la tercera parte.</i> <i>Nota metodológica 4</i> ).....	 603
1. «Que lo hay lo hay».....	603
2. Objeciones.....	604
3. Movimiento «parasitario».....	605
4. Esquema .....	606
 CAPÍTULO 53. Síntesis del Garantismo abolicionista.....	 607
1. Supersíntesis .....	607
2. Compendio en cuatro párrafos de su parte (más bien) «teorética» .....	608
3. Compendio de la doctrina de la praxis.....	609
4. Fuentes.....	610
5. Test de corrección .....	612
 CAPÍTULO 54. Valoración crítica .....	 613
1. Con nuestras palabras .....	613

	Pág.
2. Hacia el argumento esencial .....	613
3. El primer principio del Derecho penal.....	614
4. Primera y esencial crítica.....	615
5. Confirmación .....	616
6. Crítica de los medios desde el fin .....	618
7. Crítica de los medios en sí mismos .....	618
8. Crítica interna 1: Coherencia .....	619
9. Crítica interna 2: Rigor académico. Un anunciado elogio .....	620
10. Originalidad y singularidad del pensamiento del Criminólogo crítico .....	623
 CAPÍTULO 55. Resultados del Garantismo abolicionista .....	 627
1. Una telaraña mental .....	627
2. «Teoría del complot» .....	628
3. Vélez Sársfield abogado defensor .....	630
4. El temor .....	631
5. Poder político .....	632
6. Inventario de resultados del Garantismo abolicionista .....	632
7. Lo que vendrá.....	637
8. Enseñanzas de Romano Amerio .....	639
9. La impunidad .....	640
 CAPÍTULO 56. En defensa del Derecho penal .....	 643
1. Una propuesta realista.....	644
2. Cruzada por la justicia.....	645
3. El recto saber penal.....	647
 CAPÍTULO 57. Las murallas de la República ( <i>Llamado</i> ) .....	 649
 BIBLIOGRAFÍA .....	 653
1. Bibliografía general citada.....	653
2. Bibliografía citada o utilizada del doctor Zaffaroni .....	663
3. Bibliografía del autor de este libro (H. H.) .....	665
3.1. Sobre temas penales .....	665
3.2. Bibliografía general de H. H., exclusivamente la citada en este libro.	667

## PRÓLOGO

Detrás de los ruidos y novedades del Garantismo penal el problema no son las tradicionales garantías, que ningún autor u operador jurídico relevante en la Argentina niega. Tras la polvareda levantada con ellas late una falta de convicciones sobre la bondad o legitimidad del sistema penal y se traba un combate a muerte contra él. De ahí la denominación de «Garantismo abolicionista» que usamos para designar a una Mentalidad y a un Movimiento dentro de la cultura jurídica penal cuyas puestas implican, además, un cuestionamiento de fondo de la legitimidad misma del Estado como comunidad política. Aunque debemos decir que la cuestión se remonta a bases de mayor profundidad, según iremos viendo a lo largo de este libro, fruto de una larga investigación.

(Más explicaciones sobre el por qué de la denominación «Garantismo abolicionista» y sobre el alcance de «Criminología crítica» o «Criminólogo crítico» u otras podrá ver el lector en el capítulo 14, que junto con el 4, 32 y 52 son «Notas metodológicas» destinadas a ayudarlo en la lectura de la obra. Nuestra justificación de las garantías ocupa, por lo demás, el capítulo 30.)

Como el asunto nos tocaba como ciudadanos y como operadores jurídicos, pero también entraba en nuestra especialidad iusfilosófica, hemos venido estudiando y publicando no pocos artículos y comentarios a fallo sobre tópicos como secreto y proceso en relación a la tenencia de drogas y al aborto; sobre la doctrina del fruto del árbol venenoso y el alcance de las garantías constitucionales en el proceso y sobre éste mismo; animándonos al análisis del juicio oral que nos pintaban mágico, y empezamos a buscar, como corresponde, las fuentes doctrinales en que abrevaban las novedades. Esto nos condujo a trabajar sobre el pensamiento del profesor italiano *Luigi Ferrajoli*, hasta que nos dimos cuenta que entre nosotros el autor quizá más emblemático de aquella postura es el *Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni* en su segunda etapa.

Dijimos «emblemático». No encontramos en el citado juez de la Corte Suprema de la República Argentina y profesor de la Universidad de Buenos Aires la fuente doctrinal orgánica o el fundador o el ideólogo del Garantismo abolicionista o de su organización eficaz. Ni tampoco lo consideramos un pensador netamente original, ni autor de una doctrina estructurada sobre el Derecho penal, sino que advertimos en él otra doble significación. La de ser el jurista que en el Río de la Plata *ha llegado más lejos* en dos caminos diferentes que raramente transita una misma persona. Por una parte ha batido todos los récords en sus formulaciones doctrinales singulares,

apodícticas, radicales, mordaces y terribles contra el sistema penal, al que considera ilegítimo de toda deslegitimidad, e insalvable de ningún modo, lo que incluye su poco leída praxis orgánica para cancelar el poder punitivo del Estado argentino. Y por otra ha campeonado en la obtención de un notable poder académico, político y judicial dentro del propio sistema. Por eso es considerado en este libro como «el autor tipo» entre nosotros del citado Movimiento.

