

***La dinámica del proceso de producción
de normas jurídico-penales***

***Breves comentarios sobre el proceso de reforma
penal en la Argentina a partir del Ante-proyecto
de Código Penal de la Nación***

GABRIEL BOMBINI
Profesor Adjunto
Derecho Penal y Criminología
Facultad de Derecho
Investigador
UNMDP

VI ENCUENTRO NACIONAL DE PROFESORES DE DERECHO PENAL
I ENCUENTRO DE PROFESORES DE DERECHO PENAL DEL MERCOSUR

MAR DEL PLATA
OCTUBRE DE 2006

1. Introducción:

Desde hace un tiempo ya, las ciencias sociales, en general, y las jurídicas, en particular, vienen destacando y denunciando el escaso interés despertado en su propio seno con relación a estudios que versen sobre el complejo proceso de producción de normas, especialmente en referencia a la creación de las normas de tipo jurídico-penal¹.

Fundamentalmente, se observa –amén de la carencia de descripciones de la dinámica de tales procesos- un déficit relevante en orden a la constitución propiamente dicha de *una teoría de la legislación*, que pregone cuáles son las formas y contenidos que deben observarse en el desarrollo de dichos procederes, de modo tal de conformar un completo esquema de la actividad legislativa conforme a los principios constitucionales derivados del reconocimiento a los derechos humanos, el Estado de Derecho y la forma democrática de gobierno².

No obstante, desde el campo de la sociología jurídica³, a partir de ese reclamo y las constantes transformaciones a que se ve sometido en los últimos decenios su objeto central, el derecho; se ha pretendido colaborar en la consolidación científica de una parcela o

¹ Conf. **Diez Ripollés, J. L.** (2003) “La racionalidad de las leyes penales”. Madrid: Trotta.

² Lo señala de tal modo e intenta construir un intento superador, **Atienza** (1997) “Contribución para una teoría de la legislación”. Madrid: Civitas. También el citado trabajo de **Diez Ripollés** (cit. nota 1), y la obra de **Luigi Ferrajoli** (1995) “Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal”. Madrid: Trotta.

³ Conf. **Domínguez, J.L.** (2003) “Sociología jurídico-penal y actividad legislativa” en **Bergalli, R.** (coord. y colaborador) “Sistema penal y problemas sociales”. Valencia: Tirant lo Blanch: 243-285.

área del pensamiento que, se ha mostrado demasiado endeble en su estado de desarrollo actual como para pretender captar la alocada dinámica legisferante que se desploma en la realidad presente.

A su vez, enfoques críticos sobre la cuestión criminal, progresivamente han ido realizando aportes relevantes, a partir de la investigación de los denominados procesos de criminalización primaria, desde perspectivas tales como las denominadas *sociología del control penal*⁴ o *jurídico-penal*⁵, que han focalizado sus aproximaciones hacia los clásicos conceptos de *norma penal o bien jurídico*⁶, que de tal modo han quedado en vilo.

Y si bien las apuestas político-criminales de fondo resultan diversas⁷, en líneas generales se asume la necesidad de reversión de un panorama oscuro, y que para algunos importa la reconstrucción de un sistema penal en clave antropocéntrica con referencia central a los derechos humanos como límite pero también como objeto de la actividad criminalizadora del Estado⁸.

⁴ **Bergalli, R.** (1984) "Sentido y contenido de una sociología del control penal para América latina" en *Criminología Crítica I*. Seminario: Medellín Colombia: 179-195.

⁵ **Baratta, A.** (1986) "Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal". Mexico: Siglo XXI.

⁶ Por ejemplo, para referirnos a trabajos pioneros de estos mismos autores, ver **Bergalli, R.** (1972) "Criminología en América latina. Cambio social, normatividad y comportamientos desviados". Buenos Aires: Panneville; o además del mencionado trabajo de **Baratta**, otro trabajo posterior y específico (1993) "Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho Penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico" en *Criminología y Derecho Penal*, Año II n°3-4, Quito: Edino: 13-45. También por ejemplo, todos los trabajos incluidos en el número 1 de la revista *Penal y Estado* sobre las funciones simbólicas del derecho penal y buena parte de la obra de algunos penalistas como **Bustos Ramírez**, en su *Manual de Derecho Penal* (1989) Barcelona: Ariel; o la denominada "*Escuela de Frankfurt*", encabezada por la figura de **Winfried Hassemer**, y algunos de sus trabajos más relevantes, y complementada por otros integrantes como **Wolfgang Naucke** o **Klaus Lüderssen**, entre que comparten el espíritu crítico difundido por su homónima *Escuela filosófica* a la que pertenecieron **Walter Benjamín**, **Herbert Marcuse**, **Theodor Adorno**, **Max Horkheimer** y también **Otto Kirchheimer** y **George Rusche**, autores del afamado "Pena y Estructura Social" (1984) Bogotá: Temis.

