

LA NECESIDAD DE UNA POLÍTICA CRIMINAL DE ESTADO PARA ENFRENTAR EL FLAGELO DE LA CRIMINALIDAD

El control social en el tercer milenio

por

Miguel Langon Cuñarro

1. En un trabajo anterior, sobre el mismo tema ⁽¹⁾ me referí a la tarea prioritaria de la criminología, como saber volcado a la práctica, en cuanto a su necesaria contribución en orden al control del fenómeno criminal, y su incidencia en una política criminal del Estado.

2. Revisamos entonces las principales corrientes de la criminología contemporánea y pusimos de relieve el paradigma de los años 80 en cuanto al requerimiento de que la criminalidad sea tomada en serio, verdadera idea-fuerza y principal aporte, a mi juicio, que dejaran los realismos en criminología.

3. Sobre el complejo y plural panorama que ofrece la criminología actual, nos vamos a referir ahora, a la necesidad de sostener un gran debate nacional sobre todos los aspectos vinculados al fenómeno criminal; de llamar a las cosas por su nombre y plantear sin eufemismos los caminos posibles y sus respectivas consecuencias, en definitiva de ver la realidad lo más objetivamente posible, tal cual es, y adoptar luego las posturas que convengan.

4. Es necesario al fin de este siglo y ante el milenio tercero que se aproxima inexorablemente, tener una idea de qué es lo que queremos como país, en materia de lucha o control de la criminalidad, siendo preciso definir y aclarar nuestras ideas en el plano teórico o dogmático, para luego estar en condiciones de incidir en el legislador, que es a quien compete, por definición, establecer una política criminal nacional coherente y eficaz que permita a los operadores cumplir su función adecuadamente.

5. Todo menos la paz dogmática e ideológica reina entre nosotros, al punto de que no es de extrañar, como trataremos de demostrar, la falta de una verdadera política criminal de Estado, en rigor, la ausencia de cualquier política criminal, llevada adelante por el legislador, lo que se manifiesta en la forma errática, carente de orientación, de las diferentes leyes que se han venido dictando durante los últimos tiempos.

(1) LANGON CUÑARRO, Miguel, *El control social en el tercer milenio*, en: Jornadas Uruguayas - Santafecinas, 2ª etapa, Libro de Ponencias, Santa Fe, Argentina, Junio de 1997, publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral, pp. 15-20. El mismo trabajo, incluyendo la importante bibliografía que lo sustenta, fue publicado en: *Criminología. El control social hacia el tercer milenio*, Ed. Carlos Alvarez, Montevideo, 1998:27-38.

6. Ello incide naturalmente en forma directa en los distintos operadores del sistema del control social formal, y particularmente en la jurisprudencia que, sobre la base de mensajes tan contradictorios y debiendo manejar un material tan caótico como el que proporcionan los textos normativos, ha venido reflejando aquella falta de dirección, de forma y modo que se ha tornado imprevisible, afectando gravemente la seguridad jurídica y la certeza, que se supone es uno de los valores esenciales del quehacer judicial.

7. Esto se potencia al extremo en un sistema como el nuestro, de jurisprudencia libre, que ha hecho de la independencia técnica de los magistrados un valor absoluto, sobre cuyo concepto reposa, además, la polémica ideológica respecto de si el juez es simplemente la *bouche de la loi*, o si puede integrar el derecho, lo que en no pocas ocasiones se hace bajo el rubro de una interpretación evolutiva de las normas, que en definitiva permite hacer decir a la ley lo que se quiera⁽²⁾.

8. Esto que decimos al pasar quizá refleje mejor que nada una de las características a mi juicio más nocivas de nuestra idiosincrasia nacional: la incapacidad de llamar a las cosas por su nombre y nuestra "habilidad" para enmascarar nuestros actos e intenciones, cambiando simplemente los rótulos, las etiquetas, para decir cosas radicalmente diferentes de las que en realidad ejecutamos.

9. Por ejemplo, cuando se discutió en el Parlamento la Ley de Seguridad Ciudadana, un legislador, refiriéndose a la prisión preventiva, jugando con las palabras y la supuesta naturaleza cautelar del instituto, dijo que la reforma tendía a cautelar al Juez⁽³⁾, lo que desvirtúa el instituto, confunde el debate y finalmente se termina no sabiendo de qué se trata, legislándose deficientemente, sin responder a un criterio unitario, a ninguna política racional, del sentido que sea.

10. Es así que entre nosotros nunca se termina, cierra o lauda ningún asunto. Y si bien es cierto que teóricamente todos los temas pueden quedar abiertos al debate y la discusión, no lo es menos que un Estado requiere cierta estabilidad y no volver una y otra vez, recurrentemente, sobre los mismos tópicos, extrañándonos o manifestándonos sorprendidos, y aún indignados en ocasiones, por las consecuencias o los resultados de nuestros propios actos, sin admitir que tales efectos fueron provocados por nosotros mismos.

11. Esta es otra típica y lastimosa característica de nuestra personalidad: no aceptar los precios que se han de pagar por la aplicación de cierta política, no querer pagar los costos, no querer reconocer lo que yo llamo los "peajes" o cargas de las decisiones adoptadas, que no son otra cosa que la consecuencia o el resultado que directamente se produce como efecto de las decisiones que adoptamos.

(2) Ejemplo paradigmático de esta forma de actuar, claramente ilegal, fue la llevada adelante en Italia por los denominados "jucces de asalto", en una expresión que lo dice todo, los que adelantaron la aplicación de una inexistente legislación ambiental, sobre la estrecha base de los delitos contra la salud pública, como nuestra figura de envenenamiento de aguas destinadas al consumo de las poblaciones (art. 318 CP), claramente establecida para otra realidad y no adecuada a la protección ambiental.

(3) LANGON CUÑARRO, Miguel, *La libertad provisional en la ley de seguridad ciudadana*, Revista de la Facultad de Derecho, julio - diciembre 1995:163-180, especialmente Nros. 22-26.

12. Me refiero concretamente a tres temas clásicos, sobre lo que todo está dicho, en un sentido o en otro, temas sobre los que bien o mal hemos tomado decisión, como comunidad, y que, sin embargo, recurrentemente, de la mano de algún hecho coyuntural, volvemos a poner en el centro del debate, horrorizándonos de los resultados que no son otra cosa que la consecuencia natural de aquella decisión inaugural. Me refiero concretamente a la pena de muerte, a la criminalización del aborto y a la fijación del límite de la imputabilidad en los 18 años.

13. Si nosotros hemos abolido la pena de muerte por ley desde 1907, incorporando la interdicción de este castigo al texto constitucional en 1917⁽⁴⁾, y si hemos ratificado los Pactos Internacionales por los que nos comprometimos ante la comunidad internacional a no reinstaurarla⁽⁵⁾, y si además no tenemos legislada la cadena perpetua, ni la pena indeterminada, sino un plazo máximo de 30 años de penitenciaría⁽⁶⁾, no tiene sentido que, ante un crimen horrible (o un acto de terrorismo y de destrucción masiva de personas), volvamos, una y otra vez, a reeditar la discusión sobre el castigo capital, que hemos rechazado, que no queremos reimplantar, y que, de poder hacerlo, por añadidura sabemos que jamás alcanzará al caso concreto de que se tratare en la coyuntura, por el principio obvio de irretroactividad de la ley penal.

14. Si en el Uruguay un perverso, gratuitamente, da muerte a varios niños disparando contra ellos en el patio de una escuela, por ejemplo, será retribuido con una pena máxima que no superará nunca los 30 años de duración, a lo que puede agregarse, de disponerse de tal modo, una medida de seguridad de uno a quince años de duración, aditiva a la pena, pudiendo el condenado ser puesto en libertad anticipada, según el caso, desde que haya cumplido la mitad de la pena o las tres cuartas partes de ella, es decir, a partir de los 15 o los 20 años, pudiendo, en el ínterin, ser beneficiado por salidas transitorias, con amnistías, con la gracia o el indulto, si correspondieren⁽⁷⁾.

15. Del mismo modo, cualquiera que sea la razón o el motivo que llevó a una mujer a abortar al producto de su concepción, esa conducta es criminal, por así disponerlo la ley, y debe ser castigada, no siendo de recibo, entonces, los lamentos por las supuestas injusticias o por la rigidez de la norma en tal o cual caso particular. Así, si una niña de once años es violada por su padre biológico, deberá cursar su embarazo y dar a luz, porque todo el que interviniera a efectos de interrumpir ese estado de gravidez, comete delito, y deberá ser sancionado, careciendo de sentido las quejas sobre la dureza de la ley u otras consideraciones que al respecto se puedan hacer. Nuestro sistema es así, esto es lo que quisimos: mante-

(4) El artículo 26 de la Constitución vigente establece: "A nadie se le aplicará la pena de muerte".

(5) El artículo 4 N° 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice: "No se restablecerá la pena de muerte en los Estados que la han abolido".

(6) El artículo 68 inc. 1 del Código Penal establece: "La pena de penitenciaría durará de dos a treinta años".

