



Interpretativismo, “doctrina Chavela Vargas” y populismo penal

Recibido: 25 de diciembre de 2020 • Aprobado: 7 de junio de 2021
<https://doi.org/10.22395/ojum.v21n44a16>

Hernán D. Grbavac

Universidad de la Cuenca del Plata - CONICET, IDIC (Sede Central), Corrientes, Argentina
hernangrbavac@hotmail.com
<https://orcid.org/0000-0001-7543-4629>

RESUMEN

El populismo penal se ha transformado, desde la década de 1980, en el paradigma dominante en materia de seguridad pública y control del delito en Occidente. Generalmente, es identificado con discursos reaccionarios y de “mano dura” contra el crimen. Este trabajo, sin embargo, justificará que el populismo penal no solo es compatible con el populismo penal de derecha, sino también con el populismo penal de izquierda o progresista. Se recordará el análisis teórico sobre el populismo de Laclau y, luego, las notas distintivas del populismo penal y el contexto político y social de su emergencia y consolidación. Asimismo, se sostendrá que ciertas características del populismo penal facilitan la vigencia de una práctica acerca de la aplicación del derecho penal: el “interpretativismo” y —su cara más visible— la “doctrina Chavela Vargas de la interpretación”. En esa línea, se recordarán tres sentencias judiciales de altos tribunales argentinos que permiten dar cuenta del fenómeno del populismo penal en sede judicial, vale decir, del uso por parte de los jueces de la “doctrina Chavela Vargas” y los deletéreos efectos que ello trae aparejado para la autoridad del derecho.

Palabras clave: populismo penal; interpretación del derecho; populismo judicial; principio de legalidad; Estado de derecho.

Interpretivism, "Chavela Vargas Doctrine" and Penal Populism

ABSTRACT

Penal populism has become, since the 1980s, the dominant paradigm for public security and crime control in the West. Generally, it is identified with reactionary speeches and "strong hand" against crime. However, I will justify that penal populism is compatible not only with right-wing penal populism but also with left-wing penal populism. I will remember the theory of populism of Laclau and, then, the particular notes of penal populism and the political and social context of its emergence and consolidation. Likewise, I will hold that certain characteristics of penal populism facilitate the validity of a practice regarding the application of criminal law: "interpretivism" and –its most visible face– the "Chavela Vargas doctrine of interpretation". Along these lines, I will recall three judicial ruling of high Argentine courts that allow to account for the phenomenon of penal populism in court, namely, the use by judges of the "Chavela Vargas doctrine" and the deleterious effects that this brings rigged for the authority of law.

Keywords: penal populism; interpretation of law; judicial populism; legality principle; rule of law.

Interpretativismo, "doutrina Chavela Vargas" e populismo penal

RESUMO

O populismo penal se transformou, a partir da década de 1980, no paradigma dominante em matéria de seguridade pública e controle do delito no Ocidente. Geralmente, é identificado com discursos reacionários e de "mão de dura" contra o crime. Este trabalho, no entanto, justificará que o populismo penal não só é compatível como o populismo penal de direita, mas também com o populismo penal de esquerda ou progressista. Será lembrada a análise teórica sobre o populismo de Laclau e, depois, as notas distintivas do populismo penal e o contexto político e social da sua emergência e consolidação. Igualmente, se sustentará que certas características do populismo penal facilitam a vigência de uma prática sobre a aplicação do direito penal: o "interpretativismo" e – a sua cara mais visível – a "doutrina Chavela Vargas da interpretação". Nessa linha, será trabalhada três sentenças judiciais de altos tribunais argentinos que permitem dar conta do fenômeno do populismo penal em sede judicial, é bom dizer, sobre o uso de parte dos juízes da "doutrina Chavela Vargas", e os deletérios que isso traz aparelhado para a autoridade do direito.

Palavras-chave: populismo penal; interpretação do direito; populismo judicial; princípio de legalidade; Estado de direito.

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se inscribe en el marco de mi tesis de doctorado presentada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas de la Universidad Nacional del Nordeste (Argentina) y realizada gracias a una beca del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Conicet).

En un artículo publicado hace unos años, Juan C. Rúas (2018) ha planteado la posibilidad de rescatar el populismo de Ernesto Laclau para hacer uso de él en el derecho penal. La tesis de Rúas sostiene que los efectos deletéreos del populismo penal se encuentran conectados al hecho de que lo que se ha identificado como populismo penal responde a un tipo de populismo: el populismo de derecha. En consecuencia, las críticas efectuadas al populismo penal serían válidas solo respecto al populismo de derecha y, por tanto, no alcanzarían a los esquemas populistas progresistas o cercanos a posiciones políticas de izquierda. Rúas (2018) afirma, además, que parte de las ventajas sociales, que han logrado los populismos progresistas, podrían replicarse en el derecho penal, por ejemplo, a través de una aplicación más igualitaria de la ley. La tesis de Rúas es interesante, pero, según entiendo, equivocada.

En este trabajo recordaré lo que se entiende por populismo penal y argumentaré por qué el populismo penal *sea* de derecha, *sea* de izquierda, no es aconsejable (*infra* III). Para ello, me referiré, en primer lugar, a la "doctrina Chavela Vargas" de la interpretación (Rosler, 2019, p. 127) (*infra* I), ya que, según entiendo, transparenta un modo de ejercicio de la actividad judicial —al tiempo de operar con el derecho—: el "interpretativismo" (Rosler, 2017, pp. 62-102; 2018, pp. 20-34; 2019, cap. IV). El interpretativismo y su cara más visible, la "doctrina Chavela Vargas", se imbrica con determinadas características del populismo penal. Atento a que el populismo penal es una forma de populismo, me referiré a la tesis de Laclau (*infra* II) a los fines de recordar los presupuestos teóricos del populismo, no solo por tratarse de un referente teórico en este campo, sino porque es el autor a partir del cual Rúas justifica su defensa de un populismo penal progresista. El análisis de la teoría de Laclau permitirá dar cuenta de los efectos del populismo en materia penal y, a diferencia de lo que sostiene Rúas, demostrar que tales efectos son propios de los populismos de derecha y, también, de izquierda¹. Con ello quedará claro que la esperanza de Rúas en un populismo pro-

¹ La referencia a los populismos de derecha y de izquierda pretende dar cuenta de los discursos políticos que, dentro del paradigma populista, se identifican con posiciones conservadoras y progresistas, respectivamente. En el discurso político cotidiano, se caracterizan como "populismos de derecha" tanto a los movimientos políticos europeos nacionalistas y con discursos antinmigración como a ciertos movimientos latinoamericanos de masas de mediados del Siglo XX (como el primer peronismo en Argentina o el movimiento de Getulio Vargas en Brasil). Por su parte, la expresión "populismos de izquierda" es reservada tanto para hacer referencia a ciertas fuerzas políticas europeas (como, p. ej., La Francia Insu-misa, de Jean L. Mélenchon) como a la mayoría de los gobiernos latinoamericanos de la primera década y media del Siglo XXI. La distinción entre los dos populismos es rescatada por Rúas (2018).

gresista (supuestamente inmune a los efectos que el populismo penal tradicional ha proyectado sobre el derecho penal) es una esperanza infundada.

Finalmente, demostraré que, en los últimos tiempos, en Argentina, el populismo penal ha comenzado a adoptar la forma de un populismo judicial (*infra* IV), cuya principal vía de expresión es lo que Andrés Rosler ha denominado "doctrina Chavela Vargas".

1. INTERPRETATIVISMO Y DOCTRINA "CHAVELA VARGAS"

En los últimos tiempos se ha comenzado a producir en Argentina un fenómeno que ha sido estudiado por Andrés Rosler: el "interpretativismo" (2017, pp. 62-102; 2018, pp. 20-34; 2019, cap. 4). Es una práctica del derecho que defiende las siguientes tesis: (i) el derecho debe ser interpretado siempre, dado su carácter indeterminado; (ii) esa interpretación encierra siempre una valoración moral; y (iii) el juez —a cargo de la tarea de interpretación— es un coautor del derecho, como si se tratara de un escritor encargado de escribir un capítulo de una novela en cadena. Como puede observarse, el interpretativismo —así definido— tiene como blanco la teoría del derecho de Ronald Dworkin (2008 [1986]).

Sin embargo, como interpretativista también puede ser considerada la tesis de la ponderación de Robert Alexy (2010 [1978], p. 293 y ss.; 2012 [2010]) y la concepción que el penalista alemán Michael Pawlik (2019 [2017], cap. IV) tiene sobre la tarea de "aplicar reglas". Pawlik (2019) sostiene el "carácter creativo de la interpretación jurídica" (p. 68), dado el carácter indeterminado de las reglas penales (pp. 71-73), lo que hace que "en el caso concreto no se puede distinguir entre repetición y creación *ex novo*, pues es inmanente a toda aplicación de una regla la posibilidad de una modificación —más o menos sutil— de su significado" (p. 70). Para Pawlik (2019), "el Derecho penal constituye la quintaesencia de los criterios de atribución *actualizados* en un momento determinado por las instancias que configuran la opinión, en especial por los tribunales" (p. 74), pero también por "la comunidad de expertos profesionales del Derecho penal en su conjunto" (p. 75).

