

343.2
Z13B

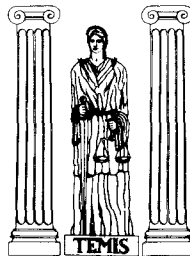
R. 3203

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI
Profesor Titular en la Universidad Nacional
de Buenos Aires

EN BUSCA DE LAS PENAS PERDIDAS

DESLEGITIMACIÓN Y DOGMÁTICA
JURÍDICO-PENAL

Segunda edición



EDITORIAL TEMIS
Bogotá - Colombia
1990

ÍNDICE GENERAL

PARTE PRIMERA

LA DESLEGITIMACIÓN DEL SISTEMA PENAL Y LA CRISIS DEL DISCURSO JURÍDICO-PENAL

CAPÍTULO I

LA CRÍTICA SITUACIÓN DEL PENALISMO LATINOAMERICANO

	PÁG.
I) Las "Peines Perdus"	3
II) Legitimidad y legalidad	7
1. La utópica legitimidad del sistema penal	7
2. La legitimidad no puede ser suplida por la legalidad	10
3. El sistema penal no obra conforme a la legalidad	11
4. La legalidad ni siquiera se respeta en el ámbito del sistema penal formal	15
5. El ejercicio de poder abiertamente ilícito por parte del sistema penal	17
III) La perversión inmoviliza al discurso jurídico-penal	18
IV) Signos teóricos de la situación crítica en América Latina	19
1. Crítica al derecho	20
2. Preocupación por la legitimidad del poder	21
3. Preocupación jushumanista por el sistema penal	22
4. Crítica criminológica	23
V) La deslegitimación por los hechos mismos	25
VI) El desprestigio de los discursos penales latinoamericanos por sus vínculos ideológicos genocidas	27
1. El discurso jurídico-penal	27
2. El discurso criminológico	29

CAPÍTULO II

LAS FUENTES TEÓRICAS DE LA DESLEGITIMACIÓN EN LOS PAÍSES CENTRALES

I) La situación predisponente generada por un discurso empobrecido	32
1. Las antropologías anacrónicas	32
2. El juego de las ficciones	34

	PÁG.
II) La deslegitimación del sistema penal desde el marco teórico marxista	36
1. Dificultades para delimitar el marco teórico marxista	36
2. La deslegitimación de Pasukanis y la relegitimación estalinista	38
3. La teoría crítica de la sociedad	40
4. La versión deslegitimante de Quinney	42
5. El “minimalismo” penal de Alessandro Baratta	42
6. Pavarini y la mala conciencia del buen criminólogo	43
III) La deslegitimación por el interaccionismo simbólico y por la fenomenología	41
IV) La descalificación foucaultiana	46
V) El paradigma de la dependencia	47
VI) Balance de la deslegitimación teórica central	50

PARTE SEGUNDA

RESPUESTAS A LA DESLEGITIMACIÓN Y A LA CRISIS

CAPÍTULO III

TEORÍAS Y ACTITUDES CENTRALES Y MARGINALES COMO RESPUESTA A LA DESLEGITIMACIÓN Y A LA CRISIS

I) Teorías y actitudes: el saber central y su parcial disfuncionalidad periférica	55
II) Respuestas centrales en forma de “mecanismos de huida”	60
1. Negación epistemológica de la deslegitimación	60
2. Huida hacia el retribucionismo	61
3. La funcionalidad burocrática de la agencia judicial	63
III) El discurso relegitimante sistémico	65
IV) Las respuestas que enfrentan la deslegitimación desde el plano político-criminal	68
1. Mínima intervención penal y abolicionismo	68
2. ¿Se trata de propuestas de nuevos modelos de sociedad? ..	69
3. La principal carencia de las respuestas político-criminales ..	70
V) El programa de mínima intervención como propuesta político-criminal frente a la deslegitimación	73
1. Doble sentido de “deslegitimación”	73
2. El fundamento legitimante de un futuro derecho penal mínimo	74
3. El programa de legislación penal mínima	74

	PÁG.
VI) El abolicionismo penal	75
1. Caracterización general del movimiento abolicionista	75
2. Las variables del abolicionismo	76
3. La polémica en torno al abolicionismo	80
4. Las dudas-límite frente a las propuestas abolicionistas	85
VII) El uso alternativo del derecho	89
VIII) Reacciones marginales	90

CAPÍTULO IV

NECESIDAD Y POSIBILIDAD
DE UNA RESPUESTA MARGINAL

I) La necesidad de la respuesta marginal para contener el genocidio	92
1. La encrucijada de nuestro margen en el marco del poder mundial	92
2. La operatividad real de los sistemas penales latinoamericanos: el genocidio en acto	96
3. El poder configurador de los sistemas penales latinoamericanos	98
4. Los aparatos de propaganda de los sistemas penales latinoamericanos (la fábrica de la realidad)	100
5. Las fábricas ideológicas	104
6. El condicionamiento, la estigmatización y la muerte: la criminalización	105
7. Las jaulas o máquinas de deteriorar	106
8. Las agencias ejecutivas como máquinas de policizar	108
9. Las agencias judiciales como máquinas de burocratizar	111
10. Deterioros y antagonismos como producto de la funcionalidad de los sistemas penales	113
11. La destrucción de los vínculos comunitarios	115
II) La necesidad de una respuesta marginal como imperativo jushumanista	117
III) La respuesta marginal como imperativo ético	121
IV) La necesidad de respuesta es un planteo optimista	123
V) Las dificultades para una respuesta marginal	128
VI) Algunas bases para la selección realista y marginal de elementos teóricos	128
1. El carácter realista de la respuesta	128
2. ¿Qué es lo marginal?	131
3. La originalidad marginal-sincrética de América Latina	133
4. Los peligros del "vértigo": la antropología filosófica y los Derechos Humanos	136
5. El realismo marginal en criminología y en derecho penal .	137
6. ¿Podría extenderse el análisis realista marginal a los planteos centrales?	138