(7) No es nuestro propósito estudiar ahora estos institutos ni discutir cuándo pueden ser aplicados o no al delincuente de que se trata. Sólo quiero significar que luego del apresamiento rigen para este individuo, como para todos los demás, los institutos comunes, de forma y modo que, por terrible y odioso que haya sido el delito, el sujeto podrá aspirar a ser beneficiado con ellos, cuando correspondiere.

ner el aborto como figura criminal, sin matiz alguno, y por tanto no creo que sea válido quejarnos de las consecuencias de nuestras propias decisiones⁽⁸⁾.

16. Otro tanto puede decirse de la edad de la imputabilidad. Hemos discutido hasta el hartazgo, a veces, como siempre, con argumentos más sentimentales y emocionales que racionales, nos hemos indignado y anunciado catastróficas consecuencias tanto de un lado como de otro, en cuanto a la inseguridad pública, así como en lo referente a la protección de la infancia. Pero dejamos fijo el plazo de la imputabilidad ya establecido con anterioridad en los 18 años. Debemos aceptar, pues, que por grave que sea la conducta realizada por una persona de 17 años, por ejemplo, se trata siempre, a la luz de la ley, de un menor, al que ampara un estatuto especial, una jurisdicción especializada, saldrá en libertad en poco tiempo (en caso de que se le haya internado), y esos antecedentes no contarán como tales en su vida adulta, si es que continúa su carrera criminal una vez llegado al límite de la imputabilidad⁽⁹⁾.

17. En otro orden de cosas, es evidente que la sociedad como tal, y el legislador en particular, no han querido encarar seriamente el desafío que plantea hoy la criminalidad culposa. El número de muertos en el tránsito vial duplica fácilmente el de homicidios dolosos en el plazo de un año. Esto, sin contar las secuelas de lesiones e incapacidades, así como los ingentes costos materiales que significa este tipo de criminalidad. Las víctimas de los delitos culposos, por otra parte, se reclutan preferentemente en el sector joven de la población, siendo la primera causa de decesos en la población menor de los treinta años.

18. Desde el punto de vista penal se han planteado ocasionalmente algunas soluciones, como la tipificación de un delito de conducción temeraria, pero esta idea no tuvo andamiento. Algunos preconceptos, viejos reflejos de resistencia a la autoridad, de desconfianza hacia la policía, han contribuido a ello. Entre nosotros se discute todavía, con bastante vehemencia, desde los aspectos dogmáticos de la cuestión (delitos de peligro abstracto, de mera actividad, de desobediencia, etc.), hasta los poderes que pueda tener legítimamente la autoridad administrativa para constatar un estado de ebriedad o de intoxicación, cuestionando no pocos la obligación del sujeto de prestarse a la prueba de la espirometría o a la extracción de sangre, no aceptándose pacíficamente, ni mucho menos, la inversión de la carga probatoria que podría derivarse del no consentimiento a las pruebas que permiten acreditar, sin duda alguna, si

(8) En Uruguay, desde siempre y particularmente desde el reinicio del gobierno democrático luego del período de facto (pero también en este tiempo), se han presentado diferentes proyectos de legalización del aborto, siendo todos rechazados por un motivo u otro, reafirmandose una y otra vez la actual política criminalizadora. El debate ya se dio, y sin perjuicio de reanularlo cuantas veces sea del caso, lo cierto es que, a mi juicio, esto demuestra una posición determinada del país, que no pocos consideran reforzada por la disposición del art. 4 N° 1 del Pacto de San José que dicta: "Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Según esta óptica, Uruguay se comprometió a penalizar el aborto como forma de interrupción de la concepción, y, en sus posiciones extremas, no carentes de lógica formal, el aborto se perfica incluso al propio homicidio, pues sería una forma de privación de la vida de una persona.

(9) La última gran discusión fue con motivo de la aprobación de la Ley de Seguridad Ciudadana de 1995, en la cual se introdujo un procedimiento propio de la jurisdicción minoril, ratificándose el tope etario de la imputabilidad (Ley 16.707 art.25). El art. 34 del Código Penal establece: "No es imputable el que ejecuta el hecho antes de haber cumplido la edad de 18 años".

el sujeto está o no conduciendo un automóvil, por ejemplo, en estado de embriaguez (*vide infra* nota N° 31).

19. La legislación no ha sido capaz de dar una respuesta eficaz a este problema, al punto que no tenemos tipificado ningún delito nuevo en la materia, como el referido anteriormente, ni hemos establecido claramente la cantidad de alcohol en sangre permitida, más allá de la cual habrá infracción criminal autónoma o presunción de culpabilidad, ni, desde el punto de vista sancionatorio, hemos establecido penas pecuniarias verdaderamente disuasorias⁽¹⁰⁾.

20. Tampoco en esta área hemos sabido dar a la policía y a otras autoridades administrativas, un marco claro de referencia, indicándoles con precisión qué es lo que pueden y deben hacer, y qué es lo que les está prohibido. No faltan quienes cuestionan el mero hecho del poder policial de detener a sospechosos, mientras que la rapidez de respuesta que exige este tipo de situaciones (porque, como es obvio, el paso del tiempo diluye la posibilidad de probar una embriaguez), no se compadece con las normas procesales, incluso las del nuevo código recientemente aprobado, si es que vamos a exigir por ejemplo que todas las pruebas se diligencien en audiencia (art. 238.1), por perito médico, con presencia del defensor o persona de confianza del imputado (arts. 148, 149 CPP, Ley 16.893/97). Todo esto requeriría una normativa clara y, por supuesto, su implementación práctica en todo el territorio nacional, afrontando los costos consiguientes.

21. Por otra parte, si queremos ejemplificar con casos muy concretos veremos que mientras la Cátedra defiende –creo que sin fisuras– un modelo penal liberal y democrático, de corte garantista y personalista, donde los límites al poder punitivo del Estado vienen dados por una serie de principios considerados poco menos que sagrados, tales como el de legalidad, el de protección de bienes jurídicos, el de mínima intervención y otros de similares características, el legislador, que dice seguir estos principios, como todos, ha venido pasando, sin debate esclarecedor de ningún tipo, y en forma un poco caótica, una serie de medidas de carácter excepcional, que ponen en crisis el modelo que queremos. Conforme a nuestra tesis, hemos perdido el rumbo y no sabemos qué queremos.

22. El modelo de Estado liberal y democrático que afortunadamente tenemos y que se deduce claramente de la Constitución Nacional y de los Pactos de Derechos Humanos que hemos ratificado sucesivamente, ofrecen un cuadro muy claro en cuanto al Modelo o Sistema de Justicia Penal que rige en nuestro país. Este Modelo teórico existe, y es una obligación del legislador adecuar las normas que dicte conforme a esos Principios⁽¹¹⁾. Entre otros al respeto prioritario de la personalidad humana, al respeto a la dignidad de todos los seres humanos (a lo que refiere también el art. 3 del CPP aprobado), al de humanitarismo o fraternidad como base armoniosa de las relaciones sociales, y en especial a las del Estado con los habitantes, el de racionalidad de la pena, el de la subsidiariedad del derecho penal, el de lesividad, de culpabilidad, etc.

(10) El ejemplo más ilustrativo y reciente de este tipo de disposiciones es la Ley brasileña N° 9.503 de 23.9.97, que estatuye el Código de Tránsito Brasileño, que marca una política de tolerancia cero a las infracciones vehiculares.

(11) ZIFF, Heinz, *Introducción a la Política Criminal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Ed. de Derecho Reunidas, Jacn, 1979:37-46.

23. El Código Penal de 1934, bien que mal, también sigue una Política Criminal coherente. Así lo quiso y así lo plasmó Irureta Goyena (*vide infra*), por lo que una tarea importante sería estudiar y establecer en qué medida el Código se adecua o no al Modelo Constitucional y Convencional, y lo propio debería hacerse respecto de toda norma sustantiva o adjetiva nueva que se dictare, pues pueden haber complejos problemas de interpretación, apareciendo como no menos importante la temática de la aplicación inmediata de los pactos, y de la jerarquía de las normas, con posibles derogaciones de unas por otras, o de incompatibilidades y aún inconstitucionalidades posibles que podrían anular muchos juicios u obligar a la desaplicación de otros instrumentos.

24. A mi juicio, creo que puede afirmarse con carácter general, que la ley 16.707 de 12.7.95, denominada de Seguridad Ciudadana, inaugura en este final de milenio un nuevo ciclo que podríamos denominar de políticas de ley y orden en el Uruguay⁽¹²⁾.

25. En Uruguay, como no discutimos a fondo los problemas, y no hemos sido capaces de elaborar una verdadera política criminal, holística, que comprenda todo el espectro del problema criminal, en todas sus dimensiones, no nos hemos querido dar una ley de arrepentidos, y es posible que no pocos consideren insoportable la idea de algo de este tipo. Sin embargo, y sin haber entrado en la discusión desde el punto de vista ético y la significación que puede tener para un Estado democrático alentar la delación, esta ley incorporó al texto de las circunstancias atenuantes genéricas, un inciso que contempla la situación del "colaborador eficaz"⁽¹³⁾.