El interpretativismo sostiene que determinar qué dice el derecho no está escindido, en ningún caso, de una "interpretación" judicial —que es una valoración moral encubierta que adecúa el derecho vigente a la teoría general del derecho x — que, no casualmente, coincide con las preferencias morales del juez o con los intereses de quienes se movilizaron al respecto. El interpretativismo tiene lugar, entonces, en los casos en que un juez reformula un lenguaje legal claro y decide la aplicación (o no) de una figura penal con independencia del contenido de las reglas legales vigentes licuando el razonamiento jurídico en el razonamiento moral. Este razonamiento olvida que el derecho es un sistema institucional complejo, creado por una fuente convencional, que pretende tener autoridad y que, por tanto, brinda razones para la acción cuya consideración y observancia no está sujeta a otras razones (Raz, 2013 [2009]; Rosler,

2019). Esto quiere decir que el derecho ofrece tanto "razones de primer orden" para la acción (el hecho de que el derecho determine que debe realizarse x es una razón determinante para realizar x) como "razones de segundo orden", esto es, razones que excluyen que se evalúe considerar otras razones al tiempo de realizar la acción dispuesta por el derecho (Raz, 2013). Por el contrario, si esas razones se supeditan a consideraciones morales o se sujetan a determinados valores, entonces el derecho ha dejado de tener autoridad y, por tanto, no tiene mayor sentido (Rosler, 2019).

Cuando quienes sostienen la tesis interpretativista son los jueces, el resultado es un populismo judicial cuyo recurso principal es la doctrina "Chavela Vargas de la interpretación". Rosler ha acuñado esta expresión recordando lo que, en una ocasión, declarara la cantante Chavela Vargas al tiempo de ser interrogada por qué decía ser mexicana cuando, en verdad, había nacido en Costa Rica. Chavela Vargas, ante ello, respondió: "Los mexicanos nacemos donde se nos da la rechingada gana" (Rosler, 2019, p. 127).

De otro modo, si el derecho pretende tener autoridad y si esa autoridad está determinada por el hecho de que las reglas legales constituyen razones para la acción que, por tanto, no pueden quedar supeditadas a otras razones valorativas o morales, entonces los jueces deben simplemente aplicar esas reglas y solo en los casos en que su contenido no sea claro, interpretarlas.

2. EL POPULISMO DE LACLAU

Ernesto Laclau (2015 [2005]) defiende la tesis de que la lógica populista de construcción política es la lógica de la política y que, por tanto, defenestrar o menospreciar al populismo es, en el fondo, defenestrar o menospreciar a la política para beneficio de un esquema tecnocrático de administración de los asuntos públicos. Sostiene que la clave de la política es la construcción de un pueblo, que no viene dado a partir de una categoría sociológica o por un referente empírico, sino como categoría política que se crea con el discurso, esto es, performativamente. Así, la nota de vacuidad con la que se ha criticado históricamente al populismo es la característica que hace posible la construcción política: "¿no es esta lógica de la simplificación y de la imprecisión, la condición misma de la acción política?" (Laclau, 2015, p. 33).

El "pueblo" se determina a partir de "un campo *antagónico*" que es "el inverso negativo de [su] identidad popular que no existiría sin esa referencia negativa" (Laclau, 2015, p. 175): "toda frontera política adquiere su sentido a partir del modo como identifica lo que está más allá de la frontera" (Laclau, 2015, p. 234). Esto quiere decir que "la construcción de un pueblo es la condición *sine qua non* del funcionamiento democrático. Sin la producción de vacuidad no hay pueblo, no hay populismo,

pero tampoco hay democracia" (Laclau, 2015, p. 213). Las demandas "democráticas"² que traducen demandas insatisfechas por parte del poder deben poder articularse con otras demandas "democráticas" insatisfechas, se transforman así en demandas "populares". Para ello, es imprescindible que se articule una "cadena equivalencial" que las incluya y contemple, y cuya única característica distintiva sea que "todas ellas permanecen insatisfechas" (Laclau, 2015, p. 125) y "se unen por relaciones equivalenciales (metonímicas) de contigüidad" (Laclau, 2015, p. 281). Esta cadena no licúa la heterogeneidad de tales demandas ("el particularismo" de cada una de ellas "no puede ser eliminado porque es el fundamento mismo de la relación equivalencial" (Laclau, 2015, p. 191) y posibilita la articulación de las diversas representaciones y necesidades y, con ello, la aparición de una "subjetividad popular". Sin embargo, esa cadena equivalencial no solo opera de "abajo hacia arriba", sino también a la inversa, comportándose ese lazo "como su fundamento" (Laclau, 2015, p. 122). Esto quiere decir que "la cadena equivalencial juega necesariamente un doble rol: hace posible el surgimiento del particularismo de las demandas, pero, al mismo tiempo, las subordina a sí misma como una superficie de inscripción necesaria" (Laclau, 2015, p. 156). Para Laclau (2015),

la democracia solo puede funcionar en la existencia de un sujeto democrático, cuya emergencia depende de la articulación vertical entre demandas equivalenciales. Un conjunto de demandas equivalenciales articuladas por un significante vacío es lo que constituye un "pueblo". Por lo tanto, la posibilidad misma de la democracia depende de la constitución de un "pueblo" democrático. (p. 215)

El trazado de una "frontera política" entre un "nosotros" ("el pueblo") y el afuera, los "otros" ("la oligarquía"), es, en consecuencia, fundamental para que sea posible individualizar al pueblo³ y que este pueda, en el marco de un antagonismo irreducible que sería propio de la lucha política y de una inestabilidad permanente, intentar establecer una hegemonía, esto es, "[l]a operación por la que una particularidad asume una significación universal inconmensurable consigo misma" o "inalcanzable" (Laclau, 2015, pp. 95 y 143). Esta "identidad hegemónica" que permite que la cosmovisión del pueblo se transforme en la cosmovisión de la sociedad, opera a través de "significantes vacíos" que explican cómo la lógica populista puede articularse tanto por "derecha" como por "izquierda", pero siempre se requiere "la frontera política: si esta última desaparece, el 'pueblo' como actor histórico se desintegra" (Laclau, 2015, p. 117). La categoría de "significantes vacíos" permite "operar como un punto de identificación

² "[L]a noción 'demandas democráticas' responde al hecho de que '[l]os únicos rasgos que retengo de la noción usual de democracia son: (a) que estas demandas son formuladas al sistema por alguien que ha sido excluido del mismo –es decir, que hay una dimensión igualitaria implícita en ellas–; (b) que su propia emergencia presupone cierto tipo de exclusión o privación" (Laclau, 2015, p. 158).

³ "[L]a única posibilidad de tener un verdadero exterior sería que el exterior no fuera simplemente un elemento más, neutral, sino el resultado de una *exclusión*, de algo que la totalidad expele de sí misma a fin de constituirse" (Laclau, 2015, p. 94).

para todos los eslabones de la cadena [equivalencial]" (Laclau, 2015, p. 205) y hace posible "constitu[ir] esa totalidad" (Laclau, 2015, p. 204). En la representación hay un doble juego: de "abajo hacia arriba" y "de arriba hacia abajo": "la función homogeneizante del significante vacío constituye la cadena y, al mismo tiempo, la representa" (Laclau, 2015, p. 205).

La categoría de los "significantes vacíos" se diferencia de la categoría de los "significantes flotantes", aunque "[e]n la práctica [...] la distancia entre ambos no es tan grande" (Laclau, 2015, p. 167), a partir "de la indecibilidad esencial entre 'lo vacío' y lo 'flotante'" (Laclau, 2015, p. 192).

La primera tiene que ver con la construcción de una identidad popular una vez que la presencia de una frontera estable se da por sentada; la segunda intenta aprehender conceptualmente la lógica de los desplazamientos de esa frontera [...]. Una situación en la cual sólo la categoría de significante vacío fuera relevante, con exclusión total del momento flotante, sería una situación en la cual habría una frontera completamente inmóvil, algo difícil de imaginar. Inversamente [...] un flotamiento puro sin ninguna fijación parcial, es también impensable. (Laclau, 2015, pp. 167-168)

Ambos significantes, por lo demás, "deben ser concebidos como dimensiones parciales [...] en cualquier proceso de construcción hegemónica del 'pueblo'" (Laclau, 2015, p. 168). Laclau (2015) sostiene que

la identidad popular se vuelve cada vez más plena desde un punto de vista *extensivo*, [al] representa[r] una cadena siempre mayor de demandas; pero se vuelve intensivamente más pobre, porque debe despojarse de contenidos particulares a fin de abarcar demandas sociales que son totalmente heterogéneas entre sí. Esto es: una identidad popular funciona como un significante vacío. (p. 125)

En consecuencia, "[l]a emergencia del pueblo" supone (i) "relaciones equivalenciales representadas hegemónicamente a través de significantes vacíos"; (ii) "desplazamientos de las fronteras internas a través de la producción de significantes flotantes"; (iii) "y una heterogeneidad constitutiva que hace imposibles las recuperaciones dialécticas y otorga su verdadera centralidad a la articulación política" (Laclau, 2015, p. 197). A su vez, como toda identidad popular tiene una estructura interna que es esencialmente representativa (Laclau, 2015, p. 204), es fundamental la existencia de un lazo libidinal/afectivo con el líder, lo que permite cementar esa subjetividad popular, ya que "cuanto más extendido es el lazo equivalencial, más vacío será el significante que unifica la cadena" (Laclau, 2015, p. 129).

