

Necesidad y procedimiento de la reforma legal

Roberto Gargarella

Profesor titular de Derecho Constitucional,
Facultad de Derecho, UBA.

Al momento en que escribimos este texto, se encuentran abiertos, en la Argentina, al menos dos procesos fundamentales de reforma legal: el primero, vinculado con el Código Civil, y el otro, relacionado con el Código Penal. Lo que conocemos de tales procedimientos nos permite ya hacernos algunas preguntas relevantes, que tienen importancia más allá del modo particular en que vayan a evolucionar los procesos citados. Por tanto, y aunque en lo que sigue tomaremos como punto de partida y base de nuestra discusión a los procesos hoy en marcha, nuestra atención estará puesta en ciertas cuestiones jurídicamente relevantes, que exceden los ejemplos citados.

Los temas que nos interesan se relacionan, por un lado, con las condiciones que convierten a una cierta reforma en reforma necesaria; y por otro, con la importancia de escoger un procedimiento de reforma apropiado, para asegurar el sentido y valor de la reforma emprendida.

La exposición que sigue quedará dividida en tres partes. En primer lugar, vamos a presentar algunos datos básicos, elementales, sobre los procesos de reforma del Código Civil y Penal, hoy en marcha. Luego haremos algunas consideraciones sobre la necesidad de los procesos de cambio. Finalmente, centraremos la atención en cuestiones procedimentales referidas a los mismos.

I. Las reformas en curso

Conforme anticipáramos, desde el año 2011 se ha puesto en marcha un proceso para la reforma del Código Civil primero y, desde 2012, se ha activado también un proceso de reforma relacionado con el Código Penal. En ambos casos, el Ejecutivo ha encomendado a comisiones técnicas, conformadas por unos pocos miembros –políticos, juristas, según el caso– la discusión y elaboración de un proyecto de reforma del Código respectivo. En relación con el Código Civil, el decreto 191/2011 determinó la creación de una comisión de expertos encabezada por el presidente de la Corte Suprema de Justicia, Ricardo Lorenzetti, y las juezas Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci. Los juristas recibieron, a lo largo del año de plazo que se les otorgara para elaborar un proyecto de reforma, la colaboración de más de 100 juristas. En relación con el Código Penal, mientras tanto, el decreto 678/2012 dispuso la creación de una comisión encabezada por el Juez de la Corte Suprema Raúl Zaffaroni, y también por los diputados Ricardo Gil Lavedra (UCR), Federico Pinedo (PRO), la ex diputada socialista María Elena Barbagelata y el ex camarista León Carlos Arslanián. El decreto otorga a la comisión, en principio, 180 días para que la misma se expida, aunque autoriza a la misma a auto-expandir dicho plazo.

En el caso de la reforma al Código Civil, cuya elaboración se encuentra en un estadio temporalmente más avanzado, conocemos algunos detalles adicionales acerca de cómo ha evolucionado el proceso de reforma. Algunos de tales datos se relacionan, por caso, con la importante intervención que ha realizado el Poder Ejecutivo en el proceso activado. El Ejecutivo, por caso, ha definido desde un decreto los mecanismos parlamentarios a partir de los cuales el Legislativo debe discutir y aprobar el proyecto reformador. Conforme a las instrucciones impulsadas por el Ejecutivo, y luego revisadas por el Poder Legislativo, se ha definido la creación de una comisión bicameral, y se ha establecido, a la vez, un plazo relativamente breve –90 días– para que el órgano colectivo se pronuncie sobre el mismo.

Más todavía, luego de recibir el trabajo de la comisión encabezada por el Dr. Lorenzetti, el Poder Ejecutivo incluyó una diversidad de reformas muy significativas sobre el proyecto que se le propusiera (las variaciones introducidas por el Ejecutivo pueden verse en <http://www.nuevocodigocivil.com/pdf/Fundamentos-de-los-cambios-introducidos-por-el-PEN.pdf>). Dichas modificaciones generaron fuertes resquemores y polémicas, relacionadas

con la oportunidad y pertinencia de los cambios impulsados desde el poder político –cuestiones ambas que por ahora dejaremos de lado.