25. Esta disposición es insuficiente seguramente para contribuir en algo a la prevención y represión de cualquier tipo de delito, pero es muy obvio que no logrará motivar a nadie involucrado en delincuencia organizada, que es para lo que se prevé en todo el mundo este tipo de figuras, porque no es creíble que nadie arriesgue su vida denunciando a sus ex socios de aventura criminal, ante la mera expectativa de que sus delitos puedan verse apenas atenuados, y la pena disminuida en consecuencia.

26. Pero no es menos cierto que esta disposición, insuficiente y de poca aplicación práctica, constituye un primer paso hacia la incorporación plena del estatuto del arrepentido,

(12) Hubo otras, naturalmente, como la ya mencionada Ley de Seguridad y Orden Público 14.068 de 12.9.72, todavía en sistema democrático, que transformó los viejos delitos contra la patria en delitos denominados de lesa nación, que incorporó al Código Penal militar, sometiendo a los sospechosos de haber incurrido en ellos, a la jurisdicción penal militar. En este eterno *corsi e recorsi* de esta legislación divagante, por Ley 15.737 de 8.3.85 se regresó al régimen anterior restableciéndose los delitos contra la patria dentro de la economía del Código Penal ordinario. No se previó, al hacer esto, qué mecanismos seguir en caso de volverse a vivir situaciones de emergencia, no siendo demasiado arriesgado suponer, en tal hipótesis, que otra vez se desnudarían las ineficiencias del sistema ordinario, para atender casos especiales, por ejemplo de terrorismo, subversión, o delincuencia organizada en general. Retornado el sistema institucional tradicional, hubo leyes de neto corte represor, como la 16.058 de 2.10.89, que modificó intencionalmente, y cambió de signo, la primera ley de prevención sin prisión N° 15.859 de 31.3.87, de neto corte garantista, humanitario y liberal, lo que pone de manifiesto, como veremos *infra* en extenso, que tampoco en materia de prisión preventiva existe un mínimo acuerdo y una política coherente sostenida en el tiempo.

(13) El numeral 12 del artículo 46 del Código Penal después de modificado por el art. 2 de la Ley 16.707/95, quedó redactado así: "Circunstancias atenuantes. Atenúan el delito cuando no hubieren sido especialmente contempladas por la ley al determinar la infracción las siguientes... 12) Colaboración con las autoridades judiciales. El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito".

postulado por no pocos, entre los que me cuento, como una herramienta indispensable para combatir el delito mafioso.

27. Esta ley ha modificado el tipo del delito de asociación para delinquir⁽¹⁴⁾, de forma y modo que, por un insospechado, y seguramente no querido mecanismo, se vino a modificar toda la estructura del Código Penal de 1934, que configuró en no poca medida un derecho penal de resultado, represor de actos externos del hombre, bajo el viejo apotegma de que *cogitationis poena nemo tenetur*, es decir que los pensamientos no deben ser castigados, y que el límite mínimo de la intervención penal estatal debe estar constituido por el principio de ejecución, constitutivo de los actos de tentativa, mecanismo amplificador del tipo, pero también limitador de un castigo demasiado anticipado, como sería el castigo de la simple *mens rea* o intención criminal.

28. El Uruguay pasó a castigar la mera conspiración criminal, sin debate, sin fundamentación doctrinaria, solapadamente, como se dice gatopardísticamente, pues lo hizo bajo el rubro de delito de asociación para delinquir, y no de castigo del delito en grado de conspiración, que era lo que correspondería, si quisiéramos llamar a las cosas por su verdadero nombre.

29. En efecto, la conspiración sólo es punible cuando así lo determine expresamente el legislador⁽¹⁵⁾, lo que hace en forma realmente excepcional, muy parsimoniosamente, atendiendo a la gravedad del bien jurídico protegido⁽¹⁶⁾. La conspiración es definida como la concertación de dos o más personas para ejecutar un delito.

30. El delito de asociación para delinquir se fue modificando con el tiempo, desde la vieja cuadrilla criminal del Código Penal de 1934⁽¹⁷⁾, pasando por la disminución del número de integrantes de la misma, bastando ahora con sólo dos integrantes⁽¹⁸⁾, pero manteniendo siempre la necesidad de asociarse para cometer delitos, es decir para cometer más de un delito. Pero en la ley de Seguridad Ciudadana se modificó el supuesto de hecho, bastando ahora asociarse para cometer un solo delito.

31. La asociación criminal no exige ningún tipo de organización criminal, constituyéndose por el "simple hecho" de la asociación de por lo menos dos personas, de forma y mane-

(14) El delito de asociación para delinquir, del artículo 150 del Código Penal actual, luego de la modificación introducida por la Ley 16.707, ha quedado redactado como sigue: "Asociación para delinquir. Los que se asociaren para cometer uno o más delitos, serán castigados, por el simple hecho de la asociación, con seis meses de prisión a cinco años de penitenciaría".

(15) Artículo 7 del Código Penal, según el cual tanto la conspiración, como la proposición y el acto preparatorio, sólo se castigan cuando el legislador lo determina así expresamente.

(16) Por ejemplo se castiga la conspiración (y la proposición y el acto preparatorio), en el caso del atentado contra la vida del Presidente de la República, y en el caso del delito de rebelión (arts. 140, 141, 142 y 146 del C. Penal).

(17) Es un instituto de vieja raigambre hispana, que perseguía a los bandoleros o asaltantes de caminos en la península ibérica, y que se caracterizaba precisamente por exigir un sujeto activo plural. Es la "banda armada" o vieja "asociación de malhechores", que no exigía la prueba ni la existencia real de ningún hecho criminal efectivamente realizado, sino que, anticipando la consumación, castigaba la mera formación de la banda.

(18) Esta reforma, que establece que la asociación puede ser de sólo dos personas, se introdujo en la citada ley de Seguridad y Orden Público de 1972 art. 16.

ra que vienen a ser prácticamente sinónimos asociarse y concertarse, apareciendo a mi juicio como intercambiables los términos asociación y conspiración, resolviéndose toda asociación en una mera conspiración, castigada autónomamente por ese simple acontecer, sin referencia alguna al grado de realización del delito mayor que se tuviere en mente cometer, y para cuya ejecución se han asociado o concertado.

32. Siendo como es inescindible el hecho asociativo del conspirativo, ha quedado criminalizada toda conspiración criminal, produciéndose la derogación tácita de esta parte del artículo 7 del Código Penal, bien que bajo el *nomen iuris* de asociación para delinquir, siendo una manifestación inequívoca de esta cultura de etiquetamiento y enmascaramiento que queremos poner de manifiesto en esta exposición.

33. De la noche a la mañana, entonces, nuestro viejo sistema, que ponía el límite mínimo de la represión en el comienzo de ejecución⁽¹⁹⁾, vino a ver cómo, en todos los casos, cualquiera fuera la gravedad de los delitos que se piensa cometer por parte de los asociados, se castiga esa concertación, anticipándose de tal modo notablemente el momento consumativo, bien que no admitiremos jamás, faltaba más, que castigamos la mera conspiración, sino el simple hecho de asociarse para delinquir, lo que es una simple y llana estafa de etiquetas.

34. Si consideramos las consecuencias del hecho punible, apreciamos también un gran desconcierto, lo que se pone de manifiesto en materia de penas y medidas de seguridad eliminativas. No hemos sido capaces de discutir en serio y a fondo el sistema del *doppio binario*, ni si es bueno o no un sistema vicarial. Pero sí hemos derogado la vieja estructura ideada por Irureta⁽²⁰⁾ eliminando las medidas eliminativas de seguridad en 1985⁽²¹⁾, por una razón coyuntural, y las hemos vuelto a reimplantar, sin pena ni gloria, en 1993⁽²²⁾, prácticamente como estaban antes.

35. Las medidas eliminativas de seguridad⁽²³⁾ (así como la declaración de habitualidad, que es uno de los supuestos que las fundamentan), han quedado derogadas en la práctica por la resistencia de los operadores del sistema a aplicarlas. Ni los fiscales las piden, ni los jueces las decretan. Las disposiciones respectivas se han transformado en verdadera letra muerta, no obstante que, en ciertos casos, como en los de la habitualidad preceptiva, es

(19) Es el caso de la tentativa, art. 5 del CP, que la define del siguiente modo: "Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación, por causas independientes de su voluntad".

(20) El Código vigente se asienta, precisamente, en la doble consideración, propia de una labor de "política criminal" que postulaba el codificador, de hacer de la pena la medida de la culpabilidad y de las medidas de la respuesta a la peligrosidad, instaurándose el sistema llamado de la doble vía. *Vide* Notas Explicativas al artículo 92 del C. Penal y Exposición de Motivos del codificador.

(21) La Ley de Amnistía 15.737 de 8.3.85, por una razón coyuntural que explico en otro lado, eliminó las medidas eliminativas de seguridad, *vide*: LANGON CUÑARRO, Miguel, *Nuevas normas penales vigentes en el Uruguay*; Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1992/3-4:395.

(22) La Ley 16.349 de 10.4.93 las reimplantó, agregando a la lista del artículo 92 del CP a los violadores, como sujetos pasibles de este tipo de prevenciones.

