

EL POPULISMO PENAL Y EL DERECHO PENAL *TODOTERRENO* EN LA ARGENTINA

*Gustavo A. Beade**

Resumen: El trabajo trata de examinar las cuestiones vinculadas con el fenómeno del denominado “populismo penal”. Se analizan posibles causas y circunstancias relacionadas con las demandas populistas, además de cuestionar las posturas que presentan en general los expertos del derecho penal. Así, se pretende buscar alguna salida a través de las propuestas de algunos teóricos que vinculan el derecho penal con ciertos conceptos extraídos de ideales de la democracia deliberativa.

Palabras clave: populismo penal, democracia deliberativa, especialistas, medios de comunicación

* Abogado de la Universidad de Buenos Aires; Becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico –DAAD– para desarrollar una investigación en el Seminario de Derecho público y Filosofía del Derecho en la *Christian-Albrechts-Universität* de Kiel (Alemania) bajo la dirección del Profesor ROBERT ALEXY. Agradezco los comentarios de DIEGO ZYSMAN a una versión anterior y las discusiones con GONZALO PENNA y SANTIAGO ROLDÁN. También agradezco la diversa colaboración prestada por ESTELA SEIJAS, JAVIER QUINTEROS, ISABEL ROSALES, OTTO ARGUETTA, LUCAS ARRIMADA y LILIANA RONCONI. E mail: [gustavo.bead@daad-alumni.de]; [gbeade@derecho.uba.ar]. Fecha de recepción: febrero de 2010. Fecha de modificación: marzo de 2010. Fecha de aceptación: mayo de 2010

PENAL POPULISM AND THE TOTAL CRIMINAL LAW IN ARGENTINA

Abstract: This paper examines some problems related to the phenomenon called “penal populism”. I analyze the causes and facts related with the populist demands, furthermore I criticize the position that e.g. the experts in criminal law defends in Argentina. I look forward to find a solution with some ideals and proposals that came from some theoretical professors that build some links between Criminal Law and some concepts extracted from the main idea of the Deliberative Democracy.

Keywords: penal populism, deliberative democracy, experts, press.

INTRODUCCIÓN

Pretendo en este trabajo pensar lo que se ha denominado hace algunos años como “populismo penal” dentro del contexto argentino. La cuestión central es buscar distintas explicaciones sobre esta problemática que, a su vez, tiene distintas formas de ser definida. En principio, diría que se trata de una corriente que surge desde algún sector de la sociedad con pretensión de imponer cierta política criminal, ya sea a través de un reclamo concreto sobre ciertos delitos, así como también de una mayor demanda de “seguridad”. De esta forma, y casi a continuación de un hecho delictivo grave y propagandizado por los medios masivos de comunicación, se toman en consideración las manifestaciones de las víctimas y se generan numerosas encuestas de opinión que tienen una sola pregunta ofrecida –en general– pasible de una respuesta afirmativa o negativa, del tipo “¿está de acuerdo con la libertad condicional?”. De esta forma, un cierto “descontento general” que se manifiesta en estos *reclamantes*, rápidamente es amplificado por los medios de comunicación y capitalizado por políticos pensando en futuras campañas electorales.

Si bien es cierto que la intensidad de los castigos, los medios para infligir dolor y las formas de sufrimiento permitidas en las instituciones penales están determinados no sólo por consideraciones de conveniencia, sino también por referencia a los usos y sensibilidades del momento¹, el problema se centra, a mi juicio, en dos circunstancias relevantes: 1. Analizar los problemas que se generan a partir de este tipo de movimientos político criminales, y a su vez, qué defectos democráticos exhibe esta forma de discusión pública, y 2. El rol que juegan en estas circunstancias los expertos en derecho penal. Esta cuestión es relevante si se considera la posición que toman –en general– en relación a los problemas que se someten a discusión.

1 D. GARLAND. *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, 2.^a ed. en español, B. RUIZ DE LA CONCHA (trad.), México, Siglo XXI, 2006, p. 230.

En este texto trato de buscar algunas explicaciones a los inconvenientes que se generan a partir de cierto tipo de legislación que surge desde oleadas de populismo penal (I), así como también los problemas democráticos que a mi juicio tiene la sanción de estas legislaciones (II). En este sentido, analizo en concreto, la postura de los expertos en el derecho penal de nuestro país y también del extranjero (III). Por último trato de elaborar ciertas propuestas para encarar una investigación más extensa.

I. EL POPULISMO PENAL

Resulta algo dificultoso poder definir concretamente el concepto de “populismo penal”; como he anticipado, se trata de una *avalancha* de individuos -indeterminada en número y composición social- movilizadas en pro de lograr “cambios” en un sentido amplio, efímeros y sin ninguna dirección concreta². Tratando de precisar esta vaga definición, es complejo poder identificar estos reclamos que se enrollan bajo ciertos *slogans*, como banderas que se agitan y se repiten tantas veces, que evitan profundizar concretamente, en qué consistiría ese cambio y que consecuencias prácticas traería³.

Cierto es que las políticas penales están moldeadas por una gramática simbólica de formas culturales, así como por la dinámica más instrumental de la acción social, de modo que, al analizar el castigo, es preciso contemplar los patrones de expresión cultural y la lógica del interés material o control social⁴. Sin embargo, el populismo penal, como fenómeno reciente escapa a este razonamiento, para ser por uno más globalizado y menos argumentado.

Es posible efectuar alguna clasificación provisoria de las características de estos movimientos⁵. En primer lugar, muestran *una pérdida de vinculación entre los contenidos*

2 En posiciones más sencillas se ha señalado que se trata de un discurso caracterizado por un llamado al castigo en nombre de las víctimas. Cfr. T. DAEMS. “Engaging with penal populism: The case of France”, *Punishment and Society*, 2007, 9; 319, esp. p. 322.

