

En el «*debe*» de la democracia: el desafío de dejar atrás al elitismo y populismo en materia penal

Carlos H. González Bellene¹

Sumario: 1. Introducción. 2. Cuarenta años de democracia: vaivenes en materia de legislación penal. a. El impredecible recorrido de la legislación penal. b. Los enfoques políticos en tensión. 3. La forma de legislar: entre el elitismo y el populismo. 4. El tipo de discusión que necesitamos (y el rol de la academia en ella). 5. Bibliografía.

Resumen: Cuatro décadas continuas de democracia en Argentina arrojan un balance complejo en materia penal. Las partes centrales que conforman el sistema penal –esto es, los planos constitucional, sustantivo, procesal y de ejecución– han sido objeto de constantes modificaciones parciales e incoherentes entre sí, que revelan una tensión entre enfoques humanitarios y punitivos. La forma de legislar ha fluctuado entre la delegación la creación de normas a juristas y el populismo punitivista, lo que repercute sobre la legitimidad democrática del sistema penal. Se aboga por una discusión profunda, racional y participativa en legislación penal, nutrida por la academia, que involucre diversas disciplinas y tome en consideración la voz de la ciudadanía.

Palabras clave: democracia argentina – legislación penal – elitismo legislativo – populismo punitivo – discusión participativa – academia

¹ Abogado (UNCuyo), máster en Global Rule of Law & Constitutional Democracy (Universidad de Génova - Universidad de Girona), magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales (UNCuyo), doctorando en Filosofía del Derecho (Universidad Autónoma de Madrid). Profesor adscripto de Derecho penal, parte general y de Filosofía del Derecho (UNCuyo). Funcionario en la Suprema Corte de Justicia de Mendoza. Co-director de la Revista Pensamiento Penal.

1. Introducción

Si de homenajear a la democracia argentina se trata, conviene asumir que cuarenta años sostenidos de esta forma de gobierno no han sido mera casualidad, sino el resultado de los esfuerzos de mujeres y hombres comprometidos con la consolidación de un sistema político que dé cabida a las disidencias, permita la discusión y pueda canalizar los desacuerdos. Esta tarea no ha resultado sencilla: en ciertos momentos de extrema tensión, ha acechado la sombra del pasado autoritario. Con altibajos, la democracia argentina ha logrado alcanzar cierta estabilidad y hacer equilibrio en función de las necesidades de cada época.

El mayor desafío, consistente en romper con la inercia de un derrotero de interrupciones militares a los gobiernos democráticos, parece superado con éxito. De hecho, si hiciéramos un balance optimista, el «*haber*» aparece lleno de motivos de satisfacción: nuestra democracia ha impulsado el reconocimiento de derechos humanos, ha juzgado a los responsables de las atrocidades del pasado, ha resistido alzamientos militares, ha permitido implementar políticas económicas de distinta naturaleza y hasta se ha recompuesto tras la gravísima crisis político-social de 2001. Las transiciones democráticas han crecido progresivamente en calidad institucional, la participación ciudadana ha sido notable –con una sociedad activa que se involucra en expresiones públicas, protestas y procesos electorales, sin perjuicio de las fluctuaciones en la cantidad de votantes–, la prensa cuenta con una sólida libertad de expresión –tanto los medios de comunicación como la sociedad civil han desempeñado un papel crucial en la formación de opiniones y el escrutinio de las acciones del gobierno–; y, no sin luchas y discusiones mediante, se han alcanzado reformas legislativas significativas a lo largo de los años en áreas como la educación, la salud y los derechos civiles, donde Argentina se coloca a la vanguardia mundial. Todo ello es reflejo de una evidente –aunque inacabada y mejorable– capacidad del sistema democrático para vehicular las necesidades de la sociedad.

Por eso, los motivos para celebrar son numerosos y para nada irrelevantes. No obstante, este panorama no debe llevarnos a una idealización de la democracia argentina: crisis de legitimidad y representación, desmanejos en el plano económico –con períodos

cíclicos de pobreza, exclusión extrema y endeudamiento–, corrupción, violencia institucional y falta de políticas públicas estructurales son algunos de los numerosos problemas a los que aún se enfrenta. En este ensayo quiero ocuparme de lo que –a mi entender– figura en una de estas cuentas del «*debe*» tras cuarenta años de democracia: la falta de una discusión estructural y participativa en materia de legislación penal. En este ámbito, nuestra experiencia ha sido particularmente errática.