⁷ Por todos, **Larrauri, E.** (1991) "La herencia de la criminología crítica". Barcelona: Siglo XXI.

⁸ **Baratta, A.** (1987) "Derecho Penal Mínimo", *Doctrina Penal*.

Ahora bien, la asunción del análisis de estos procesos legislativo-penales permite entrever, no sólo dinámicas de ejercicio de poder en sus distintas lecturas⁹, transformadas acorde con las características de las sociedades comunicacionales actuales¹⁰; sino también y esencialmente procedimientos o formatos en la labor de creación de tales normas que –indudablemente mediadas por aquellos intereses en juego- hacen uso de las potencialidades simbólicas del castigo y el crimen en la sociedad del presente¹¹, acudiendo permanentemente a esa herramienta, sin observar racionalidad alguna en su proceder.

En relación a este último aspecto, en el ámbito argentino, recientemente y como tantas otras veces, por resolución del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, N° 303 del 14 de diciembre de 2004, modificada por su similar N° 136 del 4 de octubre de 2005 se comisionó a un grupo de expertos¹² en la materia penal la confección de un Anteproyecto de reforma y actualización integral del Código Penal¹³.

⁹ De las consensualistas a las conflictuales, incluyendo entre estas últimas las versiones liberales del **Lewis Coser** o **Ralf Dahrendorf** hasta los comentarios de **Carl Marx** a la ley renana de criminalización del hurto de leña.

¹⁰ **Castells, M.** (1995) “La ciudad informacional”. Madrid: Alianza.

¹¹ **Garland, D.** (2001) “Castigo y Sociedad Moderna”. Mexico: Siglo XXI.

¹² La misma resultó presidida por el Profesor **David Baigún**, coordinada por el Sr. Secretario de Política Criminal de la Nación Dr. **Alejandro Slokar** y conformada, en definitiva, por los Dres. **Daniel Erbetta, Javier De Luca, Guillermo Yacobucci, Edmundo Hendler, Raúl Ochoa, Carlos Chiara Diaz, Alejandro Tizon, Gustavo Ferreyra, Gabriel Di Matteo.**

¹³ Se menciona entre las fuentes normativas de inspiración, que “...La Comisión ha consultado los anteriores proyectos sobre la materia (Proyecto de Reforma de la Parte General del Código Penal de los Diputados Néstor Perl y Oscar Fappiano, presentado el 13 de noviembre de 1987, el Anteproyecto de Reformas Puntuales al Código Penal de 1988 —Comisión creada por Resolución M.J. N° 420 del 10 de diciembre de 1997— y el Anteproyecto de 1999 de reforma sustancial al Libro Primero del Código Penal y a algunos tipos penales contenidos en el Libro Segundo del mismo cuerpo legal). En el orden internacional se ha consultado el Código Penal alemán, y los más recientes códigos, por ejemplo, el de España, el de Portugal, el de Francia y, en nuestra región, el de Paraguay y el de Guatemala, respetando así nuestra tradición continental europea....”

Y si bien no podría afirmarse que esta proyección legislativa se alinea derechamente en una determinada concepción político-criminal de talante crítico o radicalmente crítico, sí creo que comparte el sentido de recuperar, en el proceso de criminalización primaria, una racionalidad para el sistema penal que hoy –más que nunca- parece perdida.

Según los propios fundamentos del ante-proyecto, sus lineamientos generales se han fundado especialmente en la necesidad de adecuación constitucional e internacional del texto vigente, de actualización técnico-jurídica y de proporcionalidad y coherencia de la respuesta punitiva, procurando dotar de mayor eficacia a la ley sustancial —dentro del marco político criminal derivado de las normas constitucionales— y alcanzar una mayor unidad, orden sistemático, coherencia, y fundamentalmente racionalidad en el Código Penal Argentino.