3 Es posible señalar que la única consecuencia práctica que una demanda populista penal podría ocasionar es el aumento de personas privadas de su libertad. Esta circunstancia no ha podido ser relevada en Argentina, pero otros países como los Estados Unidos, han incorporado políticas impulsadas por el populismo penal como la regla de *Three Strikes and Your're Out*, la *Megan's Law* y *Truth in Sentencing*. Desde la implementación de estas políticas el aumento de detenidos en Estados Unidos ha alcanzado números impensados. Así, desde 1981 hasta 1992 se llegó a una cantidad de detenidos igual a la que había en 1981. Es decir que en 11 años se duplicó la cantidad de detenidos. Para más detalles cfr. F. ZIMRING. “Imprisonment Rates and the New Politics of Criminal Punishment” *Punishment and Society*, 2001, 2; p. 161. Para un análisis de la legislación punitiva en Nueva Zelanda, la *Sentencing Act*, la *Parole Act* y la *Victims Rights Act*, cfr. J. PRATT y M. CLARK. “Penal populism in New Zealand”, *Punishment and Society*, 2005, 7, p. 303.

4 GARLAND. *Castigo y sociedad...*, cit., nota 1, p. 234.

5 Tal dificultad puedo observarla en autores que actualmente trabajan esta problemática. Por ejemplo ROBERTO GARGARELLA da un definición algo escueta respecto del populismo penal, señalando que dentro del él se incluye a “las corrientes que pretenden que el derecho penal tome la forma que la ciudadanía

simbólicos y operativos de las leyes penales. En segundo lugar, existe un resultado de suma cero en los propósitos del castigo penal⁶. Por último se percibe “una paradójica política de desconfianza en la legislación penal”⁷. Esta última característica será trabajada en detalle en el punto I.c.

En relación al primer aspecto, se ha dicho que este punitivismo, impulsado por el populismo penal, ha perdido el simbolismo del antiguo derecho penal. En esta medida los cambios que se impulsan sobre el sistema penal hacen mayor hincapié en el impacto operativo de la sanción, más no en su aspecto simbólico. Así, el sistema penal se ha transformado en un perro que ladra menos, pero muerde más fuerte⁸.

Estos reclamos muchas veces son iniciados por familiares de víctimas que han sufrido la pérdida de un ser querido en circunstancias verdaderamente dolorosas. Es con la consumación de un delito que comienza una doble vía de acción por parte de estos familiares. Por una parte comienza una investigación judicial que tiende a verificar y avanzar en la resolución del asunto, mientras que por otro lado comienza el movimiento populista que tiene, quizá, otros fines.

Pongo en duda esta afirmación porque desconozco cuáles son los fines de quienes encabezan estos “movimientos”⁹. Difícil es poder identificar algo más que un sentimiento retributivo muy fuerte y con pretensión de expansión amplia¹⁰. Me explico: no alcanzo a vislumbrar algo más que buscar la imposición de una sanción lo más fuerte posible sobre el victimario de sus familiares. Sólo se trata de lograr la mayor cantidad de pena para quien ha causado un dolor irreparable, esto es el clásico y renovado retribucionismo¹¹.

reclama, particularmente a través de sus voces más salientes o resonantes en el tema, que suelen ser las de las víctimas del crimen y sus allegados”. Me parece que existen muchos otros matices que trataré de desarrollar en lo que sigue. Al respecto, cfr. R. GARGARELLA. “‘Neopunitivismo’ y (re)educación republicana. Respuesta a Diego Freedman”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, 2007, p. 127.

- 6 D. GARLAND. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, M. Sozzo (trad.), Barcelona, Gedisa, 2005, p. 46, señala que este nuevo imperativo político, en el que las víctimas deben ser protegidas, termina asumiendo un juego de suma cero, en el que lo que el delincuente gana lo pierde la víctima y estar “de parte” de las víctimas automáticamente significa ser duro con los delincuentes.
- 7 ZIMRING. Ob. cit., nota 3, p. 163.
- 8 Ídem.
- 9 Caracterizo al populismo penal como un movimiento. No estoy seguro de que esta sea una definición correcta para ello. Sin embargo, no encuentro ninguna otra –por el momento– que me satisfaga más.
- 10 En este sentido, cfr. GARLAND (nota 6, p. 43) quien señala que “esto ha restablecido la legitimidad de un discurso explícitamente retributivo que, a su vez, le ha hecho más fácil a los políticos y las legislaturas expresar abiertamente sentimientos punitivos y aprobar leyes más draconianas”.
- 11 J. WHITMAN. “Entre la legítima defensa y la venganza. Entre el contrato social y el monopolio de la violencia”, G. BEADE (trad.), *Nueva Doctrina Penal 2008/A*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2008.

Esto también se advierte cuando los individuos perciben que el delito del que han sido víctimas, directa o indirectamente, no tiene una escala penal que logre satisfacer esa voluntad retributiva. Sus reclamos tienden a cuestionar esta legislación positiva, pero es aquí donde es posible poder advertir nuevamente la ausencia de otros fines distintos de la venganza. Al proponer aumento de escalas penales en ciertas sanciones (cuestión que veremos en detalle más adelante) no están pensando, al menos eso creo, en fines preventivos (esto es, aumento de penas para desincentivar ciertas conductas), sino todo lo contrario¹². Se pretende que quienes realicen dichas conductas sean sancionados más fuertemente que antes¹³.

Esta cuestión puede ser vinculada con el segundo aspecto que podría caracterizar estos movimientos, y es el resultado de suma cero en relación al castigo penal. Señala ZIMRING que si el sistema de justicia penal es imaginado como un juego de suma cero, nada que puede lastimar a los imputados por definición podría ayudar a las víctimas. En esta medida, habría que preguntarse las razones de castigar de esta forma, esto es, retributivamente¹⁴. En este razonamiento, hasta una compensación económica permitiría salir de este juego sin resultado determinado entre víctima y victimario¹⁵.

Es posible pensar que estos fenómenos ocurren en gran parte del mundo y que son parte de la modernización de la sociedad¹⁶.

