

Política y Técnica Legislativa

La escucha y el silencio

Ernesto E. Domenech¹

Profesor de la Especialización
en Derecho Penal y Criminología

Cuando se me planteó colaborar con este Instituto se mencionaron los problemas o cuestiones de *técnica legislativa* e inmediatamente recordé una forma curiosa de nombrar a las leyes. Pertenece a Platón que las llamó escritos políticos. ¿Serán las *cuestiones técnicas* políticas? Pensé.

Recordé entonces algunos sitios donde había escuchado la palabra “político”. Y, en realidad, en mi formación como abogado evoqué que yo no había rendido una materia que se llamase derecho político. Lo que no me extrañó en absoluto porque estudié abogacía cuando en este País no imperaba el Estado de Derecho y la política y los políticos eran malas palabras. En mis estudios y en especial en los derecho penal, la palabra político o política poseía otras evocaciones.

Se oponía, por ejemplo, a ciencia dogmática, que se empeñaba en negar, en aquel entonces, todo contenido político, que eran cuestiones que no integraban la ley que estudiábamos. Los problemas políticos eran los problemas de una ley deseable pero inexistente. Claro que la palabra político se predicaba también de los delitos. Y los delitos políticos poseían un estatuto particular, que los ubicaba en una singular proximidad con las excepciones. Los delitos políticos, desde la Constitución de 1853, no podían ser castigados con la pena de muerte, y los delitos políticos eran esos que no podían (y no pueden²) dar lugar a reincidencia ni a extradiciones. Para colmo de nuestra inquietudes, mi maestro, el Dr. Ouviaña, nos desafiaba con un aserto que luego se convirtió en profecía de la mano de la impunidad de los delitos comunes: *cualquier delito es político*, afirmaba, *basta imaginar que ocurriría si su comisión se generalizase*.³ Por otro lado, predicar la palabra político, o política de una determinada cuestión,

¹ Preparado para el Instituto de Estudios Legislativos.

² C.P. art. 50

³ Acaso pueda construirse una historia de la nuestra democracia constante a partir de los crímenes que dejó impunes o perdonó. Y en ese catálogo figurarán sin duda crímenes sencillos: muertes de jóvenes en diversas Provincias del País, apañados por alguna forma de poder.

implicaba que esa cuestión no iba ser posible revisarla por mecanismos jurisdiccionales. Las cuestiones políticas, en este mundo de fines de los sesenta, eran las irrevisables, o al menos, las irrevisables por los jueces.

Como puede verse en este universo antidemocrático en que me formé como abogado, la política o bien era anticientífica, o gozaba de una singular inmunidad e impunidad, y por sobre todo no se estudiaba. Porque no sólo no estudié derecho político, sino que tampoco estudié como hacer leyes, ni sentí que las leyes me pertenecieran: eran más un dato extraño que una faena familiar. Claro que tampoco estudié cómo diseñar actividades con reglas, cómo construir con ellas, cómo cumplirlas mejor. Antes bien estudié transgresiones a esas leyes y modos de hacer juicios para castigarlas.

Pero también en ese estado antidemocrático se produjeron fuertes innovaciones legales: recuerdo en especial la ley 17.711 que modificó el Código Civil y 17.567 que cambió el Código Penal, y motivó el reclamo del Profesor Ricardo Nuñez que escribió para la ocasión “El origen bastardo de una Reforma”. Otras dictaduras proveyeron otras leyes que aun rigen nuestra cotidianeidad como ciudadanos de Buenos Aires: la de honorarios profesionales que aun se la denomina así, y la del Patronato de Menores que se enfatiza como *decreto ley*. Curiosamente conocíamos a los Códigos por nombre y apellido, de este modo el Código Civil era el Código de Vélez y el Procesal Penal el de Jofré.

Pero han pasado ya muchos años desde aquellos en que estudié derecho, y sobre todo muchos años felizmente en Democracia. Porque la democracia posee ya hijos de casi 20 años. Y esta saludable continuidad –que ha sancionado múltiples leyes que con rara excepción poseen nombre y apellido- ha permitido entrever otras dificultades, otros problemas en la forma de construir las leyes, esos escritos políticos, como dije. Hoy ya no se menciona la imposibilidad de revisar acciones por el Poder Judicial, pero se teme por igual a su politización como a la judicialización de los problemas políticos, sobre todo en la proximidad de las elecciones. Pese a ello, seguimos sin estudiar la forma de construir las leyes, sin analizar cómo cumplirlas mejor, y con algunas dificultades añadidas.