II. Sobre la necesidad de la reforma legal

Tenemos ahora algunos datos básicos sobre los contornos distintivos de los procesos de reforma jurídica que se están llevando a cabo en la Argentina. Una primera y elemental pregunta, generada por dichos procesos, es la de si las reformas en marcha resultan, en esta época, necesarias. ¿Qué podemos decir acerca de la necesidad de procesos de reforma legal, como los que hoy están en curso? ¿Es que se trata de reformas *necesarias*? Algunas consideraciones generales pueden ayudarnos en nuestro acercamiento a la cuestión de la necesidad de las reformas.

i) ¿Qué reforma? Lo primero que corresponde señalar, frente al interrogante citado, es que la pregunta que nos motiva, en principio, no merece responderse en abstracto. Para saber si una reforma es necesaria o no, debemos tener en claro, en primer lugar, de qué tipo de reforma, específicamente, estamos hablando. Por caso, puede ser necesaria una reforma del Consejo de la Magistratura que torne al mismo un órgano más independiente, pero no una que lo subordine en los hechos a alguno de los poderes políticos. Del mismo modo, puede ser necesaria una reforma destinada a convertir al Consejo de la Magistratura en un órgano más eficiente, pero no una que expanda su burocracia interna. En definitiva, normalmente, necesitamos más datos para responder una pregunta como la que inicia a este texto.

Por lo demás, tener certeza sobre el tipo específico de reforma que se pretende promover resulta crucial para evitar un común pero siempre inatractivo escenario reformista, éste es, el de una reforma que es auspiciada por razones que se invocan, y que podrían tornarla atractiva, pero que en la realidad es llevada adelante con el principal objetivo de cambiar el derecho en otros aspectos, distintos de los invocados, y que merecían permanecer constantes. Éste ha sido un caso muy habitual en toda América Latina, relacionado especialmente con las reformas constitucionales, anunciadas para vitalizar las partes “envejecidas” de la Constitución, pero concretadas finalmente para posibilitar innecesarias e indeseables reelecciones presidenciales. Podríamos llamar a éste caso de reforma el “mal caso”, o caso de la *reforma oculta* –una reforma que se promueve invocando atendibles razones, pero

que resultan luego trastrocadas y reemplazadas, en la práctica real, por razones impropias, vinculadas a necesidades partidistas (antes que generales), de muy corto plazo.

ii) Contradicciones internas y externas. La reforma (aún periódica) del derecho puede ser necesaria, en general, por razones como las que explorara en su momento Juan Bautista Alberdi, para la Constitución, y relacionadas con la consistencia del derecho. Las reformas que buscan consistencia suelen originarse en normas abarcativas y ambiciosas (típicamente, un Código o una Constitución) que, una vez puestas en marcha, tornan evidentes ciertas contradicciones, desajustes y tensiones internas que no eran claramente visibles en el momento en que se las escribía. Piénsese, por ejemplo, en el caso de un texto constitucional que en la práctica ve diariamente fortalecidos sus compromisos en materia de derechos sociales, que de ese modo pasan a entrar en tensión con sus cláusulas protectivas de una concepción tradicional de la propiedad. Este tipo de situaciones pueden tornar necesario, de tanto en tanto, procesos de “limpieza” interior, destinados a eliminar tales contradicciones, o aliviar las tensiones entre una parte y otra del texto legal (i.e., por ejemplo, para incluir en el mismo una referencia al carácter “social” de la propiedad). Dificultades y contradicciones como las señaladas –de tipo “interno”– se acompañan de otras de tipo “externo”. Juan Bautista Alberdi puede ser visto como un precursor en el análisis de las contradicciones externas, esto es decir, en el análisis de la consistencia existente entre una determinada ley o Código que se ha mantenido inmodificado a lo largo del tiempo, *vis à vis* el resto del derecho, que ha ido variando o actualizándose. Alberdi estudiaba, típicamente, la relación que existía entre Constitución y las leyes vigentes, o las que se dictaban para darle vida a aquella. Decía Alberdi, en el capítulo XVIII de las *Bases*:

“[la tarea por delante no se limita] a declarar inviolable el derecho privado de propiedad, sino que debe garantizar la reforma de todas las leyes civiles y de todos los reglamentos coloniales vigentes, a pesar de la República, que hacen ilusorio y nominal ese derecho. Con un derecho constitucional republicano y un derecho administrativo colonial y monárquico, la América del Sud arrebató por un lado lo que promete por otro: la libertad en la superficie y la esclavitud en el fondo” (Alberdi, 1981).