(23) Se encuentran en el artículo 92 del CP y se aplican a los delincuentes habituales con declaración tanto facultativa como preceptiva (art. 48 Nros. 2 y 3 del CP), a los homicidas y violadores que por la excepcional gravedad del hecho, derivada de la naturaleza de los móviles, de la forma de ejecución, de los antecedentes y demás circunstancias afines, denuncian una gran peligrosidad.

obligatorio formular la tal declaración y la imposición consecuente de las medidas correspondientes.

36. A la falta de una política legislativa coherente se le agrega entonces la permisividad de los operadores, y una política criminal difusa, no expresa, también incoherente y seguramente no admitida por nadie, llevada adelante inorgánicamente por los operadores, que marca una contrapolítica, una resistencia tácita al mandato del legislador, a mi juicio contraria al sistema de separación de poderes que nos rige, actitud que tal vez encuentra su fundamento en posturas de la doctrina, no exenta muchas veces de posicionamientos ideológicos, que les da a los académicos, a los docentes, un carácter general de resistentes al cambio, y proclives a un derecho penal y procesal penal alternativo, con valores propios, diferentes y hasta opuestos a los que supuestamente exhibe el sistema.

37. En realidad esto se proyecta sobre un horizonte de mayor profundidad que tiene que ver con otras opciones no resueltas y jamás planteadas francamente, tal como la opción declarativa en favor de un derecho penal de acto, pero admitiendo al mismo tiempo, el castigo de la conspiración, la agravatoria de la reincidencia, y la consideración preponderante de la peligrosidad en todos los sectores del derecho penal, y especialmente en el momento de la determinación de la pena⁽²⁴⁾.

38. El tema es amplísimo, y no pretendemos agotarlo ahora, y merece nuevos y más profundos desarrollos, pero a título meramente indicativo de esta grave situación que denunciamos, y que consiste en la aplicación de políticas erráticas y empíricas, coyunturales, que no responden a ningún plan general, ni a ningún pensamiento elaborado con sentido de responsabilidad y eficacia, podemos destacar todavía algunos otros puntos de interés, no bien posemos la mirada en cualquier aspecto de la compleja problemática que nos ocupa.

39. Si observamos lo macro, y nos preguntamos la razón del porqué se ratifican tantos Tratados y Convenciones sin formular ninguna reserva, al tiempo que luego, en corto lapso, a veces por la misma legislatura, y casi siempre por los mismos legisladores, vemos que se producen disposiciones legales violatorias de los Pactos que nos comprometimos a cumplir. Esto se podría evitar si se pusiese atención en este problema, encargándose a una comisión legislativa, por ejemplo, la tarea de efectuar la adecuación de las normas con los Pactos y con la propia Constitución.

(24) El art. 86 del Código Penal es paradigmático de que la peligrosidad, aspecto definitorio de un derecho penal de autor, repudiado por totalitario, se debe tener en cuenta en el momento de la condena, de forma y modo que no sólo la culpabilidad aparece como la medida y el límite de aquella, sino que se debe contar también con una cierta responsabilidad por la conducción de la vida. El art. establece que: "El Juez determinará, en la sentencia, la pena que en su concepto corresponda, dentro del máximo y el mínimo señalado por la ley para cada delito, teniendo en cuenta la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales, la calidad y el número - sobre todo la calidad- de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el hecho". La reincidencia como circunstancia de agravación está prevista en el art. 48 N° 1 del CP, y en el mismo artículo pero en su N° 3, al referirse a los casos de habitualidad preceptiva, la ley se refiere al que "acusare una tendencia definida al delito... por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio en que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido y todos los demás antecedentes de análogo carácter", lo que de paso sea dicho significa una violación del principio de la prohibición de analogía *in malam partem*, que es un corolario obligatorio del mismísimo principio de legalidad.

40. Algunos artículos del Código del Proceso Penal recientemente aprobado y cuya vigencia se acaba de postergar para febrero del año próximo, han sido ya observados por el Comité de Derechos Humanos⁽²⁵⁾, lo que debería prevenirse, posiblemente estableciendo alguna comisión o grupo asesor parlamentario que estudie en serio la compatibilidad o no de las normas proyectadas con las disposiciones de índole internacional, que nos eviten la vergüenza de tener que soportar este tipo de observaciones, que podrían, como digo, prevenirse, si es que no se decide, en ejercicio de la soberanía, optar por otro camino. Pero ello conlleva, con los costos que supone, la lealtad y el coraje de denunciar un Pacto de esta naturaleza.

41. Si miramos por el contrario lo micro, o un aspecto muy especializado de la cuestión del tratamiento de los delincuentes, como es el régimen de salidas transitorias, veremos también una gran desorientación, en el caso mayúscula, al punto de que el legislador ha desdibujado de tal modo el instituto que ya no sabemos cómo reconocerlo o de qué se trata verdaderamente.

42. El sistema de las salidas transitorias es una parte del sistema progresivo de reclusión recomendado por las Naciones Unidas⁽²⁶⁾, y adoptado entre nosotros por la llamada Ley Penitenciaria de 1975. En principio, en cárceles no superpobladas como las nuestras⁽²⁷⁾, y con un sistema procesal que permita llegar a la condena en plazos razonables, debe ser un régimen para condenados y no para procesados. El procesado, o sea el sometido a juicio, está en prisión preventiva o está en libertad provisional. No es admisible que ande por allí en uso de "licencias", bajo el rubro de una salida transitoria que de tal sólo tiene el nombre.

43. Este sistema degeneró en un verdadero escándalo nacional, que no había querido ser visto con anterioridad⁽²⁸⁾, por lo que en la Ley 16.707 de Seguridad Ciudadana se jurisdiccionalizó, poniendo la resolución de las salidas en manos del Juez de la causa. El sistema no funcionó bien, aunque es posible que lo hiciera un poco mejor que antes, pero se siguieron repitiendo los escándalos, especialmente referidos a fugas y a comisión de actos

(25) Efectivamente en su 62° período de sesiones CCPR/C/79/Add. 90 de 8.4.998, el Comité formuló entre otras las siguientes observaciones, preocupado de que el citado Código no se ajusta al Pacto de San José de Costa Rica que es, además, como vimos, ley interna del Uruguay, y no ha sido denunciado. Se muestra el Comité preocupado especialmente por el art. 55 que establece la incomunicación previa al juicio. Dijo además que las normas que regulan la detención preventiva no se ajustan al art. 9 del Pacto, pues al ser obligatoria viola el principio de inocencia, critica el art. 105 por las amplias posibilidades de restricción de libertades que supone a la luz del amplio concepto de imputado que recoge la ley, y entre otras observaciones establece la fundamental de que "el juez que sentencia sea el mismo juez que ha supervisado y ordenado las investigaciones, y posteriormente sometido a proceso al acusado", pues "ello plantea serias inquietudes respecto de la posible imparcialidad del juicio".

(26) El Dec.-ley 14.470 de 11.12.75 arts. 54 y ss. prevé las salidas transitorias en el tercer nivel de reclusión, en el período de prueba (luego de pasado los de observación y tratamiento), y se ponía a cargo de cada autoridad carcelaria, desvinculada totalmente de la causa judicial y con una participación mínima del Juez.

(27) Aproximadamente 90% de los reclusos no tienen condena en Uruguay, lo que significa que son presuntos inocentes, que están presos, como decía CARNELUTTI, para saber si deben estar presos. Esta realidad es la que probablemente está en la base de muchas de --si no todas-- las disfunciones de nuestro sistema penal, procesal penal y penitenciario.

(28) En buena medida esto surgió a la luz pública a raíz de una muy comentada intervención del suscrito ante la Comisión de Constitución y Códigos de Diputados, donde planteé el tema, en ocasión de estudiarse la aprobación de la que sería la Ley de Seguridad Ciudadana N° 16.707/95.

criminales por parte de sujetos que hacían uso de salidas transitorias, lo que llevó al legislador a modificar nuevamente el sistema, lo que se hizo por ley 16.928 de 3.4.98⁽²⁹⁾.

44. Esto vino a complicar las cosas de forma casi exasperante, porque la salida transitoria en la generalidad de los casos es vista ahora como un proveimiento excarcelatorio más, dándose el absurdo de que el mismo Juez que deniega un pedido de libertad provisional por un lado, por otro puede estar concediendo salidas transitorias a procesados, a escasos meses de su reclusión, sin que se hayan cumplido ninguno de los requisitos que se supone tienen este tipo de salidas para acostumbrarle a vivir en libertad, en la última etapa de la reclusión.

45. El problema que plantea la superpoblación carcelaria, y el elevadísimo número de procesados sin condena que sufren prisión preventiva, no pueden pretender solucionarse tergiversando los institutos, y transformando las salidas transitorias en meras válvulas de escape de una caldera siempre a punto de estallar. Parece claro que aquí es donde se puede ver con mayor claridad el punto central de mi planteo: el problema de la criminalidad merece y debe ser tratado como un todo, en forma global, holística, si se me permite el término.

46. Disminuirá el número de presos y de presos sin condena en particular, si los procesamientos no son acompañados de prisión preventiva, poniendo las cosas en su lugar y estableciendo, como quiere la Constitución, el grado de civilización en que estamos y la comunidad internacional, que la regla sea la libertad y el encarcelamiento la excepción.