Precisamente, dentro de ese espectro de orientaciones pretendidas por la labor de la Comisión, se harán algunas breves referencias -no tanto al contenido preciso del *Ante-proyecto* en sí mismo, sus principios político-criminales rectores u aspectos técnico-jurídicos referidos a los distintos institutos transformados, suprimidos o añadidos, ni a un eventual pronóstico de su aplicación futura- sino más bien al proceso -tan saludable como inédito en nuestros tiempos- que se viene llevando a cabo con relación a su público debate, y que contradice la disparatada pero persistente dinámica de producción normativo-penal que se ha acentuado en el último decenio y que muestra rasgos de un nuevo modo de concebir y problematizar la cuestión criminológica.

2. Las dinámicas legislativas del presente

Conviene, al menos someramente, presentar una descripción de cuáles son algunos de los elementos centrales que se encuentran presentes en las prácticas de los sistemas políticos contemporáneos, y su incidencia específica en el campo de la legislación en materia penal o criminal.

Así, puede afirmarse con **Pat O'Malley** que un rasgo paradigmático de las políticas penales de nuestro entorno cultural contemporáneo resultar ser su carácter ambivalente, *volátil* y *contradictorio*¹⁴.

En especial, las reformas normativo-penales en diversos contextos, informadas por una suerte de populismo punitivo¹⁵, atienden a las coyunturas políticas particulares y a las necesidades surgidas del

¹⁴ La expresión es utilizada por **Pat O'Malley** en su artículo "Volatile and contradictory punishment", en *Theoretical criminology*, 1999 3 (2): 175-196

¹⁵ Tal como es descrito por **Anthony Bottoms** en su trabajo "The philosophy and politics of punishment and sentencing" en **Clarke-Morgan** (1995) "The politics of sentencing reform". Oxford: Clarendon. Una descripción del fenómeno en el ámbito anglosajón en **Garland, D.** (2005), *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa. Para el caso español con referencias a las normas modificadas, véase el trabajo llevado a cabo por el Observatori del Sistema penal i les drets humans: "El Populismo Punitivo. Análisis de las reformas y contrarreformas del sistema penal en España (1995-2005)", publicado en *Quaderns de Barcelona, Ciutadania i Drets*, Barcelona, 2005; y también **Muñagorri Laguía, Ignacio**, (2005) "Derecho penal intercultural y crisis del principio de soberanía" en **Rivera Beiras, I.** (coord.) *Política Criminal y Sistema Penal*. Barcelona: Anthropos: 433-455.

intercambio electoral entre la clase política y su público¹⁶, que se escenifica fundamentalmente en los medios de comunicación¹⁷.

Y si bien el estudio jurídico de estos procesos de producción normativo o -en este ámbito punitivo- de criminalización primaria son objeto –como se dijera en la introducción- de una escasa difusión en el ámbito científico, poco a poco diversas investigaciones encabezadas tanto por penalistas, sociólogos o criminólogos han comenzado a dar cuenta de un fenómeno reiterativo en la cultura penal occidental contemporánea, y que ha sido caracterizado con gráficas expresiones como “inflación penal”¹⁸, “expansión del derecho penal”¹⁹ “panpenalismo”, por mencionar sólo algunas de las más utilizadas a la fecha.

Sin perjuicio de descripciones acabadas de cuanto sucede en distintas geografías, se aduce la necesidad de considerar al recurso penal como uno de los más preciados entre los disponibles en aquel intercambio político, toda vez que el carácter emotivo que distingue a la cuestión criminal se adecua a las dinámicas simbólicas que cimientan las prácticas de quienes pretenden captar electores.

La vieja racionalidad moderna, vinculada a una retórica y prácticas austeras, recatadas, parsimoniosas, que pretendían siempre ampararse en la fundamentación científica como sinónimo de razón; es

¹⁶ Ver al respecto, **Albrecht, P. A.** (2000) “El Derecho penal en la intervención de la política populista”, y **Naucke, W.** (2000) “La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia de un positivismo relativista y politizado”, ambos publicados en “La insostenible situación del derecho penal”. Granada: Editorial Comares. También, el trabajo de **Windlesham, D** (1998) “Politics, punishment and populism”. Oxford University Press, o el comparativo de **Roberts-Stalans-Indermaur-Hough** (2003) Penal populism and Public Opinion. Findings from five countries. New York: Oxford University Press.