Junto con Alberdi, podríamos decir que los Códigos –tanto como el resto del derecho– merecen someterse a procesos de reforma periódicos – como los que él proponía para las Constituciones–. Ello, a los fines de eliminar las asperezas surgidas, con el paso del tiempo, entre la norma en cuestión, y las restantes normas fundamentales vigentes –en sus términos, para impedir que el derecho siga “arrebatando por un lado lo que promete por otro”.

iii) Auto-gobierno y actualización del derecho. Otra razón que puede justificar un proceso reformista encuentra su apoyo último en el derecho de auto-gobierno. El principio que ampara la necesidad de la reforma, en este caso, sería el que dice que cada generación debe darse a sí misma las normas dirigidas a organizar su vida en común (Holmes, 1988). En tal sentido, y en principio, podría señalarse que razones de auto-gobierno avalan la idea de que normas que llevan muchos años de vigencia –normas que han sido redactadas y puestas en marcha por las generaciones que nos han precedido– sean revisadas críticamente por la generación presente. El argumento del auto-gobierno suele ser paralelo a, y venir de la mano de otro, que enfatiza la importancia de actualizar el derecho, de tanto en tanto. La idea sería, en este caso, que con el paso del tiempo tienden a surgir necesidades y urgencias que no eran propias de etapas anteriores, y que el derecho debe reconocer, bajo el riesgo de quedar desfasado de su básica misión de atender las necesidades públicas. En todo caso, conviene no tratar ambos argumentos –el del auto-gobierno y el de la actualización– como si ambos fueran idénticos; del mismo modo en que conviene insistir sobre el valor especial del ideal del auto-gobierno. Ambas cuestiones, en todo caso, pueden dar fundamento a una necesidad reformista.

iv) Reformas sustantivas. Con la idea de reformas sustantivas vamos a referirnos, en lo que sigue, a aquellas reformas promovidas con el objeto de modificar la matriz esencial, fundamental, de una cierta sección del derecho. Este proceso tiende a darse, típicamente, en relación con porciones del derecho escritas no sólo hace tiempo, sino también en momentos en que la sociedad se encontraba controlada o dirigida por una elite excluyente, antes de su más efectiva democratización. Un típico cambio, en este sentido, sería el de una sociedad que quiere repensar la matriz liberal-conservadora del

ordenamiento legal que la rige desde su momento fundacional, localizado hace casi doscientos años. El cambio del caso procuraría alinear al derecho con el tipo de principios democráticos que hoy se encuentran ampliamente extendidos en la sociedad, pero que resultaban demasiado débiles en los años fundacionales del derecho local. En estos casos, como en todos aquellos en donde la comunidad decide pasar a regirse por principios radicalmente distintos a los que tradicionalmente la regían, la necesidad de una reforma –sustantiva– de las principales normas legales puede presentarse, también, como imperativa.

III. El procedimiento de reforma

Las consideraciones anteriores pueden darnos algunas herramientas a partir de las cuales evaluar el sentido y valor de procesos de reforma legal como (sólo por ejemplo) los que hoy se encuentran en curso, en la Argentina. Dichas consideraciones merecen ser complementadas con otras, relacionadas con otros indicios firmes, con los que ya contamos, relacionados con los *procedimientos* a partir de los cuales se ponen en marcha tales reformas. Una vez examinados estos procedimientos, podremos contar ya con un material significativo, que nos permitirá reflexionar mejor sobre el proceso reformista hoy en curso.

i) Democracia deliberativa. Para llevar a cabo este análisis, partiremos de una posición teórica asociada con una teoría de la democracia deliberativa. Fundamentalmente, diremos aquí que, para quienes pensamos el derecho desde una teoría de la democracia tal, la validez de las normas públicas requiere, como condición necesaria, un proceso previo de discusión amplio e inclusivo (Cohen, 1989; Elster, 1998; Habermas, 1996; Nino, 1997).