47. Esto no supone, como puede creerse a primera vista, o como los demagogos o la prensa amarilla quieren hacer creer, ni un debilitamiento del poder estatal, ni una permisividad excesiva respecto de la criminalidad, ni un desprecio por la situación de las víctimas del delito, sino una respuesta eficiente, vigorosa y racional al hecho criminal, que cumple con los principios que se dice sustentan el sistema, y protege correlativamente a la comunidad.

48. Sólo que el “peaje”, el costo que hay que pagar, indefectiblemente, es que hay que afianzar la libertad provisional asegurando realmente la presencia del sospechoso en el juicio, efectuar los procesos en plazo rápido (razonable no puede ser un período que exceda, en ningún caso, los seis meses), y que, una vez condenado el sujeto (si lo fuera), hay que mandarlo, en principio, a la cárcel a cumplir su condena.

49. Esto no excluye, por supuesto, todo tipo de alternativas a la pena y en especial el uso extensivo de la libertad condicional (a condición de que la violación del régimen de vigilancia suponga el cumplimiento efectivo de la condena de reclusión suspendida). La vuelta a la racionalidad del sistema, cosa bien posible con tal de tener claro el objetivo y firme la decisión política de hacerlo, empezando por lo dicho, pero abarcando simultáneamente todo el espectro de problemas en forma unitaria, supone que cada instituto vuelva a cumplir el rol que efectivamente tiene y a no ser usado como paliativo frente a problemas que en buena medida hemos creado artificialmente, en el curso de los años.

50. Los procesados, presuntos inocentes, meros sospechosos, estarán en libertad, las cárceles estarán pobladas mayoritariamente de penados, la gracia se usará sólo excepcional-

(29) Se estableció un verdadero proceso con intervención del defensor y hasta del fiscal, y se pueden otorgar a penados y procesados luego de los 90 días de la privación de libertad, salvo que el delito tenga pena de penitenciaría, en cuyo caso los plazos se alargan hasta el cumplimiento de la tercera parte de la pena.

mente (y no como forma de aligerar a los juzgados de expedientes y a las cárceles de presos sin condena). Para que todo funcione bien se habilitarán al mismo tiempo todos los mecanismos necesarios que eviten el colapso del sistema, dando amplio margen a la reprivatización del conflicto, mediante mecanismos de mediación, composición, y reparación a las víctimas, estableciéndose penas alternativas, utilizando en definitiva todo el arsenal que los copiosos materiales existentes en Naciones Unidas proporcionan, y que demuestran que es posible, e indican cómo debe llevarse a cabo una política criminal acorde con un modelo liberal y democrático de Estado.

51. Pero mientras tanto, podemos señalar todavía otros casos, demostrativos de la ausencia de toda política criminal coherente y, por añadidura, del apartamiento de la normativa existente del modelo constitucional. En materia de prisión preventiva, todavía se discuten dos puntos esenciales: a) su naturaleza jurídica, y b) si este proveimiento acompaña o no necesariamente al auto de procesamiento, es decir, si los procesamientos deben ser con o sin prisión.

52. Solo confusión encontramos en el legislador. En efecto, en la ley 15.859 de 31.3.87, se estableció claramente el principio que la libertad es la regla, y la prisión preventiva, la excepción⁽³⁰⁾. Y se hizo en términos imperativos, categóricos, que no dejaban ninguna duda, aparentemente, de que el legislador quería en serio cumplir con la normativa internacional, con el Pacto de San José, disponiendo un respeto irrestricto al principio de inocencia o presunción de no culpabilidad, de forma y modo que, salvo que fuera necesario, atento a su naturaleza jurídica de mera medida cautelar, la prisión preventiva debía funcionar excepcionalmente, pues todo proveimiento privativo de la libertad es, además, de interpretación estricta.

53. De inmediato, sin embargo, y desde la propia academia, se empezó a cuestionar esta ley, afirmándose que en realidad sólo daba al juez una facultad de no encarcelar, afirmándose una lectura interpretativa alternativa, *contra-legem*, que dijo que los términos imperativos de la ley deberían entenderse como meras facultades.

54. Desde otro ángulo se postuló la necesidad de volver a una interpretación tradicional que suponía que para el artículo 27 de la Constitución⁽³¹⁾, la regla era la prisión preventiva, y la excepción el procesamiento sin prisión, no faltando los que entienden (contra la opinión de la ciencia moderna toda) que la prisión preventiva tiene naturaleza de derecho sustancial, opiniones que encontraron eco en una jurisprudencia vacilante y contradictoria, que dio para todo tipo de sentencias, contradictorias unas de otras, llevando la inseguridad y el caos, que en buena medida persiste hoy día, en este punto.

55. Toda esta polémica y desorientación dio por resultado, como es notorio, una marcha atrás casi inmediata, que se plasmó en la Ley 16.058 de 27.8.89, a sólo dos años y poco de la ley anterior, que en su artículo 1º estableció la potestad del Juez de no encarcelar en ciertas

(30) LANGON CUÑARRO, Miguel, *La Nueva Ley de Prevención sin Prisión (Ley Nº 15.959)*, Ed. Amalio Fernández, 1987:65.

(31) Art. 27 Constitución: "En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaria, los jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley".

circunstancias, pero impuso la preventiva cuando se tratase de reincidentes o sujetos con causa anterior en trámite.

56. Este sistema duró hasta el 12.7.95 en que se dictó la Ley de Seguridad Ciudadana que volvió a modificar el régimen, en una línea de mayor restricción de la libertad⁽³²⁾, lo que vuelve a aparecer, todavía en forma más restrictiva, en el Código del Proceso Penal recientemente aprobado, Ley 16.893 de 16.12.97, y que entrará en vigencia, aparentemente, en febrero de 1999⁽³³⁾.

57. Al respecto, y contra las disposiciones de este Código, ya hemos recibido una crítica del mayor nivel internacional. En efecto, el Comité de Derechos Humanos⁽³⁴⁾ observó que la detención preventiva no debe ser obligatoria, porque eso conculca el principio de inocencia.

58. Aquí vemos, con toda claridad, la confirmación de la hipótesis de nuestro trabajo, esto es, cómo y de qué manera la falta de una política criminal definida nos hace adoptar medidas totalmente contradictorias: por un lado la ratificación del Pacto y la adopción de una ley en tal sentido (la de 1987), y por otro la lenta pero inexorable imposición de otra corriente, diametralmente opuesta, que postula el encarcelamiento como regla y la prisión preventiva como medida en realidad de la culpabilidad, o mejor aún, como una verdadera pena anticipada, aunque no lo diga ni sea así admitido por nadie.

59. Como no tenemos claro lo qué queremos ni cómo vamos a hacer para disminuir la presión en las cárceles, que están absolutamente superpobladas, y en las que se alojan 90% de presos sin condena, tomamos medidas que se contraponen y terminan por hacer incomprendible el sistema. Encarcelamos a todo el mundo, por principio, hacemos más difícil lograr su liberación provisional, los reintegramos con mayor facilidad y casi que de oficio, con lo que obviamente atiborramos las cárceles de gente, pero luego, espantados por ello, y para darle una válvula de escape a la presión carcelaria, trastocamos el sentido de las salidas transitorias, y las convertimos en un simple proveimiento excarcelatorio más, que se superpone y complica al de la libertad provisional, y hacemos de ellas un verdadero festival de "licencias", de modo que nadie puede asegurar en un momento determinado si el preso está en la cárcel, verdaderamente preso, o en otro lugar cualquiera, y bajo qué sistema, lo que aumenta la inseguridad pública, el pánico social, y es motivo más que suficiente para que la prensa haga de ello un motivo de escándalo, retroalimentando la confusión y la paranoia de muchos.

60. Como al reformar el Código del Proceso Penal no quisimos darle al Ministerio Público el verdadero rol que le corresponde, y lo seguimos manteniendo en una posición subordi-

(32) LANGON CUÑARRO, Miguel, *La libertad provisional en la ley de seguridad ciudadana*, Revista de la Facultad de Derecho, julio-diciembre de 1995, N° 8:163-180.

(33) Las disposiciones que se refieren a la privación y limitación de la libertad física del imputado derivadas del procesamiento se encuentran en la Sección III, del Cap. VI referido a la privación y limitación de la libertad física de los imputados, arts. 193-198.

(34) Comité de Derechos Humanos, 62° Período de Sesiones, CCPR/C/79/Add. 90, 8.4.98, dijo expresamente que "al Comité le preocupa que las normas relativas a la detención preventiva tanto respecto de los imputados como de los acusados no se ajusten a lo dispuesto en el artículo 9 del Pacto. En ese sentido, el Comité destaca que, de conformidad con el principio de la presunción de inocencia, la detención preventiva no debería ser obligatoria".

nada al Juez (que instruye, procesa, encarcela y condena como en el más rancio inquisitivo), establecimos el principio de oportunidad con una timidez tal que no servirá de mucho.