La construcción de una nueva hegemonía en la aplicación y también en la creación del derecho penal exige que este último sea apropiado o monopolizado por un sector social ("el pueblo") en detrimento de quienes verían afectadas sus garantías: "la oligarquía", "los otros". En materia penal, ¿quiénes serían "los otros"?: "los delincuentes", los acusados de haber cometido delitos y, sobre todo, los condenados. En consecuencia,

si, como plantea Laclau (2015), "la construcción del pueblo implica también la construcción de la frontera que el pueblo presupone" (p. 193), el problema aparece a partir de quienes quedan de "aquel lado" de la frontera. Si bien es cierto que estos últimos no están sujetos a una identidad fija, ya que "[l]as fronteras son inestables y están en un proceso de desplazamiento constante [y] por eso [se habla] de 'significantes flotantes'" (Laclau, 2015, p. 193), el problema es la idea misma de frontera, esto es, el hecho de que siempre algunos estarán allende ella. Esto quiere decir que, como recuerda Salinas (2012), el populismo de Laclau hace posible que el líder, que es quien articula las demandas del "pueblo", lesione los derechos de quienes están más allá de la frontera política, esto es, de aquellos que son el "otro antagónico". Por otro lado, como el populismo supone una idea de ruptura, "populismo e instituciones son antinómicos", y dado que no existen derechos fuera del marco institucional o del derecho positivo, "la lógica populista de Laclau" (Salinas, 2012, p. 192) presenta "tensiones conceptuales irresolubles con la defensa de [los] derechos" (Salinas, 2012, p. 194). Finalmente, el modelo de Laclau —y también de Mouffe (2018)— se referencia en la idea de un conflicto permanente, lo que genera una lucha constante por la hegemonía de unos sobre otros y que, ante la supuesta ausencia de valores "objetivos", permite legitimar cualquier decisión política (Linares, 2017, cap. 1).

El populismo, de derecha y de izquierda, se erige a partir de la ruptura entre un "nosotros" y un "ellos". En el caso del derecho penal, "los delincuentes" ("los otros") se transforman en los "enemigos" de la sociedad. Su identidad variará según la versión ideológica del populismo (el marginado social, el joven suburbano, el banquero, el empresario, el militar, el policía), pero el resultado es el mismo: las garantías constitucionales de esos "otros" quedan fuera de la "frontera", dejan de tener vigencia porque su relativización o eliminación es para "nosotros" una reivindicación social. Además, los reclamos por la no-penalización de (algunos de) "nosotros" pueden derivar en una militancia a favor de una impunidad injustificada cuando las reglas legales vigentes estipulan lo contrario. El resultado es un fenómeno de partidización del derecho penal. No hay instancias imparciales de aplicación de las leyes y, de ese modo, tampoco comunidad: solo existe un "nosotros" contra un "ellos".

3. EL POPULISMO PENAL

El populismo penal es un modelo de gobierno y gestión de la penalidad que abjura del conocimiento de los expertos o de las élites penales, apela al "sentido común" y a una política de eslóganes, a ciertas emociones del público (ira, indignación, miedo) y que centra su atención en la víctima, o en una imagen idealizada de víctima, para enfrentar el problema del delito y de la inseguridad. El populismo penal irrumpe, en Occidente, a mediados de la década de 1970 (Garland, 2014 [2001]; Pratt, 2006 [2002]; 2007; Sozzo, 2007) con la crisis del "welfarismo penal" (Garland, 2018a [1985]) y del Estado de bienestar, una vez que el ciclo económico de los denominados "treinta años

gloriosos" (1945-1975) mostraba sus límites⁴. Las críticas de los sectores progresistas y de izquierda, que pueden verse condensadas en los estudios de la "criminología crítica" (véase Baratta, 2004 [1982]; Zaffaroni, 2013 [1989]) y en películas como *La Naranja Mecánica* (Kubrick, 1971) y *Atrapado sin salida* (Forman, 1975), hacían hincapié en la arbitrariedad y selectividad del *welfarismo* penal. En tanto, las objeciones de los sectores conservadores, que terminarían por imponerse con la llegada al poder de Margaret Thatcher en Gran Bretaña en 1979 y de Ronald Reagan en Estados Unidos en 1981, llamaban la atención sobre los costos económicos de un modelo que, además, no evidenciaba una disminución de los índices de criminalidad.

El populismo penal surge en este contexto, y si bien se vuelve dominante desde la década de 1980, el modelo y la expresión "populismo penal" se consolidan en los años 90. Fue a mediados de esta última década cuando Anthony Bottoms (1995) hizo alusión al "populismo punitivo" (*punitive populism*) para describir la tendencia en algunos políticos de usar, con fines electorales, las ansiedades o los sentimientos punitivos de la población, es decir, el recurso al placebo de "la mano dura" a cambio de la obtención de votos en las elecciones (Pratt, 2007)⁵.

Albert W. Dzur (2012, cap. 2) ha considerado que el populismo penal obedece a (i) la pérdida de confianza de la sociedad en las instituciones estatales; (ii) la inclusión del mecanismo electoral (referéndums, votaciones) en la elaboración de las políticas penales; (iii) la concepción de que el castigo penal debe ser necesariamente severo e incapacitante, que permita abandonar el ideal de la rehabilitación por un esquema "duro contra el crimen" y aislar a las personas "peligrosas"; y (iv) la retórica emotiva que penetró en el ámbito penal y que se ve alentada por la influencia de los medios masivos de comunicación.

Con el populismo penal se difumina la influencia de las causas estructurales que inciden en los índices de criminalidad o de conflictividad social (Díez Ripollés, 2006; Pitch, 2009 [2006]) para dejar paso a un esquema que David Garland (2014; 2018b) consideró propio de "la modernidad tardía", un esquema en el que la lógica neoliberal y la lógica neoconservadora suplantaron los marcos conceptuales del Estado de bienestar. Se borra "lo social" y, con ello, "[e]l pasado", las "causas sociales del presente" (Pitch, 2009, p. 35). Tiene lugar un desplazamiento del énfasis en la posibilidad de reforma de los detenidos o de las causas de la criminalidad —las notas distintivas del *welfarismo* penal— hacia "la disminución de [los] riesgos de victimización" (Pitch, 2009, p. 120). Las víctimas

⁴ Recuérdese, también, la denominada "crisis del petróleo" de 1973. En el caso de Argentina, el Estado de bienestar es puesto en jaque en junio de 1975, a partir de lo que fue conocido como "el Rodrigazo". Véase al respecto, Restivo y Dellatorre (2016).

⁵ En el caso de Argentina, Sozzo (2007) y Wacquant (2015, *Epílogo*) sitúan la irrupción del populismo penal con la campaña electoral de 1999. Carlos Ruckauf fue electo gobernador de la provincia de Buenos Aires —la más extensa del país— tras una campaña en la que proponía "meterle bala a los delincuentes" (véase, v. gr., *Diario Clarín* y *Diario La Prensa*, ediciones de los meses de agosto a noviembre de 1999).

recobran protagonismo. Sus intereses ya no se entienden subsumibles dentro del interés general, es decir, junto con los derechos y garantías de los acusados como miembros de una comunidad compartida, sino en el marco de un juego de "suma cero" donde los derechos y garantías de los últimos pasan a ser vistos como nuevas ofensas para las víctimas (Garland, 2014; Simon, 2011 [2007]).

En la sociedad de las últimas décadas del Siglo XX y de las primeras del Siglo XXI, las personas se piensan desde el lugar de víctimas potenciales de un delito (Simon, 2011). El delito constituye no solo el constructo que organiza la justicia penal o el sistema carcelario, sino que su influencia se extiende hacia otras áreas de la vida social (el diseño urbano y arquitectónico de las ciudades, el lugar de trabajo, la familia, la escuela) (Simon, 2011). En ese esquema, en el que el delito se transforma en la figura paradigmática para pensar el gobierno de la sociedad civil, la víctima, en una versión idealizada que solo exige castigo y venganza, se constituye en la protagonista por excelencia, en el sujeto modélico que justifica y racionaliza las distintas medidas de exclusión contra el infractor.

