

1. DOCTRINA INTERNACIONAL

1.3

ESQUEMA AGRAVATORIO DE LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA (LEY 16.707, DEL 12.07.1995) MODIFICATIVA DEL CÓDIGO PENAL URUGUAYO

RAÚL CERVINI

SUMARIO: 1. Planteos preliminares – 2. Cuadro agravatorio: 2.1 Agravación general por vía indirecta; 2.2 Agravación directa por incremento de la pena conminada; 2.3 Circunstancias agravantes propiamente dichas – 3. Atenuantes – 4. Reflexiones finales.

Resumen: El artículo procura realizar un análisis sintético introductorio de la primera y más significativa alteración del Código Penal uruguayo ocurrida desde 1934. Estas modificaciones de claro corte represivo se introducen por medio de la llamada “Ley de Seguridad Ciudadana”. Esta Ley 16.707, del 12.07.1995, representó la primera gran claudicación del Derecho Penal uruguayo frente a las tendencias mediáticas del modelo de Derecho “intervencionista” o “activo”. La ley modificativa del CPU está impregnada de una fuerte tendencia agravatoria. Esta orientación se traduce indirectamente en la eliminación de tipos privilegiados, ampliación más o menos irracional del ámbito de aplicación de tipos existentes, creación de tipos autónomos francamente innecesarios. También, por vía directa, se agravan varios tipos existentes por vía del incremento de la pena conminada o incorporando agravantes propiamente dichos. Todo un panorama muy lamentable que encamina al Derecho Penal uruguayo hacia un camino sin retorno.

Palabras-clave: Ley de Seguridad Ciudadana del Uruguay – Modelo intervencionista activo en Uruguay – Delito de Copamiento – Delito de Recepción – Colaboración eficaz con las autoridades.

1. Planteos preliminares

a. Luego de muchos años de respetuosa y perseverante vigencia de cardinales principios del Derecho Penal Liberal, en el mes de julio de 1995 Uruguay finalmente cedió frente a los vientos intervencionistas que azotan nuestra región. Tras un irracional y mediático proceso de elaboración, en el curso del cual resultaron estériles todos los llamados a la Razón y al Derecho, fue promulgada –entre clamores de panacea universal– una ley, la 16.707, paradigmáticamente llamada “de Seguridad Ciudadana”.

b. Es un hecho que en nuestros colectivos se percibe un creciente sentimiento de inseguridad ciudadana. La alarma social originada en ciertas manifestaciones de criminalidad de prevaeciente raíz estructural resulta meticulosamente redimensionada en su magnitud y realimentada por los medios masivos de comunicación, hasta consolidarla como una realidad más. Esos mismos mecanismos terminan inexorablemente alentando, sin la debida prudencia política y racionalidad jurídica, cambios legislativos acentuadamente represivos y otras panaceas frecuentemente reñidas con principios garantizadores consagrados en el campo sustantivo y procesal.

La tendencia conocida como “Modelo de Derecho *Intervencionista* o *Activo*” presupone, en el mejor de los casos, un acentuado voluntarismo al pretender solucionar por vía legislativa un fenómeno que, como hemos adelantado, tiene raíz y naturaleza estructural. Por lo demás frecuentemente este “modelo” conlleva una cierta hipocresía, ya que esas iniciativas legislativas más o menos inducidas, prevaleciéndose del valor simbólico del Derecho Penal, claramente priorizan modificar la “imagen”, “apreciación social” o “sensación térmica de la realidad” más que cambiar la propia realidad. Lamentablemente suelen ser acompañadas por sectores que se muestran liberales en otras áreas de la actividad comunitaria.

c. En ese contexto, abocados a estudiar una reforma penal tan trascendente como la que impone la nueva Ley 16.707, no podemos limitarnos a un mero análisis particularizado y exegético de sus normas. La filosofía inspiradora de una reforma y su valor dogmático trascendente surgen de su análisis global. Por ello vemos necesario trazar al menos un esquema, un mapa introductorio de toda una política definitivamente agravatoria en sentido lato, que se ve lamentablemente plasmada en la nueva ley.

d. En consecuencia, nos referiremos en primer término (Cap. I) a ese cuadro agravatorio planteando en nuestra exposición los tres planos o niveles a través de los cuales se marca esa clara tendencia de la Ley 16.707, a saber: por vía indirecta; por vía directa mediante el incremento de la pena conminada, y en el campo de los agravantes propiamente dichos. En el Cap. II se aludirá a los problemas técnicos y éticos que plantea la atenuante genérica introducida en el art. 2 de la Ley 16.707. Se finalizará con unas breves reflexiones, necesariamente pesimistas, sobre el efecto social que puede esperarse de una legislación de este tipo (Cap. III).