61. También en este punto nos tememos mucho que se trate simplemente de decir que hemos avanzado en el acusatorio, estableciendo el principio de la oportunidad reglada, cuando en verdad seguimos manteniendo a todos los efectos prácticos el más puro principio de legalidad o de obligatoriedad de la acción, seguiremos penalizando la bagatela y la totalidad de los delitos, por lo menos en el papel, lo que contribuirá, igual que ahora, a la superpoblación de las cárceles y al atiborramiento de trabajo en los Juzgados.

62. La actual polémica sobre la penalización de las faltas, vista por algunos como la panacea de la prevención, choca frontalmente con el principio de mínima intervención, con el propio principio de oportunidad establecido en el Código del Proceso Penal, con la mejor doctrina⁽³⁵⁾ y, sobre todo, con la constatación empírica que en ningún lugar del mundo se ha podido lograr perseguir todos los ilícitos, en todos los casos, con un ciego y mítico principio de oficialidad de la acción también llamado de legalidad, que en realidad no opera en la práctica. En efecto, la persecución de la bagatela, sólo permite actuar, como siempre lo hace, el poder discrecional que, sin norma alguna que lo permita, pero respondiendo al llamado de la realidad, de hecho tienen y utilizan todos los operadores del control social formal, en todos los niveles, ya sean estos policías, fiscales o jueces.

63. En caso de llevarse a cabo una política de persecución de la bagatela, si el sistema no colapsa, en definitiva, será, no por aplicación de la oportunidad reglada por el Código (incompatible y contradictoria con la persecución de las meras contravenciones), sino por el ejercicio de ese enorme poder discrecional que de hecho siempre tuvieron y tienen los operadores del sistema, policía, jueces y fiscales, todo lo que significa en buen romance que hemos dado un gran rodeo para quedarnos precisamente en el mismo punto en que estábamos. Es muy contradictorio y demostrativo de la errática política criminal que aplicamos, pretender por un lado perseguir las faltas y por otro permitir al fiscal que no persiga ciertos delitos en aplicación del principio de oportunidad.

64. Este mismo Código del Proceso Penal se aprobó sin haberse logrado un consenso significativo sobre el modelo de proceso que queremos para Uruguay. Se impuso, voluntarísticamente, por el sector político en pleno, en cumplimiento de un acuerdo de análogo carácter, denominado Acuerdo del Parque Hotel, donde los cuatro partidos principales acordaron modificar el Código del Proceso Penal para acercarlo al acusatorio.

65. Pero en definitiva el texto aprobado, sin desconocer el esfuerzo de sus autores, fue un gran conglomerado de muchas y variadas procedencias, una norma de transacción relativa, que no tiene antecedentes en derecho comparado, y que no responde a un sistema conocido ni aplicado en ninguna otra parte. Al punto de que contó y cuenta con la oposición del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, de buena parte de la Suprema Corte de Justicia, de la

(35) LANGÓN CUÑARRO, Miguel, *Enfoque crítico sobre criminalización de las faltas*. Revista Sentencia, de la Asociación de Magistrados del Interior, Año IV, N° 8, 1989:33-43; LANGÓN CUÑARRO, M., SCAPUSIO Beatriz, *Penalización de las faltas a través de la actuación del Ministerio Público en Capital*, en: Anales de las Primeras Jornadas Uruguayas de Criminología, Instituto Uruguayo de Criminología, T. I, nov. 1989:25-33.

Cátedra de Derecho Penal de la Universidad de la República, y en definitiva todo el esfuerzo y el costo que tendrá su implementación es dudoso que valga la pena, visto lo modesto de la reforma, más allá de lo aparatoso que pueda ser, en primera lectura, para el gran público, la novedad del juicio oral, y sin desconocer mejoras puntuales que, sin embargo, no permiten un juicio favorable de conjunto.

66. No tratamos ahora de hacer un análisis de este texto normativo, desde el punto de vista del proceso penal, pero podemos señalar, dentro de su articulado, algunos institutos que avalan la tesis de este trabajo respecto de la incoherencia, falta de transparencia y debate, lo que no impide, sin embargo, la toma de posición por parte del legislador respecto de grandes temas, y la incorporación, por tal modo a nuestra sistemática, de normas aisladas, de suma gravedad, que pasan como inadvertidas en el fragor de la disputa global respecto del sistema procesal más conveniente para Uruguay.

67. Me refiero naturalmente al art. 148 del CPP⁽³⁶⁾, que incluye pruebas prospectivas que suponen admitir que el sujeto, de alguna manera, preste su cuerpo para deponer en contra de sí mismo, lo que se hace por un sistema clásico de inversión del *onus probandi*, de la carga de la prueba, lo que pone en cuestionamiento el principio de inocencia plasmado en el art. 8 del Pacto de San José, el art. 12 de la Constitución de la República y el art. 4 del propio CPP.

68. En este caso no es que yo esté necesariamente en contra de este tipo de disposiciones, sino que destaco el hecho de que una norma de esta naturaleza pase sin discusión alguna, sin resistencia de ningún tipo por el Parlamento. Este tipo de disposiciones puede ser muy útil para combatir ciertas formas de criminalidad organizada, por ejemplo el tráfico ilícito de drogas, o para reprimir delitos de corrupción. Lo curioso es que no se han adoptado medidas similares para los casos de delitos graves, pero aparecen en cambio incorporadas al Código, aplicables para una variada gama de delitos que no necesariamente comprometen a la comunidad en forma tal, que habiliten la aplicación de normas propias de un derecho penal de excepción, a la delincuencia común.

69. Con motivo de la puesta en práctica del nuevo Código Procesal también ha resurgido la vieja discusión respecto de las potestades de la policía para efectuar un arresto fuera del caso de flagrancia. Este es otro ejemplo muy claro que abona la tesis de este trabajo y la preocupación que su confirmación genera. En realidad el problema lleva, por lo menos, más de un siglo de discusión en el país sin que hayamos sabido darle solución. La Constitución establece claramente que fuera de la flagrancia sólo puede procederse al arresto de una persona por orden escrita del juez competente habiendo semiplena prueba de delito⁽³⁷⁾.

70. Esta norma constitucional es un verdadero tabú institucional en el Uruguay y si se me permite la gráfica (pero no irrespetuosa) expresión, es una auténtica “vaca sagrada”. Por

(36) Artículo 143. (Pruebas corporales). Podrá especialmente disponerse pruebas corporales del imputado, como extracción de sangre, semen, muestra de piel o cabellos, para comprobar circunstancias de importancia para el juicio, siempre que aquél preste su consentimiento. Dichas operaciones serán efectuadas por perito, de acuerdo con las reglas médicas. La negativa del imputado en tal sentido, dará lugar a una presunción simple, en contra de su interés, de lo cual deberá ser advertido por el tribunal en el acto de requerírsele la conformidad para la realización de la prueba”.

(37) Art. 15 Constitución: “Nadie puede ser preso sino *infraganti delicto*, o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente”.

consiguiente, aun sabedores de los problemas que causa, nadie osa siquiera mencionar la posibilidad de modificarla, y así ha sobrevivido a cuanta reforma constitucional se efectuó en el país.

71. Por otra parte, ni la ley ni la justicia han podido darle a la policía una regla clara, que determine con exactitud cuándo puede proceder al arresto de un sujeto, sin orden del juez y obviamente fuera de los casos de flagrancia.

72. En verdad, al no querer modificar el texto constitucional, pero querer (surge de los hechos) que la policía, al mismo tiempo, sí pueda arrestar en averiguación a los sospechosos, aun sin orden judicial, hemos creado un problema insoluble, un verdadero acertijo, un pantano en el cual una y otra vez caemos. Como consecuencia discutimos, nos acusamos mutuamente, nos encolerizamos unos con otros, perdemos la paciencia, no ejercemos la tolerancia, y exhibimos una gama sin fin de recursos para escamotear la realidad, y para hacer o dejar hacer cosas totalmente diferentes de las que la Constitución permite, violándola, pero no aceptándolo, negándolo. Una actitud totalmente surrealista, posmodernista, que sólo puede entenderse, quizá, a través del metalenguaje.

73. Durante los 93 años que rigió el Código de Instrucción Criminal⁽³⁸⁾ se aplicó el art. 420⁽³⁹⁾, que estatuyó lo que dio en llamarse la “detención en averiguación”, que toda la doctrina procesalista consideró siempre, sin fisuras, como francamente inconstitucional, por admitir una forma de aprehensión de personas violatoria de lo dispuesto por el art. 15 de la Constitución.

74. Esta norma, tildada de inconstitucional, no molestó en absoluto a los operadores del sistema, que siguieron persiguiendo y condenando a sujetos que habían recibido este tratamiento inconstitucional, los abogados defensores lo sufrieron y, más allá de las disquisiciones académicas sobre el punto, de su inconstitucionalidad manifiesta, las cosas se desarrollaban, en franca coincidencia con la tesis que sostengo en este trabajo, como si fuera lícito que la policía pudiera privar de su libertad a las personas sin orden judicial. Pero no tuvimos el coraje de cambiar la disposición constitucional constantemente violada, con aceptación de todos, lo que no impidió, ni impide, que la policía tenga que soportar que periódicamente alguien le recuerde que actúa en estos casos en clara violación de la Constitución, lo que alimentó por otra parte toda la retórica respecto de las famosas redadas o “razzias”, que de tanto en tanto se efectuaban por parte de la autoridad.