En la sociedad contemporánea "la noción de víctima asume relieve al punto de sustituir a la de 'oprimido'" (Pitch, 2009, p. 11) y deviene en "un sujeto político idealizado, el sujeto modelo, cuyas circunstancias y experiencias se han convertido en sinónimo del bien común" (Simon, 2011, p. 153).

[L]a connotación de [uno] mismo como "víctima" deviene una modalidad privilegiada de toma de la palabra: complementariamente a la crisis de los grandes sindicatos y de los partidos de masas, los conflictos se vuelven moleculares y particularizados y recurren al lenguaje de la victimización para legitimarse. (Pitch, 2009, p. 10)

Se rinde un "altar" a las víctimas (véase Silva Sánchez, 2011; Sozzo, 2007), se promueve la identidad personal como tal (Simon, 2011, p. 380). Se asiste a "la victimización como forma de vida" (Molina, 2018).

En síntesis, y como no hay mundo fuera del lenguaje, la categoría de "víctima" real o potencial, en el discurso, sintetiza y fundamenta una concepción específica en materia de políticas públicas, que ilumina las representaciones sociales de igual modo a la función que desempeñaba el pequeño agricultor, el obrero o el industrial en otros tiempos (Simon, 2011).

Se produce, así, una dinámica que conduce al "empleo del código penal como fuente de capital social" (Simon, 2011, p. 141) con la creación de nuevos delitos y agravantes en virtud de la condición de las víctimas y con el aumento de las escalas penales para las figuras ya existentes (Pratt, 2007; Silva Sánchez, 2011; Simon, 2011; Zaffaroni, 2012)⁶, lo que "produce unos efectos devastadores en la estructura de racionalidad del Derecho

⁶ En Argentina, entre abril y octubre de 2004, se sancionaron las leyes 25882, 25886, 25890, 25892, 25893, 25928 y 25948, lo que se suma a las leyes 25297 y 25430 de 2000 y 2001 (Sozzo, 2007). A ellas,

penal” (Díez Ripollés, 2006, p. 594) y una mutación sobre las representaciones del Código Penal que, de *charta magna* del delincuente, pasa a convertirse en la “*Magna charta* de la víctima” (Corcoy Bidasolo, 2006, p. 413).

La situación de recelo, desconfianza e inseguridad general, consustancial al individuo moderno y a la demanda de seguridad —y cuya primera descripción puede verse en Hobbes (2003 [1651], caps. XIII, XIV y XVII) (Castel, 2015 [2003]; Kessler, 2015 [2009])— se potencia a partir de algunas características presentes en las sociedades posmodernas (Beck, 2015 [2007]; Castel, 2015; Dzur, 2012; Pitch, 2009; Pratt, 2007; Silva Sánchez, 2011; Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, pp. 351-352), las que fueron descritas como “sociedad[es] del riesgo” (Beck, 2015) o “sociedad[es] de la prevención” (Pitch, 2009). Estas sociedades experimentan el “dramático ocaso de la seguridad ontológica”⁷ (Beck, 2015, p. 74), en las que se han erosionado los grandes programas de seguridad social (Castel, 2015) y en las que las relaciones sociales se organizan y estructuran desde el lugar de víctima potencial de infortunios (de delitos y enfermedades) que deben ser prevenidos, controlados, regulados, acotados y de los que, en principio, nadie está exento (Pitch, 2009). Es “una cultura prevalecientemente dominada por la inseguridad” (Pitch, 2009, p. 23), con “miedo al futuro” (Ferrajoli, 2011, p. 70) y en la que “se [desarrolla] una demanda drogada de seguridad” (Ferrajoli, 2018 [2016], p. 216). Las mayores libertades de la posmodernidad se entrecruzan, paradójicamente, con un aumento de los temores e inseguridades y con una permanente desconfianza hacia el prójimo, lo que multiplica una demanda de seguridad que nunca podrá ser satisfecha (Carvajal Sánchez, 2007; Castel, 2015; Frankenberg, 2014 [2010]; Pitch, 2009):

[L]as sociedades modernas están construidas sobre el terreno fértil de la inseguridad porque son sociedades de individuos que no encuentran, ni en ellos mismos ni en su medio inmediato, la capacidad de asegurar su protección [...] [S]e han dedicado a la promoción del individuo [fomentando así] también su vulnerabilidad. (Castel, 2015, p. 13)

En la sociedad tardomoderna, donde se ha desarrollado el modelo populista penal, se ha puesto en crisis la idea de autoridad y certeza. En consecuencia, se ha producido una marcada politización de la esfera pública, “dado que la disolución de las marcas de la certeza quita al juego político todo tipo de terreno apriorístico sobre el que asentarse, pero, por eso mismo, crean la posibilidad política de redefinir constantemente ese terreno” (Laclau, 2015, p. 276). Cuatro décadas de populismo penal permiten reflexionar sobre sus efectos. Estos argumentos son poderosos para criticar la teoría de “la democracia populista o agonista” (Laclau, 2015; Mouffe, 2018).

deben agregarse, entre otras, las leyes 26683, 26734, 26791, 27206, 27347 y 27375, lo que evidencia una superproducción de leyes penales.

⁷ Aunque para Beck (2015, pp. 87 y 298-299) ello se debe a la radicalización de los efectos de la propia modernidad.

El populismo penal suele apelar a un lenguaje bélico de confrontación, coherente con el modelo de "guerra contra el delito", que deriva en la segregación o eliminación física de quien aparece como delincuente (Sozzo, 2007)⁸. La apelación a lo que el pueblo (presuntamente) quiere dota de una aparente legitimación democrática a las nuevas demandas y permite reemplazar las consideraciones de los técnicos, quienes no comprenderían ni entenderían "la realidad" (Pratt, 2007). Sin embargo, las reformas, lejos de representar a la totalidad de la población, reflejan las aspiraciones de las organizaciones que tienen poder de *lobby* y pueden presionar a las autoridades para lograr sus demandas (Dzur, 2012; Pratt, 2007; Re, 2008 [2006]). Hace unos años, Fabián Balcarce (2009), refiriéndose a la Argentina, había dicho que en este contexto de "pandemia penal" (p. 54) dentro de "una sociedad ultracriminalizada [el] juego de poder transita por saber quién, en la coyuntura, tiene mayor capacidad de presión para encarcelar al prójimo" (p. 55).

Las políticas en materia de seguridad ya no se evalúan por su idoneidad o eficacia, sino "por su grado de adecuación a la gravedad del daño para el cual prometen ser una respuesta" (Simon, 2011, p. 367) con eslóganes de un "Estado espectáculo" (Zaffaroni, 2005, p. 194), impulsado por "lel] punitivismo demagógico y populachero de los medios dominantes" (Zaffaroni, 2020, p. 4). Se produce un cisma en la relación entre la función operativa del derecho penal y su función simbólica (Beade, 2017, cap. 7; Ferrajoli, 2010; Sánchez García de Paz, 2006; Silva Sánchez, 2012, p. 482; Zaffaroni, 2005, pp. 179-214).

La dinámica populista penal ha desembocado en Estados Unidos en un encarcelamiento masivo de la población y, en general, ha aumentado en Occidente las tasas de detenidos. Junto al modelo adversarial de juicio que apela a la retórica del combate y del antagonismo, esto genera "un proceso de alienación que no satisface la sensación de la víctima de que se ha hecho justicia ni genera que los condenados rindan cuentas de un modo que les permita corregir las cosas" (Dzur, 2012, p. 37).

Es cierto que el fenómeno de "encarcelamiento masivo", con excepción del caso de Estados Unidos (véase Garland, 2014; Re, 2008; Simon, 2011; Wacquant, 2015), no se encuentra presente en las democracias actuales de Occidente. Sin embargo, también es verdad, ha tenido lugar un descenso del umbral de las conductas toleradas socialmente, sometidas ahora al sistema penal (el fenómeno de "la guerra contra las drogas", el modelo de "tolerancia cero", la intersección de la ley penal con la ley migratoria⁹).

⁸ Se trata de una segregación amparada en razones morales (los delincuentes se lo *merecen* en virtud de lo que le han hecho a sus víctimas) y que se vale, en el caso de Argentina por ejemplo, de presuntas razones jurídicas (las víctimas de un delito tienen el derecho, según el art. 25. 1 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* (OEA, 1969) (organismo que decreta, año) a una "tutela judicial efectiva") que incurren en una petición de principio: la "tutela judicial efectiva" daría por sentado la necesidad de una condena penal. En rigor, probablemente esta conclusión encubra la razón moral de que ello es así porque los delincuentes se lo *merecen*. La segregación persigue, así, una causa "noble": respetar y proteger a las víctimas. (Por favor agregar la Convención Americana de Derechos Humanos a la lista de referencias.)