Nuestro trayecto intelectual en este tema registró la participación en un libro de autores varios dirigido por Siro De Martini, que convocó también a los profesores Javier Anzoátegui, Carlos Franco, Justo Laje Anaya, Mariano Morelli, Jorge Scala, Mario Strubbia y Camilo Tale bajo el título *En defensa del Derecho penal*, editado por Educa en 2008 con prólogo de Gabriel Limodio, ante una tentativa altamente abolicionista de modificar el Código Penal. Y luego el volumen bajo nuestra dirección *Fines de la pena. Abolicionismo. Impunidad*, de Cathedra, 2010, donde dedicamos sendas partes a los autores citados, a la relación entre pena y virtud y a la doctrina del fruto, y del que participaron también los profesores Marques Dip, de Brasil, Gerardo Bonastre (q.e.p.d.) y Siro De Martini, así como de nuevo Camilo Tale con seis magníficos capítulos verdaderamente fundantes y únicos sobre los fines de la pena.

En ese itinerario llegamos a esta obra, en cuya *primera parte* nos ocupamos del «Autor tipo» y en la *segunda* se muestra la existencia, los contenidos doctrinales y los resultados que han producido dicha Mentalidad y Movimiento garantoabolicionistas dentro del Derecho penal en la Argentina, ensayando una valoración crítica y entremezclando ambas dimensiones con las líneas de la fase constructiva solidarista.

Porque enfrentada a la orientación penal aludida existe *una posibilidad doctrinal* que está en las antípodas tanto del indefendible *absolutismo totalitario*, como de esa cuadratura del círculo que es «*el Derecho penal del enemigo*», como de cualquier otra moda de la época que se nos presenta sucesivamente y por corto tiempo como el último grito de la ciencia que hace olvidar a los más venerables maestros y a las más obvias verdades. El *Derecho penal solidarista* es la defensa seria de la legitimidad de principio tanto del Estado como de su sistema de leyes, penales incluidas, murallas que son de la República. A un compendio y síntesis del libro y a la convocatoria a defender dichos muros de la ciudad está destinada la *tercera* y última parte.

No se trata de intentar la fundación de ninguna nueva escuela, ni menos de discutir nomenclaturas, sino, *en primer lugar*, frente a los embates destructivistas, aprovechar y hacer nuestro el pensamiento de todos los autores que defienden o defendieron en serio que en la Argentina haya un justo sistema penal. De ahí que en los epígrafes de cada capítulo asumamos los aportes de penalistas y de escritores de distintos campos de la cultura y de variopinta orientación, incluso los que desde otros rumbos vienen a confluír en el núcleo de nuestra empresa. Y *en segundo lugar*, queremos recordar y trazar las bases de *una iusfilosofía penal integral* fundada en la experiencia, a cuya línea pertenecen las «fichas magisteriales» con que nos enriquecemos, que entroncan con una teoría científica orgánica de la justicia de orígenes fácilmente detectables por el lector y que configuran el *Solidarismo penal*.

Aunque en los asuntos sociales suele haber pluralidad de influencias, la cuestión de si el avance del Garantismo abolicionista es o no causa de la impunidad e inseguridad que agobian a los argentinos, asunto respondido en el capítulo 51, quizá otorgue

a este modesto empeño, de alguien que se dedica a la filosofía del Derecho y que ha ejercido largos años la profesión de abogado, entre ellos catorce como defensor oficial federal, una vigencia actual desproporcionada a sus merecimientos.

El autor  
San Nicolás de los Arroyos,  
25 de noviembre de 2012,  
Festividad de Cristo Rey.

# Apartado I: Punto de partida. Ilegitimidad

## CAPÍTULO 1 DOS ETAPAS

«Es imposible negar al derecho el contenido necesario de la propia protección».

Francesco CARRARA <sup>1</sup>

Todo el sentido del Derecho penal pende del fin de las penas jurídicas, tesis que comparte el autor analizado<sup>2</sup>.

En efecto, en el pensamiento del Criminólogo crítico hay esencialmente *dos etapas* y sólo *dos etapas* en el tratamiento del tema y del consecuente sentido del derecho y del sistema penal, de las que los libros *Criminología. Aproximación desde un margen*, de 1988, y *En busca de las penas perdidas - Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, del año 1989, marcan la inflexión.

En una primera admitía solamente el fin *preventivo especial* de las penas, esto es, que la pena se justifica porque sirve para evitar que el que delinquirá delinca en el futuro<sup>3</sup>, y en la segunda *no reconoce ninguno* como válido.

En *Derecho penal*, que sería su tratado nuevo y corresponde a la segunda etapa, se lee que éste verdaderamente «reemplaza» al viejo *Tratado*, e indica que tanto éste como la *Teoría del delito* y el viejo *Manual de derecho penal* (sólo) «acogían [pretérito] la discusión dogmática de hace tres décadas o más», diferenciando y separando así dichos trabajos en forma muy neta respecto de los que le siguen. En su obra *En busca de las penas perdidas*, expresa:

«Se prometía la revisión de la construcción teórica del Derecho penal, relegitimándolo como saber *acotante* del ejercicio del poder punitivo, función esencial al estado constitucional de derecho en relación dialéctica con el estado de policía» (p. XI).

---

<sup>1</sup> F. CARRARA, *Programa de Derecho Criminal*, Parte General, vol. II, pp. 13-14. La nómina bibliográfica completa está al final del libro en los índices bibliográficos.

<sup>2</sup> «... *Qué es la pena y para qué sirve* son preguntas que se han respondido y se siguen respondiendo de muchos modos diferentes y lo grave es que cada una de esas respuestas, dado que indica un límite y una función para el derecho penal, deja de ser una cuestión referida al capítulo de la pena, para pasar a ser una teoría completa del derecho penal». ZAFFARONI y colaboradores, *Manual* nuevo, p. 33 (cursiva H. H.).

<sup>3</sup> *Tratado de Derecho Penal- Parte General*, t. I, p. 77: «La pena sólo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos».

La división en dos etapas está reiterada en la Presentación de uno de sus últimos libros, *El enemigo en el Derecho penal*<sup>4</sup>.

A tanto llega el cambio habido entre una u otra etapa que el profesor Elbert, recensionando el libro *En busca de las penas perdidas*, elogió el coraje de su autor, consistente nada menos que en «cuestionar todo lo que antes sostuvo»<sup>5</sup>.

Con otros términos, el autor de *En busca...* expresa que antes se movía en el nivel de «la dogmática» de la época, admitiendo solamente la finalidad de *prevención especial*, y desde esa obra en adelante su finalidad sería *acotar el poder del Estado de policía*. ¿Sólo acotar, sólo reducir, o también *cancelar*? Ya lo veremos con mayor detenimiento.

En el *Manual* viejo se explicitaba que el Derecho penal tutela bienes jurídicos evitando «la comisión de nuevos delitos por parte del autor» (p. 21), función de seguridad que se fundamentaría en el art. 18 de la Constitución Nacional y consiste en promover la seguridad jurídica (p. 26). La pena tendría función reeducativa y resocializadora para que el delincuente, que ha afectado «bienes jurídicos ajenos» (p. 25), no vuelva a reincidir en el delito» (p. 27), promoviendo la seguridad jurídica que asegure la co-existencia (pp. 28, 30). El Derecho penal tiene una función *ética*, consistente en «imponer pautas de conductas señaladas por la sociedad», pero no una función *moral*, que queda para las pautas reservadas a la conciencia individual (p. 31). Es de ese modo como cumple la «función formadora del ciudadano, de la cual nuestra civilización es consciente desde la Grecia antigua» (p. 31). La diferencia entre las penas y las otras sanciones jurídicas no consiste en la mayor gravedad de aquéllas con respecto a éstas, que puede no darse, sino en que en las penas «el requerimiento de la seguridad jurídica no se satisface sólo garantizando la reparación de perjuicio, sino que demandan una especial acción preventiva» (p. 33). Lo retributivo o reparador o preventivo general (p. 39) queda fuera del campo penal. Así como el sentimiento de seguridad jurídica exige que existan las penas, ese mismo sentimiento pide que la pena «no pase de cierto límite prudencial», que no es universal sino históricamente determinado (p. 40).

Parejo desarrollo hacía en esa obra medulosa que es el viejo *Tratado*. Se trata de establecer «una coerción jurídica particularmente grave, que procura evitar nuevas violaciones por parte del autor» (p. 24). La pena tiene «un objetivo predominantemente preventivo-especial de carácter resocializador, que tiene como límite el que le viene impuesto por la misma seguridad jurídica, a la que provee» (p. 82 y pp. 63, 64). Busca operar sobre el que delinquirió para que no delinca. Pero la finalidad resocializadora es sólo un medio para obtener la seguridad jurídica (p. 71). Defendía desde entonces la tesis de que la única y verdadera sanción retributiva y racional

<sup>4</sup> «Nuestro desarrollo se asienta sobre una concepción conflictivista de la sociedad y en la dialéctica del Estado de derecho y el de policía dentro de todo Estado de derecho real o histórico, en los términos que propusimos en 1989 y desarrollamos posteriormente con Alejandro Slokar, Alejandro Alagia y Nilo Batista» (ZAFFARONI, *El enemigo en el Derecho penal*, «Presentación», p. 10, donde en notas 2 a 4 remite a los libros *En busca, Derecho penal, Manual* y —éste con BATISTA, ALAGIA y SLOKAR— *Direito penal brasileiro*). Sobre el *conflictivismo* se volverá en los capítulos 25 a 28, donde se verá la relación de Zaffaroni con la doctrina marxista.

<sup>5</sup> ELBERT, Recensión a *En busca...*, p. 770. Coincide E. A. DONNA: «En su último libro [...] intenta fundar su tesis que es casi una destrucción de toda su anterior obra dogmática-jurídica» («Derechos humanos, dogmática penal y Criminología», p. 673).

es la sanción no penal, dejando para el ámbito policial la prevención de los delitos (p. 72)<sup>6</sup>.

Fundados en sus últimas obras escolásticas (*Derecho penal* y *Manual nuevo y Estructura básica del Derecho penal*), entendemos que a partir del cambio operado en la obra *En busca...<sup>7</sup> no hay una nueva posición de fondo*, pues se mantiene lo esencial de la deslegitimación del sistema penal y su lógica consecuencia. Tal sucede en *La palabra de los muertos*, en *La cuestión penal* y en *Crímenes de masa*.

Las variaciones no esenciales bien podrían explicarse por su «estrategia y táctica» que ya estudiaremos, especialmente en correlación con las circunstancias políticas en que pasó a desenvolverse, ya muy lejos de toda «marginalidad» y colocado en la cúspide del poder judicial, situación que mereció una observación al pasar de su prologador Gianni Vattimo que también habremos de reportar. Especialmente significativa es su conducta de duro ejercicio del poder propio del sistema de penas que ejerce desde la Corte Suprema de Justicia sin temblores de pulso sobre «*Los Dos Sectores Sociales*», que ya veremos cuáles son. Lo que quizá lo haya movido a buscar, respecto de uno de ellos, cierta armonización con aquella doctrina al insistir ahora en una «criminología preventiva de masacres» manteniendo sin embargo el sinsentido de las penas, como bien lo ha reflejado su ilustrador el fiel dibujante Rep en texto que también reportaremos.

Aquella «estrategia y táctica» y cierta contradicción que bien vio Vattimo son quizá lo más singular e interesante de su pensamiento, que veremos analizando especialmente sus libros *En busca...*, el libro *Encuentro...* y la discusión con el iusfilósofo Carlos Nino, los que junto con una conferencia y un reportaje constituyen lo que llamaremos «la epifanía» de aquél.

En este libro sólo nos interesa y analizaremos *la segunda etapa*, que tiene plena vigencia e influye ciertamente hoy en el ambiente jurídico, y la analizaremos desde el punto de vista *académico*, dejando de lado los aspectos de política (agonal) de la misma, como cualquier otra consideración.

*Su finalismo*. Ya que el distinguido autor estudiado ha sido conocido por su posición llamada *finalismo*, debe aclararse que ésta refiere a un asunto «técnico» dogmático-jurídico, ajeno a la cuestión filosófica esencial que nos preocupa. No se hablará entonces de aquélla sino de esta última, esto es, de *la cuestión esencial del fin de la pena y del sistema punitivo, y del sentido del Derecho penal*. Para lo cual en seguida iremos a dos puntos verdaderamente capitales, con los que se abre el capítulo 2.

<sup>6</sup> Allí habría un anticipo de su segunda posición, pues consideraba irracional la retribución, pero todavía no veía irracional *toda finalidad de la pena*; cfr. *En busca*, pp. 209, 212 y *passim*. En el valioso e interesante *Política criminal latinoamericana* hay ya prefiguraciones de la nueva, con un sesgo sociologizante que no mantiene la necesaria y relativa autonomía ético-jurídica frente a las cuestiones económicas. Por lo demás, hablar de «justicia» como fundamento de la pena implicaba ya para el autor en su primera etapa, un «objetivismo valorativo idealista» que rechazaba sin hesitar (*Tratado...*, p. 77).

<sup>7</sup> O quizá en *Criminología. Encuentro...* es una explicitación muy sincera de *En busca...* G. Vattimo, con su credibilidad por prologuista y camarada doctrinal, sintetiza así la posición del que es uno de sus últimos libros: «La tesis más o menos explícita del autor nos parece —dicho en forma un poco burda y paradójica— que podría formularse del siguiente modo: el mal es ante todo la pena misma y el conjunto e intuiciones que la imponen» (*Prólogo a La cuestión penal*, p. 8).