¹⁷ Así, **Sparks, R.** (1992) “Televisión and The Drama of Crime”. Milton Keynes: Open University Press.

¹⁸ **Luigi Ferrajoli** (1995) “Derecho y Razón”. Madrid: Trotta.

¹⁹ **Silva Sanchez, J.** (2006) “La expansión del derecho penal contemporáneo”. Montevideo-Buenos Aires: B de F.

reemplazada por otra irrestricta, exuberante, grotesca²⁰, emotiva y ostentosa²¹, vinculada a una vacua noción de “sentido común”²², como expresión de una moralidad pública que se presenta como consensuada e indiscutible y que la penalidad debería encargarse de reafirmar.

Se sostiene que, en prístino contraste con un discurso jurídico construido desde la óptica de ciertas élites profesiones e intelectuales²³ –juristas académicos, jueces-; paulatinamente y aun cuando se le preste demasiada atención, se viene afirmando una suerte de “nueva penología fundamentalista” que se construye desde abajo²⁴, y que reniega o desconoce al saber experto sobre la cuestión criminal²⁵, pues se expresa directamente en el lenguaje de la gente²⁶.

Que toma como emblema a la figura de la *víctima*, sobre la base del *mito de su actitud siempre vindicativa* y que desarrolla una lógica de *suma cero*, en donde todo lo que se le otorga a los “*delincuentes*” se le quita a las víctimas o sus familiares²⁷, quienes son

²⁰ **Pavarini, M.** (2006) Capítulo 4 de “Un arte abyecto. Ensayo sobre el gobierno de la penalidad”, Buenos Aires: Ad hoc; titulado, “*El grotesco de la penalidad contemporánea*”.

²¹ Así, el interesante artículo de **John Pratt** en “Emotive and ostentatious punishment: its decline and resurgence in modern society” en *Punishment and society*, 2000 4 (2): 417-441.

²² Al respecto, es útil consultar la noción de *criminología de la vida cotidiana*, ver por todos, **Garland** (2005), cit..

²³ Indica con tino **Pavarini**: “...Un dato al que se le presta poca atención: la cárcel –en su bicentenario historia- ha sido principalmente hegemonizada por una retórica elitista, en el sentido de que la legitimación de esta modalidad de punir –por razones de prevención, sea general o especial- ha resultado esencialmente brindada por movimientos culturales y políticos minoritarios, a menudo compuestos únicamente por profesionales, frecuentemente animados por intenciones progresistas, que han expresado sobre la pena y sobre la cárcel un punto de vista “partisano”.

²⁴ **Pavarini**, cit. : 122 y siguientes..

²⁵ **Zimring, F.** (1996) “Populism, democratic government and the decline of expert” en *Pacific Law Journal*, 28 (1): 243-256.

²⁶ **Roberts-Hough, M.** (2002) “Changing Attitudes to Punishment: Public opinion, crime and justice”; Cullompton: Willian Publishing; y **Hough** (1996) “People Talking about Punishment” en *Howard Journal of Criminal Justice*, 35 (3): 191-214.

²⁷ Conf. **Garland, D.** (2005), cit.

recurrente objeto de manipulación política en las campañas electorales²⁸.

Zaffaroni sostiene, al describir lo que denomina *un autoritarismo cool*, es decir un discurso *populachero* al que se acude no por convicción sino por mero interés electoralista, que "...favorecen su difusión mundial la brevedad y el impacto emocional del discurso vindicativo, que resultan a la medida de la televisión, dado su alto costo y la escasa disposición a todo esfuerzo pensante por parte de los usuarios..." (2006, cit: 70).

A punto tal que, se ha pensado en una suerte de retorno a la pre-modernidad como parte de un proceso de "de-civilización" -en el vocabulario de **Norbert Elias**-, que importaría precisamente el abandono de toda forma racional de concebir el fenómeno criminal y su respuesta o control, explotando los aspectos emotivos y viscerales que éste y su respuesta de castigo despiertan en el público²⁹.

Puede afirmarse, entonces y sin temor a equivocarse, que el recurso penal es el más económico y eficaz para satisfacer simbólicamente y en clave puramente punitiva las denominadas *demandas públicas de seguridad*; pero también, que es -sin lugar a dudas- el más costoso y ineficiente para otorgar reales respuestas a la ontológica situación de inseguridad³⁰ que nos plantea las sociedades postindustriales del siglo XXI³¹.