2. Cuadro agravatorio

2.1 Agravación general por vía indirecta

La política de agravación general por vía indirecta se expresa en la nueva Ley de Seguridad Ciudadana de diversas maneras:

a. *A través de la eliminación de los tipos privilegiados que hace el art. 23 de la ley al derogar expresamente los arts. 313 y 331 del Código Penal.*

El Infanticidio *honoris causa* (art. 313) y el Abandono del Recién Nacido por motivos de honor (art. 331) eran conductas que habían sido privilegiadas por el codificador. Al considerarse el Proyecto en la Cámara de Representantes, la Comisión Informante sostuvo que los aludidos textos representaban resabios históricos en la valoración del honor propios de un contexto social hoy superado. Por ello, hoy día, frente a la disyuntiva de optar entre la protección del honor y la de la vida, se optó por priorizar a este último bien.

En los hechos, la derogación introducida operará como una circunstancia agravatoria indirecta, ya que estas conductas no serán tratadas como figuras simples de homicidio y abandono, sino que en la mayor parte de los casos pasarán a ser tipificadas como homicidio calificado o abandono agravado, respectivamente.

b. Por ampliación del ámbito de aplicación de los tipos.

Esto ocurre en los siguientes casos:

b.1) *Corrupción*. El art. 1.º de la ley sustituye al art. 274 del Código Penal. En el Código, eran sujetos pasivos de la corrupción las personas mayores de 15 años y menores de 18. Ahora, con la nueva redacción del art. 274, se ha ampliado el ámbito de esos sujetos pasivos, que serán las personas mayores de 12 y menores de 18:

“Comete corrupción el que, para servir su propia lascivia, con actos libidinosos corrompiere a persona mayor de doce años y menor de dieciocho.”

Creemos necesario señalar que, aun con la modificación, permanece latente el vacío legal respecto de aquellos actos de corrupción de menores de 12 años que no configuran la materialidad típica del delito de Atentado Violento al Pudor (art. 273). La única solución estaría en suprimir el límite etéreo mínimo de la corrupción.

b.2) *Proxenetismo*. El art. 24 de la ley, que sustituye los arts. 1.º y 2.º de la Ley 8.080, del 27.05.1927. En esta última norma la víctima tenía que ser menor de 14 años. Ahora, con la modificación introducida al art. 2.º: “La pena mínima será de cuatro años de penitenciaría si la víctima fuere menor de 18 años...”.

b.3) Igual situación se da con los *agravantes especiales del homicidio*. La ley, en su art. 12, sustituye al art. 311 del Código Penal, y en particular, en su primer apartado, agregó al concubino y al hermano natural al expresar:

“1.º) Cuando se cometiera en la persona del ascendiente o del descendiente legítimo o natural, del cónyuge, del concubino o concubina *more uxorio*, del hermano legítimo o natural, del padre o del hijo adoptivo.”

Particularmente en lo que atañe a la situación del concubino podría decirse que esta incorporación trasunta una incoherencia, pues la condición de concubino no se toma en cuenta en el numeral 2.º del art. 26, que trata de la legítima defensa como causa de justificación, ni tampoco entre las circunstancias atenuantes genéricas del art. 46.

c. Por la virtual eliminación de la instancia de parte.

Es el caso de los delitos de traumatismo y lesiones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación.

El art. 14 de la ley sustituye al art. 322 del Código Penal en los siguientes términos:

“De la Denuncia: El traumatismo, las lesiones ordinarias y las lesiones culposas graves sólo se castigarán a denuncia de parte,”

y agrega como novedad, en un segundo párrafo:

“El Juez o el Ministerio Público podrán proceder de oficio en los casos de traumatismo o de lesiones ordinarias causadas con abuso de las relaciones domésticas o de la cohabitación.”

d. *Aumento del lapso efectivo de prisión preventiva padecida por el imputado por el mecanismo de la limitación al beneficio de la libertad provisional* (art. 26 de la ley, que sustituye al art. 138 del CPP) y *por los mecanismos de la revocación y modificación del mismo beneficio* (art. 27 de la ley, que sustituye al art. 139 del CPP).

e. *Creación de tipos autónomos.*

Dentro de este rubro mencionaremos aquellas nuevas creaciones típicas de clara autonomía técnica y otras cuya autonomía puede ser más discutible.