Ha sido errática porque la legislación penal en nuestro país se ha modificado de modo desordenado, de forma que refleja una gran desorientación. No hay continuidad entre los objetivos fijados y los medios necesarios para alcanzarlos, y por eso predomina el caos. La incorporación de tratados internacionales sobre derechos humanos a la Constitución Nacional –decisivos para el diseño del sistema punitivo–, así como ciertas normas que pusieron el foco en la protección de la dignidad humana, han coexistido con reformas legales adoptadas con escasa deliberación y al compás de la temperatura política o el clima electoral, pero siempre desvinculadas de criterios racionales como podrían serlo indicadores estadísticos sociales, avances teóricos o discusiones francas y participativas en materia de seguridad.

En este ensayo propongo que exploremos tres asuntos. En primer lugar, las razones por las cuales podemos afirmar que la legislación en materia penal no ha estado a la altura de las demandas democráticas, mostrándose en cambio errática y desorientada (1). En segundo orden, quisiera plantear una explicación para este problema, vinculada a la forma de legislar oscilante entre el elitismo y el populismo que nuestra historia legislativa revela en materia penal (2). Y, en tercer lugar, me interesa proponer algunas reflexiones sobre el tipo de discusión penal que necesitamos y el rol que la academia puede tener en su desarrollo (3).

2. Cuarenta años de democracia: vaivenes en materia de legislación penal.

a. El impredecible recorrido de la legislación penal

Desde el retorno a la democracia, la materia penal ha sido uno de los temas más recurrentes en las discusiones parlamentarias. Según los servicios de información oficiales, sólo el Código Penal ha sufrido desde entonces la asombrosa cantidad de 117 reformas,¹ y debemos tener en cuenta que ese cuerpo normativo, aunque sea la norma estructural del sistema penal, no es la única que lo conforma.²

El dato de la vastedad normativa no es indicador objetivo de nada en particular, más allá de revelar que el diseño del sistema penal es un tema de fundamental importancia para la comunidad. Está claro que el Derecho penal tiene un rol decisivo en las sociedades modernas: según una mirada crítica, surgió como un sistema de disciplina social y canalización de las estructuras económicas de poder;³ pero también puede ser interpretado como una de las formas con las cuales la sociedad articula su reprobación hacia ciertas conductas –como afirman las teorías expresivas de la pena–⁴ o como la manifestación de la «manera de ser» de cada comunidad.⁵ De hecho, tiene la virtud de revelar el tipo de sistema político en que se asienta.⁶ Dicho en otras palabras, el modo en que una sociedad responde al delito dice mucho de ella, especialmente sobre sus valores y política. Como tal, la materia penal se trata, sin lugar a dudas, de un espacio de disputa pública.

¹ Véase InfoLeg: <https://servicios.infoleg.gob.ar>

² El sistema en su conjunto también se integra por la Constitución Nacional y los tratados internacionales aplicables a esta materia, la legislación procesal, la legislación en materia de ejecución, la legislación sobre responsabilidad penal de los adolescentes y un conjunto de significativas leyes accesorias que tipifican penalmente conductas al margen del Código Penal. Ello, sin contar la duplicidad de regulaciones en materia procesal y sobre ejecución entre las Provincias y la Nación, ni los numerosos decretos, reglamentos y resoluciones que terminan de conformar la materia.

³ Véase Foucault, M. (1983). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI; también Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.

⁴ Una reconstrucción crítica de estas teorías puede verse en Pérez Barberá, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, *InDret*, 4.

⁵ Tal la concepción republicana del Derecho penal, véase Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires, Siglo XXI.

⁶ Así, Nino, C. (2007). *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires, Gedisa, pp. 11-24.

Con el retorno democrático la comunidad argentina recuperó la discusión sobre el diseño del sistema penal, un área de debate que durante el gobierno autoritario previo había quedado fuera del alcance de la discusión pública. Este debate condujo, a lo largo de cuarenta años, a reformas en los cuatro planos centrales que integran el sistema penal: constitucional, penal sustantivo o de fondo, procesal y de ejecución.

Por un lado, en el orden constitucional los esfuerzos por la consolidación de la democracia tuvieron como resultado la reforma constitucional de 1994,⁶ que significó importantes cambios de fondo e implicaciones para el sistema penal en la medida en que incorporó al texto fundamental a los tratados internacionales sobre derechos humanos que Argentina había suscripto hasta ese momento.⁷ Se sentó, así, un nuevo estándar sobre la manera de responder al delito: los derechos humanos no sólo constituyen un acuerdo internacional fundamental –suscripto por el Estado Argentino y ratificado vía ley–, sino que desde entonces están inscriptos en la propia carta basal de nuestro Estado de Derecho, con indiscutida jerarquía constitucional. Esto traería luego consecuencias decisivas para un rediseño de las prácticas penales, como el reconocimiento del derecho de todo condenado a la revisión de su condena, o el control de convencionalidad de las normas por parte de los jueces.⁸