²⁸ Conf. **Zimring**, ob. cit., y **Zimring, F – Hawkins, G. – Kamin, S.** (2001) "Punishment and Democracy. Three strikes and you're out in California". Oxford: OUP.

²⁹ **John Pratt**, (2006) "Castigo y civilización". Barcelona: Gedisa.

³⁰ **Young, J.** (2005) "La sociedad excluyente". Madrid: Marcial Pons.

³¹ **Pavarini**, cit.: Capítulo 7.

3. El caso argentino y la puesta en discusión del Anteproyecto de Código Penal de la Nación

En el caso argentino, las numerosas reformas penales sucedidas en el último decenio³² son una muestra acabada de todo cuanto se acaba de describir: respuesta contingente, ambivalencia, contradicción, volatilidad, ineficiencia.

También numerosos son ya, los emprendimientos que se han encargado de analizar pormenorizadamente el tema³³ y que atienden por ejemplo, a las influencias de las políticas penales norteamericanas en nuestro contexto³⁴, o bien describen las particularidades con las que

³² Una referencia no exhaustiva nos permite mencionar al menos, algunas de las últimas reformas al texto del Código Penal, propiamente dicho: **art. 41 ter.** (Incorporado por ley 25.742, art. 2°); **23.** (Texto según ley 25.815, art. 1); **142 bis.** (Texto según ley 25.742, art. 3°); **170.** (Texto según ley 25.742, art. 4°); **41 quater.** (Incorporado por ley 25.767, art. 1°); **277.** (Texto según ley 25.815, art. 2); **279 3°.** (Texto según ley 25.815, art. 3); **80 inc. 9°** (Incorporado por ley 25.816, art. 1); **163 bis.** (Incorporado por ley 25.816, art. 2); **167 bis.** (Incorporado por ley 25.816, art. 3); **258 bis.** (Texto según ley 25.825, art. 1); **166.** (Texto según ley 25.882, art. 1); **189 bis.** (Texto según ley 25.886 art. 1); **163. 1°** (Texto según ley 25.890, art. 2); **167 ter.** (Incorporado por ley 25.890, art. 3); **167 quater.** (Incorporado por ley 25.890, art. 3); **167 quinque.** (Incorporado por ley 25.890, art. 3); **77.** (Párrafo incorporado por ley 25.890, art. 1); **206.** (Texto según ley 25.890, art. 4); **248 bis.** (Incorporado por ley 25.890, art. 5); **277 bis.** (Incorporado por ley 25.890, art. 6) **277 ter.** (Incorporado por ley 25.890, art. 7); **293 bis.** (Incorporado por ley 25.890, art. 8); **13.** (Texto según ley 25.892, art. 1); **14.** (Texto según ley 25.892, art. 2) **15.** (Párrafo según ley 25.892, art. 3); **124.** (Texto según ley 25.983, art. 1); **41 bis.** (Incorporado por ley 25.297, art. 1); **80. 8°** (Incorporado por ley 25.601, art. 1); **174. 6°** (Incorporado por ley 25.602, art. 2, y (párrafo según ley 25.602, art. 3).

³³ Un examen aún con diversa interpretación el trabajo de **Cesano, J.D.** (2004) "La política criminal y la emergencia": Córdoba: Editorial Mediterránea; o también el de **Erbetta, D.** "Seguridad y reformas penales. ¿hacia donde vamos?" en **Donna, E.** (director) (2006) "Reformas Penales II", Santa Fe: Rubinzal-Culzoni: 41-69.

³⁴ Analizando la influencia de las dinámicas penales norteamericanas en el proceso local, conf. **Zaffaroni, E. R.** (2003) Prologo al libro de **Thomas Mathiesen** "Juicio a la prisión": Buenos Aires: Ediar, y con referencias a lo que denomina *discurso populachero* en (2006) "El enemigo en el derecho penal", Buenos Aires: Ediar; y también **Bombini, G.** (2005) "Hacia una americanización del sistema de justicia penal" en **Slavin, P.** (comp.) "5tas Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política", Mar del Plata: Ediciones Suarez: 617-623.

se lleva a cabo el intercambio político en el que cobran fuerza estas dinámicas legislativas³⁵.

Sin perjuicio de ello debe resaltarse, la consagración de una inflación normativo-penal que se desentiende de cualquier respeto a los procedimientos consensuados, suficientemente fundados, que requiere el dictado de la ley penal³⁶.