Si nos guiamos (como aquí proponemos, provisionalmente) por los requerimientos propios de una democracia dialógica, podríamos decir que las exigencias que se derivan de allí son principalmente dos: una primera exigencia que nos habla de la centralidad del debate público, y luego otra que nos refiere a un requisito de inclusividad. Desde la teoría, dichos requerimientos aparecen explicitados en la famosa noción habermasiana que sugiere un proceso decisorio en el que debaten “todos los potencialmente afectados” por la decisión pública que va a tomarse. Sin embargo, no necesitamos aquí apelar a teorías abstractas para anclar exigencias dialógicas

como las citadas. En verdad, desde un texto constitucional como el argentino, dichos requerimientos aparecen presupuestos, por un lado, en las mismas ideas de igualdad y libertad que subyacen a todo el texto constitucional: si la Constitución es un pacto entre iguales, entonces, no es admisible que el mismo resulte socavado por pactos que excluyan, en los hechos, a parte de la población. Por lo demás, las cláusulas constitucionales que, de modo explícito, exigen que las normas jurídicas resulten de un proceso previo de debate, son numerosas. Ellas incluyen, por caso, a los artículos 78 y 83, que aluden a la “discusión” que debe darse en las Cámaras, en la formación y sanción de leyes; tanto como los artículos 100, inc. 9 y 106, referidos al proceso de “debate” que debe darse en el Congreso.

ii) Imparcialidad: entre el debate abierto y los cuerpos técnicos. Las razones que justifican tales exigencias –las razones que nos dicen que los procesos de creación y reforma legal deben ser procesos abiertos, inclusivos, dialógicos– no son formales ni preciosistas: se requiere un debate público abierto e inclusivo, porque asumimos que nadie es mejor juez de sus propios intereses que uno mismo; porque consideramos que no hay persona ni familia ni grupo social ni sector profesional que tenga el conocimiento que necesitamos para llevar adelante las reformas que emprendemos; porque tendemos a equivocarnos acerca de lo que es mejor para el bienestar colectivo; porque usualmente nos falta información relevante, que los demás pueden facilitarnos; porque los demás pueden ayudarnos a corregir errores o iluminar las zonas oscuras de nuestro razonamiento, o advertirnos acerca de tensiones o contradicciones que afectan al mismo, y que nosotros mismos rechazaríamos si advirtiéramos. En definitiva, podríamos decir, una discusión pública informada e inclusiva maximiza las posibilidades de tomar decisiones respetuosas de los derechos e intereses de todos.

Decir lo anterior no implica afirmar que las decisiones que surgen de un proceso de debate inclusivo van a resultar, necesariamente, decisiones imparciales. Más bien, lo que se afirma es que de ese modo se maximizan las posibilidades de decidir imparcialmente o, para decirlo por la contraria, que se reducen así los riesgos de que se creen leyes “con nombre y apellido” (destinadas, por caso, a favorecer a una minoría u oligarquía particular); tanto como se reducen los riesgos de cometer errores involuntarios, tan propios de los procesos de decisión concentrados en una o pocas personas (dos

patologías muy habituales, por lo demás, en los procesos decisorios argentinos, en particular de los últimos años).

Decir lo anterior tampoco implica negar el papel o la importancia de la intervención de “técnicos jurídicos” en la elaboración de las normas legales. La participación de “técnicos” suele ser imprescindible en el proceso de creación normativa, para trasladar al papel, en lenguaje preciso, los acuerdos públicos, políticos, celebrados por la comunidad. Así también, la presencia de aquellos suele resultar crucial a la hora de “limpiar” los textos legales, “depurarlos” de impurezas, y “curarlos” de las inconsistencias que suelen caracterizarlos luego de procesos de reformas realizados a lo largo de años, a veces con apuro o poco cuidado. El problema que aquí se examina tiene que ver, en cambio, con la común situación en que las reformas legales quedan en manos de elites jurídicas, más o menos bienintencionadas, pero en todo caso desvinculadas, institucionalmente, de un proceso de debate público abierto y colectivo.¹

iii) Fallas procedimentales, debido proceso y control judicial. Por supuesto, resulta claro que, aun en el caso en que una administración se propusiera asentar sus decisiones en procesos de deliberación inclusiva, dichos procesos decisorios resultarían, en la práctica, siempre imperfectos, limitados en su inclusividad, “cortos” en términos de debate colectivo: siempre quedarán fuera de consideración y procesamiento, puntos de vista y reclamos relevantes. Pero no se trata de trivializar los principios en juego, sino de tomarlos en serio: la idea en cuestión es que el proceso público de creación normativa debe maximizar las condiciones de inclusividad y debate, bajo pena de generar “sospechas” sobre la imparcialidad de la norma en juego. Partimos, en definitiva, del valor de una conversación abierta, inacabada, plural, inclusiva, en constante progresión (un *ongoing debate*).