Por otro lado, y de manera sostenida, en el ámbito penal sustantivo se sucedieron más de un centenar de reformas al Código Penal vigente desde 1921, así como la sanción de leyes accesorias que

⁶ Decisiva para ello fue la creación del Consejo para la Consolidación de la Democracia, un organismo de asesoramiento técnico integrado por actores de diversos campos y pertenencias ideológicas y políticas, coordinado por el filósofo y jurista argentino Carlos S. Nino. El Consejo se enfocó en la producción de informes para el fortalecimiento de las instituciones democráticas y propuso reformas sustanciales en el diseño institucional argentino. Entre ellas, destacó un dictamen preliminar para una reforma constitucional.

⁷ Así, por ejemplo, el 1/03/1984 se aprobó la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Ley 23.054); el 08/05/1985 la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Ley 23.179); el 17/04/1986 se aprobaron el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo (Ley 23.313); el 30/07/1986 la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (Ley 23.338); y el 27/09/1990 la Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 23.849), tratados a los que posteriormente la reforma constitucional de 1994 les otorgaría jerarquía constitucional.

⁸ Sobre este punto, puede verse Bestard, A. M. (2014). Reforma constitucional argentina de 1994. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, y la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 8 (13).

regularon materia penal por fuera de ese código. Estas modificaciones versaron sobre asuntos de toda índole: desde normas de la parte general del código, pasando por reformas en escalas penales de delitos existentes, hasta la creación de nuevos delitos –caso paradigmático de ello fue la ley sobre estupefacientes 23.737 del año 1989–⁹ o la incorporación de mecanismos cercanos a la justicia restaurativa –vía reforma de las normas sobre la acción penal introducida en 2015 por la ley 27.147–.

En la misma tónica de la reforma constitucional, en materia de ejecución tuvo lugar en 1996 la sanción de la ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad. Esta fue la primera ley –en sentido estricto, esto es, emanada del Congreso de la Nación– dedicada a regular la forma de ejecutar las penas en nuestro país, pues hasta ese momento la legislación sobre lo que ocurría después de la imposición de la condena era regulado en el orden nacional por el decreto/ley 412/58 del gobierno dictatorial de Pedro Eugenio Aramburu, ratificado como Ley Penitenciaria Nacional más tarde ese año por el congreso democrático que le sucedió (vía ley 14.467, durante el gobierno constitucional de Arturo Frondizi). Como veremos más adelante, la ya democrática ley 24.660 de 1996 fue sometida posteriormente a reformas sustanciales en 2004 y 2017.

Y, por último, en materia procesal el Congreso sancionó en 1991, mediante la ley 23.984, un Código Procesal Penal de la Nación (CPPN) que sustituyó al Código de Procedimientos en lo Criminal, que regía desde 1888. El nuevo código implementó serios cambios y colocó el foco en las garantías del acusado –muestra de ello es que el título primero se dedicó a las garantías fundamentales de juez natural, juicio previo, presunción de inocencia, prohibición de doble juzgamiento, interpretación restrictiva, prohibición de analogía e interpretación en favor del imputado–. Se trató de una reforma que pretendía dejar atrás el sistema inquisitivo que había sido empleado durante la etapa de intermitencia entre gobiernos constitucionales y de facto; aunque mantenía una estructura mixta, con caracteres inquisitivos en la etapa de instrucción y acusatorios en la de debate.

Este código fue modificado posteriormente –mediante la ley 27.063 del año 2014– con la sanción de un Código Procesal Penal Federal (CPPF) novedoso, que reformó a fondo el sistema procesal

⁹ Sobre el punto, véase el ensayo de Andrés Bacigalupo que integra este dossier.

tornándolo acusatorio y ordenó la incorporación del juicio por jurados. Esto implica –principalmente– estructurar el proceso penal alrededor de una división clara de funciones entre acusación, defensa y jurisdicción, así como la incorporación de numerosas modificaciones que derivan de este modo de entender el rol de las partes y de la jurisdicción. Aunque no exento de críticas, es posible afirmar que este nuevo diseño está más orientado que el previo hacia el respeto del debido proceso, al menos en tanto supone dejar atrás al sistema mixto –donde la investigación está a cargo de jueces– propio del anterior CPPN. Sin embargo, la implementación de este código acusatorio novedoso, como veremos, ha sido mayormente suspendida.

b. Los enfoques políticos en tensión

Ahora bien, ¿qué sentido tuvieron estas reformas? ¿a qué procesos políticos respondieron?