En ese desierto de racionalidad, sin embargo aparece un oasis³⁷, que permite la apertura de un renovado debate sobre las formas que constitucionalmente deben adquirir las discusiones públicas en torno a la cuestión criminal en las sociedades democráticas.

Así se expresa en los fundamentos: "...Esta propuesta es adversa a la política de cambios episódicos, ya que se considera que el modelo contemporáneo de legislación penal debe atenerse a una cosmovisión integradora. Ello demanda como punto de partida el respeto a los postulados político criminales que surgen de la Constitución Nacional, como único modo de orientar desde el Estado la ejecución de cada uno de los cambios necesarios en las diferentes áreas del conjunto. Las leyes irruptivas, aprobadas siempre bajo advocación de episodios críticos, nunca –ni siquiera

³⁵ Con referencia a estos procesos, pero extendiendo el ámbito de interpretación al continente americano en general, véase **Chevigny, P.** (2003) "The populism of fear: Politics of crime in the Americas" en *Punishment and Society*, 5 (1): 77-96. Y específicamente a las reformas en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires y las características del intercambio político-electoral, **Bailleau, M.** (2001) "La utilización de políticas de ley y orden como herramienta política. El caso de la provincia de Buenos Aires" Tesina presentada en el Master "Sistema Penal y Problemas Sociales", UB, España. Para el proceso desencadenado a partir de los petitorios formulados por el padre de una víctima de secuestro y homicidio, Axel Blumberg, ver **Maier, J.B.** "Blumbergstraferecht", *Nueva Doctrina Penal*, 2004/B y **Ciano, A.-Saumell, F.** ¿El derecho penal de blumberg?, *Nueva Doctrina Penal* 2006/B: 213-241.

³⁶ Al respecto, véanse las propuestas de **Ferrajoli, L.** "Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal" en *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* n° 15: 15 y ss. **Pastor, D.** (2005) "Recodificación penal y principio de reserva de código", Buenos Aires: Ad Hoc, **Diez Ripollés, J.L.** (2003) "La racionalidad de las leyes penales": Madrid: Trotta.

³⁷ No se trata sino simplemente de una afirmación en torno al debate público que abre el procedimiento del Ante-proyecto.

excepcionalmente— han servido para disminuir los conflictos penales; sólo han contribuido al deterioro del funcionamiento del sistema jurídico. La política criminal es parte de la política estatal y no un impulso de fracciones. De hecho, importa reconocer que es parte de la política social, y que su planificación no puede prescindir de las medidas económico-sociales destinadas a reducir el fenómeno de la criminalidad. *Si la compaginación entre política social y cada una de las áreas de la política criminal es indispensable, resulta de igual modo obvia la necesidad de interacción entre los componentes de la denominada política penal, es decir, el derecho penal sustantivo, el derecho procesal penal, la organización policial reconocida por todos como umbral de la administración penal y la política penitenciaria. Es necesario comprender que el abordaje responsable del problema de la seguridad requiere, desde la perspectiva del sistema penal, una consideración conglobada de sus segmentos normativos y de la estructura y funcionamiento de sus agencias....”*

En efecto, con absoluta pertinencia, a mi criterio, se ha considerado incluir como parte del procedimiento de elaboración del presente anteproyecto un período de consulta pública con distintas entidades, como ser las facultades de derecho de las Universidades Nacionales, los colegios de abogados, las asociaciones de magistrados, incluyendo también a otras organizaciones representativas en la materia.

Y sustancialmente, por Resolución 736/2006 se dispuso que la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma y Actualización Integral del Código Penal someterá a consulta pública los proyectos y documentos por ella elaborados³⁸.

³⁸ **Art. 1º** — La COMISION PARA LA ELABORACION DEL PROYECTO DE LEY DE REFORMA Y ACTUALIZACION INTEGRAL DEL CODIGO PENAL, creada por

Se abre así el sendero deseado: el de la suficiente elaboración normativa: sin respuestas contingentes, sin incoherencias internas y con el pertinente debate amplio de todos los sectores.

Claro que, obstáculos en el camino aparecen por diversos flancos.

En primer lugar, con relación a las discusiones que pueden entablarse en orden al texto propiamente, el acierto de sus decisiones político-criminales, su coherencia, expectativa de eficacia o pureza técnico-jurídica, que ya han sido objeto de una discusión virulenta, especialmente en relación a temas que –como el del aborto- han impedido el debate sobre otros aspectos relevantes del texto.