⁹ Sobre esto último, véase Aliverti (2012); Bosworth (2012); Franko Aas (2014).

No obstante, podría argumentarse que esta interpretación del fenómeno del populismo penal abarca solo lo que Dzur (2012, cap. 2) ha denominado el "*thin populism*" (populismo delgado) y no al "*thick populism*" (populismo denso) o, como planteaba Rúas (2018), al populismo penal reaccionario y no a los populismos que han logrado la ampliación de derechos. Si así fuera, el populismo penal progresista constituiría un recurso valioso contra "la selectividad estructural del sistema penal" (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002; Zaffaroni, 2010 [2006]).

En el caso de Argentina, durante el período 1996-2018, la tasa de detenidos aumentó un 200 %. De un porcentaje, en 1996, de 71 detenidos cada 100 mil habitantes, se alcanza según datos al 31/12/2018 un índice de 213 personas privadas de su libertad cada 100 mil habitantes (cifra que asciende a 232 encarcelados si se incluye a quienes se encuentran detenidos en comisarías). Por su parte, América Latina es una de las regiones que experimenta elevados índices de encarcelamiento, incluso luego del ciclo de los gobiernos populistas progresistas en las dos primeras décadas del Siglo XXI (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2018). Así, el ejemplo de Argentina desmiente la interpretación de Rúas. La administración del Presidente Menem (1989-1999), reconocida por su prédica populista de derecha, concluyó su gestión hace más de veinte años con una tasa de 94 detenidos cada 100 mil habitantes. En tanto, el ciclo kirchnerista de gobierno (2003-2015), con las administraciones de Néstor Kirchner y Cristina Fernández de Kirchner, identificadas retóricamente con un populismo de izquierda, elevó los índices de encarcelamiento de 137 a 169 personas cada 100 mil habitantes (y salvo el bienio 2006-2007, el índice de detenidos aumentó sostenidamente en esos años). Las consideraciones de Rúas (2018) son acertadas respecto a los efectos de las políticas penales de los populismos de derecha, como el caso de la administración del Presidente Macri (2015-2019), en la que se elevó considerablemente la población penitenciaria de 169 a 213 detenidos cada 100 mil habitantes. Sin embargo, Rúas silencia el hecho de que consecuencias similares se produjeron en gobiernos populistas de izquierda: la tasa de detenidos en Argentina ha aumentado en un 200 % en el período 1996-2018¹⁰ con un ascenso anual sostenido, excepto en el bienio 2006-2007, y con "saltos" que, incluso, superan la variación de 110 a 123 presos cada 100 mil habitantes producida durante la grave crisis económica, social, política e institucional de 2001-2002.

En síntesis, el populismo penal supone (i) concebir los intereses de las víctimas como opuestos e irreconciliables con los derechos y garantías de los acusados y condenados¹¹; (ii) la apelación de los dirigentes políticos al "sentido común" y a ciertas

¹⁰ Si se toma el lapso 1992-2018, el aumento de la tasa de detenidos es de casi un 250% (Zaffaroni, 2020, p. 7).

¹¹ El populismo penal dirige su atención particularmente a ciertos infractores, considerados enemigos, seres distintos a "nosotros", incorregibles y peligrosos, a quienes sólo es posible neutralizar, v. gr., los terroristas, los ofensores sexuales, los reincidentes, los menores infractores (véase Jakobs y Cancio Meliá, 2003; Pratt, 2007). Ello ha permitido conformar, en el ámbito del derecho continental europeo, el "derecho penal del enemigo".

emociones de la población como recurso para enfrentar y (en teoría) solucionar los problemas de la inseguridad. Esto último, supone, (iii) ampliar la brecha, ante la inadecuación de las medidas y los resultados producidos entre el valor simbólico y la vigencia efectiva del derecho penal; y (iv) abjurar del conocimiento científico o técnico en materia de criminología, sociología, derecho, psiquiatría y psicología y, con ello, prescindir de la autoridad de las élites penales en el gobierno y gestión de la penalidad.

4. LA APLICACIÓN DE LA "DOCTRINA CHAVELA VARGAS DE LA INTERPRETACIÓN": UNA NUEVA MANIFESTACIÓN DEL POPULISMO PENAL

El análisis de la teoría populista de la democracia de Laclau y del populismo penal permite dar cuenta de la conexión del interpretativismo —y su cara más visible, la "doctrina Chavela Vargas"— con ciertos rasgos propios de la democracia populista y del populismo penal. Así como para el populismo la realidad se construye performativamente, para la "doctrina Chavela Vargas" el derecho se construye por un acto de voluntad del juez (su "rechingada gana"). Ambos prescinden de cualquier referente previo como límite a la voluntad. En tanto, así como el populismo penal moraliza la discusión sobre el derecho penal al recostarse en "la víctima" como sujeto modélico y al apelar a ciertas emociones del público y desconfiar del lenguaje técnico del derecho, la "doctrina Chavela Vargas" tiene lugar en un tiempo de moralización de la esfera pública, de la idea de que el derecho debe reflejar ciertas valoraciones morales y de que su contenido solo puede determinarse a partir de una interpretación-valoración creativa.

Seguidamente recordaré tres casos relativamente recientes, resueltos por tribunales argentinos, que se explican a partir de la "doctrina Chavela Vargas". El primero de ellos —un caso que ha sido estudiado particularmente por Rosler (2018; 2019, cap. 4)— es el caso "Batalla" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN, 2018), que convalidó —con la excepción del Juez Rosenkrantz— la aplicación de una ley penal más gravosa (Ley 27362, 2017¹²). Los jueces Rosatti y Highton de Nolasco, modificando el criterio que expresaran en "Muiña" (CSJN, 2017), convalidaron la aplicación de la Ley 27362 (2017) que denegaba el beneficio del denominado "2x1" consagrado en una ley anterior, la Ley 24390 (1994), a condenados por delitos de lesa humanidad. Para ello, apelaron a "l[la] ilegalidad propia e inherente" de los delitos de lesa humanidad (consid. 15, voto Jueces Rosatti y Highton de Nolasco) y a la circunstancia de que las movilizaciones y discusiones posteriores al fallo "Muiña" constituían una prueba irrefutable de que el contenido de la ley que acordaba el cómputo del "2x1" en materia de prisión preventiva, no era claro (consid. 8, voto Jueces Rosatti y Highton de Nolasco), pese a que esta última ley no establecía excepciones a los delitos contempla-

¹² La ley, oficialmente denominada de "interpretación auténtica del artículo 7 de la ley 24390" (art. 3), reza que el "2x1" no rige en los casos de delitos de lesa humanidad.

dos por ella¹³. Sobre lo primero, no se entiende muy bien qué es “la ilegalidad propia e inherente”, ya que tal expresión parece hacer alusión a la existencia de un concepto ontológico o natural de delito previo al correspondiente acto de sanción por parte de la autoridad, lo que implicaría una regresión hacia una suerte de *iusnaturalismo* penal con los graves peligros que ello trae aparejado: que la ley pierda autoridad y que los jueces puedan condenar o aplicar sanciones más allá de las leyes vigentes. A su vez, la referencia a la amplia discusión sobre el fallo “Muiña” tampoco es determinante, dado que la discusión o el desacuerdo sobre el contenido del derecho suponen una discusión o un desacuerdo sobre el significado del contenido del lenguaje legal y no sobre la valoración moral que el mismo nos genera¹⁴. Si la ley no establecía distinciones respecto a los delitos por ella alcanzados, es decir, si abarcaba a *todos* los delitos, es complejo sostener que es razonable emprender una discusión jurídica y no moral sobre el contenido de la expresión *todos*.

El segundo ejemplo es la sentencia que en la causa “N. M. E.” (Sentencia N° 88/19, 2019) dictara la Sala Penal del Superior Tribunal de Justicia del Chaco, por la que se convalidó la aplicación retroactiva de la Ley 27206 (2015), que amplía los términos de la prescripción de la acción penal en los casos de delitos contra la integridad sexual y de trata de personas cometidos contra menores de edad (en el juicio se discutían hechos acaecidos entre los años 1998 y 2001 que, conforme a la legislación por entonces vigente, estaban prescriptos). Sin embargo, y pese a que el art. 18 de la Constitución nacional de 1853-60 reza que “[n]ingún habitante de la Nación podrá ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, lo que prohíbe no solo penar al acusado por un delito no vigente al tiempo del hecho por el cual se lo juzga, sino también, y como bien lo ha indicado la propia CSJN (1887), “las leyes de efecto retroactivo, en cuanto se agrave por ellas la pena, ó [sic] se empeoren las condiciones del acusado”. Una ley que hace posible juzgar un hecho que conforme una ley anterior se encontraba prescripto, lógicamente, “empeora las condiciones del acusado” porque puede terminar en su condena y aunque no termine en condena, por el solo hecho de *poder* ser acusado y juzgado¹⁵. Sin embargo, para resolver como lo hizo, el STJ

¹³ La ley del “2x1” establecía que después de dos años en prisión preventiva, cada día en prisión preventiva debía computarse por dos. Este cómputo, en el caso de que el acusado resultara condenado, formaba parte del tiempo de su condena.

¹⁴ Esta confusión es palmaria en Gargarella (2017), para quien las garantías constitucionales deben aplicarse *solo* a los acusados que superan “[e]l ‘test de la mirada’”, esto es, aquéllos que sean capaces de “mirarnos a los ojos”, lo que, además, supone, en ocasiones, un prejuzgamiento.

¹⁵ No desconozco que en algunos sistemas jurídicos se permite la aplicación retroactiva de las cláusulas que regulan la prescripción de la acción penal. Sin embargo, esto último se encuentra expresamente prohibido por la Constitución argentina (Convención Constituyente, 1853-60, art. 18) que, en este punto, es más garantista que tratados internacionales de derechos humanos, como la *Convención Americana de Derechos Humanos*. Este tratado dispone en su art. 9: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable [...]”. Obsérvese que el texto habla de “acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos” (OEA, 1969), lo que no impediría, necesariamente, aplicar retroactivamente leyes que amplían los plazos de

Chaco apeló a tres argumentos. El primero se vincula a la tutela judicial efectiva y al interés superior del niño (OEA, 1969, arts. 8.1 y 25; ONU Asamblea General, 1989, arts. 3 y 19.1)¹⁶, lo que, en todo caso, permitiría justificar la nueva ley hacia el futuro. El segundo argumento hizo alusión a que la ley cuya aplicación se discutía, en realidad ya se encontraba vigente al momento de los hechos porque su contenido *estaba implícito* en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional desde 1994¹⁷. Este argumento, además de contradecir al anterior, que reconocía que se había producido una "modificación legislativa", es un caso paradigmático de la "doctrina Chavela Vargas": el STJ ha hecho lo que se le dio "la rechingada gana" al prescindir del derecho vigente que reconoce como garantía constitucional el principio de legalidad penal y de irretroactividad de una ley penal más gravosa (Constitución argentina, 1853-1860, art. 18). Finalmente, el tercer argumento, que por si fuera poco contradice los dos anteriores, directamente hace mención del carácter particularmente odioso de los abusos sexuales contra menores¹⁸ y no constituye sino una burda manifestación de un republicanismo penal clásico *aggiornado* a los nuevos tiempos, por el que se reconocen o niegan las garantías en función de la moralidad de los acusados y de lo que se merecen (Rosler, 2017, pp. 81-91; 2018, pp. 22-29).

La defensa también cuestionó que la condena dictada incurría en una confusión, ya que el delito de abuso sexual gravemente ultrajante recién se incorporó a la legislación argentina en mayo de 1999 por lo que no estaba vigente en 1998¹⁹. Sin embargo, el tribunal, a través de la "doctrina Chavela Vargas", confirmó la sentencia haciendo

prescripción de la acción penal, ya que las cláusulas sobre la prescripción no suponen considerar como delictivo un hecho que antes no lo era sino solo regular el plazo dentro del cual tales hechos pueden ser investigados penalmente.

¹⁶ "La mentada modificación legislativa, [sic] establece un régimen de excepción a los principios generales en materia penal en esos casos. Se buscó garantizar de este modo el derecho de los menores de edad que han sido víctimas de delitos sexuales, a la tutela judicial efectiva, contemplada en los arts. 8.1 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos [...] De esta manera, se adecúan las aludidas previsiones de la ley penal con el orden [sic] público convencional, orientado a proteger el interés superior del niño". Voto de la Jueza Lucas al que adhiere la Jueza Grillo (Sentencia 88/19, 2019, 13 de mayo).

¹⁷ "No corresponde su abordaje aisladamente en términos de su aplicación o no retroactiva, sino que la solución emerge al conjugarla con los principios jurídicos fundamentales insitos en los Tratados de Derechos Humanos de rango constitucional (art. 75 inc. 22 de la CN), vigentes en nuestro orden interno en épocas de ocurridos los abusos sexuales", lo que permite "cumplir convenientemente con el compromiso internacional [...] sin que ello conduzca a una afectación del principio de legalidad penal (art. 18 de la CN [...]). Voto de la Jueza Lucas al que adhiere la Jueza Grillo. El destino quiso que la Jueza Grillo sea conocida públicamente como "Chabela" Grillo (Sentencia 88/19, 2019, 13 de mayo).

¹⁸ "[A]dmítida pacíficamente la especial característica traumática de los abusos sexuales infantiles, sus tiempos, con todas las consecuencias destructivas para la estructura de la personalidad, los términos de la prescripción no pueden ser los generales previstos por el código de fondo [...] [sic] aplicable al *sub examine*, la suspensión de la prescripción prevista en la Ley 27.206". Voto de la Jueza Lucas al que adhiere la Jueza Grillo. (Sentencia 88/19, 2019, 13 de mayo).

¹⁹ "[L]as calificaciones legales aplicadas por la Juez de mérito [...] son las previstas por la normativa penal vigente al momento de los hechos. En ella está contemplada expresamente la figura del Abuso Sexual Gravemente Ultrajante [...] que responde al inveterado criterio establecido por esta sala desde

referencia al contenido de la figura de abuso sexual gravemente ultrajante pese a que ello no estaba en discusión.

El tercer caso es la Sentencia 69965 (2016) de la Sala VI del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires. La acusada dio muerte a su esposo —quien ejercía reiterada violencia de género contra ella— mientras el hombre se encontraba acostado en la cama matrimonial y de espaldas a la mujer²⁰. El tribunal entendió que, atento a la violencia de género que la acusada sufría, el homicidio debía ser entendido desde “una perspectiva de género” y, por ello, ser considerado un acto de legítima defensa (Código Penal, 1921, art. 34, incs. 6 y 7). Para ello, apeló, en primer lugar, a la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, que impone a los Estados parte asegurar la igualdad de género y terminar con la discriminación irrazonable prevista en las leyes, como sería el caso del Código Penal (1921), esto es, en una época en que las mujeres no votaban y no tenían reconocidos sus derechos políticos²¹. Ergo, la “agresión ilegítima” (Cód. Penal, 1921, art. 34, inc. 6 a.) estaría pensada para una agresión de un hombre contra un hombre. Ahora bien, si esto es así, el tribunal está reconociendo que está operando con una ley que tiene un contenido discriminatorio irrazonable *determinado*, por lo que debería haber declarado su inconstitucionalidad pero no reformularla²², porque los jueces carecen

in re “L...” sent. 17/05, actualmente incorporado al Código Penal en la reforma al art. 119 operada por ley 27.532 [...]. Voto de la Jueza Lucas al que adhiere la Jueza Grillo. (Sentencia 88/19, 2019, 13 de mayo).

²⁰ Según la reconstrucción de los hechos que puede leerse en la sentencia.

²¹ Textualmente, dijo el tribunal: “las normas penales como la aplicación que de ellas hacen los jueces están dotadas de contenido desigual, porque normalmente los requisitos que rodean su interpretación han sido elaborados por hombres pensando en una determinada situación o contexto. Por consiguiente, cuando el juez aplica la norma tal como ésta ha sido comúnmente interpretada en la doctrina y precedentes, la norma reproduce los requisitos y contextos para los cuales ha sido ideada y desde este punto de vista tenderá a discriminar a la mujer puesto que ni su género ni el contexto en el cual la mujer necesita de la norma, han sido tenidos en consideración al elaborar los requisitos (Larrauri, E., “Desigualdades sonoras, silenciosas y olvidadas: género y derecho penal.” Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, ISSN 1575-8427, N°. 13, 2009, págs. 37-55).”. (TCPBA, Sala VI, “L. S. B.”, p. 9). “[E]s necesario considerar en primer lugar que las reglas de la legítima defensa, como la mayor parte de la normativa penal, han sido desarrolladas “[...] para absolver a un hombre que mata para protegerse a sí mismo o a su familia de un ataque proveniente de un hombre de tamaño y fuerza similares con quien el defensor, por lo general, sólo ha tenido ese único encuentro” (Rosen, C.J., 1986. “The Excuse of Self-Defense: Correcting a historical accident on behalf of battered women who kill.” The American University Law Review, Vol 36:11, pág. 34) [...] En consecuencia, [...] [se] requiere la utilización de la perspectiva de género para su equitativa interpretación y aplicación. Esta interpretación no arriesga ni busca establecer la ampliación de la legítima defensa, ni justificar la excesiva autoayuda o la venganza o represalia, sino [...] tiene como objetivo la “aplicación igualitaria de la doctrina general de la legítima defensa en casos en que es la mujer maltratada quien mata al hombre” (Larrauri, Elena, 2008. “Mujeres y Sistema Penal. Violencia Doméstica.” Buenos Aires: Euros Editores)” (Sentencia 69965, 2016, 5 de julio)