El legislador, luego de evaluar el elenco de los delitos clásicos y valorar su frecuencia, lugar físico donde se da la conducta, objeto o relación subyacente más relevante en los mismos etc., podría haber tomado dos caminos: I) agravar puntualmente esos tipos, que suele ser lo técnicamente aconsejable, aunque menos vistoso, o II) reiterar el tipo singularizándolo autónomamente, en forma agravada.

A nuestro juicio el legislador compatriota optó por esta segunda vertiente, lo que no excluye en muchos casos la discusión sobre una autonomía decididamente polémica, lindante con los subtipos agravados. Desde el punto de vista estrictamente jurídico no se percibe el fundamento o necesidad de crear tipos autónomos exclusivamente en mérito a situaciones particulares sustancialmente abarcables por la norma madre. Si lo que se buscó fue lograr un cierto efecto simbólico para calmar transitoriamente manifestaciones de alarma social respecto de hechos puntuales, sin duda el camino escogido es el más eficiente.

e.1) *Porte y Tenencia de Armas.* El art. 15 de la ley incorpora al Código Penal la nueva disposición 152 bis.

“Porte y tenencia de armas. El que portare o tuviere en su poder armas cuyos signos de identificación hubieren sido alterados o suprimidos o cuyas características o municiones hubieren sido alteradas en forma circunstancial o permanente, de manera de aumentar significativamente su capacidad de daño, será castigado con tres a dieciocho meses de prisión o multa equivalente, pena por la cual optará el juez según las circunstancias del caso.”

Con esta norma se eleva a la categoría de tipo penal autónomo lo que antes en el Código Penal podría encuadrar en una falta (hip. del 365, inc. 12, o 366, inc. 4) o en un mero indicio de delito.

e.2) Igualmente el *delito de Receptación* se incorpora como un nuevo tipo delictivo contra la propiedad, a diferencia del Encubrimiento, que está ubicado dentro del bien jurídico Administración Pública.

El art. 21 de la ley incorpora al Código Penal el art. 350 bis, que expresa:

“350 bis. Receptación. El que, después de haberse cometido un delito, sin concierto previo a su ejecución, con los autores, coautores o cómplices, con provecho para sí o para un tercero, adquiera, reciba u oculte dinero o efectos provenientes de un delito, o de cualquier manera interviniera en su adquisición, recepción u ocultamiento, será castigado con pena de seis meses de prisión a diez años de penitenciaría. Se consideran agravantes del delito: A) Que los efectos se reciban para su venta. B) Que el agente hiciere de esta actividad su vida usual.”

Puede verse que el delito de Receptación queda con la pena más alta dentro de los delitos contra la propiedad, incluso por arriba del Hurto, lo que podría responder a una visión funcionalista de la punibilidad.

e.3) Delito de *Violencia Doméstica*. El artículo 18 de la ley incorpora el art. 321 bis al Código Penal. Es muy discutible si se trata de una figura autónoma o de un agravante de la lesión dolosa. Es tan discutible su autonomía como lo son los criterios de distinción con las lesiones personales. Nos inclinamos por sostener su autonomía, pero también creemos necesario resaltar que se trata de una figura muy confusa y difícilmente aplicable. El nuevo art. 321 bis expresa textualmente:

“321 bis. Violencia doméstica. El que, por medio de violencias o amenazas prolongadas en el tiempo, causare una o varias lesiones personales a persona con la cual tenga o haya tenido una relación afectiva o de parentesco, con independencia de la existencia de vínculo legal, será castigado con una pena de seis a veinticuatro meses de prisión...”