Lamentablemente, las exigencias de debate democrático aquí expuestas, como precondition de la validez de las normas públicas, son contradichas por una práctica legislativa, política y judicial, que tiende a ver a dichos requerimientos como vinculados con exigencias superficiales, redundantes,

1. El sociólogo jurídico David Garland, por caso, estudia las reformas penales producidas en las últimas décadas, mostrando el modo en que ellas han oscilado entre reformas producidas por elites “bienestaristas” o progresistas, y reformas producidas por elites más conservadoras (2002).

innecesarias. Conforme a aproximaciones habituales en la materia, el respeto de los procedimientos –el respeto al *debido proceso de creación normativa*– no requiere demasiado: fundamentalmente, dicho respeto exige que un número predefinido de manos se levante al mismo tiempo, en la instancia legislativa. Esas manos levantadas al unísono representarían la condición necesaria y suficiente para dar validez a las reformas del caso. Lo que tenemos aquí es una noción *minimalista* en torno a lo que significa un *debido proceso de creación normativa*, vinculada con una concepción también *minimalista* de la *democracia*. Contra dicha postura, aquí defendemos una visión más propia de un *debido proceso sustantivo*, atada a una concepción *deliberativa* de la *democracia*.²

Asumiendo que los organismos de control adoptaran, en su lectura del derecho, una concepción más robusta de la democracia, como la que aquí defendemos, la pregunta sería: ¿qué es lo que ellos deberían hacer, frente a la aparición de fallas procedimentales en la creación del derecho? ¿Es que ellos podrían arrogarse la capacidad de invalidar una norma porque el procedimiento de discusión no ha sido impecable, inmaculado? Lo cierto es que, en términos de control de constitucionalidad, nadie debería decir que una norma deja de ser válida porque algún argumento no terminó de ser presentado en público; o alguna queja pertinente aunque marginal no resultó finalmente procesada o respondida de modo pleno. Esas fallas son y serán propias de cualquier procedimiento de debate político real. Sin embargo, el criterio que aquí se propone sí sostiene que las condiciones de inclusividad y debate deben operar –como hoy no lo hacen– de manera decisiva, a la hora de definir la validez de la norma en juego. Así, del mismo modo en que

2. Un ejemplo interesante, que puede ilustrar las preocupaciones en juego, es el producido con la destitución del presidente paraguayo Lugo. Lugo fue separado de su cargo a través de un juicio político que implicó en la práctica un proceso sumarísimo, de pocos minutos, en donde el Presidente no contó con la oportunidad efectiva de defender su posición y demostrar la inadecuación de las objeciones que se le hacían (por lo demás, objeciones débiles en su sustancia). Para una mayoría de observadores, de todo tipo de orientación política, el proceso resultó impugnabile jurídicamente, aunque la destitución definitiva terminó produciéndose con una mayoría bastante más amplia que los dos tercios exigidos por la normativa legal. Es decir, resultó claro que no bastaba con tener una determinada cantidad de manos levantadas al mismo tiempo, para contar con una decisión pública válida –mucho menos, por supuesto, cuando (como en todos los casos aquí discutidos) están en juego decisiones públicas de altísima relevancia.

la presencia de un sesgo racial o de género merece disparar dudas sobre la norma en cuestión, y exigir de quienes la analizan formas de escrutinio más estricto (que no es lo mismo que decir que tales sesgos convierten a la norma bajo examen en una norma inconstitucional), así también las fallencias de inclusividad y debate en el proceso de elaboración de una norma pública debe implicar no la invalidez automática de la misma, pero sí una mayor sospecha sobre la validez de la norma en cuestión: tales fallas exigen, de parte de quienes examinen la norma, un escrutinio más estricto. Esto es decir, las fallas de inclusividad y debate, en el proceso de elaboración de una determinada norma, *deben bajar la presunción de constitucionalidad* de la norma examinada.