A estas dificultades añadidas me referiré muy suscintamente.

Una primer dificultad radica en que en esta era del vacío y la globalización, en esta modernidad líquida⁴, ha imperado una forma de discutir a través de los medios masivos de comunicación. No sólo la política se ha massmediatizado, sino también los debates de los problemas más severos se

han massmediatizado. Y el debate mediático, con expertos incluidos, suele ser tan efímero y cíclico como las noticias. En el terreno penal se discute el crecimiento de la conflictividad, se duda de su existencia, se culpa a las sensaciones de inseguridad o a las manos duras o blandas, en detrimento de un análisis más minucioso y cuidado que confronte los datos que se poseen, su fiabilidad, el ámbito de su validez, la consistencia con otros datos, la posibilidad de formular políticas con ellos. La lógica mediática es una lógica de urgencia, de último momento. No admite dilaciones. Y de este modo a un problema noticia le corresponde una respuesta inmediata que se difunda a la mayor brevedad posible. Si la noticia es *“se han empleado más armas en los crímenes”* debe imponerse una ley que castigue la utilización de armas en los crímenes, sin importar demasiado si es necesaria o no, y si las dificultades que provoca son o no mayores que los beneficios. Si la novedad es *aumentan las muertes por accidentes de tránsito* entonces hay que subir las penas de los homicidios culposos o modificar el Código de Tránsito, aunque se autorice a los jóvenes a manejar más jóvenes. Lo curioso es que esta lógica pareciese, atrapada en la sucesión de los instantes, de la vida en vivo y en directo, ignorar la historia del país y de sus leyes. En este modo de pensar suelen desconocerse las leyes mismas y se convierte en noticia que un juez o un tribunal haya tenido en cuenta la miseria económica del condenado, aplicando una disposición que data de 1921 en Código Penal de nuestro país. Los acontecimientos más vetustos se vuelven jóvenes, como si ocurriesen por primera vez, que es el único modo de contarlos como novedosos.

En los medios el crimen se ha evidenciado visible y cotidiano. Se ve desde su escena, en tiempo real, como la guerra o las represiones. O se ausculta en las infinitas cámaras de seguridad que nos vigilan a diario, o en las otras muchas más ocultas que lo muestran en su obscenidad mayor en noticieros, programas de investigación periodísticas o aquellos que luego comercializan esas imágenes. Y esta transparencia es también una apariencia, porque el antes y el después del momento de la transmisión sencillamente no se ven, como no se ve lo que la cámara no enfoca. Pero nos inclinamos a concluir que el crimen ha sido de cierto modo porque hemos visto apenas un fragmento. Esta fe en la visibilidad afecta las posibilidades de reflexionar en torno a lo no visible. Por ejemplo las intenciones de las personas, sus motivaciones o sus necesidades suelen escaparse a la mirada. Pero el ciudadano televidente, el

⁴ La palabra pertenece a Zygmunt Bauman que la emplea en el título de un libro publicado por FCE.

hommo videns⁵, repara poco en estos límites. Cree en la mirada más que en la palabra, y las leyes son palabras.

La segunda dificultad que es necesario tener en cuenta es el peso que en la cultura cotidiana poseen las encuestas, muchas veces propiciadas por los propios medios. Y esta creencia en las encuestas arroja severas percepciones en relación a los constructores y los aplicadores de la ley, porque pareciesen enunciar poca fe en la representación política y poca fe en la Justicia. Una mala ley puede ser corregida con una interpretación razonable y la mejor de las leyes puede claudicar con una aplicación defectuosa, pero si las leyes son malas y la aplicación es defectuosa o burocrática, entonces pareciese no existir remedio posible.

Finalmente el crecimiento sostenido la conflictividad penal también complica este panorama, sobre todo porque pareciese no estar ligado exclusivamente a la existencia de buenas o malas leyes, sino a factores más estructurales, como el desempleo o la pobreza, y cuya erradicación es mucho menos sencilla que sancionar una ley, con el agravante que tampoco remover estos factores estructurales implica mecánicamente disminuir los índices de conflictividad.

Descrito este escenario de dificultades preliminares me detendré ahora en algunos rasgos de la innovación legislativa más reciente.

Una primer característica es la que la innovación legislativa ha sido frondosa, ha proliferado casi sin cesar, evidenciando, en algún caso, *muy poco cuidado previo*. Se sanciona un Código, por ejemplo, y poco después, cuando todavía no se ha llegado a aplicar, deben modificarse un importante número de disposiciones. En estas condiciones no ha sido el empleo de las reglas el que aconseja la innovación como desde 1860 lo reclamaba Vélez, sino una suerte de imprevisión preliminar que pareciese privilegiar más la existencia de una innovación que las calidades de su presentación.

La innovación legal, en muchos casos, no ha sido acompañada de un cuidadoso proceso de *gestión de las transformaciones* que la innovación propone. Los legisladores pareciesen haber tenido una expectativa desmesurada en la Ley, como si ella, por si misma, fuese suficiente como para provocar cambios. Como si, emulando al Dios del Génesis, pudiesen decir “*Háganse los cambios*”, y los cambios se hiciesen. Y, como expuse, una ley por buena que sea sin adecuada gestión, de nada sirve. Hay leyes que crean fueros o los transforman, y en ocasiones de modo radical. En estos supuestos si el

⁵ Expresión que pertenece a Giovanni Sartori.

diagnóstico empírico preliminar no ha sido cuidadoso, si la transición no se ha planificado con rigor y con detalle desde los distintos poderes, faenas todas que exceden largamente el saber de los abogados, la transformación es caótica. Y cuando esto ocurre, las resistencias a la innovación encuentran fundadas razones, y el temor a lo desconocido, suficiente alimento. Tal vez algún escucha o lector pueda suponer que estoy aludiendo, elípticamente, al nuevo Código de Procedimiento que sustituyó al de Jofré, o a las vicisitudes del fuero de infancia, o a las del fuero contencioso administrativo. Sin embargo el primer precedente que conocí con estos descuidos fue la creación del Fuero Correccional en la Provincia que concentró en el 40 por ciento de los Jueces el sesenta por ciento de la faena judicial, de modo que los cuellos de botella que sólo se descorchan con prescripciones, fueron tan numerosos como gravosos para los ciudadanos, que dicho sea al pasar, no denuncian el 60 por ciento de los delitos que los agravian. Y en la producción de la información indispensable para formular políticas y para diseñar la operatoria del funcionamiento de las nuevas leyes es necesario contar con estadísticos, matemáticos, expertos en ciencias de la información, de la educación, de la comunicación, de la administración, sociólogos, antropólogos, psicólogos y contadores, entre otros. La faena interdisciplinaria deviene de este modo indispensable. Muchas veces se ha privilegiado el cambio por sobre la gestión misma del cambio. He escuchado decir, como buena razón para justificar un cambio “no se puede estar peor”. Y me permito discutir esta conclusión. Siempre es posible estar peor. Y si la gestión no ha sido pensada entonces es la ley misma la que entra en crisis y no sólo sus aplicadores.

Esta innovación ha presentado por otra parte singulares *tensiones internas*.

Si por un lado se han *incrementado las escalas penales de los delitos*, o se han instituido nuevos delitos, por otro se han previsto mecanismos destinados a *evitar los juicios* como la suspensión del juicio prueba, o como la defensa del llamado principio de oportunidad. Y a la par que se proclaman los beneficios de la *oralidad* se instituyen mecanismos que tienden a evitarla, para evitar las demoras que provoca, pero que requieren de la *escritura*, como el juicio abreviado, y una escritura que se multiplica porque se reproduce en diversas instancias y por diversos actores. Por otra parte esta tensión posee otras caras no menos importantes cuando *se crean nuevos derechos en tanto crece la inequidad a que esos derechos aluden*. Tal lo que ha ocurrido, por ejemplo, con los derechos del niño, que se reconocieron legalmente primero y

constitucionalmente más tarde cuando en el país crecían los indicadores de mortalidad infantil y de NBI.

Otra característica de esta innovación legislativa está referida no ya la gestión de la ley sino a *características o propiedades del texto legal* mismo. Muchas veces en las leyes se utilizan palabras que pareciesen ser seductoras por su claridad, pero que de inmediato se muestran extremadamente vagas o muy poco claras. Veamos: en el C.P.P. se menciona la expresión “acto irreproducible”, pero ¿qué debe entenderse por acto irreproducible cuando en principio todo los actos, al acaecer en el tiempo, lo son? En estos casos pareciese conveniente un mecanismo que explicitase el significado mas allá de esas definiciones que de tanto decir todo no dicen, en, realidad nada⁶. En la legislación penal se empleó la palabra abuso sexual con gran convicción pese a su gran vaguedad. Y tan ha sido el problema que casi no existe consenso en cuanto a su significado. Para algunos autores hasta pareciese que nada ha cambiado. Estas dificultades no son sin embargo nuevas. La expresión “secuela del juicio” que se emplea para interrumpir la prescripción de las acciones penales, es casi un paradigma que combina problemas de vaguedad y de ambigüedad de las palabras. Ha dado lugar a interpretaciones diversas y contrapuestas y a un sin número de elucubraciones que impiden conocer con alguna certeza que acto procesal podría ser considerado interruptivo de la prescripción. Claro que estos problemas de vaguedad de los términos legales si bien es posible acotarlos, es imposibles solucionarlos del todo. Siempre las palabras pueden llegar a ser vagas. En este sentido los constantes cambios tecnológicos son capaces de poner en jaque nuestras palabras más claras, como “*papá*”, o “*mamá*”. Pero si es necesario tener en cuenta que las interpretaciones divergentes de las leyes en algunos sitios se manifiestan con mayor énfasis y riesgo. Quien más conocía la contradicción de los fallos relacionados con la llamada ley del dos por uno, o sobre excarcelación era el Jefe de la Unidad 1 (Olmos). Porque la diversidad de criterios de interpretación que se esparce en el territorio provincial o nacional, se reúne en las prisiones, donde los procesados o condenados las comparten en el doloroso tiempo del encierro.

También algunas leyes han presentado defectos lógicos porque o bien han incorporado contradicciones o bien han presentado lagunas. Por ejemplo la ley de Ministerio Público que prescribe una cierta informalidad de la prueba que se colecta en la Investigación Penal Preparatoria colisiona fuertemente con la

formalidad escrituraria del Código de Procedimientos, estrechamente vinculada a la validez de ciertos actos y en especial a la realización de los Juicios abreviados. Y la regulación de la llamada Probation ha presentado varias dificultades de este tipo que han motivado interpretaciones contradictorias por parte de los Jueces.

En otras ocasiones las innovaciones legales se complican porque, en realidad, una ley pasa a formar parte de un conjunto mucho más amplio de leyes, que se suele denominar ordenamiento jurídico.

Y estos conjuntos de reglas son mucho más amplios y complejos de lo que en general se piensa, y poseen intrincadas relaciones entre sí⁷. Para no abrumarlos señalaré algunas de los problemas que suceden cuando estas relaciones no se tienen en cuenta. Pocos botones bastan de muestra.

Algunas leyes parecen ignorar que existen normas que las condicionan, o al menos condicionan sus posibilidades. Así por ejemplo temas como la ejecución de las penas o el principio de oportunidad han sido regulados por el Congreso Nacional en el Código Penal, y la ley 24.660. Si la Provincia reitera estas regulaciones entonces se pueden generar serios problemas de constitucionalidad sobre todo si las leyes provinciales no coinciden con las nacionales.

En este momento, además, dudamos seriamente cuál es la mayor pena que se puede aplicar a una persona. Algunos piensan que 25 años⁸, otros más de 37⁹, otros muchos más aún. Y en estas condiciones las penas temporales pueden llegar a ser mucho más graves que las penas perpetuas¹⁰. ¿Cómo se pudo llegar a semejante desatino e indefinición? Sencillamente porque al agravarse en forma genérica las penas para ciertos delitos sin ponerle límite alguno, se comenzó a afectar el significado de la expresión legal "*máximo legal de pena*" que limita la posibilidad de sumar en forma indefinida las penas.¹¹ De este modo la imprevisión, el no advertir que al sancionar un regla se

⁶ Como cuando se define acto irreproducible como ese que no se puede reproducir.

⁷ Estas relaciones son muy variadas: existen relaciones jerárquicas, constructivas, de significado, de aplicabilidad de otras leyes en el espacio o en el tiempo, que deben ser cuidadosamente tenidas en cuenta por los constructores de nuevas leyes.

⁸ Son quienes se apegan a los máximos de los delitos de la Parte Especial sin incrementarlos en modo alguno.

⁹ Incrementan el máximo del homicidio simple con la prescripción del art. 227 ter del C.P.

¹⁰ Esto es lo que ocurre en relación al plazo necesario para obtener la libertad condicional que se establece en principio en las dos terceras partes para las penas no perpetuas y en 20 años para las perpetuas. C.P. art. 13.

¹¹ Esta expresión se usa con una doble función: por un lado limita la posibilidad de sumar en forma indefinida los máximos de las penas en los casos de concurso real de delitos –C.P. art. 55- y por otro funciona restringiendo la posibilidad de elevar las escalas de delitos bajo ciertas condiciones.

incorpora a un conjunto que posee otras reglas relacionadas, puede llevar a la desmesura, a la irracionalidad.

Algo similar ha sucedido con el incremento de las escalas penales para los delitos que se cometan con armas de fuego. En estos casos la pena se agrava si y solo si, en el delito que se grava el empleo del arma no está prevista. Ahora bien ¿qué ocurre con aquellos delitos en los que se exige el empleo de un arma, pero no de un arma de fuego, como pasa con el robo? También en este caso no tener un buen registro de las características de los delitos ha producido nuevamente un problema de interpretación.

Por último la enorme sucesión de leyes penales ha producido una singular pérdida de sistematicidad del conjunto de leyes y en especial del Código Penal, con las enormes dificultades de acceso a la ley que ello provoca.

Veamos: si una persona desea saber cuáles son las causas de extinción de las acciones penales, ya no puede contentarse con leer el art. 59 del Código Penal porque la suspensión del juicio a prueba añadió nuevas, pero no las mencionó en ese artículo.

Los mismo ocurre si un desea saber cuáles son las causas de suspensión de la prescripción ya que no sólo deberá leer el art. 67 (que contiene un catálogo de causas de suspensión de la prescripción) sino también el art. 76 ter que regula la suspensión del juicio a prueba.

Y si lo que se desea es tener un panorama de las medidas de seguridad que pueden aplicarse a una persona que es imputable el panorama no es más alentador, ya que no bastará leer el art. 52 del C.P., sino también el art. 16 de la ley 23.737 de estupefacientes.

Esta pérdida de sistematicidad de las leyes posee una elocuencia adicional.

Las múltiples reformas han evidenciado de alguna manera una cierta voluntad de cambio, un deseo del representante político de los ciudadanos (que no puede por propia iniciativa propiciar reglas penales) de estar atento a las demandas sociales y responder a ellas. Pero el acuerdo, el consenso al que se arriba, muchas veces proveniente de una mezcla de proyectos diversos, se muestra poco conocedor de las reglas precedentes y sus vericuetos. Pareciese moverse más por el apuro que por la armonía del resultado final, y en estos vaivenes, en estas leyes poco consistentes e incompletas, se erosiona el significado mismo de la ley, se extravía al ciudadano, en el conocimiento y el acceso a esas reglas que pueden protegerlo más o castigarlo más.

Entonces estas falencias de técnica legislativa se presentan con un fuerte contenido político y una inusual gravedad política, porque no es sólo el crédito que el ciudadano pueda prestar a leyes mal hechas el que se afecta, sino la credibilidad de la representación política misma.

Deseo que aquellos que estudiamos las leyes podamos compartir espacios con los ciudadanos que son sus destinatarios y con quienes las diseñan y aplican, para hacerlas mejor y obedecerlas.

Desafiar las ideas de este brillante texto de Francisco Carrara:

“Desgraciadamente me he convencido de que justicia y política no nacieron hermanas y que en el tema de los llamados delitos contra la Seguridad del Estado, tanto externa, como interna, no existe derecho penal filosófico, de manera que así como en la aplicación práctica la política impone siempre silencio al criminalista, del mismo modo en el campo de la teoría le muestra la inutilidad de sus especulaciones y le aconseja callarse.” Programa, Vol VII pág. 511

Octubre 2003