²² El extracto del fallo cit. *supra* nota 22 permite reparar en la confusión del tribunal al apelar a una argumentación que tiene como objeto la teoría general de la legítima defensa —v. gr. se cita a una autora española y a un texto en inglés—. Sin embargo, y como ha recordado Hobbess (2003): “Sin la autoridad de la república, la autoridad de los escritores no hace ley de sus opiniones, por muy verdaderas que sean” (pp. 240-241).

de esta competencia. En segundo término, el tribunal aludió a la presunta responsabilidad del Estado argentino como razón para confirmar la sentencia, aunque se omite el hecho de que los tratados no reemplazan al Código Penal. En todo caso, el tratado exigiría la modificación del Código Penal por parte de los poderes políticos, lo que, de no hacerse, podría generar responsabilidad al Estado argentino. En tercer lugar, se consideró que "no debe entenderse a la violencia de género doméstica como compuesta por hechos aislados sino como una agresión continua, incesante" (Sentencia 69965, 2016). Sin embargo, este argumento contradice los dos anteriores porque considera que en el caso existía una "agresión ilegítima", en los términos del art. 34 inc. 6 a (Código Penal, 1921) y, por tanto, no había que reformular ninguna norma. No obstante, tal consideración es problemática ya que implica que, hasta tanto el hombre sea detenido, este comete una agresión ilegítima (violencia de género), por lo que se otorga un "cheque en blanco" para emprender contra él actos que serían un medio de defensa contra una agresión (Código Penal, 1921, art. 34, inc. 6 b).

Como se ve, buena parte del fallo del tribunal se sostiene en la "doctrina Chavela Vargas". Sin embargo, no hacía falta apelar a ella para confirmar la absolución de la acusada. El tribunal podría haber afirmado que la acción de esta última no era punible conforme al segundo supuesto del art. 34 inc. 2 (Código Penal, 1921): "No son punibles [...] 2° El que obrare violentado por [...] amenazas de sufrir un mal grave e inminente". O, incluso, entender que al no estar el acusado aún dormido y tener muy cerca de él un arma, era razonable considerar que se trató de una defensa justificada contra una agresión que estaba por reanudarse y que, por tanto, podía ser impedida en los términos del art. 34 inc. 6 b del Código Penal (1921)²³. De otro modo, no discuto la absolución dispuesta, sino el hecho de considerar que como la violencia de género es permanente, de allí se desprendería el derecho de matar, v. gr., a quien se encuentra dormido. El tribunal incurre en una argumentación que, entiendo, habilitaría estos casos.

Los casos de la CSJN y el STJ Chaco se recuestan en la indignación social, en la valoración moral del juez-intérprete, en el sentido de justicia del juez o de un grupo de personas pero no²⁴ en el contenido del derecho vigente. En tanto, el Tribunal de Casación de la provincia de Buenos Aires pudo haber apelado al derecho vigente (Código Penal, 1921, art. 34, inc. 6 a y b), pero decidió incurrir en consideraciones morales²⁵ que tienen el problema de afirmar que todo aquél que ha ejercido violencia de género puede ser muerto hasta tanto sea detenido.

²³ Esto último es reconocido por el tribunal cuando afirma que el medio empleado por la acusada era un medio racional para defenderse.

²⁴ La CSJN apela a "la ilegalidad propia e inherente" (Fallos 340-549, 2017, 3 de mayo) de los delitos de lesa humanidad y a las movilizaciones posteriores a "Muiña" mientras que el STJ Chaco, v. gr., a "los principios jurídicos ínsitos fundamentales" y a "la especial característica traumática de los abusos sexuales infantiles" (Sentencia 88/19, 2019, 13 de mayo).

²⁵ Véase *supra* nota 22.

La incursión de los tribunales en un populismo judicial a través del empleo de la "doctrina Chavela Vargas" es muy problemática por varias razones. En primer lugar, porque en una sociedad democrática el derecho es creado por los órganos políticos del Estado, esto es, por aquellos poderes que representan al pueblo y no por los jueces. En una sociedad democrática gobierna el pueblo y no los jueces, quienes, por ello, deben aplicar el derecho creado por los representantes de aquél. En segundo lugar, porque, como plantea Waldron (2005 [1999]), las sociedades contemporáneas son sociedades plurales y heterogéneas que se caracterizan por el "hecho del desacuerdo", esto es, por estar moralmente en desacuerdo sobre casi todo. En función de ello y para que la convivencia pacífica sea posible, se acude al derecho, que se *impone* a los diferentes puntos de vista morales en disputa hasta tanto el tema vuelva a ser discutido y reciba (o no) otra respuesta legal. Esto quiere decir que ante los desacuerdos morales que existen en nuestras sociedades, la ley, con su texto lingüístico "canónico" que no puede ser obviado, permite legitimar la vigencia jurídica del punto de vista moral que logra imponerse a través de la regla de la mayoría hasta tanto decida someterse a discusión y votación nuevamente la cuestión (Waldron, 2005, caps. 1 y 4). Como recuerda Rosler (2016), "es precisamente porque existen los desacuerdos que son necesarias las leyes" (p. 119), como "una instancia que tome partido por una de las opiniones en juego y dicha opinión debe prevalecer hasta tanto la autoridad vuelva a pronunciarse al respecto" (p. 183). *Ergo*, "es por razones morales que nos sometemos a la autoridad de al menos cierta clase de derecho, lo que se suele denominar como el Estado de derecho democrático" (Rosler, 2019, p. 185).

Por el contrario, el populismo judicial genera una amplia incertidumbre sobre el contenido del derecho vigente y, con ello, de los derechos y deberes reconocidos por él. ¿Cuáles son las razones de este populismo judicial y de su doctrina "Chavela Vargas"? Tal vez, ellas se relacionen con la tradición de anomia en la sociedad argentina (Fucito, 2010; Nino, 1992), pero para poder afirmar esto se requeriría otro trabajo.

CONCLUSIONES

He recordado las características principales del paradigma del populismo penal y he argumentado que lo que generalmente se entiende por populismo penal no solo abarca al populismo de derecha, sino también al populismo penal progresista o de izquierda. Para ello, he analizado la tesis de Laclau —un referente teórico del populismo— y he recordado los niveles de encarcelamiento en Argentina después de más de dos décadas de gobiernos populistas de derecha y de izquierda. En ese marco, he establecido una conexión en el campo del derecho penal entre el "interpretativismo" (y su cara más visible, la "doctrina Chavela Vargas") y el populismo penal. En esa línea, he citado tres sentencias de altos tribunales penales que constituyen ejemplos de un nuevo populismo penal —un populismo penal judicial—, cuyo principal recurso ha sido lo que Rosler (2019) ha denominado "doctrina Chavela Vargas de la interpretación".

REFERENCIAS

- Alexy, R. (2010 [1978]). *Teoría de la argumentación jurídica*. (M. Atienza e I. Espejo, trads.). Palestra Ediciones.
- Alexy, R. (2012 [2010]). *La construcción de los derechos fundamentales*. (L. Clérico, J. Sieckman y A. D. Oliver-Lana, trads.) Ad - Hoc.
- Aliverti, A. (2012). Making people criminal: The role of the criminal law in immigration enforcement. *Theoretical Criminology*, 16(4), 417-434.
- Balcarce, F. I. (2009). *Derecho Penal de los marginados. Líneas de política criminal argentina*. Alveroni Ediciones.
- Baratta, A. (2004 [1982]). *Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*. Siglo XXI Editores.
- Beade, G. A. (2017). *Inculpación y castigo: ensayos sobre la filosofía del Derecho Penal*. Universidad de Palermo.
- Beck, U. (2015 [2007]). *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida* (R. Carbo, trad.). Paidós.
- Bosworth, M. (2012). Subjectivity and identity in detention: Punishment and society in a global age. *Theoretical Criminology*, 16(2), 123-140.
- Bottoms, A. E. (1995). The Philosophy and Politics of Punishment and Sentencing. En C. Clarkson y R. Morgan (eds.), *The Politics of Sentencing Reform* (pp. 17-49). Clarendon Press.
- Carvajal Sánchez, F. (2007). Derivas penales y noción de responsabilidad en la sociedad de seguridad. *Revista Estudios de Derecho*, 64(143), 93-108. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/2549/0>
- Castel, R. (2015 [2003]). *La inseguridad social ¿Qué es estar protegido?* (V. Ackerman, trad.). Manantial.
- Congreso de la República Argentina (1994, 2 de noviembre). *Ley 24390*. Boletín Oficial: 1994, 21 de noviembre: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/776/norma.htm>
- Congreso de la República Argentina (2015, 28 de octubre). *Ley 27206*. Boletín Oficial: 2015, 9 de noviembre: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/250000-254999/254759/norma.htm>
- Congreso de la República Argentina (2017, 10 de mayo). *Ley 27362*. Boletín Oficial: 2017, 12 de mayo: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/270000-274999/274607/norma.htm>
- Convención Constituyente Argentina (1853-1860). *Constitución de la Nación Argentina*
- Corcoy Bidasolo, M. (2006). Sistema de penas y límites políticocriminales de las últimas reformas del Código Penal ¿Tiende el derecho penal hacia un ´derecho penal de dos velocidades´? En C. Gómez-Jara Díez, y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1 (pp. 383-414). Edisofer.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN (1887, 29 de enero). *Fallos*: 31:82.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN (2018, 4 de diciembre). *Fallos*: 341-II: 1784.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, CSJN (2017, 3 de mayo). *Fallos*: 340-I:549.
- Díez Ripollés, J. L. (2006). De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. En C. Gómez-Jara Díez y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 1 (pp. 553-602). Edisofer.
- Dworkin, R. (2008 [1986]). *El imperio de la justicia*. (C. Ferrari, trad). Gedisa.