El tipo de objeciones señaladas, basadas en el carácter imperativo del debate colectivo a la hora de tomar decisiones públicas, no quedaría salvada con formalismos vacuos o irrelevantes, como el de dejar que la oposición argumente, para luego de terminado su tiempo, imponer la decisión previamente acordada; o la de abrir un espacio a la intervención ciudadana, para registrar sin tomar efectivamente en cuenta las observaciones de la misma. Finalmente, la mejor prueba de que el proceso de discusión no es ficticio –de que dicho proceso no es, en el peor sentido, meramente formalista y minimalista– suele encontrarse en la disposición del partido que controla la mayoría legislativa a adoptar o tomar en cuenta las proposiciones de la oposición, ya sea para modificar de modo acorde sus propias posturas, ya sea para justificar cuidadosamente las razones por las cuales no se toman en cuenta los requerimientos de la misma.

Evaluando la necesidad y los procedimientos de la reforma

En las páginas anteriores, examinamos algunas consideraciones que podrían justificar la *necesidad* de una reforma jurídica. Nos referimos, también, a los principios dialógicos que merecerían dar forma a los *procedimientos* reformistas, de modo tal de maximizar la legitimidad y validez de los mismos. Tomando en cuenta tales criterios, podríamos concluir lo siguiente.

En primer lugar, y en relación con la *necesidad* de las reformas en curso, podríamos decir que las reformas que están llevándose a cabo en nuestro país, en relación con los Códigos Civil y Penal, parecen estar vinculadas, fundamentalmente, con procesos de “ajuste y limpieza”, o eliminación de

contradicciones internas y externas, como los que describiéramos en II-ii). Estas razones parecen justificar, al menos en un sentido minimalista, las reformas del caso (sabemos, por ejemplo, que luego de algunas reformas realizadas con demasiado apremio –las conocidas como “reformas Blumberg”– el Código Penal quedó desordenado y desbalanceado, y en tal sentido necesitado de reformas de “ajuste y limpieza”). Hay quienes invocan, de todas maneras, razones como las que examinamos en II-iii), relacionadas sobre todo con la necesidad de actualizar el derecho, en ambos aspectos –Civil y Penal–. En este reclamo –actualizar el derecho– también, seguramente, podemos encontrar razones que justifican la imposición de cambios sobre el derecho hoy vigente (sabemos, por ejemplo, que nuestra legislación se ha actualizado en materia civil de modo significativo –i.e., a través de la incorporación de la figura del matrimonio igualitario– pero no ha ocurrido lo mismo con el Código respectivo, lo que tornaría necesarias ciertas reformas de actualización). En días recientes, sin embargo, hubo repetidas alusiones a lo que en II-i) definimos como “reformas ocultas”, para señalar, por caso, que reformas como las que se llevan adelante en relación con el Código Civil escondían, fundamentalmente, cambios destinados a limitar ciertas conquistas civiles, antes que a expandirlas o consolidarlas (i.e., en el caso de las acciones colectivas); tanto como reformas destinadas a servir al gobierno de turno en relación con objetivos de cortísimo plazo (i.e., vinculados con su errática y polémica política cambiaria). Estas razones nos llevarían a poner un llamado de atención sobre el proceso reformista hoy en marcha (en especial, pero no únicamente, en relación con el Código Civil). Finalmente, podría decirse que las reformas en juego no parecen estar vinculadas a lo que en II-iv) definimos como procesos de cambio sustantivos. Dichos cambios, sin embargo, parecerían urgentes, tanto para el Código Civil, como en relación con el Código Penal. El primero –podría alegarse– debería repensarse radicalmente, sobre todo para replantear los modos en que queremos organizar la propiedad, contemporáneamente, y a la luz de los fundamentales cambios sociales que se han experimentado en la materia –tanto en relación con cambios teóricos, como con la aparición de urgencias propias de un país que, a la vez, destaca por las necesidades habitacionales insatisfechas, y los niveles de viviendas no ocupadas y tierras ociosas existentes–. Curiosamente, la reforma emprendida sobre el Código Civil deja prácticamente intocado ése, justamente, su núcleo esencial: el derecho de propiedad. Tal derecho aparece como especialmente desfasado en el tiempo, y ajeno tanto

a los cambios sociales producidos en todos estos años, como desfasado en relación a las nuevas urgencias y necesidades que han emergido a partir de tales cambios sociales. El Código Penal también –podría alegarse– resulta merecedor de cambios de fondo, destinados a reinstalar al derecho penal en su lugar de *ultima ratio*, y a removerlo entonces del espacio jurídico en donde ha quedado situado en la actualidad, esto es decir, el de la política pública en materia social. Hoy, en efecto, y lamentablemente, los gobiernos se empeñan en dar respuestas penales a los problemas sociales que los acosan y amenazan con asfixiarlos: tales respuestas resultan efectistas y políticamente redituables, y son las que han generado un sobre-proceso de reformas absurdas sobre el sistema jurídico penal. En definitiva, la ausencia de estas razones sustantivas, detrás de las reformas en curso, no desmerece al proceso de reformas que se ha puesto en marcha, pero seguramente les quita parte de su potencial atractivo.