75. Con el advenimiento del Código Procesal de 1980, las cosas se complicaron más. Porque los ilustres magistrados que lo redactaron⁽⁴⁰⁾, no reprodujeron en la ley el texto del viejo Código de Instrucción, de forma y modo que quedó derogada la ley que autorizaba el arresto en averiguación, estableciéndose un texto compatible con la Constitución, que dejaba sin sustento el arresto administrativo. Por ese motivo el gobierno de la época dictó el

(38) Es del año 1878.

(39) Art. 420 Código de Instrucción Criminal: (en la cárcel) ... se establecerá una repartición absolutamente separada para la seguridad preventiva de todo individuo que, sin ser acusado de un delito, haya la necesidad de detenerlo para la averiguación del mismo o por simples sospechas de complicidad”.

(40) Los Dres. Milton CAIROLI, Manuel DIAZ ROMEU y Juan LARRIEUX.

famoso Decreto 690/80⁽⁴¹⁾, reimplantando la posibilidad de conducción por parte de la policía sin orden previa y escrita del Juez, con lo que su actuación, que antes se basaba en un texto legal inconstitucional, pasó a ampararse en un decreto ilegal (e inconstitucional).

76. No tenemos dudas. La Constitución prohíbe, lisa y llanamente, que la policía pueda arrestar a nadie sin orden del juez, esto es claro y simple y no puede eludirse mediante el enmascaramiento de la realidad, utilizando subterfugios, jugando con las palabras y cometiéndole una verdadera “estafa de etiquetas”, que consiste, como es sabido, en rotular las cosas de algún modo favorable a la interpretación constitucional, pero en realidad, en los hechos, violar el texto y el sentido de lo establecido en la Carta.

77. A esta altura, mientras todavía existen los que sostienen que la policía no debe detener a nadie sin orden del juez (lo que impediría, de llevar las cosas a todas sus consecuencias lógicas, detener a un automovilista en infracción, tomarle los datos, retenerle los documentos, prohibirle seguir conduciendo por su estado de ebriedad, tomarle pruebas de alcoholemia etc.), parece obvio que la sociedad uruguaya en su conjunto, desde siempre, desde su nacimiento como Estado en 1830, hace 168 años, ha admitido y querido que la policía cumpla con su deber y la defiende, utilizando para ello todas las medidas que la razón y el buen sentido aconsejan, entre ellas, detener a los sospechosos de haber incurrido en un acto criminal, a condición de que los pongan de inmediato, dentro de las 24 horas, a la disposición de un juez. Y sin perjuicio de las sanciones administrativas que un uso abusivo de sus poderes pudieran aparejar, dentro de una buena administración pública, celosa de su función y puesta al servicio de la comunidad.

78. Si esto es así, entonces tal vez no sea siquiera necesario modificar el sagrado texto del art. 15 de la Constitución, considerando lo anterior como una interpretación auténtica, continuada en el tiempo y aceptada por la comunidad, de cuál debe ser la forma de actuación policial, admitiendo buenamente que ésta arresta sin orden del juez, dejando a la doctrina y a la jurisprudencia la valoración de la prueba que de esta situación pueda derivarse, caso a caso, y a la propia administración la fijación de reglas precisas de actuación, que permitan el mayor respeto posible al texto constitucional, con publicidad y transparencia, asegurando a todos tener un panorama cabal de la forma honrada en que la policía cumple con su deber.

79. De otro modo quedaremos en el “impase” actual. Un problema insoluble que sólo deja lugar a las discrepancias y acusaciones mutuas, permaneciendo incólume la inconstitucionalidad e ilegalidad del arresto sin orden judicial, que la sociedad uruguaya ha aceptado de hecho durante larguísimo tiempo, y que sin duda se seguirá produciendo, lo que

(41) El Decreto 690/80 se refiere a que la policía puede adoptar, respecto de los ciudadanos, “medidas de conducción”, lo que permitió a algunos pretender que significa algo diferente del arresto en averiguación y que no se trata de un caso de prisión sin orden del juez, sino de una mera conducción. Nos parece que este tipo de razonamientos son “encubridores” de una realidad incómoda, a la que se pretende soslayar jugando con las palabras. Toda medida de coerción individual, de limitación de la libertad de locomoción ha sido prohibida por el texto de la Carta, si no hay de por medio una orden judicial que la disponga. Este recto sentir, esta verdadera interpretación es lo que causa tantos problemas, porque en realidad ha creado uno insoluble, para una sociedad que, en realidad, no está dispuesta a que su policía no intervenga con decisión, y sin esperar orden alguna, contra el hecho criminal.

sólo sirve para mantener un doble discurso muy pernicioso y que siembra dudas en los agentes de la autoridad que no terminan de tener reglas claras de actuación.

80. Porque no creemos posible que vayamos a cumplir a rajatabla el texto del art. 15 de la Constitución prohibiéndole a la policía detener sin orden judicial, y a éste exigirle que la orden sea dada luego de recabada la semiplena prueba de un delito, situación casi imposible de imaginar en el contexto de un proceso que desconoce como prueba la actuación policial y que exige que ella se recabe en audiencia⁽⁴²⁾.

81. Finalmente, como última demostración de nuestra tesis, a saber, la forma oculta o no clara de legislar, que denota la falta de una política criminal unitaria en esta materia, puede visualizarse del análisis que de unos años a esta parte viene haciéndose del tema delito político y su incidencia en el trámite de la extradición.

82. Una vieja tradición uruguaya, país de asilo, ha sido la excepción del delito político a los pedidos de extradición, situación muy clara que se extendía a los delitos comunes cometidos con finalidad política y aun a los delitos conexos con aquellos⁽⁴³⁾.

83. Nuestra jurisprudencia, atada a esos textos, ignoró en general la evolución internacional en la consideración del terrorismo como un conjunto de delitos que no merecían la calificación de delitos políticos y el trato de excepción y benignidad, que quizá con excesivo optimismo y con el romanticismo propio de fines del siglo pasado todavía nos guiaba a fines de este segundo milenio. Y es así que, en casos muy notorios, no aceptó que los actos de terrorismo fueran una excepción a la excepción del delito político, y por lo tanto pasibles de extradición⁽⁴⁴⁾. Para la interpretación tradicional, los delitos terroristas son un caso más de delito político y deben ser beneficiados con la excepción de extradición.

84. El nuevo Código del Proceso Penal, que estatuye un verdadero régimen de extradición para los casos en que no medie tratado, luego de establecer la tradicional improcedencia de extradición cuando se trate de delitos políticos y conexos, determinó que no serán considerados tales los actos de terrorismo⁽⁴⁵⁾.

85. No se definieron esos actos, pero ahora resulta claro que para nuestro legislador sí existen delitos que merecen el calificativo de terroristas, en cuyo caso procede la extradi-

(42) El art. 190 de la Lcy 16.893 (CPP), dice que fuera de los casos de flagrancia "la detención sólo puede efectuarse por orden del tribunal competente...". Las actuaciones que cumple la autoridad con funciones de policía, en la etapa de actividad preprocesal, según el art. 235.4, "sólo tendrán el valor de indicaciones para la actividad probatoria, careciendo de todo valor probatorio", edictando el art. 175, por su parte, que está prohibido interrogar a los policías o técnicos sobre las manifestaciones que el imputado les hubiere efectuado. La voluntad de otorgar una clara garantía de jurisdiccionalidad es clara en el articulado del nuevo Código.

(43) Para no abrumar con referencias digamos que esto fue establecido, por ejemplo, en el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de 1889 que nos vincula con la República Argentina (art. 23), en el de 1940, que nos vincula con el Paraguay (art. 20), en el Código Penal de 1934, vigente (art. 13), como regla general respecto de los casos en que no procede la extradición pasiva.

(44) Me refiero, como es muy obvio, al caso de los "ciudadanos vascos" reclamados por España, imputados de pertenecer a ETA, grupo "terrorista" que lucha por la independencia del pueblo vasco, y contra el gobierno español.

(45) Artículo 339 N° 4 inc. 2: "No serán considerados como delitos políticos el genocidio, los crímenes contra la humanidad, así como los actos de terrorismo".

ción. El problema es que no definió tales actos, lo que quedará librado a la interpretación jurisprudencial.

86. La Ley 16.799 de 20.11.96, que ratifica el nuevo Tratado de Extradición con España, vino a definir el acto terrorista de modo tan amplio que, en realidad, lo que ha hecho es derogar prácticamente en todos los casos de delitos graves la excepción de delito político⁽⁴⁶⁾. Hay aquí dos interpretaciones posibles: a) una restringida, que afirme que esta definición de acto terrorista sólo es válida en el caso del que trata este Tratado, es decir, con España y a los solos fines de la extradición, y b) otra, que preferimos, que entienda que de aquí deriva una interpretación auténtica del legislador, que por lo menos debe valer como doctrina más recibida, u orientación de qué cosa sea un acto de terrorismo. Lo cierto es que la definición es tan amplia que, aun manteniendo la excepción del delito político (numeral 1), en verdad lo vino a derogar, por el mero expediente de considerar que se trata de un acto de terrorismo.