VII) Posibilidad de respuesta político-criminal desde el realismo marginal	140
1. Tácticas y estrategia	140
2. La intervención mínima como táctica	142
3. “Reformismo” y “radicalismo”	143

PARTE TERCERA

LA CONSTRUCCIÓN DEL DISCURSO JURÍDICO-PENAL DESDE EL REALISMO MARGINAL

CAPÍTULO I

UN MODELO CONSTRUCTIVO PARA EL DISCURSO JURÍDICO-PENAL NO LEGITIMANTE: EL DERECHO PENAL HUMANITARIO DEL MOMENTO DE LA POLÍTICA

I) Bases para su estructuración	147
1. Clasificación de los elementos del discurso legitimante	147
2. ¿Puede construirse un discurso jurídico-penal limitado a la función pautadora decisoria, que sea racional y no legitimante?	150
3. La incorporación no reduccionista de los datos ónticos	151
II) Pautas generales para un ejercicio de poder legítimo frente a un he- cho de poder deslegitimado	158
1. ¿Puede haber un discurso jurídico-penal racional frente a un sis- tema penal deslegitimado?	158
2. El derecho penal y el derecho humanitario como recíprocas pro- longaciones	161
III) Lineamientos del discurso de pautaación decisoria	163
1. Reconstrucción del concepto de “pena”	163
2. Establecimiento del horizonte de proyección del discurso jurí- dico-penal	166
3. Concepto del derecho penal así delimitado	167
4. Una nueva etización del derecho penal	168
5. El discurso jurídico-penal reetizado como discurso de contradicción	174
IV) Las garantías penales en un discurso jurídico-penal racional	180
1. La deslegitimación de la guerra y del sistema penal	180
2. Particularidades diferenciales de los campos penal y jushumanitario	183
3. La función de la agencia judicial	186
4. Un nuevo sentido para las garantías penales	189
5. Las garantías como límites máximos de irracionalidad	191
6. El discurso jurídico-penal y el “standard” obtenido por la agencia judicial	193
7. Mención y perspectivas de los principales principios penales limita- dores inacabados	194

	PAG.
V) Principios para la limitación de la violencia por carencia de elementálísimos requisitos formales	195
1. Principio de reserva de ley o de exigencia del máximo de legalidad en sentido estricto	195
2. Principio de máxima taxatividad	195
3. Principio de irretroactividad	195
4. Principio de máximo de subordinación a la ley penal sustantiva	196
5. Principio de representación popular	196
VI) Principios para la limitación de la violencia por exclusión de supuestos de disfuncionalidad grosera para los derechos humanos	196
1. Principio de limitación máxima de la respuesta contingente ..	196
2. Principio de lesividad	196
3. Principio de mínima proporcionalidad	197
4. Principio de respeto mínimo a la humanidad	197
5. Principio de idoneidad relativa	197
6. Principio limitador de la lesividad a la víctima	198
7. Principio de trascendencia mínima de la intervención punitiva ..	198
VII) Principios para la limitación de la violencia por exclusión de cualquier pretensión de imputación personal en razón de su notoria racionalidad	198

CAPÍTULO VI

LA LIMITACIÓN DE LA VIOLENCIA SELECTIVA
POR LA LLAMADA “TEORÍA DEL DELITO”

I) Hacia una pautaación decisoria no legitimante	199
1. La función teórica de la “construcción del delito”	199
2. “El” delito no existe	200
3. Los requisitos elementales y mínimos para la pautaación decisoria ..	201
4. El debate sobre la naturaleza del injusto	203
5. La interpretación conglobada de los tipos penales como instrumento limitador	208
II) La crisis de la culpabilidad	209
1. La deslegitimación de la “reprochabilidad”	209
2. Ética, reprochabilidad y culpabilidad	213
III) Los requisitos de responsabilidad	215
1. ¿Quién es “responsable”?	215
2. La culpabilidad por la vulnerabilidad como base de la respuesta criminalizante	217
3. Niveles de vulnerabilidad y culpabilidad	219
4. El esfuerzo personal para la vulnerabilidad	222

	PÁG.
5. Cuantificación penal y culpabilidad por la vulnerabilidad o por el esfuerzo personal por la vulnerabilidad	223
6. ¿Se pretende una nueva “tópica”?	226
7. ¿La culpabilidad por la vulnerabilidad es de acto o de autor?	227
8. Pena sin culpabilidad o la posibilidad de la aberración tolerada. (La peligrosidad del sistema penal)	228
Bibliografía	231
Índices	241