Los párrafos finales contienen agravantes propiamente dichas con pena propia y serán analizados más adelante.

e.4) Delito de *Riña*. También acá es discutible si estamos ante un subtipo o ante un delito autonomizado por el lugar de su comisión. Entendemos que el legislador quiso lo segundo, siguiendo el mismo criterio empleado para el delito de Riña en el Deporte previsto en la Ley 16.359. La participación en riña simple, prevista en el art. 323 del Código Penal, tiene una pena de multa o prisión equivalente. El art. 19 de la ley incorpora al Código Penal el art. 323 bis, que establece:

“El que, con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviera por objeto recreación o esparcimiento, durante su desarrollo o al ingresar o retirarse del mismo, participare en una riña o compeliere a participar en ella, la dirigiere o la propiciare, será castigado con pena de tres a veinticuatro meses de prisión. Con la misma pena será castigado el que, en las circunstancias del inciso anterior, portare armas (art. 293) o las introdujere en el recinto en que se desarrollare la competencia deportiva o el espectáculo público. En todos los casos, se procederá al comiso de las armas incautadas...”

Los párrafos finales constituyen agravantes propiamente dichas con pena propia, y las analizaremos más adelante.

e.5) Delito de *Rapiña con Privación de Libertad – Copamiento*. El art. 20 de la ley incorpora el art. 344 bis al Código Penal, que contiene un tipo hipercomplejo (junta tres delitos).

“344 bis. Rapiña con privación de libertad – copamiento. El que, con violencias o amenazas, se apodera de cosa mueble, sustrayéndosela a su tenedor, para aprovecharse o hacer que otro se aproveche de ella, con privación de la libertad de su o sus víctimas, cualquiera fuere el lugar en que ésta se consumare, será castigado con ocho a veinticuatro años de penitenciaría.”

e.6) Delito de *Daño*. El artículo 22 incorpora al Código Penal el art. 358 bis, que se transcribe a continuación:

“358 bis. El que destruyere o de cualquier modo dañare total o parcialmente una cosa ajena mueble o inmueble, con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público, durante su desarrollo o al ingresar o retirarse del mismo, será castigado con pena de prisión de tres a quince meses.”

Con la nueva redacción ha quedado configurado un daño con referencia de lugar, más grave (tres a quince meses de prisión) que el daño simple previsto en el art. 358 (pena de multa), pero menos grave que el daño agravado del art. 359 del Código Penal (tres meses de prisión a seis años de penitenciaría).

2.2 *Agravación directa por incremento de la pena conminada*

Esta política se observa con relación a varios delitos, a saber:

a. El delito *tentado*. El art. 3 de la ley sustituye al art. 87 del Código Penal. El primer párrafo no sufre mayores alteraciones, el delito tentado sigue castigado con la tercera parte a la mitad de la pena que corresponde al delito consumado, pero se suprime la expresión “a arbitrio del Juez”. La transformación más importante es que se agregó el siguiente segundo párrafo:

“Tratándose de los delitos de violación, homicidio, lesiones, rapiña, extorsión y secuestro y en mérito a las mismas consideraciones el Juez podrá elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado.”

b. El delito de *Cohecho Simple*. El art. 5 de la ley sustituyó el art. 157 del Código Penal, y la pena de Cohecho Simple, que era de multa e inhabilitación especial de dos a cuatro años, pasó ahora a ser una pena de tres a quince meses de prisión e inhabilitación especial de dos a cuatro años.

Pensamos que la pena de este delito quedó demasiado próxima a la del Cohecho Calificado (art. 158 del CP: seis a 24 meses de prisión e inhabilitación especial de dos a seis años), desnaturalizando una diferencia de sustancia que existe entre las dos figuras. Cabe señalar que en momentos en que tanto se habla sobre la corrupción, el legislador se perdió la oportunidad de redimensionar la pena del Cohecho Calificado, acompasándola con la pena del Fraude (que es de penitenciaría). Elevando la pena del Cohecho Calificado se elevaba asimismo la pena derivada del delito de Soborno (art. 159), lo que hubiera sido muy coherente.

c. Por su parte, el delito de *Encubrimiento* ha quedado totalmente cambiado en su estructura punitiva. El art. 8 de la ley sustituyó el art. 197 del Código Penal, que establecía para el delito una pena derivada de la tercera parte a la mitad de la pena establecida para el delito encubierto. Ahora, con la nueva redacción, se eliminó la referencia a "con o sin provecho personal" y se autonomizó la receptación (art. 350 bis), cuyo elemento caracterizante radica precisamente en la existencia de provecho o utilidad material por parte del sujeto activo. Con la actual redacción, la figura del encubrimiento quedó castigada con una pena de tres meses de prisión a diez años de penitenciaría.