Trato ahora de precisar algunas cuestiones más respecto de los contenidos que pueden precisarse en estos reclamos, la amplificación mediática que puedan tener y la utilización política de estos movimientos populistas.

12 Otra posible definición la brinda MICHAEL TONRY quien señala que estos cambios hacia el populismo penal se deben a que una gran cantidad de individuos comparten en una era las mismas percepciones y creencias que justifican estos cambios e inconscientemente advierten que estos cambios pueden ser erróneos y que ellos mismos en algunos años se den cuenta de esta equivocación. Cfr. M. TONRY. "Un-thought Thoughts: The Influence of Changing Sensibilities on Penal Policies", *Punishment and Society*, 2001; 3; p. 167, esp. p. 169.

13 Hay algunos teóricos del derecho penal que ven como una preocupación estos movimientos populistas, dado que, señalan, conllevan a un estado más autoritario. Así, este "nuevo punitivismo" acarrea una menor protección procesal de los sospechosos, el rápido aumento de la cantidad de prisionados, y la implementación de leyes como la de los "Three strikes". Cfr. A. ASHWORTH y L. ZEDNER. "Defending the Criminal Law: Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions", *Criminal Law and Philosophy*, 2008 2, p. 1.

14 Asimismo se ha señalado que estas nuevas formas de castigo pueden incluir la negación de los derechos de los penalizados a recibir educación y empleo, dado su efectividad económica. Cfr. P. LARKIN. "The 'Criminalization' of Social Security Law: Towards a Punitive Welfare State?", *Journal of Law and Society*, vol. 34, n.º 3, 2007, p. 304.

15 ZIMRING. Ob. cit., nota 3, p. 164.

16 J. PRATT. "Emotive and Ostentatious Punishment: Its Decline and Resurgence in Modern Society", *Punishment and Society*, 2000, p. 2.

A. El contenido de las demandas populistas

Como he señalado previamente, me resulta muy dificultoso poder reconstruir el contenido de las demandas populistas. Así, por ejemplo, las convocatorias a marchas llevadas a cabo por estos movimientos sólo se basan en los slogans que he señalado y que impiden conocer verdaderamente cuáles son sus fines. Por ejemplo, muchas de estas convocatorias se realizan invocando frases tales como “contra la inseguridad” o “por la vida”, etc. Uno podría preguntarse, si por la vida no habría que hacer algunas cosas más o, por otra parte, qué tipo de inseguridad es la que habría que enfrentar, y cómo podría solucionarse la cuestión de una forma tan radical como propone la convocatoria. Todas estas preguntas no tienen una respuesta demasiado amplia. Lo más imaginable es lo que aparece como primera respuesta: más penas, más control policial. Esto es visto como un síntoma preocupante y como la posibilidad de que el Estado se vuelva más autoritario.

Es posible reducir las propuestas de estos movimientos a estas dos que he señalado. Es complejo poder pensar los motivos por los que siempre esta forma de solución es la que prima. En principio, deben ser vinculados con los medios de comunicación y los actores políticos. La ausencia de contenido de estas demandas se ven compensadas con la amplificación que logran en los medios masivos de comunicación, quienes agitan estos reclamos imponiendo una verdad absoluta que identifica a cualquier objetor de estas ideas como un “enemigo” o un “garantista”, como una forma de identificar a los defensores de los delincuentes, o como los propulsores de una especie de anarquismo penal.

B. Los medios masivos de comunicación como purificadores de la demanda

En este apartado analizo las causas de la limitada durabilidad de las demandas populistas y su amplificación sobredimensionada. Estas últimas características son debidas a los medios masivos de comunicación.

En general los periódicos y los programas de radio y televisión, toman arbitrariamente ciertos casos policiales y comienzan un tratamiento pormenorizado por varios días, hasta que súbitamente, cuando la investigación judicial pierde su “grado de televisualización”, esto es, no hay nuevas pistas, hechos, detenidos y declaraciones relevantes, es abandonado tan rápidamente que resulta complejo quizá recordar de qué trataba el caso en concreto.

Esta circunstancia podría multiplicarse tantas veces como medios de comunicación existen. Pese a ello, hay casos en los que la repercusión mediática logra cierta uniformidad. Estos son los casos en los que se amplifican las demandas del populismo penal y se logra neutralizar la cantidad de voces en contra que puedan existir. Asimismo, también hay determinadas circunstancias que –según el momento– son destacadas por los diversos medios. Así, transitoriamente hay “modas” de ciertos delitos. Pueden ser los

delitos contra la propiedad, las privaciones contra la libertad en forma de secuestros, y distintas variantes que surgen de acuerdo a las circunstancias. De esta forma aparecen y desaparecen –de acuerdo al enfoque mediático– diversos delitos¹⁷.

Se ha destacado que, concentrándonos en los grandes medios nacionales y la televisión, las imágenes mediáticas en los últimos años se estructuran en torno a dos ejes: uno cambiante, la repentina aparición, rápida difusión y posterior decrecimiento de formas de delito novedosas tituladas como “olas”. Primero fueron los robos en taxis, luego los “secuestros *express*”, más tarde hombres araña entrando por la noche en los edificios, el asalto teñido de sadismo contra ancianos desprotegidos y, más recientemente, “los motochorros”. El segundo eje se mantiene estable: se consolida la imagen de la nueva delincuencia, esto es, ladrones muy jóvenes producto de la crisis económica y social, de la desestructuración familiar, e incapaces de dosificar la violencia al no adscribir a los códigos de comportamiento de los ladrones profesionales de antaño¹⁸.

Esta circunstancia, por otra parte, también genera ciertas consecuencias. A partir de determinadas políticas punitivas se genera “un sentimiento de inseguridad que fractura el sentido de la comunidad y vecindad para ir vedando el uso de espacios públicos. En barrios donde reina la inquietud, se genera un mayor aislamiento entre las personas, que comienzan a desconfiar unas de otras”. Por otra parte “la reputación del área peligrosa genera una espiral de degradación socio-económica: los habitantes más prósperos desertan, disminuyendo la capacidad de recaudación impositiva local, la vida asociativa se debilita”¹⁹.