En segundo lugar, y en relación con los *procedimientos* con que se están llevando a cabo las reformas Civil y Penal, podríamos decir que los ideales de deliberación democrática arriba defendidos resultarían contradictorios, por caso, y en primer lugar, si las reformas en cuestión fueran aprobadas con la modalidad “a libro cerrado”, como ocurriera en su momento con el Código Civil de Vélez Sarsfield. Los indicios con los que hoy contamos, al momento de escribir este texto, parecen indicar que ése no será el caso, aunque –cabría agregar– los procedimientos descriptos más arriba parecen cercenar fuertemente las capacidades de la autoridad legislativa para operar sobre el texto (<http://www.cadena3.com/contenido/2012/03/28/94487.asp>). Mucho más, por supuesto, en el contexto de una mayoría oficialista muy disciplinada y verticalista, completamente indispuesta –tal como lo ha mostrado una y otra vez a lo largo de estos años– a desafiar algún criterio definido por el Ejecutivo. *La presencia de este último factor –es decir, la existencia de mayorías legislativas disciplinadas y verticalistas– ponen una luz roja, de alarma y alerta, sobre las reformas en curso. En efecto, si al procedimiento inicial, basado en comisiones técnicas, institucionalmente aisladas del debate ciudadano corriente, le agregamos el riesgo de un trámite parlamentario potencialmente expedito y poco abierto al diálogo con fuerzas opositoras, tendríamos como resultado un procedimiento de creación normativa profundamente viciado, y cuestionable por tanto en su constitucionalidad.*

Ello así, muy en particular, si tomamos en cuenta que los procedimientos de reforma legal seleccionados (en apariencia, hasta el momento), implican no tomar en cuenta la cantidad de medios disponibles que podrían facilitar un involucramiento mayor de la ciudadanía en discusiones que le son propias. Los medios al alcance del poder público –posibles pero no explorados– son numerosos. En efecto, puede decirse que la ciudadanía no forma parte de estos procedimientos en ningún sentido relevante de la idea de “formar parte”: *no hay audiencias públicas convocadas; no se ha hecho un llamado a la misma para que presente iniciativas de cambio; no se han abierto foros de debate; no se ha dispuesto un período de consulta popular; no se espera convocar a un plebiscito validatorio de las reformas del caso.* Lo que es más grave –y esto empeora las cosas–, la ciudadanía suele ser invocada como agente responsable de la misma; al tiempo que se cita su papel protagónico en los debates sobre los cambios a introducir en los Códigos.³

Los procesos de reforma al Código Civil y Penal resultan, en este momento, procesos todavía abiertos e inacabados. Es de esperar que ellos terminen de desarrollarse, entonces, conforme a pautas como las descriptas, para no verse afectados en su legitimidad y validez constitucional. Es todavía posible y siempre deseable que así sea.

Bibliografía

- Alberdi, J. B. (1981), *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Plus Ultra, Buenos Aires.
- Cohen, J. (1989), “Deliberation and Democratic Legitimacy,” en A. Hamlin & P. Pettit (eds.), *The Good Polity*, Oxford U.P., Oxford.
- Elster, J. (1998), (ed.) *Deliberative Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge.
- Garland, D. (2002), *The Culture of Control*, The University of Chicago Press, Chicago.

3. La Presidenta habló, por caso, de los contenidos de la reforma al Código Civil resaltando que se trataba de “discusiones que la sociedad tiene que dar” (http://www.perfil.com/contenidos/2012/03/01/noticia_0018.html).

- Habermas, J. (1996), *Between Facts and Norms*, The MIT Press, Cambridge.
- Holmes, S. (1988), "Precommitment and the Paradox of Democracy," en J. Elster & R. Slagstad (eds.), *Constitutionalism and Democracy*, Cambridge U.P., Cambridge.
- Nino, C. (1997), *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona.