

LEGISLACIÓN PENAL DE EMERGENCIA Y SISTEMA DE GARANTÍAS *

por

Beatriz Scapusio Minvielle y Lina Fernández Lembo

1. CONSTITUCIÓN Y GARANTÍAS

La consideración en estos días por parte del Parlamento del Proyecto de Ley de Urgencia que contiene disposiciones penales insertas en un contenido heterogéneo de regulación legal tales como: "Fomento de Inversión y Empleo", "Pequeñas y Medianas Empresas", "Mejora de la Administración y Servicios", "Política Agropecuaria", "Descentralización", "Sociedades Comerciales", "Creación del Ministerio de Deporte y Juventud", "Medidas de Seguridad Social" y "Seguridad Ciudadana", nos conduce a plantearnos su análisis dentro del elenco variado de actos legislativos aprobados o propuestos en los últimos tiempos. Ellos se autoproclaman como intentos de búsqueda de soluciones para el tema de la "delincuencia". Todos estos modelos legislativos se inscriben en la filosofía de defensa de la "seguridad ciudadana".

Desde el punto de vista de cual es el contexto normativo en el que el nuevo proyecto viene a insertarse, cabe tener en cuenta que conlleva nuevamente a reformas parciales de normas que originariamente habían sido reguladas por el Código Penal de 1934, el cual a su vez fue objeto de modificaciones por leyes posteriores.

Entre las más recientes aprobadas cabe tener presente la Ley de Seguridad Ciudadana N° 16.707, su modificativa posterior, Ley N° 16.928 y desde el ámbito de normas procesales la Ley N° 16.893, nunca aplicada efectivamente.

En tal contexto, no puede ignorarse la existencia de tensiones entre los textos legislativos y las valoraciones directrices que contiene nuestra Carta Constitucional de 1967.

En efecto, el Codificador de 1934 consagró lo que constituye hoy el esqueleto de nuestro sistema penal, con un proyecto de raíz positivista, aunque con aportes de las escuelas imperantes en la época, que no contiene definiciones dogmáticas y que, por añadidura, no se pronuncia sobre temas tales como los fines de la pena.

Resulta ilustrativa la lectura de la Exposición de Motivos Considerando XXI, que el Dr. Irureta Goyena elevara conjuntamente con el texto propuesto destacando que había eliminado del antecedente inmediato, el Código Penal Italiano de la época, todo lo que consideró "...excesivo y de corte demasiado fascista".

* El presente es el contenido de la Exposición realizada en el Seminario en Homenaje al 20° Aniversario del Instituto Uruguayo de Derecho Penal.

Una cita de Von Liszt puede ilustrar acerca de la orientación político-criminal de los modelos penales contemporáneos e inspiradores de nuestro Código Penal vigente y continúan ejerciendo enorme influencia en nuestro país en legisladores y juristas, a través de la primacía que el positivismo tradicional ha proyectado en nuestros ambientes judiciales.

Opina Von Liszt: "La lucha contra la delincuencia habitual presupone un conocimiento exacto de la misma. Aún hoy carecemos de este conocimiento. Se trata en efecto sólo de un eslabón, si bien el más significativo y peligroso de esa cadena de manifestaciones *patológicas de la sociedad* que solemos agrupar bajo la denominación comprensiva de proletariado. Mendigos y vagabundos, individuos de ambos sexos dedicados a la prostitución y alcoholizados, fulleros y sujetos de vida equívoca, degenerados física y espiritualmente, todos ellos concurren para formar el ejército de los enemigos capitales del orden social, ejército cuyo estado mayor está formado precisamente por los delincuentes habituales-". Y continúa: "...Contra todos ellos "debe la sociedad protegerse; desde el momento que no queremos decapitar ni ahorcar, ni podemos usar la deportación..." La cita está tomada de la Obra de Von Liszt, titulada "La idea de fin en el derecho", conocido como "Programa de Malburgo", que data de 1877. Estas ideas se proyectaron en la codificación latinoamericana y en nuestro derecho positivo conjuntamente con la vertiente del positivismo italiano, bajo la influencia del Código Rocco en nuestro Código de 1934 y en la legislación posterior hasta nuestros días.

Cabe precisar sin embargo, que las ideas mencionadas fueron elaboradas al amparo de modelos estatales diferentes a los que hoy consagra nuestra Constitución.

En efecto, estas elaboraciones surgieron bajo la órbita de la reacción antiilustrada operada en la Europa del siglo XIX, orientada exitosamente a la unión y consolidación de Estados como Italia y Alemania. Ello derivó en una forma de organización estatal autoritaria en lo político y liberal en lo económico, mientras que en el ámbito penal halló su legitimación en las doctrinas utilitaristas, correccionalistas o intimidantes de la pena. Todo ello se corresponde con un modelo de derecho penal máximo o ilimitado.

A esta altura, es lícito preguntarse si tal conjunto de ideas propias del Código Penal y de las reformas propuestas en la actualidad resultan hoy compatibles a la luz de nuestro texto Constitucional y de nuestra organización político estatal.

Tal interrogante aparece justificada pues en contradicción con la filosofía precedentemente expuesta, el hito normativo más importante con posterioridad a la aprobación del Código Penal lo constituye la sanción de la Constitución de 1967, inspirada en el movimiento constitucional de postguerra europea. Este modelo vino a consagrar conjuntamente con el elenco de derechos y garantías denominados "clásicos", otros de corte social, en el marco de una Constitución concebida para el desarrollo y la integración regional. Este modelo Constitucional, que se mantiene fiel en lo político a la forma republicana de gobierno, presupone soluciones inherentes a un Estado distributivo con funciones sociales de Estado benefactor.

Por la misma época el Estado Uruguayo aprobó el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por Ley N° 13.751, de 11 de Julio de 1969. Ya en la década del 70 se aprobó la Ley N° 14.470 de 2 de Diciembre de 1975, modificada por la Ley N° 15.536 de 12 de abril de 1984, incorporando directivas internacionales sobre tratamiento y regulación de la vida carcelaria.

Luego del quiebre producido por la dictadura y las modificaciones que ella acarrió para el sistema penal en su conjunto, cabe destacar que con el advenimiento de la democracia se aprobaron diversas disposiciones orientadas en sentido garantista. La más importante de ellas tal vez sea la Ley N° 15.737, que incorporó a nuestro Derecho interno la normativa del Pacto Interamericano de Derechos Humanos. Paralelamente nuestro Estado continuó aprobando diversas Convenciones que lo obligan a adecuar su Derecho Interno a las directivas internacionales sobre Derechos Humanos (Vgr: Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes, Reglas mínimas para el tratamiento de reclusos, etc.).

Este conjunto de disposiciones agudizaron aún más las tensiones valorativas e interpretativas generadas entre las normas del Código Penal y las directivas contenidas en la Constitución y los Instrumentos Internacionales. Ellas no fueron tal vez suficientemente jerarquizadas y analizadas por nuestra doctrina y jurisprudencia, a la par que ignoradas por los legisladores, tal vez como resabio de una ascetrada concepción positivista que se ha limitado al análisis de la ley como emanación concreta del texto sancionado por la expresión de las mayorías parlamentarias.

Metodológicamente corresponderá analizar los textos legales a la luz de los principios elaborados por la dogmática con base normativa. Estos determinan la existencia de legitimación y limitación del ejercicio del jus puniendi estatal aún en la etapa de consagración de los tipos penales e ilustrarán acerca de la validez y eficacia de las normas consignadas.

En este marco será necesario recurrir en primer término a la Constitución política a la que corresponde, dada su supremacía en el ordenamiento jurídico y sus atributos de legitimidad, rigidez, validez y vigencia, definir el conjunto de normas de rango supremo. Estas normas están llamadas a permeabilizar la interpretación y aplicación de las diferentes ramas jurídicas pero sobre todo, aquellas que deben articularse con los principios fundamentales, como lo hace el Derecho Penal de fondo y el Derecho Procesal Penal.

La Carta política establece los derechos y libertades fundamentales que limitan el poder punitivo del Estado y la vigencia sustancial de aquellos conforme al Estado democrático, con lo cual se separa claramente de la fórmula propia de un Estado autoritario conculcador de los mismos.

El Derecho Penal a lo largo de la historia ha logrado alcanzar un proceso de progresiva racionalización y humanización necesario para evitar la utilización del poder penal como mero terror penal y para impedir su uso más allá de lo necesario. En tal sentido la doctrina, la criminología y en particular la dogmática penal, -pese a las críticas fundadas por sus excesos teóricos-, han sido instancias racionalizadoras indispensables para la evolución del Derecho Penal y la constitucionalización de sus principios fundamentales.

No obstante y pese a los esfuerzos de la ciencia penal en su conjunto por racionalizar el jus puniendi, es frecuente que los medios de comunicación propicien campañas por mayor seguridad ciudadana, propugnando en realidad una mayor expansión y rigor del Derecho Penal. Exigen que la represión cubra ámbitos más extensos de conductas desviadas y que las sanciones que se anexan a la configuración de una figura típica sean más drásticas alcanzando sin embargo en realidad sólo al que selectivamente es alcanzado por el sistema.

Es necesario recordar que el Derecho Penal cumple, junto con la ética y la moral una función de control social, pero a diferencia de aquellos en la medida en que ese control social es formal, establece procedimientos y sanciones para conductas previamente establecidas conforme a la definición legal. Por ello, no toda conducta desviada puede ser objeto del Derecho Penal. A la par, una vez admitido como legítimo su contenido, se reclama que formalmente la descripción de aquella conducta que se pretende prohibir aparezca descrita en la ley con determinación exacta de lo que ha de constituir la materia de la prohibición. Sólo así la ley penal se ajusta a los requisitos de contenido y forma que la vuelven admisible.

Como afirma Hassemer, la posición destacada de la pena y su carácter de intervención estatal exigen para ella especiales garantías, pero al mismo tiempo hacen posible su realización.

La pena como modo de sancionar formalizado está sometida a presupuestos y limitaciones a la que no están subordinadas, o sólo lo están parcialmente, las demás sanciones.

La pena queda diferenciada y su amenaza debe mantenerse dentro de los límites del Derecho Penal del hecho y de la proporcionalidad, y sólo puede ser impuesta por un procedimiento con innumerables garantías.

En resumen, mediante la pena estatal no sólo se realiza la lucha contra el delito sino también la juridicidad, esto es, la formalización del modo social de sancionar el delito. No sólo forma parte del carácter de la pena la función de dar respuesta a la desviación, sino también la juridicidad de esta respuesta. Vale decir que son necesarias varias condiciones para tipificar conductas y arribar válidamente a la imposición de una pena.

Desde esta perspectiva la Constitución de la República, además de sentar normas fundamentales de organización está destinada por su naturaleza a concretar y a historizar aquella suprema escala de valores sociales que parte de la idea de justicia.

Toda Constitución de un Estado democrático se inspira en dos principios fundamentales inherentes al sistema, aunque no se trate de los explícitos en el texto: el principio "pro libertate", según el cual debe interpretarse extensivamente todo lo que favorezca y restrictivamente todo lo que limite la libertad. El segundo principio fundamental es el denominado "pro omine", según el cual el Derecho Penal debe interpretarse y aplicarse siempre de la manera en que más favorezca al ser humano.

La sanción punitiva por ello aparece limitada desde la base misma del sistema y marca la necesidad de abrir el elenco de alternativas no penales para la solución de los conflictos sociales.

Particularmente debe revestirse de un alto grado de formalización y control en lo relativo a la aplicación de la pena, así como el proceso previo a su imposición. Por cuanto ella conlleva sufrimiento y estigma social que ha de soportar conjuntamente la familia a la par que el encausado.

Por tanto, la tipificación de las conductas debe dirigirse sólo a aquellas que alteren en forma tal la convivencia, que se hagan merecedoras de una amenaza y eventualmente de una pena.

Por otra parte, la conminación penal no asegura por sí misma que se sancionen la totalidad de los comportamientos delictivos y la reacción penal por el alto grado de aflicción, no puede ser la única solución para prevenir o reprimir conductas que no sean verdaderamente intolerables, pero debe ser la última. Tampoco debe utilizarse la pena como instrumento político de defensa social a ultranza en perjuicio del individuo.

Una política criminal racional y objetiva debe elaborarse democráticamente fundándose en los Instrumentos Internacionales de protección de los Derechos Humanos y en la Constitución Política, pues un Estado de Derecho como lo es el nuestro, se configura en el respeto del propio Estado y de todos los ciudadanos a esos instrumentos legales.

Señala Bacigalupo que en la actualidad no cabe discusión alguna respecto de la vinculación de la ley penal con estos principios superiores. Esta vinculación está lejos de constituir una opción metodológica libre del legislador o del intérprete de la ley. A la inversa, la validez de los textos de la ley penal y de las interpretaciones de los mismos, dependerá de su compatibilidad con tales principios superiores.

De esta manera, la interpretación de la ley penal dependerá de la interpretación de la Constitución.

Por una parte, se debe reconocer a los derechos fundamentales un efecto irradiante en el derecho ordinario, de tal forma que éste debe ser entendido sin alterar el contenido de los derechos fundamentales. Por la otra, se impone una interpretación del derecho ordinario conforme a la Constitución. Esto es, mientras sea posible, las normas se deben entender sin contradecir la Constitución. Ello hace innecesaria la declaración de nulidad de aquellas normas que en principio, pueden ser entendidas mediante una interpretación adecuada, de conformidad con la Constitución.

En la práctica esta técnica interpretativa adquiere una especial significación en relación al derecho previo a la Constitución el cual una vez entrada en vigor la Carta, debe ser adaptado a ella, en principio por vía interpretativa.

De esta manera, un derecho penal democrático se realiza solamente en la medida en que los principios superiores establecidos en la Constitución y limitadores del jus puniendi irradian la interpretación-aplicación de la ley penal. Ello por cuanto la limitación y racionalización del Derecho Penal forma parte de un aspecto más general de control y regulación jurídica del poder.

Por lo tanto esa tarea de control para adecuar el Derecho Penal a las exigencias de eficacia de los principios constitucionales y a los requerimientos expansivos de los derechos humanos impuestos por el Estado de Derecho, debe mantener toda su vigencia.

Ello implica recurrir a los análisis que desde la teoría enriquezcan y clarifiquen las posibilidades de ejercicio de este control material de constitucionalidad de las normas penales.

El Derecho Penal contribuye especialmente a definir y configurar la calidad y la imagen del Estado de Derecho, pues su fin último radica en reducir la violencia social manteniendo los niveles de criminalidad en grado aceptable a la vez que debe reducir la propia violencia del Estado. Por ello, deberemos tener en cuenta que todo aumento de la

presión punitiva implica a la vez un aumento correlativo de los niveles de violencia socialmente aceptados. Ello por cuanto aún la pena estatal implica ejercicio de violencia en el seno de la comunidad. La medida tolerable de violencia ejercida a través de la pena aparece como legítima, pero no en función de consideraciones preventivo-generales, las cuales no son de recibo en nuestro sistema constitucional. Sólo puede admitirse como legítima la medida de la pena que se asiente en la función de rehabilitación y prevención especial que le asigna la Constitución en su artículo 26. Sólo así aparece limitada normativamente la medida de la conminación penal.

El *ius puniendi* del Estado, concebido entonces como última ratio del sistema, en la medida en que penetra directamente en los derechos y garantías del ciudadano, debe estar orientado por las normas y principios constitucionales, por los instrumentos internacionales de Derechos Humanos los que se constituyen en vértices supremos del sistema y en particular de la actuación de la justicia y del sistema penal. En sentido inverso a la normativa constitucional, asistimos en los textos recientemente propuestos o aprobados a un aumento progresivo e infundamentado de los guarismos punitivos.

De esta tendencia legislativa puede inferirse que se parte de la premisa de la eficacia preventivo general positiva o intimidatoria de la punición. Además de que dicha premisa no es comprobable científicamente, tampoco resulta admisible en nuestra dinámica constitucional que como ya indicamos aparece orientada sólo hacia fines preventivo especiales de resocialización y rehabilitación.

Por otra parte, la gradación de los guarismos concretos no respeta criterios de proporcionalidad y acentúa la inseguridad jurídica propia de un sistema que como el nuestro se maneja con indeterminación relativa de penas, las que reconocen guarismos muy distantes entre mínimos y máximos para un mismo delito.

Desde tal perspectiva, cabe preguntarse entonces como deben considerarse las soluciones propuestas por las nuevas leyes autodenominadas de "emergencia" o "urgencia". Es necesario puntualizar que ellas tienen como denominador común el fundamentarse en la tutela de la "seguridad ciudadana". Ello reclama precisar el alcance de dicho bien jurídico desde el punto de vista dogmático así como el ámbito y alcance de las nuevas disposiciones.

2. LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO BIEN JURÍDICO

De una forma u otra las nuevas legislaciones de emergencia tienen como denominador común el fundamentarse en la tutela de la "seguridad ciudadana". Ello reclama precisar el alcance de dicho bien jurídico desde el punto de vista dogmático.

Fue el sociólogo Thomas Marshall en un ensayo clásico de 1950, que se llamó "Citizenship and Social Class", quien acuñó el concepto de "ciudadanía". Asimismo adscribió determinado elenco de derechos a los sujetos integrantes de ese "status". Dichos derechos y garantías a su vez son los que para él fundamentan la igualdad de todos los que ingresan en dicha categoría de ciudadanos. Tal concepción sociológica se aleja del uso tradicional jurídico de los términos de "ciudadano" y "persona".

Este divorcio entre lo sociológico y lo jurídico genera confusiones conceptuales. La noción de ciudadanía como categoría central de una concepción de la democra-

cia de origen social, no debe apartarse o colidir con la concepción jurídica de ciudadanía.

Como señala Ferrajoli, la definición de Marshall se compone de dos partes: la ciudadanía que se identifica esencialmente con la "ciudadanía política", como presupuesto de los derechos políticos, vinculados a la soberanía del Estado se transforma en la categoría a la que se asocian *ex lege* todos los derechos. De esta forma el término ciudadanía se convierte en denominador omnicomprendivo y presupuesto común del conjunto de derechos que Marshall denomina "de ciudadanía", esto es, los derechos civiles, políticos y los sociales.

Esta adscripción de derechos a la clase de sujetos que integran el concepto de "ciudadanía" implica una reducción en la titularidad de los mismos, si se la compara con las conclusiones a que han arribado los juristas.

En efecto, en la tradición jurídica se ha mantenido siempre la distinción entre un "status civitatis" o ciudadanía y un "status personae" o personalidad o subjetividad jurídica. Esta distinción dicotómica fue proclamada solemnemente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Hombre y ciudadano, configuran dos status subjetivos de los que dependen dos clases diferentes de derechos fundamentales, los derechos de la personalidad, que corresponden a todos los seres humanos en cuanto individuos o personas, y los derechos de ciudadanía, reservados en exclusiva a los ciudadanos.

Fue a partir de la universalización de los derechos fundamentales y su nexo con la igualdad que logró imponerse la titularidad de casi todos los derechos a la persona, "hombre" y no exclusivamente a los "ciudadanos".

Es precisamente esta particular configuración de los derechos como derechos del hombre y no del ciudadano el rasgo que caracteriza la concepción moderna, individualista y no comunitaria de la libertad. Admitir que la seguridad, como derecho fundamental se adscribe solamente a la categoría de los ciudadanos, la convierte en una noción política, propia del mundo antiguo, transformándola en un concepto elitista que afirma la exclusión de algunos hombres respecto de valores fundamentales comunitarios.

Pero tampoco está incluido como bien jurídico así definido en nuestro Código Penal. Durante la discusión legislativa previa a la sanción de la ley N° 16.707, se lo aproximó al concepto de seguridad pública consagrado en el Título VI del referido Código.

Tradicionalmente se entiende como seguridad pública a una exención de daño o de peligro que puede referirse a bienes diversos, como la vida, la integridad personal, la salud o los bienes del individuo. La no identidad de conceptos es sin embargo apreciable a poco de analizar las figuras concretas previstas por los artículos 206 y siguientes. Las hipótesis de tipos penales que tutelan la seguridad pública en la versión originaria del Codificador, no se dirigen tanto a daños efectivos como a las lesiones temidas. Es decir, no al daño inmediato sino al potencial y probable que se conoce como peligro. Lo común de estas figuras es la preocupación por evitar circunstancias graves y difundibles con potencialidad de amenazar a la totalidad de la población.

A la inversa, los delitos incluidos en la ley de Seguridad Ciudadana son en su mayoría delitos de daño. Tal vez lo único que tengan en común ambos conceptos -seguridad pública

y seguridad ciudadana-, es la idea central de que hay que enfrentar un mal difuso y generalizado con potencialidad de expansión: la "delincuencia".

Más oscuro aún resulta el predicado de "ciudadana" que se agrega a la definición. Conforme al Diccionario de la Real Academia Española, ciudadana, quiere significar, natural o vecino de una ciudad, perteneciente a la ciudad. También refiere al habitante de las ciudades antiguas o Estados modernos entendido como sujeto de derechos políticos que interviene, ejercitándolos en el gobierno del país, por oposición a otros habitantes que carecen de dichos derechos.

La connotación de ciudadana resulta por lo tanto carente de sentido y oscura e inidónea para la configuración de un bien jurídico. No puede referirse a la seguridad de los habitantes de la ciudad exclusivamente, por el tipo de delitos que consagra. Ello significaría además una desigualdad intolerable. Tampoco puede admitirse que la tutela esté orientada a la protección prioritaria de algunos habitantes, a los que se les considera "ciudadanos", porque implicaría retrotraerse a etapas en que existían habitantes de categoría inferior, excluidos lo que sería absolutamente inconstitucional.

La única explicación plausible es que este concepto de seguridad ciudadana como bien jurídico que no aparece expresamente definido resulta de la fusión entre una concepción sociológica y politológica vertida al campo del Derecho Penal.

A pesar de la imprecisión terminológica a que aludíamos, el concepto ilustra sobre la concepción de la delincuencia que subyace a las propuestas legislativas. Transmite una idea central: la criminalización de determinadas conductas aparece orientada a satisfacer el reclamo de un sector de la población que entiende que debe ser protegido de un peligro difuso. Este peligro emana de "la delincuencia" como categoría y fenómeno general. Los hechos delictivos puntuales adquieren así el significado de síntomas de una enfermedad social: "la delincuencia". Los autores concretos pasan a ser los "portadores" de dicha enfermedad. Tal idea subyacente, sumada a la consagración de tipos penales de dimensión microsociales, refuerzan el efecto de selectividad del sistema, dejando fuera a formas de macrodelincuencia organizada de gran dañosidad social.

En este orden de cosas resulta significativa la hipertrofia punitiva en torno a delitos como el copamiento por oposición al silencio de los textos respecto del Homicidio Culposo, principal causa de muerte en nuestro país. La pena mínima es de seis meses de prisión con eximición a texto expreso de la imposición de prisión preventiva. Ello nos permite concluir que a dicha ley, desde sus orígenes subyace una concepción del Derecho Penal como instrumento de control social. Ello se refuerza con el análisis de algunos institutos de corte procesal que coadyuvan a dicha finalidad: detención en averiguación, concepción de la prisión preventiva como regla y como adelanto de pena y otros significativos de una cultura inquisitiva.

Se vuelve imperioso definir un concepto de seguridad, ciudadana, como bien jurídico rector que se ajuste a las directivas constitucionales de nuestro Estado democrático republicano. Dicho concepto debe erigirse en la explicitación del derecho fundamental a la seguridad contenido en el artículo 7, incompatible con cualquier concepción que anide gérmenes de desigualdad.

Por tanto, la defensa de la seguridad debe responder en forma equilibrada y equivalente a la finalidad de tutela de los más débiles. Tal protección se traduce en la salvaguarda

del débil ofendido o amenazado por el delito, de la víctima y la del débil amenazado por la venganza privada: el delincuente.

El concepto de seguridad implica entonces la incolumnidad de las personas, no sólo contra las agresiones de sus pares, sino también y con la misma intensidad contra la arbitrariedad de las prohibiciones y los castigos provenientes de las autoridades estatales. La seguridad es, en definitiva, la garantía de la libertad para el desenvolvimiento de la individualidad humana de todos los habitantes de la República.

Así entendida aparece como seguridad colectiva ingresando a la categoría de bien jurídico colectivo. Esta categoría de bienes se legitima sólo en cuanto instrumental de bienes jurídicos concretos materialmente considerados como la vida, la integridad física, el patrimonio, etc. En su dimensión macrosocial pues, sólo se justifica en relación a la protección de los bienes individuales.

Si el Estado Democrático decide incriminar una conducta debe al mismo tiempo individualizar el objeto de protección en la norma penal correspondiente. Ello implica señalar claramente, libre de enmascaramientos ideológicos, lo que realmente se protege con la norma penal.

Se trata entonces de que el bien jurídico protegido sea la expresión real de la superación de la contradicción que se genera entre el Estado como monopolizador de la coacción y la libertad que ese mismo Estado democrático reconoce y garantiza constitucionalmente a todos los individuos.

El bien jurídico evita que se lo use como mera pantalla para la protección de intereses estratégicos o convicciones cuya lesión carece de una auténtica repercusión negativa en la realización de los individuos.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Constituye una garantía política de seguridad jurídica y de su contenido dogmático se derivan una serie de consecuencias. En un primer aspecto el principio de legalidad reclama que sólo las leyes pueden decretar las penas a los delitos y esta autoridad reside únicamente en el legislador por el reclamo de ley penal previa. Pero asimismo ya desde Feuerbach, se reclama que las trasgresiones se impiden si cada ciudadano sabe con certeza que la trasgresión será seguida por la pena. Si bien en el principio de legalidad subyacen cuestiones referentes al derecho procesal, se lo considera como garantía propia del Derecho Penal material.

Más, no basta con que la determinación de la conducta prohibida se haga a través del proceso de la ley formal, sino que "crimen" y "pena" constituyen el núcleo de la garantía, de tal manera que todos sus elementos reclaman su determinación exacta. En definitiva, en nuestro marco constitucional y legislativo rige el principio de reserva de ley, o sea que en esta materia sólo está permitido el actuar de los Poderes Legislativo y Ejecutivo por medio de leyes formales.

Pero a su vez, la técnica legislativa ha aceptado como válida la utilización de normas penales no completas, para fijar los tipos penales. Tales normas para su plena integración reclaman de su relación con otras, algunas veces de menor rango, otras veces, reglamentos.

Se cuestiona entonces hasta qué grado esta técnica es admisible. Es preciso determinar cual es el grado de concreción y claridad con que el legislador formula las leyes penales y las prohibiciones que ella contiene que se considera admisible.

Actualmente se sostiene que no es la analogía la mayor amenaza al principio de legalidad, sino la indeterminación, la imprecisión e incluso la vaguedad en la descripción de los delitos, falseado por la ligereza del legislador la delimitación precisa que debe contener la descripción de cada tipo penal.

La decisión acerca del qué y del cómo prohibir se encuentra enmarcada por estos principios y se vincula directamente con el ámbito del principio de legalidad.

El concepto de legalidad tiene varias dimensiones:

- a) en el plano formal, es aquel en virtud del cual todo el poder público, legislativo, judicial y administrativo está subordinado a leyes generales y abstractas, con controles de legitimidad y formas de ejercicio;
- b) consiste asimismo en la subordinación de la actividad de todos los poderes del Estado al servicio de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos;
- c) obligación de dar satisfacción a los derechos sociales incluido el derecho de los habitantes a activar la tutela judicial.

La primera condición representa la fuente de legitimación formal de cada poder y las restantes, su fuente de legitimación sustancial.

En síntesis, la introducción de los principios jusnaturalistas en el sistema implica la conquista más importante del derecho contemporáneo. Por una parte, la regulación jurídica del Derecho positivo, debe ser el resultado de un proceso de determinadas formalidades en cuanto a su producción y están pautadas en la Sección VII, que regula los procedimientos de discusión, sanción y promulgación de la ley. Por la otra, la exigencia de que lo producido, es decir la ley, se adecue a principios sustanciales en su esencia y contenido.

El concepto de legalidad en el estado de Derecho es pues complejo, sin que pueda reducirse a la conformidad con las normas del sistema que regulan su producción desde un punto de vista formal. Incluye también normas sustanciales como el principio de igualdad y los demás derechos fundamentales políticos y sociales que vinculan al poder legislativo, excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Por lo tanto, la norma aún aprobada conforme a las reglas establecidas en el título VII, podrían ser objeto de control y anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción. La mayor dificultad radica en que mientras que las normas formales o de competencia son claras y explícitas, las normas materiales se encuentran en el texto constitucional a veces dispersas o implícitas, lo que reclama de una labor de interpretación.

También resulta inherente al principio de legalidad de la ley penal y de su consagración como fuente exclusiva de determinación de conductas prohibidas que tales prohibiciones se expresen explícita y claramente. De tal manera, la norma penal puede cumplir su función de motivación y reduciendo el espacio de arbitrio judicial para la imposición de castigos.

No alcanza pues con el reclamo de que el delito sea el fruto de una ley formalmente válida y preexistente. Además debe tratarse de una ley que se apegue a las normas superiores

tanto en el orden formal como en el sustancial y que no contradiga los principios materiales explícitos o implícitos.

A diferencia de los sistemas constitucionales europeos del siglo XIX, el Estado de Derecho moderno innovó, incorporando normas de legitimación interna para el ejercicio de su poder, con rango constitucional. Estos contenidos provienen del iusnaturalismo racionalista e ilustrado y se revelan en el principio de igualdad, del valor de la persona humana, de los derechos civiles y políticos y de las garantías penales y procesales de libertad y certeza.

Estos son los principios normativos fundamentales que contienen limitaciones o imperativos, como el caso de los derechos sociales o materiales de reciente data, dirigidos también a los legisladores y a los poderes públicos, tal como lo mandata la Carta en los artículos 332 y 72. De esta manera los principios del iluminismo ingresan al sistema normativo concreto del Estado. Los principios orientadores ingresan así al tejido mismo de nuestro ordenamiento jurídico.

La cuestión deja de ser entonces un problema de orientación ética o moral del derecho. No es la mera idea abstracta de justicia sino un problema estrictamente jurídico. Las contradicciones entre dichos principios consagrados legalmente, entre Constitución y ley, entre ley y prácticas jurisdiccionales, entre ley y actividades administrativas de policía, se definen como incoherencias o antinomias entre diferentes niveles normativos.

La actividad del Estado, sea en la etapa de determinación de las conductas prohibidas o legislativa, como en las etapas de aplicación y ejecución debe adecuarse a los principios jurídicos fundamentales internos al sistema, so riesgo de transformarse en ejercicio ilegal de poder.

En torno al tema en cuestión la pregunta que nos formulamos es en qué medida nuestra legislación penal, y en especial la más reciente está en consonancia con dichos principios fundamentales, o si por el contrario existen disonancias de tal magnitud que puedan crear el riesgo de una crisis de legalidad.

La aprobación de estas normas se ha realizado últimamente para atender situación de "emergencia" o "urgencia", o muchas veces orientado a situaciones puntuales. Baste recordar aquí como ejemplos: la reimplantación de las medidas de seguridad eliminativas o la Ley de Seguridad Ciudadana cuya rápida aprobación obedeció no sólo a objetivos de seguridad.

Las distintas manifestaciones del principio de legalidad permiten distinguir la norma vigente, esto es, aprobada con las formalidades debidas, de la norma válida o acorde con el conjunto de principios sustanciales propios del Estado de Derecho.

En nuestro sistema tal contralor sólo puede ser efectuado por la Suprema Corte de Justicia a través de la declaración de inconstitucionalidad.

El paradigma del Estado Constitucional de Derecho, o sea de un modelo garantista es esta doble sujeción del "Derecho al Derecho", que afecta ambas dimensiones de todo fenómeno normativo: la vigencia y la validez, la forma y la sustancia, los signos y los significados, legitimación formal y sustancial.

Es posible detectar en nuestro Derecho Penal y Procesal una serie de técnicas e instituciones que en algunos casos desmienten los principios constitucionales, ya sea a través de

la formulación de términos vagos de los tipos penales, la regulación de la prisión preventiva, mecanismos inquisitivos o vulneratorios de la presunción de inocencia. Asimismo se vuelven visibles aspectos de la regulación penal en la que predominan competencias administrativas en planos de exclusivo dominio de la ley en razón de la materia comprometida.

Se suman también divergencias entre las prescripciones legales y las prácticas comunes en el ámbito judicial.

Nos proponemos simplemente enunciar algunas de estas distorsiones en el conjunto de nuestra legislación actual y especialmente de la legislación penal de "emergencia".

El principio de estricta legalidad entendido como la exigencia de que ley se manifieste en lenguaje preciso y unívoco impide establecer supuestos de responsabilidad consistentes básicamente en cualidades o condiciones personales del agente. Por el contrario, reclama que los tipos penales describan conductas externas comprobables empíricamente, que admitan prueba y contradicción, como garantía de seguridad y certeza.

Lamentablemente abundan ejemplos en los que no se han respetado dichas directivas. Así nuestro Código Penal en primer término y luego leyes penales posteriores, han recurrido al uso de términos vagos, ricos en equívocos y excesivamente valorativos. Tal modalidad legislativa de definición de las conductas prohibidas reclama que el Juez recurra a criterios propios para terminar de "construir" la tipicidad.

Ejemplos palmarios de ello se encuentran en el concepto de "peligrosidad" eje del sistema penal encartado en los artículos 86 y 92 fundamentalmente, la expresión "atenuantes excepcionales" que permiten rebajar los mínimos de pena a pena de multa o la "alarma social", utilizada en el régimen procesal desde la Ley N° 15.859 como fundamento de aplicación de la prisión preventiva. En el mismo sentido, los términos utilizados por el artículo 48 del Código Penal, al calificar los supuestos que habilitan la aplicación de la reincidencia en el apartado 3° y el artículo 55 que al calificar la habitualidad por reiteración recurre al uso de términos indeterminados de tiempo.

En la ley N° 16.707 también abundan ejemplos. El artículo 350 bis, al definir las modalidades típicas del delito de Receptación repite la expresión "de cualquier manera interviniera", originaria del Código Rocco. Mas aún al consagrar la agravante específica en el mismo artículo, indica como circunstancia constitutiva "...que el agente hiciera de esta actividad su vida usual".

En la figura de la violencia doméstica, artículo 321 bis, la definición típica es ambigua en varios sentidos: por una parte resulta indeterminado el concepto "prolongadas en el tiempo" referido a los medios típicos violencias o amenazas. Por la otra, también resulta oscura la expresión "relación afectiva" como vínculo reclamado entre el agente y la víctima.

Otra modalidad legislativa que contradice el principio material de responsabilidad por el hecho, pilar del estado de derecho consiste en la consagración de los denominados delitos de sospecha. En ellos la materia de lo prohibido no está dada por la descripción de conductas consideradas en sí mismas lesivas de bienes jurídicos, sino que resultan suficientes para la punición la posesión de determinadas condiciones personales o maneras de ser, como las de sospechoso o reincidente. Ellas traducen la sospecha acerca de delitos cometidos pero no probados o de delitos no cometidos todavía. Ejemplo de ello son: la "tenencia

injustificada de llaves, ganchos o instrumentos análogos" prevista como falta en el artículo 366 numeral 3º del C. P.

Esta orientación, por otra parte, se perpetúa y profundiza en el Proyecto de "urgente consideración", en cuyo artículo 75 establece "El que registrando antecedente penal en el Registro Nacional de Antecedentes Judiciales (donde más), no dice condenado siquiera, (se citan inexplicablemente los artículos 126 del C. P. y 332 del C.P.P.), cuya data no exceda del término de cinco años, y se encuentre procesalmente abierta refiriéndose a los procesados, - inocentes conforme a nuestro orden normativo superior-, imputado de la comisión de alguno de los siguientes delitos ...fuere sorprendido teniendo en su poder o portando un arma de fuego, será castigado, por esa sola circunstancia, con pena de seis a veinticuatro meses de prisión". Aclara en el segundo numeral que tal extremo es independiente de la autorización administrativa del porte de armas.

Esta dinámica implica la introducción de la lógica de la sospecha en la estructura misma del delito a consecuencia de la cual se diluyen garantías procesales y penales.

En otras ocasiones se califican delitos que reconocen descripciones de conductas que les son comunes. Ello genera dificultades e incertidumbre al momento de realizar la subsunción en una u otra disposición por parte del Juez para definir la tipicidad. Baste pensar en los delitos de Estafa y libramiento de cheques sin provisión de fondos, cuya concurrencia o no ha sido fruto de inagotadas discusiones. En idéntico sentido la Ley de Seguridad Ciudadana consagró el tipo de Copamiento para conductas ya comprendidas en los delitos de Rapiña y Privación de libertad, consagrando un tipo hipercomplejo que crea problemas para la determinación de la situación típica así como al momento de determinar las agravantes.

Otras disposiciones contradicen claramente un Derecho Penal garantista apartándose del requerimiento de responsabilidad fundada en un hecho lesivo. Adelantan el momento de la punición y privan al agente de la posibilidad del desistimiento, considerada un pilar del sistema liberal y "puente de oro del delincuente".

Nos referimos a la previsión contenida en el artículo 150 en la redacción dada por la Ley de Seguridad Ciudadana, que consagra el delito de "Asociación para delinquir", con tal amplitud que da pie a la interpretación de que en todos y cualquier delito se castiga la simple concertación.

Esta descodificación penal acompañada de hipertrofia legislativa acarrea múltiples problemas. Por una parte produce un incremento de la incertidumbre, concurso de normas y de delitos que aumentan la irracionalidad del sistema y provocan un efecto de inseguridad contrario al de seguridad proclamado reiteradamente como objetivo primordial de la legislación. Asimismo aumenta el poder dispositivo de los jueces que se alimenta de la incertidumbre y de la confusión de las leyes.

Como señala Ferrajoli, detrás de cada espacio de oscuridad en la determinación de lo prohibido o violación de la legalidad se abre un espacio correlativo de poder incontrolado, lo que constituye un efecto no compatible con los principios constitucionales.

La hipertrofia penal se convierte en un factor evidente de ineficacia, que atasca la maquinaria judicial con problemas baladíes y múltiples, prolonga los plazos y distrae de los asuntos más importantes.

Si bien en el proceso que va de la Constitución a la ley ordinaria y de ésta a su efectiva aplicación, siempre existe un cierto grado de disminución en las garantías que se considera fisiológico e inherente al sistema, la admisibilidad de cualquier propuesta está dada por el grado e intensidad de dicha distorsión. Baste pensar en un aspecto de carácter procesal para comprender la dimensión del problema.

El primer presupuesto de la función garantista del Derecho y del proceso penal es el monopolio legal y judicial de la violencia represiva. El Derecho y el proceso, garantizan contra la arbitrariedad en cuanto representan técnicas exclusivas y exhaustivas del uso de la fuerza con fines de tutela social. Lo que importa es el grado de efectividad del edificio teórico y normativo integrado por el Derecho Penal y Procesal. En esto consiste el apego a la legalidad: en la determinación de los delitos y las penas y en la comprobación de los primeros sumado a la imposición de las consecuencias jurídicas. Toda esta actividad es competencia exclusiva de la autoridad jurisdiccional con apego a las formalidades. Resulta ineficaz que la Constitución garantice, como principio por ejemplo, el habeas corpus y el monopolio exclusivo de la autoridad judicial de los poderes de detención, si éstas se practican por la autoridad policial en forma ilegal o si la propia ley confiere a la policía poderes discrecionales para restringir la libertad.

Es de tal importancia esta cuestión dadas la dimensión del derecho involucrado, esto es, la libertad ambulatoria base de todos los otros derechos, que la divergencia entre normatividad y efectividad de la garantía se vuelve más evidente.

La historia de nuestra legislación en torno al punto muestra en paralelo la coexistencia de dos mundos normativos que se mantienen en cierta forma hasta hoy. Por una parte, el derecho penal elaborado democráticamente al amparo de los principios constitucionales, aunque más no sea en su proclamación formal. Junto a él y en paralelo, otro subsistema normativo propio del segmento policial, anclado en demandas de defensa social y desvinculado de los principios garantistas.

La tensión y el predominio entre uno u otro cuerpo normativo a lo largo de nuestra historia, ha definido la eficacia concreta de las garantías en cada momento histórico determinado. El predominio del subsistema normativo administrativo policial se verifica más intensamente en momentos de quiebre democrático.

Parece evidente que el proceso de democratización de la justicia penal debe crecer con la reducción del subsistema penal preventivo o de policía y con el apego a las normas constitucionales.

Sin embargo, el modelo penal garantista, aun cuando recibido en nuestra Constitución, tendencial a la justicia y de legitimación de la intervención punitiva, se encuentra ampliamente desatendido en la práctica. Tal afirmación se sustenta en una lectura atenta de la legislación penal y en el análisis de las prácticas judiciales y aparece más grave aún si atendemos a las prácticas administrativas y policiales.

Esta divergencia entre la normatividad del modelo en el nivel constitucional y la ausencia de efectividad en los niveles inferiores comporta el riesgo de transformar las garantías constitucionales en una simple fachada. Tal conclusión crítica no es externa o política sino interna, ya que proviene del contraste de parámetros emanados del conjunto de nuestro orden jurídico.

Estimamos deseable la inclusión en el discurso jurídico de la totalidad del Derecho positivo vigente, para evidenciar sus contradicciones. Así se podrá dar cumplimiento a la finalidad de rescatar el punto de vista del Derecho válido y eliminar los perfiles antiliberales y los momentos de arbitrio del Derecho efectivo.

Sin dudas ello significa una ruptura con la tradición positivista clásica de culto al Derecho formalmente vigente que no realiza un análisis de su contenido material específico.

La dicotomía entonces se da entre un modelo de garantías por oposición a un modelo autoritario. Todo apartamiento de la legalidad en sus diferentes vertientes es especialmente grave en materia penal porque conduce al desarrollo del arbitrio.

Los recientes modelos de legislación penal bajo el rótulo de Leyes de Seguridad Ciudadana en cualquiera de sus versiones, presentan abundantes elementos de carácter simbólico exteriorizando una rechazable huida hacia el derecho Penal, concebido no como última ratio sino como única ratio, al pretender exteriorizar, una apariencia de efectividad y respuesta a una demanda social.

Esta función simbólica constituye la reafirmación del Estado en sus valores y puede tener un efecto puramente negativo o presentar algún efecto positivo. Esto es, puede servir exclusivamente para encubrir la falta de capacidad del Estado para la resolución del problema de la delincuencia, dando la sensación al ciudadano de que existe preocupación por él, aunque la realidad es otra.

Puede tener efecto positivo en cambio si logra brindar sensación de igualdad entre los ciudadanos, esto es que también aquellos que sustentan el poder pueden ser sometidos a la justicia.

Si bien la ley de seguridad ciudadana quedó omisa en consagrar figuras de tutela contra formas sofisticadas de criminalidad, en algunos puntos ha procurado la tutela de aspectos valiosos para un sistema de garantías. En este orden de cosas puede señalarse la modificación al artículo 18 del Código Penal, que intentó suprimir la responsabilidad objetiva.

4. LA LEY DE "URGENTE CONSIDERACIÓN"

El Proyecto que cuenta con media sanción y que, previsiblemente se aprobará sin observaciones por la Cámara de diputados encuadra dentro de la más alta política represiva, propia de la filosofía defensista y cuenta con normas violatorias de la normativa constitucional y de los Pactos suscritos por el Estado uruguayo.

A los efectos de un somero análisis, agruparemos las disposiciones de acuerdo al grado de violación de tales preceptos.

4.1 La denominada "obligación de informar"

El Proyecto legislativo que analizamos consagra una disposición en cuanto a los plazos de que disponen quienes operan una detención para informar a la persona de las causas de la misma. En lo pertinente el artículo 73 establece que en todo supuesto de privación de

libertad dispuesto por la autoridad, la persona deberá ser informada por el aprehensor, con expresión clara de los cargos que se le formulan, dentro de las veinticuatro horas de producida la privación de libertad.

Varias salvedades nos merece dicha norma la que según la Exposición de Motivos consagra una "garantía".

En primer término, ella se inserta como un descaecimiento más del principio de legalidad en torno a las modalidades que en nuestro sistema se admiten para la detención de personas.

En efecto, no es exagerado sostener que el funcionamiento del sistema penal en su conjunto descansa en la ilegalidad en cuanto al modo en que las autoridades policiales ejecutan y las judiciales validan el mecanismo de la detención.

Dicha modalidad concreta vulnera absolutamente la normativa internacional y la regulación legal y Constitucional sobre el punto. A modo de síntesis podemos destacar lo siguiente:

La Declaración Universal de Derechos Humanos consagra en sus artículos 9 y 13 el derecho a no ser sujeto de detenciones arbitrarias y el derecho a la libertad ambulatoria. Consecuentemente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra en el artículo 9.1, el derecho a la no detención arbitraria, salvo que la misma se verifique en consonancia con los procedimientos establecidos por la ley.

Asimismo el artículo 15 de la Constitución de la República marca los requisitos para la detención, restringiéndola a las hipótesis de flagrancia o con existencia de semiplena prueba y mediando orden escrita de Juez competente. Dicha norma vino a recoger nuestra tradición normativa, consagrada ya en los artículos 113 y 114 del texto constitucional de 1830. En idéntico sentido la Ley N° 1.216 del 6 de julio de 1874, definió el concepto de semiplena prueba establecido por la Constitución. Asimismo, reiteraba la exigencia de que mediara orden escrita de los jueces y sólo así quedaban los Comisarios y el Jefe Político habilitados a proceder a la detención.

El primer quiebre de esta garantía fue operado por el Decreto-Ley N° 1.343 del 9 de agosto de 1877, que modificó la disposición anteriormente citada aludiendo a que el Gobierno Provisorio no consideraba conveniente mantener dicha norma, razón por la cual se deroga la Ley N° 1.216.

Con la entrada en vigor del Código de Instrucción Criminal por Decreto-Ley N° 1.423 del 31 de Noviembre de 1878, se reinstaura la garantía de exigencia de la orden judicial en sus artículos 12 y 45. El artículo 380 por su parte disponía que una vez aprehendida la persona conforme a los requisitos de flagrancia, la autoridad policial debía ponerla a disposición del juez "inmediatamente, declarando bajo juramento, el suceso que dio lugar a la prisión".

Sin embargo, la lectura de las normas de la época y los fallos judiciales, ilustran acerca de que el cumplimiento efectivo de dichas disposiciones nunca fue puntual y homogéneo. Así en el año 1882, la Circular del Ministerio de Gobierno del 24 de Setiembre en su artículo 3 indicaba: "Si se quiere que la independencia de los Poderes del Estado sea tal cual lo exige la Constitución, es necesario que la autoridad ejecutiva trate de no reaccionar contra las prescripciones que la obligan a no tener más injerencia en asuntos criminales que la ya

indicada...". Dicha referencia ilustra sobre la permanente tensión entre las garantías normativas y la actuación desbordante de la autoridad administrativa.

Un nuevo quiebre democrático y la modificación consecuente de la normativa relativa a las detenciones, se produjo por medio del Decreto del Poder Ejecutivo del 23 de agosto de 1939, reglamentando la detención de personas: "...cuando sea determinada por el propósito de hacer una averiguación". Esta disposición parece ser el antecedente directo del Decreto N° 690/980. Esta norma no sólo habilitó la detención sino que facultó a la policía a hacerla "...para la averiguación de hechos que puedan constituir delitos o faltas". Por otra parte, no establece el plazo de duración de la misma, indicando en su artículo 2 la responsabilidad del funcionario si se tratare de "detención prolongada sin justificación".

En el año 1945 una vez más, por medio del Decreto del Poder Ejecutivo del 24 de octubre, se reinstauraron las limitaciones a las facultades de detención por parte de la policía, conforme a los lineamientos de la Constitución. Se consagra dicha facultad sólo para "interrogar con fines informativos a los particulares y recabarles los datos correspondientes a su identidad", en los términos del artículo 360 del Código Penal.

Una vez más con el advenimiento del gobierno de facto el Decreto del Poder Ejecutivo por Decreto N° 231/973, declaró la suspensión de las garantías Constitucionales previstas por los artículos 15 y 16 "...a los efectos de la lucha contra la subversión."

El Código del Proceso Penal aprobado por Ley N° 15.032 del 7 de julio de 1980 repitió la solución constitucional. Consignó además que "La orden de detención se extenderá por escrito contendrá todos los datos que puedan aportarse para la identificación del requerido y el hecho que se le atribuye".

Sin embargo, a tan sólo seis meses de la reinstauración de la garantía constitucional por la norma de rango legal, el Poder Ejecutivo dictó el Decreto N° 690/980, aplicado hasta hoy.

El mismo señala en su artículo 1° que: "...en los procedimientos administrativos de averiguaciones de delitos en caso de negativa de eventuales implicados o testigos a concurrir voluntariamente a las dependencias policiales, la autoridad policial podrá tomar las medidas de conducción correlativas a la situación planteada y mantener en aquellas a las personas aludidas, siempre con la finalidad de obtener la información que fuere posible". Se establece asimismo la obligación de dar cuenta de inmediato al Juez.

Dicho Decreto ha mantenido su vida activa hasta nuestros días, pero aún exorbitando su propio texto. Nótese en este sentido que la detención, a la que se elude nombrar por su verdadera denominación, sólo está vinculada a la averiguación de delitos y a la negativa del sujeto a concurrir. Ello implicaría una investigación instaurada por un hecho concreto. En la práctica las detenciones se efectúan selectivamente y sin conexión con un delito ya cometido, sino por mera prevención. Por otra parte, del texto surge claramente la mentalidad inquisitiva plasmada en toda su dimensión, cuando se establece la "posibilidad de obtener la información que fuere posible".

Si analizamos entonces las modalidades en que el Estado uruguayo ha regulado y tolerado los mecanismos de detención de personas, sin pretender agotar el análisis histórico, se concluye que el respeto mayor o menor de las garantías vinculadas al punto, ha oscilado

según el momento histórico que se considere. Los quiebres en las garantías han coincidido con los embates autoritarios en lo político.

Actualmente la disposición que se aplica, el citado Decreto 690/980, se corresponde también con normas provenientes de un período autoritario, sin que se hayan manifestado tentativas serias de reforma.

El Nuevo Código del Proceso Penal, nunca entrado en vigor repite la solución constitucional. Ello generó una discusión doctrinaria en torno a la conveniencia de la solución derogatoria del Decreto 690/980, defendido desde el punto de vista de la "eficiencia" del sistema represivo. Una vez más el descaecimiento de garantías constitucionales se tiñe del ropaje eficientista al que es afecto.

Por lo tanto esta "obligación de informar" ahora consagrada, resulta oscura en su alcance, salvo que implique un intento encubierto de vulnerar una vez más las garantías de los pactos internacionales, de la Constitución y de los Códigos vigentes.

Ello por cuanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.2, indica la obligación de ser informada de las razones que la fundan "en el momento de la detención...". Coincidentemente el Pacto Interamericano de Derechos Humanos, Ley N° 15.737, indica en el artículo 7.4 que la persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada sin demora.

La Constitución completa el elenco de garantías frente a la detención arbitraria, consagrando el recurso de "habeas corpus". En idéntico sentido el texto del artículo 119 del Código del Proceso Penal ya citado, dispone que al librarse la orden de detención por el Juez competente se incluyan los datos del delito que se le atribuye.

Por lo tanto la norma propuesta lejos de consagrar la garantía a la que se alude en la Exposición de Motivos, la vulnera, en varios sentidos.

En primer término porque al no clarificar cuál es la autoridad aprehensora y en que circunstancias puede operar legítimamente la detención, resulta que permanece intocada la ilegitimidad de la aplicación del Decreto 690/980, intentando legitimarlo.

En segundo lugar, porque el plazo de veinticuatro horas que establece es más extenso que los ya consagrados en nuestra legislación.

Por último, lo que nos parece más grave, podría en una interpretación inadecuada, conducir a sostener que borra la garantía constitucional de que dentro de las 24 horas el Juez debe tomar la primera declaración al indagado. Ello vendría a prolongar por vía oblicua el plazo de la autoridad administrativa para realizar "averiguaciones" y actividad de instrucción. Al respecto, debe aclararse que ello es absolutamente inadmisibles ya que ni aún en el régimen actual existe norma alguna que habilite válidamente a la Policía a realizar tareas de investigación e instructorias más allá del control judicial.

En conclusión, dicha norma vulnera el principio de legalidad en cuanto no queda claro su alcance, pero además vulnera compromisos internacionales de Derechos Humanos establecidos por el Estado Uruguayo y acentúa el distanciamiento en torno a las garantías para la detención y sometimiento a investigación de los habitantes de la República.

4.2. CREACIÓN DE CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN.

4.2.1. La legítima defensa presunta

El artículo 66 del Proyecto modifica el artículo 26 del Código Penal, creando la presunción de legítima defensa de la morada o sus dependencias durante todo el día, ampliando la causal de justificación enormemente. Conforme a la voluntad manifestada en los antecedentes se pretende que se presumirán los tres requisitos necesarios de la justificante cuando se trate de defender la entrada de una casa habitada o sus dependencias.

Más allá de las consideraciones político-criminales, lo cierto es que se instaura una especie de permiso para matar, consagrando lo que periodísticamente se denomina "gatillo fácil".

Se utiliza la ampliación del mecanismo de la presunción legal, que opera desplazando el objeto de la prueba, ya que el legislador establece de antemano, anteponiéndose al Juez el razonamiento deductivo que le permite llegar a la formulación de la presunción relativa, la que por su naturaleza admite prueba en contrario.

Cabe recordar que con carácter general se rechaza la posibilidad de admitir presunciones de tipo absoluto en la esfera penal. Por otra parte, la solución propuesta se asemeja más a una ficción que a una presunción. En efecto, en este caso no puede sostenerse con seriedad que el legislador haya partido de un hecho normalmente cierto, -existe agresión ilegítima, necesidad racional del medio empleado y falta de provocación suficiente cada vez que se defiende la entrada a la casa habitada. Por regla general podrá presumirse la agresión ilegítima y la falta de provocación, pero no la necesidad racional del medio empleado. Se agrava el tratamiento propuesto para esta justificante por un doble juego de argumentaciones. Por un lado, la dificultad probatoria de la prueba en contrario, pues es improbable la presencia de testigos que desvirtúen la versión de quien se defiende y por la otra la inexistencia en nuestro ordenamiento del tratamiento sistemático del error en especial del de prohibición, lo que atenuaría el campo de aplicación de esta presunción.

Como consideración criminológica entendemos que esta justificante al presumir los tres requisitos, jerarquiza nuevamente la propiedad por encima de la vida o la integridad física. Consideramos por ello que nunca podrá presumirse la proporcionalidad del medio empleado con respecto al ataque, extremo que deberá en cambio analizarse exhaustivamente por el juzgador en cada caso concreto. De lo contrario se estarían violando los principios constitucionales de corte garantista, como el de igualdad, seguridad y, fundamentalmente el de certeza jurídica y debido proceso, acercándonos peligrosamente a la instauración de la justicia privada. Si el Estado no es capaz de cumplir con los objetivos de seguridad pública para todos los ciudadanos, no puede a costa de esa ineficiencia, autorizar a los ciudadanos a que ejerzan privadamente los derechos que el propio Estado está obligado a garantizar.

4.2.2. *El cumplimiento de la ley.*

El artículo 77 del Proyecto consagra la presunción en torno a la existencia de la causa de justificación prevista por el artículo 28 del Código Penal. El origen de la disposición se vincula al contexto determinado por la aplicación del Decreto 378/997 de fecha 10 de Octu-

bre de 1997, el que a su vez complementa la Resolución 883/992 de fecha 17 de noviembre de 1992.

La resolución aludida del año 1992, se fundamentó en la situación de incumplimiento por parte de la policía de sus tareas habituales. Ello se verificó con motivo de una huelga por reivindicaciones salariales que afectó a dicho sector. A consecuencia de ello, el Poder Ejecutivo adoptó medidas tendientes a "la conservación del orden y tranquilidad públicas con el propósito de salvaguardar la vida, la libertad y la propiedad de los habitantes". Dicha resolución señalaba además que conforme a lo dispuesto por Ley 16.170 del 28 de Diciembre de 1990, corresponde a las Fuerzas armadas el cometido de compartir la responsabilidad por el mantenimiento del orden público y la atención de los servicios esenciales cuando así lo dispusiera el Poder Ejecutivo.

En definitiva, se encomendó a la Fuerzas Armadas en colaboración con las fuerzas policiales a adoptar las medidas conducentes al mantenimiento del orden y tranquilidad públicas.

Por su parte, el Decreto 378/997 que preveía una vigencia de tres meses, aprobado el 10 de Octubre de 1997, prescinde de la consideración de una situación coyuntural que había dado lugar a la anterior reglamentación -huelga de la policía-, para fundarse en otras razones que tienen que ver ahora, directamente con la asunción de la ineficiencia de la policía, por razones de dotación y en la necesidad de crear un "patrullaje metropolitano".

Una vez más la normativa refiere al concepto de seguridad ciudadana como objetivo primordial del Estado de Derecho lo que nos merece las salvedades anteriormente expuestas.

En lo medular el decreto de referencia encomienda al Ministerio de Defensa Nacional: "...la seguridad externa del Complejo Carcelario de Santiago Vázquez, del establecimiento de reclusión de Libertad, así como de la nueva Cárcel Departamental de Canelones. Además de la vigilancia de establecimientos carcelarios se amplía exclusivamente a las tareas de seguridad en las Sedes de misiones diplomáticas permanentes y especiales, locales consulares y locales de organismos internacionales.

Respecto de la modalidad en que se cumple la tarea se prevé que la misma se realizará en coordinación entre el Ministerio del Interior y el Ministerio de Defensa Nacional y consistirá en impedir el ingreso o egreso de cualquier persona a través de un área que se delimitará de común acuerdo entre dichos Ministerios. Esta área se considerará "zona militar" y el funcionario encargado contará con armamento orgánico.

La Exposición de Motivos que acompaña la disposición actual del Proyecto a estudio destaca que el Decreto antes referido consistió en una norma coyuntural orientada a reforzar los servicios de competencia propia del Ministerio del Interior. Se alude a "...algunos sucesos puntuales ocurridos desde la entrada en vigencia de aquél en los que se verificó la comisión de actos presuntamente delictivos". Dichos hechos, consistentes en la muerte del recluso Roberto Cardoso, durante una fuga en setiembre de 1998, motivó una controversia acerca de si el personal militar involucrado en los mismos, debía responder penalmente y para el caso afirmativo cual sería la jurisdicción competente.

Cabe apuntar aquí que planteada la respectiva contienda, la Suprema Corte de Justicia determinó el 28 de febrero del 2000 que la jurisdicción competente para entender en la

investigación del hecho es la justicia ordinaria. La causa tramita desde el 15 de mayo pasado en el Juzgado Penal de 14° Turno, a la espera del pronunciamiento fiscal sobre el fondo del asunto.

La norma propuesta inicialmente a consideración del Parlamento tenía por objeto "dotar a los integrantes de la Fuerzas Armadas encargados de las tareas relativas a la custodia exterior de los establecimientos carcelarios de una mayor protección legal de los actos realizados en cumplimiento de las mismas, optando por no pronunciarse en cuanto a la jurisdicción que eventualmente le sería aplicable".

La Exposición de Motivos indica asimismo que: "...la norma proyectada establece que los actos presuntamente delictivos cometidos por el personal de las Fuerzas Armadas afectadas al cumplimiento de las tareas referidas en el Decreto 378/997 y en ocasión de las mismas se presumirán comprendidos dentro de la causal de justificación (cumplimiento de la ley) prevista en el artículo 28 del Código Penal".

Se ejemplifica el alcance de la disposición propuesta indicando que "...si un miembro de las Fuerzas Armadas encargado de la guardia perimetral de alguno de los centros de reclusión mencionados en el artículo 1° de dicho Decreto, lesionara o matara a un recluso a fin de evitar que éste se evada del mismo, no obstante haber incurrido en una conducta prevista como delito por nuestra legislación penal, habrá actuado en cumplimiento de una "tarea ordenada por la ley" y en consecuencia estará exento de responsabilidad, salvo que demostrara que el hecho obedeció a otros fines o se realizó con claro apartamiento de las normas específicas que regulan su ejercicio".

Como corolario se indica que: "...la creación a texto expreso de una presunción legal en cuanto a la verificación de esta justificante implica en los hechos el reconocimiento de una situación privilegiada respecto de quienes genéricamente incurrir en tales actos, por más que dicha presunción es de carácter simple y por ello cede ante la prueba en contrario".

Es de destacar que el texto que fue acompañado por esta fundamentación al ser introducido al Parlamento, preveía que la presunción de cumplimiento de la ley abarcaría "los actos lesivos de la personalidad física ejecutados por personal militar a las tareas de seguridad externa de establecimientos determinados por el Poder Ejecutivo y formalmente encomendados por éste en ocasión de las mismas", en la actualidad, luego de aprobada por el Senado idéntica presunción rige para: "...los actos cumplidos por personal militar asignado a tareas determinadas por el Poder Ejecutivo de seguridad externa de establecimientos de detención, recintos militares y lugares Sede de organismos del Estado". Nótese en primer término la ampliación producida en la modificación al texto originario a nivel del Senado. En efecto, por una parte se prevé que abarque establecimientos de detención y por la otra se extiende el ámbito de aplicación a los organismos del Estado que el Poder Ejecutivo dictamine. La agregación de la referencia a recintos militares poco agrega dado que dicha tarea siempre fue de cargo del Ministerio de Defensa.

La primera reflexión que la norma suscita es la indeterminación de las hipótesis abarcadas por la misma, las que en concreto se delegan al Poder Ejecutivo por la vía de decreto, lo que implica la consagración de un tipo penal abierto.

Desde un punto de vista dogmático son varias las consideraciones que merece: la causa de justificación aludida según un importante sector de la doctrina es superabundante

dado que remite simplemente al área de las normas de permiso dispersas en la totalidad del ordenamiento jurídico. Ello hace que algunos sistemas prescindan de la consagración de la misma.

En el caso concreto y del análisis de la fundamentación de motivos y del origen histórico de la disposición podemos concluir que se pretende establecer un permiso especial que crea un privilegio para el cumplimiento de tareas de seguridad, del que no gozan los funcionarios policiales aunque fueran asignados a dichas tareas, las que son por otra parte originariamente de su competencia y no del ámbito atribuido a los funcionarios militares.

En segundo término queda claro que la intención del legislador implica, ante el reiterado pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia en el sentido de atribuir jurisdicción ordinaria, evitar el sometimiento de dichas conductas a la normativa común, estableciendo un régimen legal propio de la dinámica militar.

Mediante el recurso a una norma sustancial se trata de evitar el sometimiento del personal militar a la ley y justicia ordinarias.

El Juez ordinario deberá aplicar sin embargo el estatuto militar para juzgar la conducta de los militares cumplidas en las hipótesis previstas legalmente, pues de tal manera lo requiere la norma al establecer "...conforme a las disposiciones vigentes aplicables a dicho personal en materia de seguridad en instalaciones militares.

Si tenemos en cuenta que el Poder Ejecutivo podría asignar las tareas previstas por la ley en custodia de cualquier órgano del Estado ya que la norma es absolutamente imprecisa y vaga en la determinación, puede concluirse que se propicia la posibilidad de militarizar un ámbito importante de las funciones normalmente atribuidas a la Policía administrativa.

Desde ahora el instituto de la "custodia permimetral" queda habilitado por el Proyecto como una tarea de carácter permanente, en las condiciones y lugares en que fijará el Ejecutivo, desplazándose así la competencia de los órganos naturales y creando privilegios especiales para funcionarios que no son los naturalmente competentes.

En síntesis, el estatuto aplicable para el funcionario militar que en las circunstancias aludidas hiriere o matare a una persona es el conocido como "estatuto del centinela" previsto en el Reglamento N° 21 artículo 467 que remite al Código Penal Militar. El centinela integra la fuerza que debe velar por el orden y la seguridad del cuartel (artículo 418 del Reglamento).

Se prevé en dicho reglamento la discrecionalidad del Jefe de Cuerpo para determinar las normas concretas de actuación conforme a las circunstancias condiciones y ubicación del "cuartel", esto es, el lugar para el que está prevista la aplicación de dichas normas en su sentido originario.

Consideramos que si la intención fue tutelar a determinados funcionarios que por la naturaleza de las tareas que habitualmente cumplen se encuentran comprendidos en un régimen de disciplina y obediencia al superior, técnicamente la solución debió orientarse hacia otra causa de justificación, la obediencia jerárquica o debida. Ella desplaza la responsabilidad desde el ejecutor material hacia quien impartió la orden que está en la base de la conducta lesiva, pero no opera una impunidad absoluta para el hecho. Así se prevé también por lo establecido por el artículo 17 del Código Penal Militar.

Desde el punto de vista del alcance material de la disposición consagrada nos parece que introduce una intolerable distorsión en la jerarquización de los bienes jurídicos tutelados. Según surge de la Exposición de Motivos se pretende que es preferible la muerte o lesión de quien se fuga que el hecho de que la fuga misma se produzca, teniendo en cuenta la redacción originaria. Al ampliarse el ámbito más allá de la custodia de recintos carcelarios, la solución prevalente del resultado muerte o lesión podría anteponerse a cualquier acto considerado de desobediencia por atentatorio de la seguridad para cualquier organismo público. Ello opera por el trasvasamiento de la normativa militar al ámbito civil.

Por añadidura, existe absoluta indeterminación material de los supuestos comprendidos en la norma que se consagra. En primer término porque se comete a la autoridad administrativa la precisión de los lugares. En segundo lugar, porque la remisión al estatuto militar de seguridad no determina claramente el ámbito de lo prohibido y permitido tanto para el funcionario militar, como para el potencial trasgresor de la norma sobre el que recaerá la lesión impune.

Esta norma sólo se comprende al amparo de una concepción que implica la consideración de un "estado de guerra" contra la delincuencia, lo cual colide con las consideraciones que vertiéramos sobre cual es la postura que ante el fenómeno del delito reclama la Carta y los Tratados Internacionales suscritos por el Estado. Asimismo vulnera todo el andamiaje filosófico del Estado de Derecho y de la organización republicana de Gobierno.

4.3. El agente provocador

El artículo 74 del Proyecto aprobado por el Senado prevé modificaciones al artículo 8 del Código Penal creando la figura del agente provocador. En efecto, si bien el primer inciso repite la redacción original del Codificador respecto del delito putativo, en el segundo se establece la punición del hecho delictuoso provocado por la autoridad para obtener su represión. En el caso, se establece que el Juez autorizará por escrito la provocación por razones fundadas en los casos de "delincuencia organizada que requieran en forma excepcional esta forma de procedimiento".

Tal disposición requiere en primer lugar de un análisis del instituto del "delito provocado por la autoridad", cuya particularidad reside en que la errónea apreciación no versa - como en el delito imposible-, sobre la eficacia del medio empleado para el logro del propósito delictivo perseguido, pues en el caso éste es eficiente para ello, ni en la ilicitud de la conducta como en el delito putativo-, toda vez que prevé una figura penalmente sancionable. El error en el caso del delito provocado por la autoridad radica en la observación objetiva de un conjunto de circunstancias materiales que integran la apariencia de un episodio criminal, pero carente de realidad pues es la trama falaz creada por la obra de un agente provocador o por la autoridad y, consecuentemente inhibida de ser subsumida en un tipo legal. En efecto, existe un erróneo supuesto de idoneidad típica y antijurídica de la conducta, idoneidad que se elimina por tratarse de un delito experimental, ya que todo ese supuesto delito es una armazón preparada por un agente provocador para sorprender al presunto delincuente.

No se trata pues de una espontánea resolución de delinquir del sujeto, sino que éste ha sido víctima de una maquinación insidiosa en que se ha envuelto, por lo cual no existe ataque

material ni formal al ordenamiento jurídico. La posible ilicitud moral de la conducta del sujeto exteriorizada por una voluntad no es auténtica sino ilusoriamente delictiva porque la iniciativa criminal parte del agente provocador y no del provocado a quien finalmente se pretende castigar.

Por ello, todas las legislaciones de cuño positivista como nuestro Código Penal han considerado tal modalidad como impune y así lo ha fallado no sólo la jurisprudencia nacional, sino la comparada.

Además de violentar los principios garantistas del Derecho Penal de culpabilidad y de ultima ratio, esta disposición altera los principios garantistas de naturaleza formal que reglamentan la recolección de los medios de prueba, su naturaleza, y su valoración.

Obtener la represión de un delito por medio de la provocación de la autoridad representa la forma más tangible de lo que la Carta, la Ley N° 15.737 y la jurisprudencia considera como prueba ilícita, por lo que no puede pensarse seriamente que un Juez autorice por escrito tal modalidad de intervención abdicando de las garantías que rigen el proceso penal y el Derecho Penal de un Estado de Derecho.

Queda por reiterar la inconveniencia del mantenimiento de la posibilidad de aplicación de medidas de seguridad preventivas, sin delito, manifestación de la doctrina positivista de defensa social, violatorias de los principios de culpabilidad e imputación subjetiva previstos en nuestra legislación.

4.4. Modificación y creación de nuevas figuras delictivas

4.4.1. Modalidades que implican adelantamiento del momento consumativo.

El texto del Proyecto prevé el castigo de la conspiración seguida de actos preparatorios para un determinado elenco de delitos. Si bien en el proyecto original del Poder Ejecutivo se preveía esta solución para los delitos de Homicidio simple y agravado, Rapiña, Copamiento, Extorsión y Secuestro, en el texto aprobado por el Senado (a consideración hoy de la Cámara Baja), se redujo solamente a los delitos de Rapiña y Copamiento.

Para comprender el alcance de la modificación propuesta es necesario partir de la consideración de la estructura del "iter criminis". Tradicionalmente se ha entendido que la progresión criminosa comienza con la ideación puramente interna del sujeto, pasando por etapas que progresivamente demuestran y exteriorizan unívocamente la conducta criminosa, hasta llegar a la consumación. Algunas de dichas etapas son eventuales y sólo operan para determinados delitos. Así por ejemplo suele indicarse que la deliberación no se verifica en los denominados delitos de "ímpetu", porque en este tipo de delitos opera el pasaje casi inmediato al acto. También se señala que la decisión puede ser manifestada o exteriorizada o en cambio permanecer siempre en el ámbito íntimo del sujeto.

Más allá de las categorizaciones o distinción en etapas, existe consenso unánime en la doctrina tradicional y en la moderna, acerca de que ciertas etapas escapan de la esfera de lo punible. Entre las etapas que no se castigan se señalan los actos preparatorios y las etapas anteriores a ellos, internas al sujeto. Esta solución, de corte garantista propia del derecho liberal reconoce diversos fundamentos que no se contraponen. Así se señala que los actos

anteriores a los que implican "comienzo de ejecución", son equívocos, o que no puede ser materia de penalización todo aquello que pertenece al pensamiento.

Asimismo se utiliza como criterio rector la no punición de aquello que implica un riesgo lejano para el bien jurídico.

Por otra parte, teniendo en cuenta las ideas de prevención general se señala que dichos actos no llegan a conmover la conciencia y el orden jurídico. Además desde Von Liszt, que hablaba de "puente de oro para el delincuente", se entiende que el Estado liberal debe dar oportunidades al sujeto para desistir de su comportamiento criminoso, lo que no se puede verificar con el adelantamiento de la punición.

La conspiración conforme al artículo 7º del C.P., surge cuando dos o más personas conciertan para la comisión "del delito". Este instituto se encuentra regulado en la parte General del Código Penal. Conceptualmente la asociación para delinquir en la redacción dada por la ley N° 16.707, modificó la disposición contenida en la parte especial, como delito autónomo del artículo 150. Antes de la entrada en vigencia de la ley de Seguridad Ciudadana el artículo 150 preveía un único inciso que establecía "los que se asocian para cometer delitos serán castigados por el simple hecho de la asociación...".

La ley N° 16.707 efectuó un agregado en el apartado segundo que tñe y modifica la estructura de la disposición. Según parte de la doctrina nacional la nueva redacción conllevaría la consecuencia de que tratándose de concierto para un sólo delito quedaría derogado el artículo 7º, castigándose en todos los casos la conspiración, antes impune. Ello porque cualquier acuerdo para cometer un sólo delito se transforma por mandato legal en una forma de asociación para delinquir, aún cuando el delito concertado nunca llegue a cometerse.

La propia redacción del artículo 150 ilustra acerca de la existencia de un dolo propio de la conspiración o asociación, el cual se agota con la conspiración en sí misma, sin reclamar la comisión aún parcial del delito para el que se conspira.

Otra posición en cambio indica que ambas conservan su estructura autónoma, según se trate de uno o varios delitos en cuyo caso para el primer supuesto regiría el artículo 7º y para la pluralidad regiría la figura especial del 150. Se entiende que se ha establecido que la asociación para delinquir, requiere además de permanencia en la actividad y en el ánimo de asociarse.

La modificación propuesta en la ley de "urgencia" refleja una concepción de un derecho penal de obediencia, que aleja el fundamento de la punición de la lesión o puesta en peligro efectiva del bien jurídico, para aproximarlos a la mera desobediencia del mandato normativo como fundamento del castigo. Se pretende castigar la mera intención exteriorizada de los sujetos por su ánimo, su voluntad dañina. Sigue así la tendencia positivista propia del Codificador de 1934, bastando con la peligrosidad social sin necesidad de exteriorización efectiva en una conducta materialmente lesiva. De allí la tipología de esta norma de peligro social como lo fundamental y no los tipos de acción u omisión. Esta técnica legislativa es propia de los regímenes autoritarios y fue sustentada por la escuela nacionalsocialista del derecho o Escuela de Kiel representada por Schafstein y Dahm que fundamentan la punición de autores y no de hechos. En estas ideas el delito es una traición al orden jurídico sin importar la proximidad o posibilidad cierta de lesión del mismo y del bien jurídico.

Desde un punto de vista garantista, esta postura vulnera flagrantemente la Carta, ya que atenta contra el principio de lesividad y el de la dignidad de la persona, además de perseguir fines preventivos generales, ajenos a los planteados por ella. Obviamente esta norma repercutirá sobre los diferentes aspectos del desarrollo del delito. En primer lugar, conduce a una penalización general de los actos preparatorios, puesto que todos ellos implican ya la voluntad criminal. Por tanto, se vulneran a partir de esta disposición los principios generales de la punición de la tentativa y la trascendente diferencia con los actos preparatorios, ya que en todos ellos se considera por el legislador que existe la misma y completa subjetividad criminal.

Por otra parte, plantear para esta forma de adelantamiento un sistema de pena derivada de la prevista para el delito para el que se conspira, provoca desconcierto, ya que al momento de la conspiración, no surge claramente delineada esta circunstancia. Dada la particular redacción de los tipos referidos, estos se diferencian básicamente por las modalidades concretas de su ejecución, pero no teniendo en cuenta de antemano el elemento subjetivo con el que los partícipes lo van a ejecutar. En efecto, es difícil determinar de antemano si se conspira para cometer un delito de Copamiento o un delito de Rapiña, ya que la determinación de la figura dependerá del devenir en su ejecución, máxime si se tiene en cuenta que como ya se dijo el dolo de conspirar se agota en la mera conspiración. Opera como "preparación de una coautoría", ya que si supera tal etapa deviene coautoría por comienzo de ejecución de un delito determinado.

4.4.2. Disposiciones que implican aumento en el tratamiento punitivo.

Dentro de este grupo se perfilan claramente diversas modalidades. La primera de ellas, incrementa la penalidad de la tentativa de determinados delitos, sin modificar la estructura típica original. Dentro de este elenco se encuentran la modificación del tratamiento punitivo de la tentativa en los delitos de Rapiña y Violación. En ambos casos las disposiciones utilizan un giro idéntico, haciendo referencia a lo dispuesto en el artículo 87 del Código Penal, en cuanto a la fundamentación del límite punitivo del conato. Sin embargo, luego de tal remisión normativa se afirma que la pena de la tentativa en ambos tipos delictuales "...nunca será inferior a dos años de penitenciaría". Esto constituye una innovación en cuanto a modalidad de punición para la tentativa. Ella deja de ser derivada de la pena prevista para el delito consumado, en relación al mínimo. Este mínimo ahora se fija a priori y en todo caso como inexcusable y en el caso de la violación se equipara el guarismo punitivo de la tentativa al mínimo del delito consumado.

De esta manera se vulnera el fundamento punitivo de la tentativa. Ello es inconveniente por cuanto, al pautar una escala fija se deja de considerar la entidad de injusto que es propia de la tentativa y que conforme a la doctrina tradicional determina la proporcionalidad de la pena en relación al delito consumado. Ello obvia considerar el grado de lesión efectivo para el bien jurídico protegido (arts. 64 y 67).

Una segunda modalidad implica también un aumento de la punición, pero introduciendo además modificaciones al tipo originario. Tal la modificación prevista para el delito de Atentado Violento al Pudor para el que se establece por una parte, la modificación en cuanto a la pena que deja de ser derivada de la del delito de Violación y por la otra, la

modificación de la estructura típica por calificación del sujeto pasivo, incrementándose en este caso, si el mismo fuere menor de 12 años, los guarismos mínimos y máximos de pena (art. 68).

Como tercera modalidad para el aumento del tratamiento punitivo puede señalarse la consagración de nuevas agravantes, tanto genéricas como específicas. Así por ejemplo el caso del Hurto (art. 65) en el que se desmembran del originario artículo 341, dos partes, sin que aparezca un fundamento lógico para tal escisión. La pena continúa marcando un guarismo de doce meses de prisión en su mínimo y un máximo de ocho años de penitenciaría en lo que en la redacción original, modificada por ley N° 14.068 de Seguridad del Estado, constituyen los incisos 2, 3, 4, 5, 6 y 7. Se altera la estructura del tipo de la siguiente manera, elevando a dos años de penitenciaría el guarismo mínimo cuando el hurto fuere agravado por la penetración domiciliar prevista en el actual apartado 1° y en el caso en que la sustracción se efectúe con sorpresa, con destreza o mediante despojo (actual parte del inciso 2°).

Una vez más a través de una redacción oscura y una técnica legislativa deficiente el legislador no explicita claramente la naturaleza diferenciada de las agravantes que consagra. Es obvia la falta de rigorismo legislativo, máxime tratándose de circunstancias agravantes que deben interpretarse restrictivamente. En tal sentido se resalta la diferencia entre esta técnica y la regulación que el propio Código Penal contiene para las agravantes del delito de Homicidio en los artículos 311 y 312 que se estructuran en forma autónoma con determinación de una escala punitiva gradada en consonancia.

También por la vía de la creación o modificación de agravantes, se introducen como alteratorias genéricas: la actividad laboral de la víctima (art. 70).

Esta remisión que al referirse a una circunstancia agravatoria debería estar redactada con mayor precisión dado que por su naturaleza jurídica es de interpretación restrictiva parece abarcar a cualquier sujeto con empleo. Sin embargo, del análisis del contexto de los hechos concomitantes con la discusión de la ley podría inferirse que la consagración de la agravante dice relación con los reclamos de los taximetristas ante recientes agresiones. Idénticas razones esgrimió la Comisión de Legislación en oportunidad de aprobar la forma delictiva del copamiento.

Asimismo se consagran dos nuevas agravantes una genérica y una específica, que ilustran acerca de la desconfianza del legislador en torno a la corrección de la actividad desplegada por los funcionarios policiales. Al numeral 8° del artículo 47, se agrega "...en especial su calidad de funcionario policial" y en idéntico sentido se agrega al artículo 151 del C.P., el numeral 4°: "...la participación en ella de algún funcionario policial en actividad u otro funcionario con funciones de policía administrativa" previéndola como agravante específica para el delito de Asociación para delinquir, figura esta que ya había sido modificada por ley 16.707.

4.4.3. Suministro de bebidas alcohólicas.

En el caso se plantean dudas acerca de si lo que se establece es la creación de un delito, ya que se habla de infractores y se prevé una multa por la trasgresión que la reglamentación establecerá. (art. 75). Una vez más, dada la oscuridad legislativa, debe acudir se al

principio de estricta legalidad y a criterios de interpretación en favor del reo, por lo cual debe entenderse que se trata de una norma orientadora para la actividad administrativa del Estado. La Administración deberá reglamentar a posteriori el alcance de la disposición. Refuerza esta lectura la vaguedad de los términos, la referencia permanente a la autoridad administrativa y la falta de concreción de la sanción lo que resulta inadmisibles para una figura penal, salvo que se la considere una "norma penal en blanco", la cual, como tal es de dudosa constitucionalidad.

Cabe aclarar que el Proyecto original preveía la creación de una falta en cuyo tipo se incluyen las más variadas modalidades de suministro, incluyendo la "incitación al suministro" de bebidas alcohólicas.

4.4.4. Juego de mosqueta

Se crea un nuevo tipo penal con un nomen iuris vulgar, el cual debería haber sido descrito como una forma especial de Estafa, dada la ubicación sistemática a que hace referencia el artículo 76, colocándolo inmediatamente después del artículo 348 del Código Penal.

Si bien refiere a dicha modalidad de juego, una vez más el legislador utiliza la fórmula legislativa de verbos en cascada, apelando a expresiones vagas como "o similares". Ello parecería incluir otras modalidades de apuestas que no quedan claras, vulnerando una vez más el principio de legalidad y dejando en manos del Juez el criterio valorativo para completar el juicio de tipicidad, lo cual vulnera el principio de certeza. Esto implicaría además el uso de analogía in malam partem, prohibida por el principio de legalidad.

La redacción del artículo trasunta una indeterminación en el tipo penal que no llega a describir con precisión, ni la conducta prohibida, ni el sujeto activo.

Lo que si aparece claramente determinado es el guarismo punitivo, que equipara a la estafa. Tampoco la definición legal del segundo inciso aclara la materia de la prohibición, ya que vuelve a reiterar el giro "o similares".

Cabe agregar que en el Mensaje original se preveía que el apostador -ahora víctima de estafa- sería penalizado por la falta de juego de azar.

5. CONCLUSIONES

Las consideraciones que se apuntan en torno al Proyecto en estudio implican la reiteración de una orientación ya insinuada en los Proyectos de reforma penal elaborados en la última década. El Derecho Penal como poder punitivo, constituye la más grave expresión del poder del Estado y forma parte de esa particular tensión de que hablábamos al comienzo. Precisamente, debe procurarse un razonable equilibrio entre los derechos de la colectividad y los derechos del individuo desde la perspectiva constitucionalista.

Ello significa asumir los costos de "ineficiencia" o "impunidades" que por otra parte nos permiten constituir un Estado de Democrático de Derecho, lo cual redundaría en beneficio de la estabilidad y el respeto institucional de los derechos humanos y las garantías de todos los habitantes.

No puede abdicarse de la progresiva racionalización y humanización del Derecho Penal, volviendo a los períodos sombríos de su historia que llevan a la utilización del poder penal como mero terror penal, utilizándolo más allá de lo estrictamente necesario y agudizando su naturaleza de control social y de instrumento político del Estado. Debe pues lograrse la mayor coherencia entre sus principios fundamentales proclamados y el vigor efectivo de aquellos en la aplicación cotidiana de la justicia penal, ya que tales principios constituyen el compromiso del Estado uruguayo con sus habitantes y de los habitantes con el Estado, como la mejor expresión de entendimiento para el logro de la convivencia y la paz social.

Tal planteamiento no puede ser jamás atacado o menospreciado ni siquiera por razones de inseguridad ciudadana real o construida por los medios de comunicación, ni por necesidades de defensa social.

Precisamente esta tensión entre poder punitivo y legitimación democrática es la que un Estado de Derecho debe conjugar con el más pleno respeto a los derechos humanos, pues el mínimo resquebrajamiento de las garantías constitucionales puede ser más peligroso, por su carácter institucional, que cualquier otra reacción individual o colectiva contra la sociedad, como lo es el delito.

Montevideo, junio de 2000

1948

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

...

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..
... ..

...