En estos casos, los medios logran encolumnar detrás del reclamo mayor cantidad de individuos, logrando de esta forma, imponerse y resistir cualquier voz disidente. Es cierto que ante tal situación, difícilmente alguien que la vea como conflictiva trate de arrojar algo de luz sobre estas cuestiones. Es prácticamente imposible que alguien pretenda frenar este avance populista tratando de buscar razones plausibles para este movimiento punitivo. Esto desde ya, genera una ilusión acerca de la legitimidad del reclamo, que pretendo discutir más adelante. Cuando estos factores se producen, la oleada punitiva se mantiene en el tiempo algo más.

17 Esta obsesión por la “seguridad” es un punto importante para pensar la expansión del derecho penal. Cfr. DAEMS. Ob. cit., nota 2.

18 G. KESSLER. “Miedo al delito y victimización en Argentina”, en G. KAMINSKY, D. KOVOSKY y G. KESSLER. *El delito en la Argentina post-crisis. Aportes para la comprensión de las estadísticas públicas y el desarrollo institucional*, Friedrich Ebert Stiftung, INECIP, 2007, p. 83.

19 KESSLER. Ob. cit., nota 17, p. 77. GARLAND. Ob. cit., nota 6, p. 45, destaca la aparición del temor al delito como tema cultural importante, ello en forma independiente de la evolución real de las tasas delictivas. Esto conlleva una escasa confianza del público en la capacidad del sistema de justicia penal para hacer algo al respecto.

En este aspecto, y sólo aquí, es posible coincidir con la apreciación de GARGARELLA quien señala que la amplificación de la demanda populista en general tiene mayor perdurabilidad en ciertos casos en donde las víctimas pertenecen a un estrato alto de la sociedad²⁰.

Habría varias razones para ahondar en esta cuestión. En principio podría decir que la cuestión económica es determinante: quien quiera mantener “vivo” el reclamo por el ser querido perdido, o por la demanda que plantea, debe poder tener cierta afinidad con los medios de comunicación o al menos dinero para poder acceder a ellos. Se me ocurre pensar que muchas personas, por las razones que sean, no saben cómo manejarse ante una situación de esta naturaleza. En este sentido, ¿cómo entablar un diálogo con un medio para obtener que la difusión de *su* reclamo pueda ser amplificada? Lograr una marcha de reclamos televisada, en un lugar amplio, y hacer difundir la noticia para obtener una convocatoria importante no es algo que pueda hacer cualquier ciudadano. Esto deberá ser profundizado.

Vuelvo al comienzo del apartado para señalar que el efecto que terminan logrando los medios masivos de comunicación es purificar una oleada de populismo penal para transformarla en una verdad absoluta que se presenta sin oposición. Esta purificación que efectúan los medios de comunicación, tiene aristas bastante complejas: en principio, no sólo logran homogeneizar el reclamo, sino que para llegar a este fin utilizan armas preparadas especialmente para ello. Tal como señalé en un comienzo, los debates televisivos o las encuestas en los periódicos seccionan la problemática que puede ser de diversa índole (social, cultural, económica) y la encierran en una pregunta que sólo puede ser respondida de forma afirmativa o negativa. Así, preguntas tales como: ¿Está de acuerdo con la libertad condicional? ¿Debe seguir siendo Juez “X” que liberó al asesino de “Z”?, etc., no sólo tienen la pretensión de sumar adeptos a la causa para así afirmar luego una falaz mayoría democrática, sino que también minimizan el problema pasando por alto los más básicos derechos fundamentales, en fin, trivializando la cuestión. Es aquí donde comienza a tomar cuerpo el problema.

En relación a la responsabilidad que pudiera corresponderles a los medios de comunicación, es posible señalar la escasa reflexividad respecto del rol que detentan y la posibilidad de generar temor. Así, los responsables de los medios de comunicación señalan que tienen el “deber” de mostrar lo que pasa fiscalizando la acción del Estado en la materia sin ninguna otra responsabilidad que pueda endilgárseles²¹.

20 GARGARELLA. “Mano dura sobre el castigo. Autogobierno y comunidad (II)”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 8, 2007, p. 103. Es dudoso que el populismo penal se genere sólo en los sectores más beneficiados de la sociedad; por otra parte, es más acertado señalar que, en concreto, sólo los individuos con gran poder adquisitivo pueden mantener vivos ciertos reclamos en la prensa por un mayor espacio temporal.

21 KESSLER. Ob. cit., nota 17, p. 99.

C. La utilización política del populismo penal

Toda oleada populista no siempre tiene correlación en una modificación de la política criminal. En el contexto argentino, estas modificaciones siempre redundan en aumentos de pena, cuestión que resulta bastante llamativa. Es notable cómo, luego de que el movimiento populista pasa por el tamiz de los medios de comunicación, siempre termina transformándose en una demanda de aumento de escalas penales. Aquí es posible rescatar algo bastante positivo de los medios, y es justamente lograr aminorar algo de los reclamos iniciales que tenían elementos retributivos más radicales como la pena de muerte, la obligatoriedad de que los detenidos trabajen, o la vejación de autores de ciertos delitos, entre otras cosas. Veamos ahora cuál es la actitud estándar de los políticos en estos casos.

En principio, es notable como los políticos aprovechan esta *transformación* que señalo respecto de las demandas²². Toman *el nuevo reclamo* y en muchos casos con la finalidad de luego atribuirse la sanción, el impulso o la creación de la reforma, aprueban el/los proyectos que aumentan la penas²³. Es aquí donde el avance populista no distingue ningún estrato social, ni partido político. En esta instancia la parificación lograda avanza sin mayores inconvenientes por cualquier debate parlamentario.