En primer lugar, es posible afirmar que no se trata de reformas estructuradas bajo una lógica común: nuestro sistema penal ha sido pensado de a partes, como un conjunto de subgrupos normativos ocupados en dar respuesta a distintos problemas de manera parcializada, sin un enfoque racional general o sistemático –sea una racionalidad entendida como jurídico-formal, pragmática, teleológica o ética–.¹¹ Fuera de la reforma constitucional –que respondía a un conjunto de factores de naturaleza coyuntural muy particular y que contó con un proceso constituyente y político especial–, las reformas legales aludidas no cuentan con una explicación uniforme: cada una fue impulsada por distintas fuerzas políticas, a diversos ritmos y con finalidades muy heterogéneas.¹²

En segundo lugar y a pesar de esta dispersión metodológica, es posible afirmar que las reformas fluctuaron entre dos lógicas de fondo: por una parte, una idea de *humanización* del Derecho penal y de mayor enfoque en el respeto por los derechos humanos; por otra, una *exasperación* o recrudecimiento de la reacción penal frente al delito. En otras palabras, un criterio para agrupar y distinguir las reformas que atañen a la materia penal es según se enfoquen en la

¹¹ Sobre el sentido de cada forma de racionalidad, véase Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación, *Doxa*, n° 6, pp. 385-403.

¹² Una aproximación a estos impulsos puede verse en el ensayo de Gabriel Ignacio Anitua publicado en este dossier.

persona acusada y en la racionalización de la respuesta penal, o en la víctima y en la expansión del Derecho penal como forma de responder al delito.

La distinción difícilmente se presente normativamente de modo claro y tajante: no porque una modificación legislativa incluya previsiones de una clase significa que olvida a la otra; antes bien, se trata de enfoques que predominan en cada ley.

Bajo esta perspectiva, la reforma constitucional, el dictado del CPPN, la incorporación de mecanismos de conciliación y reparación al Código Penal y la sanción de la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad que tuvieron lugar predominantemente durante la década de los '90, estuvieron orientadas por un enfoque centrado en el respeto de los derechos humanos y en una especial consideración del delincuente como una persona, es decir, como titular de derechos y pasible de una sanción penal que, más allá de expresar desaprobación y reprobar el hecho cometido, se encontraba limitada y enmarcada en un sistema de garantías. El sistema penal fue entendido –al menos, en el plano normativo, pues la práctica dejó notables casos ejemplares en sentido inverso– como uno encuadrado en el respeto de la persona. Paradigmáticamente, la ley de ejecución de 1996 estableció un sistema progresivo de ejecución de la pena de prisión, orientado al favorecimiento de la reinserción social del condenado. La respuesta a estos impulsos tuvo lugar principalmente con el cambio de milenio.

A partir del año 2004 se registraron al menos dos grandes momentos de reforma al sistema penal atravesados por la lógica de la exasperación de la reacción punitiva.

El primero es el conocido como «paquete de leyes Blumberg», sancionado a raíz de ciertas demandas populares por mayor seguridad, tras el secuestro y asesinato de un joven, Axel Blumberg. El resultado fue, entre otras reformas, la modificación del sistema de libertad condicional previsto en el Código Penal y de las salidas transitorias incluidas en la ley 24.660 –buscando explícitamente la eliminación de salidas anticipadas de prisión que se habían incorporado–; la reforma del modo de computar las penas para casos de concurso de delitos –que, desde entonces, podrían sumar hasta 50 años–; o el endurecimiento de las penas de ciertos grupos de delitos –los robos cometidos con armas, la tenencia ilegal de

armas, los secuestros extorsivos seguido de muerte, la violación seguida de muerte y la tortura seguida de muerte–.

El segundo tuvo lugar tiempo después, en 2017, cuando la ley de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad volvió a ser objeto de reformas por parte de la ley 27.375 que, entre otros puntos, incrementó los supuestos donde las salidas anticipadas se encuentran limitadas y generó una incógnita normativa sobre el límite de la pena de prisión perpetua.¹³

Por último, en materia procesal –donde se había alcanzado un avance considerable en relación con el sistema inquisitivo– vía ley 27.150 se suspendió la implementación del nuevo CPPF, que sólo rige de manera completa en las provincias de Salta y Jujuy –desde el 10 de junio de 2019–; mientras que en el resto del país ha sido implementado sólo parcialmente.

Otros hitos, como la sanción de normas penales anti-terrorismo –vía ley 26.734 en 2011– o la ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas –ley 27.401, de 2017– se suman a este enfoque que encuentra en el Derecho penal la respuesta a problemáticas sociales de distinta naturaleza.