87. Conforme a mi tesis no es que yo esté en contra de este planteo⁽⁴⁷⁾, sino que noto con asombro, de qué forma, sin discusión pública, se pueden votar cosas tan contradictorias o graves, como el hecho notorio que significa que, en un par de leyes, en un par de años, hayamos venido a eliminar la excepción del delito político, una piedra angular del régimen extraditorio nacional. Y estoy seguro de que no pocos de los que votaron este Tratado y este Código no deben tener muy claro las consecuencias de este hecho, y es posible que en el futuro tengamos otra vez discusiones eternas sobre el tema, no bien se plantee de nuevo algún caso espectacular.

(46) El art. 4 de dicho Tratado de Extradición dispone, en efecto: "... 2. A los efectos de este Tratado, en ningún caso se considerarán delitos políticos:

- A. El atentado contra la vida o la acción de dar muerte a un Jefe de Estado o de Gobierno o a un miembro de su familia.
- B. El genocidio, los crímenes de guerra o los que se cometan contra la paz o la seguridad de la humanidad o cualquier otro delito directamente conexo con ellos.
- C. Los actos de terrorismo, entendiéndose por tales los delitos que impliquen:
 - a) el atentado contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas que tengan derecho a una protección internacional, incluidos los agentes diplomáticos;
 - b) la toma de rehenes o el secuestro de personas;
 - c) el atentado contra las personas o bienes cometidos mediante el empleo de bombas, granadas, cohetes, minas, armas de fuego automáticas, cartas o paquetes con explosivos ocultos o dispositivos similares;
 - d) los actos de captura ilícita de buques o aeronaves y todos los comprendidos en el ámbito del Convenio para la Represión de la Captura Ilícita de Aeronaves, firmado en La Haya el 16 de diciembre de 1970;
 - e) los actos comprendidos en el Convenio para la Represión de Actos Ilícitos dirigidos contra la Seguridad de la Aviación Civil, firmado en Montreal, el 23 de setiembre de 1971;
 - f) la tentativa de comisión de alguno de los delitos previstos en este artículo o la participación como coautor o cómplice de una persona que cometa o intente cometer dichos delitos;
 - g) en general cualquier acto de violencia no comprendido en los supuestos anteriores y que esté dirigido contra la vida, la integridad corporal o la libertad de las personas..." (subrayado mío).

(47) En realidad creo que modernamente no se justifica la excepción del delito político en un mundo globalizado, donde puede negarse la extradición por otras razones como el orden público o la seguridad nacional, bajo la condición de la aplicación irrestricta del principio *aut dedere aut judicare*, o condicionarse a que se aplique un justo juicio, no se imponga la pena de muerte, ni la de reclusión perpetua, etc.

CONCLUSIONES

1. Este trabajo refiere al tema de la necesidad de tener una política criminal de Estado para enfrentar con acierto el problema de la criminalidad, en todos sus complejos e interrelacionados aspectos.

2. La tesis, que se pretende probar a través de una serie de casos puntuales pero de gran trascendencia, es que no existe en el país una política criminal coherente y eficaz, pudiendo verse, por el contrario, una gran variedad de políticas, que no responden a ningún plan, y muchas veces son contradictorias entre sí.

3. La volubilidad del legislador hace pensar en un activismo en buena medida irracional, que responde a la coyuntura, y que significa en algunos casos la imposición de alguna mayoría, sin prestar atención al hecho de que debería haber un cierto consenso compartido, que considerase también la opinión de los expertos, de modo que el producto fuera coherente para enfrentar el flagelo de la criminalidad.

4. No es posible por cierto esperar unanimidades, pero sí es exigible la claridad de los planteos, la transparencia en el planteo de las cuestiones, la claridad del lenguaje, y la asunción de los costos que toda implementación política tiene.

5. Una legislación incoherente, cambiante, confunde a la jurisprudencia que, dentro de la concepción de independencia técnica existente y sin el valor rector del precedente, ve agudizarse la dispersión en los fallos, su imprevisibilidad, todo lo que conspira contra la certeza jurídica que es un valor esencial para la convivencia pacífica de los ciudadanos.

6. El debate ideológico y doctrinario se debería dar con toda intensidad y fuerza, asumiendo las diferentes posiciones con valentía y nitidez, para luego de un gran debate esclarecedor sepamos cuál es el sentido de la norma finalmente aprobada, y podamos cumplirla cabalmente, sin tergiversaciones ni componendas, ni falsas razones vergonzantes, sin perjuicio de los movimientos de reforma que permitirán el cambio y el progreso, para todo lo cual es necesario que haya un gran sinceramiento de todos los operadores.

7. Será necesario debatir en el plano más elevado posible, con la intensidad que fuera, pero evitando la descalificación del adversario, el agravio o la presunción de intencionalidad, de forma y modo que la política que se aplique sea lo más consensuada posible, y que llevemos a la práctica lo que establezcan los textos que nos hemos dado, cumpliendo cabalmente con la ley.

8. Algunos temas, ya ampliamente debatidos, deben quedar para la docencia, y no alterar cíclicamente el panorama local distrayéndonos de asuntos de actualidad. No podemos seguir con la perpetua discusión sobre la pena de muerte, el aborto o la edad de la imputabilidad, y debemos conformarnos con los resultados que tales decisiones conllevan, aceptando las consecuencias de nuestras propias decisiones.

9. Probablemente sea necesario un día debatir seriamente sobre si queremos realizar un cambio de paradigma o si cumpliremos fielmente el modelo liberal y democrático que nos hemos dado a nivel constitucional y a través de los Pactos Internacionales que adoptamos.

10. Si optamos por la segunda hipótesis, y decidimos mantener el modelo (que está vigente), será necesario hacer lo que corresponda para implementarlo y darle vida, corrigiendo

aquello que no se compadezca con el mismo y dando cabida, en forma holística, a todas las recomendaciones existentes en el campo internacional, atento a que este modelo no es benigno, ni permisivo ante el hecho criminal, sino que supone, precisamente, una serie coordinada de medidas, en todas las áreas, desde el tratamiento de la bagatela, hasta el régimen penitenciario.

11. El tratamiento de los delitos graves, tales como el terrorismo, la criminalidad organizada, el tráfico de armas o de drogas, de niños, órganos y personas, la corrupción y otros, tal vez merezca una consideración especial, visto que difícilmente se pueda combatir estos actos criminales con las normas sustantivas y adjetivas comunes.

12. El planteo de una legislación excepcional no debería llevar a cerrar filas tras un ilusorio principismo, porque ya hemos visto cómo fue necesario proceder en Uruguay en 1972 ante una situación de esta naturaleza, y mecanismos tales como el agente encubierto, el arrepentido, la inversión de la carga probatoria y otros, que se van introduciendo para todo delito, tal vez merezcan una esclarecedora y pública consideración, en el área de la macro criminalidad y de la criminalidad no convencional.

13. Habría que decidir si vamos a seguir manteniendo elementos de un derecho penal de autor en nuestro código penal, y si el sistema de la doble vía es todavía operativo, aplicando en tal caso, honestamente, sus disposiciones.

14. El problema de la pérdida de la libertad de los hombres, desde el arresto hasta el cumplimiento efectivo de las condenas, debería estar claramente regulado, sin ambigüedades, ni textos que permitan una doble o múltiple lectura, sino desde la sencillez de un lenguaje claro y entendible, que permita a los policías saber con qué poderes cuentan, a los abogados con qué derechos manejarse y a los jueces qué normas aplicar.

15. Deberíamos saber si optamos por un sistema en que la libertad sea la regla y el apriisionamiento la excepción, como señala la Convención Americana de Derechos Humanos y la propia Constitución de la República, o si por el contrario hemos vuelto a un sistema en que la preventiva es la regla y la libertad la excepción.

16. El régimen de salidas transitorias debería quedar delimitado para los penados en la tercera y última etapa de reclusión, y en principio ser inaplicable a procesados, si logramos darle a los procesos un lapso razonable de duración.

17. En definitiva creo que es posible aplicar el modelo recomendado por las Naciones Unidas, que es el nuestro, y el que corresponde a nuestra tradición, a condición de llamar a las cosas por su nombre, desterrar algunas de las peores características de nuestra idiosincrasia nacional y estar dispuestos a soportar las consecuencias que ello supone.

18. Este sistema no está concebido sólo en beneficio del delincuente, como comúnmente se suele considerar erróneamente, sino de la sociedad toda, pues ofrece solución verdadera a los conflictos cuando ello es posible, valora la condición de la víctima y no desarma en modo alguno a la autoridad ni al Estado frente al flagelo de la criminalidad, porque combatirla eficazmente no significa en modo alguno flaqueza, ni debilidad, ni permisividad, sino un razonable arsenal de medidas tendientes todas a un fin, con unidad de criterio y determinación de acción.

19. Entenderlo así y actuar en consecuencia tal vez nos evite las disfunciones y angustias del presente, estableciendo nuevos baremos de actuación, frente a la errática y no decidida política criminal empleada, de modo de preservar mejor la paz de la comunidad y asegurarle a todos una calidad de vida superior, dándole a la población la posibilidad de vivir, en seguridad y libertad, una vida digna de ser vivida.