Desde un análisis de costo-beneficio el político pierde poco o nada si vota a favor de un proyecto de esta índole, en principio por dos factores centrales: 1. Evita el descontento de este movimiento populista, que puede identificarlo y ponerlo en evidencia frente a los medios de comunicación que respaldan la protesta haciéndole perder credibilidad y futuros votos, y 2. El aumento de penas resulta ser la solución más económica en materia de política criminal. Es más, de hecho no tiene costo alguno, sólo el papel de la impresión de la nueva codificación. Sería más compleja la cuestión si las soluciones que se propusieran implicaran algún grado de disponibilidad de fondos del Estado. Por otra parte, señala WALDRON que los ciudadanos siempre tienen la necesidad de observar que hay acciones que está llevando adelante el Estado respecto de la problemática planteada²⁴.

22 Una buena descripción de lo ocurrido en Argentina, desde el punto de vista de un extranjero, puede verse en P. CHEVIGNY. "The populism of fear: Politics of crime in the Americas", *Punishment and Society*, 2003, 5; 77, p. 84. Desde una visión local, cfr. el trabajo de M. SOZZO. "Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión-depósito' en la Argentina", *Nueva Doctrina Penal 2007/B*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 527 y ss.

23 Hay casos marginales en donde esto no ocurre. Tal el nombre de las recordadas leyes "Blumberg" impulsadas por el padre de la víctima de un homicidio mientras se encontraba privado de su libertad, JUAN CARLOS BLUMBERG. Acerca de la propagación de políticas en este sentido, véase la descripción de la mundialización de la llamada "tolerancia cero" en L. WACQUANT. *Las cárceles de la miseria*, H. PONS (trad.), 1.ª ed., 2.ª reimpr., Buenos Aires, Manantial, 2004, pp. 32 y ss. También en relación con lo ocurrido en la ciudad de Nueva York en los años 90, cfr. CHEVIGNY. Ob. cit., nota 21, p. 81.

24 Cfr. J. WALDRON. "Security and Liberty: The Image of Balance", *The Journal of Political Philosophy*, vol. 11, n.º 2, 2003, pp. 191 a 210, en esp., p. 209.

En relación a las políticas públicas para combatir el delito, es de particular importancia advertir quiénes diseñan por ejemplo los “mapas del delito”²⁵. Señala KESSLER que existe el riesgo de que una “comunidad moral” imponga sus prejuicios para delinear otro peligro –los jóvenes, las prostitutas o todo grupo que se aleje de la definición local de “normalidad” que no necesariamente implica el quiebre de la ley–, lo cual refuerza estigmas, genera fracturas internas y puede atentar contra los derechos de los grupos e individuos señalados como peligrosos²⁶.

Por otra parte, es interesante analizar la cuestión y observar cómo esta circunstancia también se traslada hacia los otros poderes del Estado. En este sentido, es relevante conocer cómo influyen los reclamos en las resoluciones de los jueces, sobre todo cuando sus opiniones disidentes los hacen parecer arrogantes y cómo tratan de acercarse a la población mediante soluciones populistas, presentándose como hombres comunes y no como *enviados divinos*. Así, pierden su discrecionalidad y su autonomía. En general la opinión pública detesta ser ignorada²⁷; asimismo, los ciudadanos sienten el temor de que los jueces si identifiquen con los imputados y los traten con una inapropiada lenidad. En ese razonamiento un mal juez es aquel que protege delincuentes en contra de los intereses de los ciudadanos²⁸.

Tampoco debe olvidarse que desde los tiempos más antiguos, el Estado siempre ha buscado limitar la libertad. Un ejemplo de esta afirmación puede verse recientemente en las políticas anti-terroristas desarrolladas en Estados Unidos, luego de los atentados del 11 de septiembre de 2001²⁹.

II. LA CRÍTICA CONSTITUCIONAL AL POPULISMO PENAL

En general, desde la academia se ha cuestionado fuertemente al populismo penal³⁰. Tomo aquí ciertos cuestionamientos que provienen del derecho constitucional y que tienden a poner en duda la legitimidad democrática que pudieran tener estos movimientos populistas.

25 Así, por ejemplo, señala WACQUANT, citando la política criminal llevada a cabo en Nueva York, que “‘En Nueva York sabemos dónde está el enemigo’ declaraba BRATTON en una conferencia [...] otro gran *think tank* neconservador en la campaña de penalización de la pobreza. Esto incluía a los pequeños revendedores de droga, las prostitutas, los mendigos, los vagabundos y los autores de graffiti”. Cfr. WACQUANT, nota 22, p. 29.

26 KESSLER. Ob. cit., nota 17, p. 98.

27 PRATT y M. CLARK. Ob. cit., nota 3, p. 306-7.

28 ZIMRING. Ob. cit., nota 3, p. 164.

29 WALDRON. Ob. cit., nota 23, p. 191.

30 Entre estos trabajos críticos, relevantes (y no menos polémicos), destaco el de D. PASTOR. “La deriva neopunitivista de organismos activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos”, *Nueva Doctrina Penal* 2005/A, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, pp. 73 y ss.

Las críticas pretenden poner en duda que la mera aglomeración de cientos de personas en algún momento determinado no implica de por sí, una mayoría habilitada para exigir una reforma legislativa de cualquier tipo. En este sentido, no es más democrática una marcha de 100.000 personas, sólo por el hecho de que sea una buena cantidad de personas. Por otra parte, esta circunstancia, no reemplaza otras formas de deliberación posibles en un sistema democrático. En definitiva, tampoco es posible determinar concretamente cual es la visión popular predominante sobre todas las cuestiones vinculadas al derecho penal y a la política criminal³¹.

Asimismo, la cuestión que se vincula con la “medición” de la inseguridad es altamente discutible. En este sentido, señala KESSLER que es necesario un debate sobre el lugar de enunciación del respondiente ante una encuesta de victimización. Se sabe que si los entrevistados no tienen un interés particular y opiniones firmes en el tema de la pregunta, tienden a declarar como propias las opiniones que creen ortodoxas y compartidas por la mayoría. Así, este fenómeno conocido como “deseabilidad social”, permite hipotetizar que, en una encuesta, la referencia a la inseguridad no necesariamente refleja sentimientos personales sino que también puede ser una crítica al Estado por su desempeño en la materia, por ejemplo. Como sea, esto lo que indica es que su fiabilidad para detectar alguna cuestión vinculada al delito, es muy baja³².

Resulta también muy cuestionable la idea que presenta este movimiento populista desde una visión basada en los derechos fundamentales. En esta dirección es dudoso que la reducción de libertades de una minoría, permita a una mayoría (los que pertenecerían al movimiento populista) disfrutar aún más de sus libertades.³³ Desde una visión de los derechos habría que analizar, no sólo la cuestión desde una mirada utilitarista que observe cantidades de individuos, sino que también habría que ponderar que derechos están en disputa³⁴.

Existen algunos trabajos teóricos que pretenden avanzar en una línea argumentativa vinculada con la relación existente entre el derecho penal y la democracia deliberativa

31 De otra opinión, errada a mi juicio, M. FERRANTE. “Community Views and Criminal Law Reform”, *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, vol. 77.2, 2008, pp. 459 a 477. FERRANTE sostiene que esto es determinable e incluso limitable bajo ciertos criterios de racionalidad.

32 Cfr. KESSLER. Ob. cit., nota 17, pp. 84 a 5, quien destaca que en recientes trabajos criminológicos “se efectúa una diferenciación del sentimiento de inseguridad en tres dimensiones: preocupación, temor y percepción de riesgo. Lo primero da cuenta de la preocupación por la inseguridad como un problema de sociedad, lo segundo es el temor por ser víctima de un delito (uno mismo o sus allegados; temor altruista en ese caso), y lo tercero, la percepción de las probabilidades de ser víctima. Cada una de estas dimensiones no necesariamente coincide ni en la misma persona ni en los grupos sociales” (p. 86).

33 WALDRON. Ob. cit., nota 23, p. 210.

34 En este sentido se ha dicho que, por ejemplo, la presunción de inocencia debe ser un derecho inviolable, dado que no se han dado, en una sociedad democrática, razones para justificar su injerencia. Acerca de esta cuestión cfr. V. TADROS. “Rethinking the presumption of innocence”, *Criminal Law and Philosophy*, 2007 1, pp. 193 a 213.

como dos aspectos relevantes, para poder encauzar algún tipo de política criminal, de alguna manera menos punitiva. Así, se destacan los trabajos de JOHN BRAITHWAITE y PHILIP PETTIT³⁵ y también el de ANTONY DUFF³⁶.

Los autores señalados en primer término piensan básicamente que un respuesta correcta a los actos lesivos es un proceso descentralizado y desprofesionalizado que logre un diálogo entre las víctimas y los ofensores. Así, esta forma alternativa de solución de conflictos es vista como una posibilidad más amplia de armonizar y reconstruir relaciones perdidas en una sociedad³⁷. Por su parte, DUFF sostiene, muy a grandes rasgos, que el castigo es idealmente una forma de comunicación que radica en recordar a los ciudadanos que los valores que las leyes expresan, son sus propios valores³⁸. Así, el delito para DUFF es algo en lo cual la comunidad en su totalidad está interesada³⁹.

Estos dos aspectos vinculados con la democracia deliberativa tienden a lograr una forma de diálogo más robusta que llegue a mejores soluciones, mediante una forma deliberativa que realce el sistema democrático. Este debate abierto, en el sentido de HABERMAS pretende que todos los afectados por una determinada política pública puedan ingresar en la discusión. Estos aspectos son señalados por DZUR y MIR, como problemáticos para legitimar ciertas políticas criminales, como las imperantes en el Estado de California en Estados Unidos, denominada “Three Strikes and you’re out”.

Esta norma preveía que quienes cometieran tres infracciones, cualesquiera, eran encarcelados, y ya no podían recuperar su libertad. De ahí, su analogía con el béisbol, deporte muy popular en Estados Unidos, en donde cuando un bateador no logra conectar por tres veces la bola arrojada por el lanzador, queda literalmente fuera del juego, debiendo ser reemplazado por otro. Estos autores señalan que esta política pública es un ejemplo de *meras opiniones* antes que *opiniones públicas*⁴⁰. En este sentido agregan que la decisión de su implementación fue alentada sólo en el marco de una batalla electoral y deliberada mínimamente, utilizando para su aprobación terminología de naturaleza meramente emotiva como “ansiedad popular” “temor público”, etc.⁴¹. Así, terminan destacando que quienes eran los posibles afectados por esta ley en nada pudieron participar de la discusión respecto de su implementación. Asimismo la ausencia

35 J. BRAITHWAITE y P. PETTIT. *Not just deserts: A Republican theory of criminal justice*, Oxford, Clarendon Press, 1990.

36 R. A. DUFF. *Punishment, Communication, and Community*, Oxford, OUP, 2001.

37 A. DZUR y R. MIRCHANDANI. “Punishment and democracy: the role of public deliberation”, *Punishment and Society*, 2007, p. 152.

38 Así, para la visión de DUFF, el castigo es una actividad esencialmente inclusiva. Cfr., DUFF. “Penance, Punishment and the Limits of Community” *Punishment and Society*, 2003; 5; p. 295.

39 DUFF. Ob. cit., nota 35.

40 A. DZUR y R. MIRCHANDANI. Ob. cit., nota 36, p. 164.

41 Ídem.

en la participación ha conseguido que esta norma sea llamada críticamente “los tres veces perdedores”.

En esta línea podemos encontrar los recientes trabajos de ROBERTO GARGARELLA⁴² en Argentina, particularmente provocadores e interesantes, en los que crítica a autores cuyas posturas son consideradas extremas dentro del derecho penal local y latinoamericano. Sostiene, básicamente, que si el Estado no brinda ciertas precondiciones de igualdad para los ciudadanos, no puede moralmente estar legitimado a imponer un castigo penal. Asimismo, también cuestiona posturas como las de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, agnósticas respecto del castigo penal, puesto que no es admisible su propuesta de limitar, en todo lo que sea posible, el dolor del castigo, dado que reconocer el mal del castigo y luego imponer un “poco” de este mal puede ser defendido. Agrega que en esta medida son los jueces quienes pueden llevar adelante medidas integrativas para evitar estas circunstancias.

No es posible analizar en detalle los trabajos de GARGARELLA; sin embargo, es posible reconocerle un grado de atrevimiento notable respecto de la media de los especialistas en el derecho penal. Su visión es mucho más rica en argumentos y matices que la de la gran mayoría de los penalistas locales. Es posible señalar, sin embargo, que su acercamiento a la problemática es por demás ideal, y no deja lugar a pensar la cuestión del castigo a partir de circunstancias más reales, sobre todo en relación a su propuesta.

Es posible coincidir en su diagnóstico, y la importancia que pueden tener aquí los postulados de la democracia deliberativa. Es correcto afirmar que existe un gran porcentaje de ciudadanos en nuestro país que se encuentran excluidos socialmente y, por ende, también de la discusión pública. Su argumento desde el derecho constitucional acerca de cuestionar la legitimidad del populismo penal, es por demás acertada. Pero, es altamente discutible que estas carencias del Estado le impidan imponer sanciones penales. También es difícil poder determinar a quiénes no habría de sancionar el Estado según el razonamiento de GARGARELLA, esto es, cómo detectar esa alienación, el punto neurálgico de su oposición a la imposición del castigo estatal⁴³.

Por otra parte, también es difícil proponer ciertas alternativas al castigo como la *probation*, las multas o el servicio comunitario, sin datos concretos acerca del funcionamiento de estos institutos, en particular en Argentina⁴⁴.

42 Una compilación de sus trabajos recientes en la materia en GARGARELLA. *De la injusticia penal a la justicia social*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

43 GARGARELLA. Ob. cit., nota 5, p. 102. Es decir, es posible señalar que una multa puede ser lo suficientemente alta como para perjudicar en gran medida a quien la reciba, lo cual no equivale a decir que es posible igualarla a una pena de prisión, pero tampoco es una alternativa tan favorable como pretende presentarlo GARGARELLA.

44 Esta crítica, sumada a la falta de estudios empíricos respecto de la cuestión analizada, es dirigida por JOHN LEA a los estudiosos del populismo penal reciente. Cfr. J. LEA. “Book Reviews”, PRATT, BROWN,

En lo que aquí interesa, en relación al populismo penal, visiones como las de GARGARELLA, DUFF y BRAITHWAITE y PETTIT, resultan muy acertadas en cuanto al problema democrático de estos movimientos. Su diagnóstico es correcto y por eso, entiendo que su línea de pensamiento debe seguir siendo explorada.

III. EL ROL DE LOS EXPERTOS DEL DERECHO PENAL

Trato en este apartado el rol que desempeñan o pretenden desempeñar los expertos del derecho penal, cuando se les presentan estas demandas populistas.

En general, es posible observar dos posturas bien claras de los expertos en derecho penal cuando suceden circunstancias como las descritas previamente. En primer lugar, el experto rehúye a introducirse en una discusión pública respecto de la cuestión debatida. Me refiero a que no trata de brindar buenos argumentos para persuadir a los movimientos populistas que su reclamo no tiene posibilidades de llegar al resultado deseado, por las razones que sea. Así, no tratan de proponer medidas alternativas menos lesivas para desincentivar la voluntad punitivista que impera en estos movimientos. En este sentido, dejan pasar una oportunidad importante para introducir cuestiones que, quizá, dentro del grupo no han sido discutidas.

Sin embargo, esto también tiene una explicación. Es discutible que sea así, pero tengo la seria intuición que el experto sólo dialoga con otros expertos. En ese caso, es dudoso que pueda trasladar su conocimiento en la materia hacia otros no expertos-legos⁴⁵. Es como pretender discutir sobre una enfermedad neurológica con un médico⁴⁶. No hay una base de conocimientos común, no hay un lenguaje identificable, etc.

BROWN y HALLSWORTH y MORRISON (eds.), *The new punitiveness, Punishment and Society*, 9, 99, 2007.

45 Esto, por supuesto, es mal recibido por la ciudadanía. Así se generan profundas críticas hacia quienes cuestionan estas medidas. Así, por ejemplo, en Nueva Zelanda también han sido criticados por oponerse a este sentimiento público, y retados a discutir públicamente, cuestionando su estilo de disparar desde su torre de marfil. Cfr. PRATT y M. CLARK. Ob. cit., nota 3, p. 306.

46 En esta medida en un reportaje el juez de la Corte Suprema argentina EUGENIO R. ZAFFARONI señaló que: “Nunca estuve enfermo de cáncer pero comprendo el dolor ajeno. Me solidarizaría con cualquier enfermo de cáncer. Más aún. Si no le diesen tratamiento, o si el tratamiento fuese inadecuado, saldría con él a pedirlo. Pero si el enfermo de cáncer me dice que el tratamiento adecuado es la yerba de Doña María, y que por el solo hecho de sufrir, él sabe más que el oncólogo, no lo seguiría. Porque la yerba de Doña María no sirve, no salva”, cfr. [<http://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339.html>]. Acerca de esta cuestión, más allá de la discutible analogía (comparar un oncólogo con un penalista) es notable el rechazo a las opiniones que puedan surgir desde la población, y la peyorativa caracterización que realiza ZAFFARONI. Es posible que dentro de la deliberación surjan propuestas irracionales, pero también puede haber otras más plausibles, o en su caso sería posible dar argumentos a favor de alguna solución orientada hacia los supuestos más relevantes de diversas escuelas criminológicas, tareas que bien podrían caberle al experto. Ahora bien, la negación a la discusión y la distancia del experto es bastante llamativa.

Por otra parte, señalan JOHN PRATT y MARIE CLARK que comienzan a surgir nuevos grupos de expertos cuyo conocimiento se crea a partir de la experiencia personal, el sentido común, y anécdotas más que de la investigación en ciencias sociales. Juzgan los asuntos penales sobre la base de la prevención y la satisfacción de las víctimas, más que sobre los costos financieros y el humanitarismo, cuyos enfoques podrían ser dados por los expertos en derecho penal⁴⁷.

Esta circunstancia me parece, por demás, compleja. La falta de comunicación entre el experto y el resto de la sociedad es una cuestión que debería remediarse. Por lo pronto, el lenguaje del derecho penal impide el acceso a la información por parte del lego⁴⁸. Esto puede verse en las sentencias de los tribunales, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y la jurisprudencia de los organismos internacionales: son extensas, complejas y difíciles de reconstruir argumentalmente⁴⁹. La desnaturalización de las palabras y la complejidad de las estructuras, no deberían ser un impedimento para esta comunicación⁵⁰. En principio, discutiendo esa afirmación de que el experto es quien tiene *el conocimiento verdadero o correcto*, la discusión de una política pública no tiene por qué ser librada a la discusión de ciertas personas más o menos formadas académicamente y más o menos conectadas con ciertas esferas del poder político⁵¹.

Así, es posible reflejar la crítica de DAVID GARLAND, en relación al desplazamiento que han sufrido los expertos del derecho penal. GARLAND señala que

Existe actualmente una corriente claramente populista en la política penal que denigra a las élites de expertos y profesionales y defiende la autoridad “de la gente”, del sentido común, de “volver a lo básico”. La voz dominante de la política criminal ya no es la del experto, o siquiera la del operador, sino de la gente

47 PRATT y M. CLARK. Ob. cit., nota 3, p. 315.

48 Esta es parte de la crítica que le efectúa respecto de utilizar las categorías lógico-objetivas de HANS WELZEL —correctamente a mi juicio— CARLOS NINO a ZAFFARONI en el famoso debate sobre la pena aparecido hace varios años en la desaparecida revista *No Hay Derecho* (n.ºs 4 al 7, Buenos Aires, 1988-1995), el cual ahora se encuentra compilado en Fichas del INECIP (1999): NINO y ZAFFARONI. *Un debate sobre la pena*, 1999.

49 C. ROSENKRANTZ. “En contra de los ‘préstamos’ y de otros usos ‘no autoritativos’ del derecho extranjero”. S. ELIAS (trad.), *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 6; 1, 2005, p. 94.

50 Un efecto de esta desconexión puede verse en Nueva Zelanda en donde se propuso que el público, luego del debate y antes de la sentencia, tenga la posibilidad de hablar, cfr. PRATT y M. CLARK. Ob. cit., nota 3, p. 315.

51 En este sentido, pocas veces he podido observar a expertos aceptando con beneplácito proyectos de reformas legislativas llevadas a cabo por otros colegas expertos. Con esto quiero señalar que, ni los propios expertos están de acuerdo con sus soluciones. Al respecto, señala GARLAND, nota 6, p. 44, que “El lenguaje de la condena y el castigo ha retornado al discurso oficial y lo que se presenta como la ‘expresión del sentimiento público’ a menudo se ha impuesto a los pareceres profesionales de los expertos de la penología”.

sufrida, mal atendida, especialmente la voz de ‘la víctima’ y de los temerosos y ansiosos miembros del público⁵².

Acercas de estas afirmaciones es necesario distinguir entre lo problemáticos que pueden resultar para una determinada política criminal, respetuosa de ciertos derechos fundamentales, los movimientos populistas. Esto implica efectuar una distinción y una clarificación conceptual acerca de lo que referimos cuando hablamos de “populismo penal”. Esta distinción permite acercarnos más hacia aspectos necesarios dentro de la política criminal que se vinculan con el sistema democrático y con la deliberación pública. Esto permitiría incluso criticar a GARLAND, señalando que siempre las decisiones de política criminal deben estar en manos de “la gente”. Se trata de una política del Estado importante y donde deben escucharse todas las voces posibles. Dentro de estas voces, entran las de los expertos, voces que tienen el mismo peso que las demás. No hay ninguna razón plausible para señalar que una discusión política deba seguir los lineamientos de uno o dos expertos en la materia. Estos lineamientos, sin duda, deben ser discutidos y debatidos, y en su caso, implementados.

Por otra parte, esta circunstancia es la que lleva a los expertos a depositar sus expectativas en que estos proyectos impulsados por el populismo penal no tendrán un avance sustancial al llegar a los tribunales de justicia. Aquí se presenta la opción del Poder Judicial como órgano contramayoritario y único límite posible al avance del Estado contra los derechos de las minorías⁵³. Sin embargo, esta es otra discusión, que debo postergar para otra instancia.

Por el momento, intenté presentar el problema, tratando de hacer un análisis en detalle de las cuestiones, a mi juicio, relevantes y de encontrar alguna alternativa a esta problemática local.

52 GARLAND, nota 6, p. 49.

53 Sin embargo esta expectativa parece infundada. WALDRON señala que el Poder Judicial no es inmune al pánico popular y en los tiempos de emergencia también provee una mente más ejecutiva que la del Ejecutivo. Cfr. WALDRON, nota 23, p. 210. Es correcto también afirmar que hay algunas opciones más de que esto sea realizado por un juez que por un político. Cfr. ZIMRING, nota 3, p. 164. En nuestro medio es posible seguir la afirmación de Waldron revisando lo resuelto por la Cámara Nacional de Casación Penal en el fallo “Chabán”.