- Dzur, A. W. (2012). *Punishment, Participatory Democracy, & the Jury*. Oxford University Press.
- Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional* (P. A. Ibañez, trad.). Trotta.
- Ferrajoli, L. (2018 [2016]) *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*. Trotta.
- Frankenberg, G. (2014 [2010]). *Técnica estatal. Perspectivas del Estado de Derecho y el estado de excepción* (P. G. Lucero, trad.). Rubinzal Culzoni Editores.
- Franko Aas, K. (2014). Bordered penalty: Precarious membership and abnormal justice. *Punishment & Society*, 16(5), 520-541.
- Forman, M. (1975). *Atrapado sin salida* [película]. Fantasy Films.
- Fucito, F. (2010). *La crisis del derecho en Argentina y sus antecedentes literarios. Un enfoque sociológico*. Eudeba.
- Gargarella, R. (2017). ¿Cómo pensar la garantía de la ley más benigna?, *La Ley, Edición Especial* (93), 14-15.
- Garland, D. (2014 [2001]). *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea* (M. Sozzo, trad.). Gedisa.
- Garland, D. (2018a [1985]). *Castigar y asistir. Una historia de las estrategias penales y sociales del siglo XX* (E. Odriozola, trad.). Siglo XXI Editores.
- Garland, D. (2018b) Penalidad y Estado Penal. En M. Sozzo (dir.). ¿Más allá de la cultura del control? Debate sobre delito, pena y orden social con David Garland (F. Abiuso y M. Sozzo, trads.) (pp. 357-402). Ad-Hoc.
- Hobbes, T. (2003 [1651]). *Leviatán* (A. Escohotado, trad.). Losada.
- Jakobs, G. y Cancio Meliá, M. (2003). *Derecho Penal del enemigo*. (M. Cancio Meliá, trad.). Civitas.
- Kessler, G. (2015 [2009]). *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*. Siglo XXI Editores.
- Kubrick, S. (1971). *La Naranja Mecánica* [película]. Warner Bros; Hawk Films.
- Laclau, E. (2015 [2005]). *La razón populista*. Fondo de Cultura Económica S. A.
- Linares, S. (2017) *Democracia participativa epistémica*. Marcial Pons.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (2018). *Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP)*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/sneep_2018_final.pdf
- Molina, D. (2018, 21 de diciembre). *La victimización como forma de vida*. Río Negro. <https://www.rionegro.com.ar/la-victimizacion-como-forma-de-vida-CB6164884/>
- Mouffe, C. (2018). *Por un populismo de izquierda* (S. Laclau, trad.). Siglo XXI Editores.
- Nino, C. S. (1992). *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*. Emecé.
- Organización de Estados Americanos, OEA (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*.
- Organización de Estados Americanos, OEA (1994). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención Belem do Pará"*.
- Organización de las Naciones Unidas, ONU, Asamblea General (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*.

- Pawlik, M. (2019 [2017]). *Confirmación de la norma y equilibrio en la identidad. Sobre la legitimación de la pena estatal*. (R. Robles Planas, N. Pastor Muñoz y I. Coca Vila, trads.). Atelier.
- Pitch, T. (2009 [2006]). *La sociedad de la prevención* (V. Ferrecio y M. Sozzo, trads.). Ad-Hoc.
- Pratt, J., (2006 [2002]). *Castigo y civilización. Una lectura crítica sobre las prisiones y los regímenes carcelarios* (G. Zadunaisky, trad.). Gedisa.
- Pratt, J. (2007). *Penal Populism*. Routledge.
- Raz, J. (2013 [2009]). *Entre la autoridad y la interpretación. Sobre la teoría del derecho y la razón práctica* (H. Bouvier, P. Navarro y R. Sánchez Brígido, trads.). Marcial Pons.
- Re, L. (2008 [2006]). *Cárcel y globalización. El "boom" penitenciario en los Estados Unidos y en Europa* (A. Chierico, trad.). Ad-Hoc.
- Restivo, N. y Dellatorre, R. (2016). *El rodrigazo. El lado oscuro del ajuste que cambió la Argentina*. Capital Intelectual.
- Rosler, A. (2016). *Razones públicas. Seis conceptos básicos sobre la república*. Katz Editores.
- Rosler, A. (2017). Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora. Acerca del punitivismo de lesa humanidad. En *Letra: Derecho Penal*, (5), 62-102: https://www.enletrapenal.com/_files/ugd/9db90b_add4ffb17a36437595af5014fc3276de.pdf
- Rosler, A. (2018). El Estado de Derecho caído en Batalla. En *Letra: Derecho Penal*, (7), 20-34. https://www.enletrapenal.com/_files/ugd/e7bffd_7b1042e4119d49b1842be265ee402e94.pdf
- Rosler, A. (2019) *La ley es la ley. Autoridad e interpretación en la filosofía del derecho*. Katz Editores.
- Rúas, J. C. (Jr.) (2018). Laclau y el populismo penal. Nuevas reflexiones acerca del concepto a través de la intersección de la teoría política con el mundo jurídico. En *Letra: Derecho Penal*, (6), 151-186: https://www.enletrapenal.com/_files/ugd/9db90b_b02befe41f5146aeb2efaa691ad9977c.pdf
- Salinas, A. M. (2012). El populismo según Laclau: ¿Hegemonía vs. Derechos? *Revista de Instituciones, Ideas y Mercados*, (57), 187-202: https://www.eseade.edu.ar/wp-content/uploads/2016/08/riim57_salinas.pdf
- Sánchez García de Paz, I. (2006). Alternativas al Derecho Penal del Enemigo desde el Derecho Penal del Ciudadano. En C. Gómez-Jara Díez, y M. Cancio Meliá (coords.), *Derecho Penal del Enemigo. El discurso penal de la exclusión*, Vol. 2 (pp. 845-892). Edisofer.
- Silva Sánchez, J. M. (2011). *La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. B de F.
- Silva Sánchez, J. M. (2012), *Aproximación al derecho penal contemporáneo*. B de F.
- Simon, J. (2011 [2007]). *Gobernar a través del delito*. (V. Boschirolì, trad.). Gedisa.
- Sozzo, M. (2007). Populismo punitivo, proyecto normalizador y 'prisión depósito'. *Nueva Doctrina Penal*, (2), 527-578.
- Superior Tribunal de Justicia del Chaco, STJ Chaco (2019, 13 de mayo). *Sentencia N° 88/19*: <http://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/47801-superior-tribunal-justicia-del-chaco-determino-aplicacion-retroactiva-ley-respeto>
- Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, TCPBA, Sala VI (2016, 5 de julio). *Sentencia n° 69965*: [http://www.scba.gov.ar/servicios/violenciafamiliar/Ver%20Sentencia%20\(69965-69966\).pdf](http://www.scba.gov.ar/servicios/violenciafamiliar/Ver%20Sentencia%20(69965-69966).pdf)

- Wacquant, L. (2015), *Las cárceles de la miseria* (H. Pons, trad.). Manantial.
- Waldron, J. (2005 [1999]). *Derecho y desacuerdos* (J. L. Martí y Á. Quiroga, trads.). Marcial Pons.
- Zaffaroni, E. R. (2004, 29 de agosto). "No me gusta el autoritarismo cool". Reportaje al juez Raúl Zaffaroni/Entrevistador: Martín Granovsky. *Diario Página 12*. <https://www.pagina12.com.ar/diario/elpais/1-40339-2004-08-29.html>
- Zaffaroni, E. R. (2005). *En torno a la cuestión penal*, Montevideo. B de F.
- Zaffaroni, E. R. (2010 [2006]). *Manual de Derecho Penal Parte General* 2ª ed. 5ª reimp. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2012). *El enemigo en Derecho Penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2013 [1989]). *En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal*. Ediar.
- Zaffaroni, E. R. (2020). *Penas ilícitas. Un desafío a la dogmática penal*. Editores del Sur.
- Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). *Derecho Penal Parte General*. Ediar.