d. El delito de *Violación*. El art. 9 de la ley sustituyó al art. 272 del Código Penal. En su mérito, el delito de Violación, que en el Código Penal se castigaba con una pena de dos a diez años de penitenciaría, pasó ahora a tener una pena de dos a doce años de penitenciaría.

e. Delito de *Amenazas*. El art. 11 de la ley sustituyó al art. 290 del Código Penal, aumentando la pena de multa del delito de Amenazas, que ahora se encuentra fijada entre 25 y 700 UR.

f. Delito de *Falsificación de Cédula de Identidad y Pasaporte*. En este caso, fuera de toda duda técnica, no estamos ante una figura autónoma, sino ante un incremento de la pena conminada. El art. 16 de la ley incorpora al Código Penal un art. 242 bis (Falsificación de Cédulas de Identidad y Pasaportes), el que será castigado con pena de seis meses de prisión a cuatro años de penitenciaría.

A nuestro modo de ver, el legislador optó por privilegiar los objetos materiales (cédulas y pasaportes) frecuentemente usados como instrumentos para la comisión de delitos más graves. Se tiene la sensación que frente a la impotencia o incapacidad para alcanzar al delito fin se opta por agravar la pena del delito medio, en una clara manifestación del funcionalismo propia del Derecho Intervencionista.

Desde el punto de vista técnico, pensamos que se trata de una falsificación ideológica de certificado. Por consiguiente, al nuevo párrafo se le debió haber asignado el número de art. 241 bis, a continuación del 241, que también se refiere a la falsificación ideológica de certificados, y antes del art. 242, que se ocupa de la falsificación material de certificado.

2.3 *Circunstancias agravantes propiamente dichas*

Dentro de este rubro cabe distinguir aquellas hipótesis en las cuales la nueva ley prevé pena propia y aquellas otras en que la pena queda igual.

a. Entre las primeras tenemos:

a.1) el caso de la *Asociación para Delinquir*. El art. 4.º de la ley sustituye al art. 150 del Código Penal.

Específicamente se agrega un segundo párrafo a la redacción del Código donde, con una muy discutible técnica ajena al proyecto original del Poder Ejecutivo, termina desvirtuado el sentido del hecho asociativo. De la Asociación

para Delinquir conocida tradicionalmente parece que sólo sobrevive la permanencia. Expresa la referida norma:

"El hecho será castigado con dieciocho meses de prisión a ocho años de penitenciaría si la asociación tuviere por objeto la ejecución de cualquiera de los delitos previstos en el art. 1.º de la Ley 8.080, de 27.05.1927 (Proxenetismo), en los arts. 30 a 35 del Decreto Ley 14.294, de 31.10.1974 (Estupefacientes), en el art. 5.º de la Ley 14.095, de 17.11.1972 (ilícitos económicos), de cualquier actividad ilícita relacionada con el tráfico de órganos tejidos (Ley 14.005, de 17.08.1971); el contrabando o la adquisición, recepción u ocultamiento de dinero o de los efectos provenientes de un delito."

a.2) *Agravante del Homicidio*. El art. 17 de la ley incorpora al Código Penal el art. 310 bis, que se transcribe:

"310 bis. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, se considerará agravante especial del delito, la calidad ostensible de funcionario policial de la víctima, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal. En este caso, el máximo de la pena se elevará en un tercio respecto de la prevista en el artículo anterior."

a.3) *Agravantes especiales de la Violencia Doméstica*. El art. 18 de la ley incorpora el art. 321 bis al Código Penal (Violencia Doméstica). Esta norma tiene sus propias circunstancias agravantes en sus párrafos finales:

"La pena será incrementada de un tercio a la mitad cuando la víctima fuere una mujer y mediaren las mismas circunstancias y condiciones establecidas en el inciso anterior. El mismo agravante se aplicará si la víctima fuere un menor de dieciséis años o una persona que, por su edad u otras circunstancias, tuviera su capacidad física o psíquica disminuida y que tenga con el agente relación de parentesco o cohabite con él."