Segundo, en lo que se considera una oportunidad perdida para la consagración plena y sin ambages del principio reserva de código, y sus derivaciones y consecuentes ventajas³⁹.

Tercero, en la mantención de esquema en el que la pena privativa de libertad se mantiene como eje punitivo central, atento la

RESOLUCION M.J. y D.H. Nº 303 del 14 de diciembre de 2004 someterá a consulta pública los proyectos y documentos que ha elaborado. Esta consulta se llevará a cabo en un plazo que finalizará el 15 de agosto de 2006. **Art. 2º** — La COMISION invitará expresamente a las entidades más representativas vinculadas a la materia penal a emitir opiniones y presentar propuestas. Las entidades invitadas que lo soliciten serán escuchadas por la COMISION en reunión plenaria. De estas reuniones se hará un acta, la cual será publicada de inmediato en la Página Web del MINISTERIO (www.jus.gov.ar). En la medida de lo posible, también se tomará versión taquigráfica. **Art. 3º** — La COMISION realizará una invitación general a todas las demás personas o entidades interesadas, para presentar opiniones y propuestas. Las mismas se harán llegar a la COMISION por escrito o por correo electrónico. Para este medio se habilitará una casilla ad hoc. **Art. 4º** — A medida que vaya recibiendo las opiniones y propuestas, la COMISION las irá evaluando y decidirá si es conveniente modificar sus propios proyectos y documentos originales. Asimismo, la COMISION elaborará un informe que resuma tanto las opiniones y propuestas más relevantes recibidas, como la evaluación hecha por la COMISION y las decisiones adoptadas. El 31 de agosto de 2006, o antes si fuera posible, la COMISION entregará al MINISTRO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS los proyectos y documentos de la COMISION, junto con el informe sobre la consulta pública efectuada...”.

³⁹ Opinán, no obstante, que se ha perdido la oportunidad de plasmar el principio de reserva de código. Conf. **Favarotto, R. –Laino, N.** (2006) “La remodelación penal y el principio de reserva de código” en www.pensamientopenal.com.ar .

ausencia de un foco relevante de despenalización y por mantenerse como reaseguro de las distintas alternativas previstas, lo que invita también a pensar en una ocasión desperdiciada para la verdadera consagración de sistema plural de penas.

Otra discusión es la que debe darse –y esta sí no es para nada menor-, con relación al interrogante sobre si la reforma penal en sí misma, puede constituirse como elemento apto para contener dinámicas punitivas exacerbadas.

Así, expresa **Pavarini** que existe una crisis irresoluble del reformismo penal que culmina por resulta sólo “...“coméstico” –ingeniería legislativa sólo a los fines de la modernización de las partes más obsoletas del viejo cuerpo del código- que se un real proceso reformador...”; añadiendo que: “...se podría también promulgar un código mínimo, blindarlo con el sigilo de una reserva absoluta del código y despenalizar todas las contravenciones, pero todo esto no evitará nunca la reproducción –de todas formas y por otros medios- de los mismos fenómenos que se ha deseado negar. La vocación proyectiva de la ciencia penal no puede realizarse –si es capaz- en el respecto de esta –y no otra- racionalidad sistémica...” (217)..

Finalmente, la propia y, por todos conocida, desautorización emanada del seno del gobierno nacional, que implica justamente el congelamiento hasta el próximo turno electoral del debate que debe darse en torno a la cuestión penal.

No obstante, creo que todas y cada una de estas objeciones alimentan aquello que se reivindica del proyecto: la necesidad del amplio debate con todos los actores y sobre cada uno de los puntos o aspectos que presenta.

4. Conclusiones:

En definitiva, puede concluirse que:

- 1) Resulta necesario reforzar el estudio e investigación pluridisciplinar sobre los procesos de criminalización primaria.
- 2) Las dinámicas presentes representan un momento de alta irracionalidad respecto de los ideales modernos, colonizados por los momentos de emotividad que guían el accionar de los sistemas políticos actuales.
- 3) El Ante-proyecto de Código Penal de la Nación abre una oportunidad para el debate amplio – más allá de los aspectos puramente técnicos- de todos los sectores y aspectos de la política penal y criminal en la Argentina.