Recapitulando, las reformas al sistema penal producidas durante los gobiernos democráticos durante los últimos cuarenta años tienen dos características centrales: i) una gran dispersión en cuanto a objetivos y medios para alcanzarlos, en tanto no responden a una lógica común; y ii) la canalización de enfoques contrapuestos en relación con la función, alcance y sentido de la respuesta punitiva: de iniciales intentos de reducir y racionalizar el poder punitivo, se viró luego hacia la expansión del Derecho penal como forma de respuesta al delito.

3. La forma de legislar: entre el elitismo y el populismo

Un modo de explicar este andar errático de nuestro sistema penal surge con una revisión del «*pedigree*» democrático de las reformas a las que hemos aludido. Este testeo nos permite advertir que, aunque

¹³ He analizado este punto en González Bellene, C. H. (2021) ¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XI (3) pp. 51-65.

adoptadas en período de gobiernos democráticos, buena parte de los cambios penales no responden a las dinámicas que inspiran un sistema de gobierno democrático sino, más bien, a cierto «uso inapropiado» –aunque formalmente intachable– de los procedimientos de sanción de leyes. Aquí es donde se verifican dos fenómenos: elitismo y populismo.

Por una parte, el elitismo legislativo consiste en delegar la creación de cuerpos normativos a juristas o grupos de juristas, para luego aprobarlos a libro cerrado o con escasa discusión parlamentaria. Detrás de esta práctica subyace un modo de entender al Derecho como una ciencia objetiva, compleja y desvinculada de valores, según la cual quienes están mejor posicionados para legislar racionalmente son los juristas o académicos. En definitiva, los estudiosos del Derecho.

Esta visión responde a una lógica –de origen decimonónico– que se enfrenta a numerosos problemas: ¿realmente está desvinculado de valores el Derecho? Este es un enorme problema de la filosofía del derecho, pero –asumiendo que no están desvinculados– ¿por qué deberían ser los valores del jurista –en lugar de los de la ciudadanía– los que se traduzcan en ley? ¿es correcto que el Congreso, diseñado para deliberar, delegue sus facultades de representación y apruebe normas a «libro cerrado»? ¿no existen acaso otros ámbitos de saber y de producción de conocimiento –v. gr., la sociología, criminología, antropología, medicina, historia, filosofía– capaces de proponer aportes al diseño normativo en general, y al penal en particular? ¿qué legitimidad representativa tiene un jurista –o una comisión técnico-jurídica– frente a la comunidad? ¿puede siquiera reclamar representatividad una elite académica?

Aunque plagada de problemas, esta técnica legislativa es la forma tradicional empleada en nuestro Derecho, así como en el de la región y en numerosos Estados –puesto que responde a una lógica epocal–, para sancionar leyes estructurales y, paradigmáticamente, los códigos cuya sanción la Constitución Nacional ordena al Congreso de la Nación.¹⁴

Así fue como se sancionó la normativa central del derecho civil argentino: el Código Civil, de Dalmacio Vélez Sársfield, una obra

¹⁴ En el actual art. 75 inc. 12 de la actual CN; art. 67 inc. 11 del texto constitucional de 1853-1860.

magnífica que ordenó una enorme variedad de asuntos de la vida cotidiana por más de un centenar de años. También ese fue el modo en que se produjo la mayor reforma parcial, aunque estructural, a aquel código –la reforma de la ley 17.711, diseñada por Guillermo Borda– y el modo en que se sancionó el Código Penal de 1921 –proyectado por Rodolfo Moreno (h) y vigente, con innumerables reformas, a la fecha–. Esta técnica ha dado lugar además a numerosos proyectos fallidos de Código Civil y Código Penal.¹⁵

Una excepción –parcial– a esta forma de legislar fue la reforma integral al Código Civil, introducida en 2014 vía ley 24.996, que partió de un proyecto realizado por una comisión de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y una ex jueza de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, también reconocidos juristas, –Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci– que fue sometido a discusiones durante años entre académicos y profesionales, hasta que tomó tratamiento legislativo y culminó con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El conocimiento experto aplicado a la creación de normas no es un problema en sí mismo, puesto que los juristas proveen conocimiento útil para la compleja tarea de introducir nuevas normas o reformas en un sistema normativo. El problema surge cuando el conocimiento experto reemplaza la discusión legislativa, pues así mina la legitimidad democrática de las normas jurídicas.¹⁶ Y esa metodología ha sido la seguida para los dos últimos intentos fallidos de reforma integral del Código Penal.¹⁷

¹⁵ Así, en materia penal, antes de la sanción del código de 1921 se discutieron numerosos proyectos que no alcanzaron sanción en el Congreso: entre ellos, la revisión del código de Carlos Tejedor que llevaron a cabo Sixto Villegas, Andrés Ugarriza y Juan Agustín García (1881), un proyecto de Norberto Piñero, Rodolfo Rivarola y José Nicolás Matienzo (1891), otro de Lisandro Segovia (1895), y un proyecto elaborado por Francisco Beazley, Rodolfo Rivarola, Diego Saavedra, Cornelio Moyano, Norberto Piñero y José Ramos Mejía (1906) –sobre el tema, véase Soler, S. (1992 [1940]), *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 112-130–.

¹⁶ Sobre el conocimiento experto como problema puede verse Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad, *Discusiones*, 30(1), 27–64; así como los esclarecedores comentarios de Marchese, Iosa y Rimoldi (Marchese, E. (2023). Opacidad, deferencia y legitimidad: los desafíos de la interacción ciencia-derecho. *Discusiones*, 30(1), 7–26; Iosa, J. (2023), Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación del derecho, *Discusiones*, 30(1), 111-130; Rimoldi, F. (2023). Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico?. *Discusiones*, 30(1), 79–110).

¹⁷ Los últimos proyectos de reforma integral del Código Penal fueron uno presentado en 2014 y producido por una comisión integrada por León Arslanian, María Elena Barbagelata, Ricardo Gil Lavedra, Federico Pinedo y Eugenio R. Zaffaroni; y otro en 2019, fruto de una comisión integrada

Por otra parte, frente al elitismo se erige, paradigmáticamente en materia penal, el populismo punitivo. Se trata de una estrategia político-electoral consistente en recoger demandas populares por mayor seguridad o justicia y canalizarlas legislativamente en reformas que expanden la rigurosidad de la norma penal –mediante penas más severas o, en general, la adopción de una posición más dura hacia el crimen–.

El fenómeno del populismo punitivo tiende a capitalizar electoralmente el temor y la inquietud de la ciudadanía respecto a la criminalidad, prometiendo la implementación de medidas rápidas y enérgicas. Los líderes que adoptan esta forma de populismo buscan deliberadamente proyectar una imagen de firmeza y consonancia con las preferencias mayoritarias, a pesar de que dichas medidas pueden conllevar repercusiones adversas en términos de derechos civiles, equidad social y el funcionamiento del sistema penal. Además, esta dinámica está desvinculada de los efectos que las reformas legislativas puedan tener en relación con los fines que se declaran perseguir: no necesariamente mayor respuesta punitiva implica una reducción de la delincuencia.¹⁸

Se trata de un mecanismo de política partidaria que responde a un proceso muy estudiado: 1) inicia con un reclamo de víctimas de un delito, que frecuentemente han sufrido la pérdida de un ser querido en circunstancias verdaderamente dolorosas; 2) la demanda suele tener un contenido punitivista: mayor vigilancia, penas más altas, baja de la edad de imputabilidad, menos garantías constitucionales para quienes son juzgados, entre otras; 3) los medios masivos de comunicación sobredimensionan y amplifican el impacto del reclamo, a la vez que lo transforman en una verdad absoluta que se presenta sin oposición; 4) los representantes políticos ven la oportunidad de vehiculizar un reclamo social que puede generar apoyo a un bajo coste, por lo que la demanda termina convirtiéndose

por Mariano Borinsky, Guillermo Yacobucci, Carlos González Guerra, Carlos Mahiques, Pablo Turano y Guillermo Soares Gache.

¹⁸ En este sentido, Garland, D., (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.

en una ley que exaspera la reacción penal estatal.¹⁹ Otros elementos frecuentes del populismo son: 5) la polarización social, en tanto la demanda se presenta como una petición «a todo o nada» que no pretende buscar puntos de encuentro o generar consensos, sino una victoria contra el contrincante; 6) la construcción de estereotipos, que señalan a los ciudadanos pertenecientes a determinados grupos sociales, culturales o a migrantes como «potenciales delincuentes»; 7) la «esloganización» de la política criminal, encaminada a conectar la legislación penal con intuiciones, aspiraciones y el sentido común y a minimizar el ámbito de discusión –por ejemplo, el etiquetado de leyes como las «leyes Blumberg» o la creación de consignas como «zero tolerance»–; y 8) la generación de pánico moral, alcanzado mediante la hiper-mediatización de los «fracasos» del sistema judicial en responsabilizar a quienes son acusados.²⁰

Hecha esta recapitulación, vemos que desde una perspectiva política el cuadro queda conformado entre dos extremos: el populismo penal, que privilegia las demandas de ciertos sectores populares por mayor seguridad y la solución punitiva con el fin de disminuir el delito; y el elitismo penal, que cede la legislación penal a especialistas considerados en mejor posición epistémica.

Ambas tendencias afectan la legitimidad democrática de las normas que de allí surgen. Contrarían el ideal republicano de autogobierno y, con ello, a la democracia entendida en términos sustantivos: las normas producto de estas dinámicas no pueden ser consideradas *materialmente* normas propias por parte de la ciudadanía, aunque satisfagan pulcramente los requisitos formales o procedimentales de sanción de leyes. El populismo, por cuanto genera sobrerrepresentación de los sectores que demandan más seguridad y reformas penales. Y el elitismo, porque sobrerrepresenta a los sectores privilegiados a quienes se adjudica una mejor posición para diseñar normas penales.

Quienes en este esquema quedan infrarrepresentada son, por un lado, la ciudadanía que no forma parte de una élite –por definición, las mayorías–; y las minorías que no están alcanzadas por la demanda populista. Así ocurre, por ejemplo, con los migrantes frente

¹⁹ Beade, G. (2010). El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, 55-70.

²⁰ Cigüela Sola, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(12).

a reclamos por mayores sanciones o deportación para los extranjeros que delinquen; o con los menores de edad frente a debates sobre la baja de la edad de imputabilidad. En ambos casos se trata de grupos criminalizados que –paradójicamente– no son incluidos en el debate político sobre legislación que los involucra, pero lo hace a modo de objetivo.

Se trata, en definitiva, de procedimientos legislativos que satisfacen las exigencias formales de la democracia, pero pierden de vista su dimensión sustancial. Ninguno de ellos está estrictamente vinculado a las fuerzas políticas en tensión que repasamos antes, aunque ambos sobrerrepresentan a un determinado sector de la comunidad y, con ello, priorizan sus políticas y agendas en materia penal.

4. El tipo de discusión penal que necesitamos (y el rol de la academia en ella)

El sistema jurídico penal que tenemos es producto de una democracia aun enfocada en su subsistencia como sistema político y con cierta falta de experiencia democrática –entendida en términos robustos– y de cultura de diálogo ordenado y respetuoso. Esto ha tenido, a mi entender, un rol decisivo en la proliferación de las prácticas poco democráticas –o sólo formalmente democráticas– antes señaladas. Tras cuarenta años de democracia hemos de disponernos a una discusión profunda, racional y participativa; que sienta las bases de un sistema penal seguro, centrado en el respeto de los derechos humanos y que refleje nuestra propia identidad normativa.

En este sentido, es necesario tomar en cuenta la relevancia de las normas penales para un sistema jurídico. Se trata de un área que –dadas sus implicaciones coercitivas y el rol de espacio de expresión moral de la comunidad que supone– demanda una sólida y especial justificación y discusión.

Urge que esa discusión sea profunda pues, para edificar de manera duradera la forma en que la comunidad llama a responder a conciudadanos por los delitos que cometen, es necesario que el debate tome en serio el asunto y someta a revisión el diseño completo del sistema. Las reformas parciales al Código Penal, la

sanción de un Código Procesal Penal desvinculado de la norma de fondo o la modificación constante del sistema de ejecución de la pena privativa de la libertad sólo conducen a un estado de anomia constante: el principio de legalidad –entendido en su faz de conocimiento del Derecho por parte de la ciudadanía– queda absolutamente desdibujado. Actualmente no existe en la ciudadanía un conocimiento extendido sobre las penas de cada delito, sobre el modo de cumplimiento de una condena en caso de que sea impuesta, ni sobre las herramientas existentes para defenderse o acusar judicialmente.

La discusión debe ir a fondo e incluir los nuevos avances en materia penal, particularmente aquellos que están orientados a resolver el conflicto surgido a raíz del delito, antes que a restaurar la autoridad del sistema jurídico vulnerada. Ejemplo paradigmático de ello son los proyectos de justicia restaurativa que, a pesar de contar con un largo recorrido en el derecho comparado, nuestro país sólo ha incorporado de modo implícito, mediante tímidas reformas al sistema procesal y a las normas sobre el ejercicio de la acción penal.

Pero, además de profunda, una discusión democrática ha de ser racional. Y aquí entran en juego los conocimientos científicos y académicos. La academia jurídica está habituada a contar con un rol protagónico en estos debates, producto de una larga historia de confusión de roles entre académicos, profesores de Derecho, jueces y legisladores; consecuencia de un entramado de construcción de poder incrustado en nuestra cultura. Urge en este ámbito la distribución del poder-saber: otros ámbitos de producción de conocimiento pueden reclamar espacio para aportar a la discusión penal y promover soluciones socialmente adecuadas. Dejar en manos de la academia jurídica toda la discusión al respecto es, paradójicamente, irracional. Por el contrario, incorporar seriamente los aportes de cada disciplina y unirlos en un debate profundo, luce como el método más prometedor al respecto.

Y, por último –aunque unido a lo anterior–, el debate debe ser participativo. No sólo el poder-saber debe ser distribuido, sino que además es necesario que existan instancias de diálogo con representantes de la ciudadanía. Especialmente las personas interesadas en la construcción del sistema punitivo –como pueden serlo asociaciones de víctimas de delitos o representantes de

personas convictas– deben ser escuchadas en el debate. Aquí, la democracia deliberativa ofrece herramientas normativas para orientar hacia los ideales de legitimidad e imparcialidad los procedimientos decisorios y el diseño de las instituciones públicas. La legitimidad e imparcialidad, según la democracia deliberativa, depende de que las decisiones públicas sean el resultado de un procedimiento inclusivo –allí radica el elemento democrático– y dialógico –este es el componente deliberativo–.²²

¿Qué rol puede ocupar la academia en esta propuesta?

La academia jurídica, así como todo espacio de conocimiento experto, debe ser puesta al servicio de la ciudadanía y de la discusión democrática. Me atrevo aquí a formular tres propuestas.

En primer lugar, urge que nuestra academia jurídica se replantee críticamente su tarea. Esto implica examinar la autoridad del lugar desde donde se manifiesta el conocimiento experto y dar cuenta de la relación entre estructuras de poder y fuentes de conocimiento. La legitimidad del sistema jurídico no se ve fortalecida si los roles de creación, aplicación y crítica del Derecho están en las mismas manos.

En segundo lugar, la academia jurídica no debe excluir –y debería promover– los aportes multidisciplinarios, dando cuenta de la variedad de dinámicas que se ven involucradas en la creación y sanción de leyes y de la complejidad de las problemáticas que éstas tienden a abordar.

En tercer orden, entre las tareas de la academia jurídica dedicada al asesoramiento para la creación de leyes deberían incluirse, al menos, las siguientes: i) proveer al debate herramientas teóricas sólidas sobre derecho comparado; ii) aportar análisis sobre problemas prácticos y de implementación de reformas legislativas; y iii) suministrar información cuantitativa que sirva como insumo objetivo para el planteamiento de políticas públicas.

Quizás, son estos tiempos –en los que el rol del Estado es revisado a fondo y flota en el aire la intuitiva pero superficial idea de que «el que las hace, las paga»– los ideales para replantear un debate del

²² Giuffré, C.I. (2023). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico, *Revista Derecho del Estado*, 55, 141-169.

sistema público de respuesta al crimen de manera seria, profunda, racional y participativa.

5. Bibliografía

- Atienza, M. (1989). Contribución para una teoría de la legislación, *Doxa*, n° 6, pp. 385-403.
- Beade, G. (2010). El populismo penal y el derecho penal todoterreno en la Argentina, *Derecho Penal y Criminología*, 90, vol. XXXI, 55-70.
- Bestard, A. M. (2014). Reforma constitucional argentina de 1994. El artículo 75 inciso 22 de la Constitución nacional, y la recepción del control de convencionalidad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones "Ambrosio L. Gioja"*, 8 (13).
- Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad, *Discusiones*, 30(1), 27–64.
- Cigüela Sola, J., (2020). Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(12).
- Duff, A. (2015). *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*. Buenos Aires, Siglo XXI.
- Foucault, M. (1983). *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*. Siglo XXI
- Foucault, M. (2016). *La sociedad punitiva. Curso en el Collège de France (1972-1973)*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
- Garland, D., (2005). *La cultura del control: crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Barcelona.
- Giuffré, C.I. (2023). De la democracia deliberativa al constitucionalismo dialógico, *Revista Derecho del Estado*, 55, 141-169.
- González Bellene, C. H. (2021) ¿Qué tiene de perpetua la pena de prisión perpetua? Una reconstrucción legislativa, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, XI (3) pp. 51-65.
- Iosa, J. (2023), Conocimiento experto y legitimidad en el proceso de creación del derecho, *Discusiones*, 30(1), 111-130.

- Marchese, E. (2023). Opacidad, deferencia y legitimidad: los desafíos de la interacción ciencia-derecho. *Discusiones*, 30(1), 7–26.
- Nino, C. (2007). *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires, Gedisa, pp. 11-24.
- Pérez Barberá, G. (2014). Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena, *InDret*, 4.
- Rimoldi, F. (2023). Opacidad y deferencia: ¿Un problema semántico o epistémico?. *Discusiones*, 30(1), 79–110.
- Soler, S. (1992 [1940]), *Derecho Penal Argentino*. Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, pp. 112-130