a.4) *Agravante de la Riña con resultado de muerte o lesión con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviere por objeto recreación o esparcimiento*. El art. 19 de la ley incorpora al Código Penal el art. 323 bis, que establece en una de sus partes:

"Si de la riña resultare muerte o lesión, se aplicará lo dispuesto por el inc. 2.º del art. 323, incrementándose la pena en un tercio, siempre que el resultado fuera previsible para el partícipe..."

a.5) *Agravantes especiales del Homicidio, Lesiones Personales, Lesiones Graves y Lesiones Gravísimas cometidas con motivo o en ocasión de una competencia deportiva u otro espectáculo público que tuviere por objeto recreación o esparcimiento*. El art. 19 de la ley, que incorpora al Código Penal el 323 bis, expresa en su parte final:

"... Cuando bajo las mismas circunstancias del inc. 1.º, pero fuera de las hipótesis en él mencionadas, se cometieren por motivos relacionados a la competencia o espectáculo mismo, los delitos previstos en los arts. 310 (Homicidio), 316 (Lesiones Personales), 317 (Lesiones Graves) y 318 (Lesiones Gravísimas), las penas máximas de las respectivas figuras se incrementarán en un tercio."

b. Entre las segundas tenemos:

b.1) El delito de *Soborno*. El art. 6 de la ley sustituye el art. 159 del Código Penal. Específicamente, agrega un segundo párrafo, que es el siguiente:

“Se considerará agravante especial que el inducido sea funcionario policial o encargado de la prevención, investigación o represión de actividades ilícitas, siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones, o en razón de su calidad de tal y que esta última circunstancia sea ostensible para el autor del delito.”

b.2) El delito de *Atentado*. El art. 7 de la ley sustituye al art. 172 del Código Penal (circunstancias agravantes de dicho delito), modificando su 2.º inciso:

“2.º El que la violencia o amenaza se ejecutare contra más de dos funcionarios o contra un cuerpo político, administrativo o judicial, de organización jerárquica o colegiada, o contra un funcionario del orden judicial o policial.”

b.3) El delito de *Lesiones*. El art. 13 de la ley sustituye al art. 320 del Código Penal (circunstancias agravantes de dicho delito), incorporando entre las mismas:

“La calidad ostensible de funcionario policial de la víctima siempre que el delito fuere cometido a raíz o en ocasión del ejercicio de sus funciones o de su calidad de tal.”

3. Atenuantes

a. El tema a tratar en este caso es el de la modificación que introduce el art. 2 de la ley, que sustituye el art. 46 del Código Penal, incorporando una nueva atenuante genérica, que expresa:

“12. Colaboración con las autoridades judiciales. El colaborar eficazmente con las autoridades judiciales en el esclarecimiento de un delito.”

Esta norma tiene un antecedente frecuentemente olvidado. Se trata de la atenuante especial al delito de Concurso de los funcionarios públicos en la evasión (art. 186) prevista en el art. 188, 2.º: “Que el reo, dentro del término de tres meses, obtenga la captura o la presentación del prófugo a la autoridad”.

b. La nueva referencia al colaborador que trae la Ley 16.707 plantea, entre otros problemas, el de su alcance.

De acuerdo a una posición, esta norma no requiere el “llamamiento del correo”, o sea, la delación de un tercero. Basta con la confesión que ayude a la justicia, agregándose que toda confesión corroborada ayuda a la justicia, pues permite explicar hechos complejos y abreviar los juicios.

De acuerdo a una segunda posición (apoyada en abundante jurisprudencia anterior a la ley), si la confesión del colaborador se refiere a un hecho propio y es con presentación, jugaría la atenuante genérica de presentación a la autoridad, prevista en el inc. 9.º del art. 46, correspondiendo la atenuante genérica analógica del inc. 13.º del art. 46 si la confesión se realiza sin presentación

a la autoridad. Una posición jurisprudencial minoritaria entendía que también a la confesión sobre un hecho ajeno le era extensible el mecanismo de la atenuante analógica.

La confesión del colaborador referida a un hecho ajeno de un copartícipe, estaría ahora fuera de toda duda resuelta a texto expreso por esta nueva atenuante. Esa habría sido la voluntad del legislador y el sentido de la norma, premiar la delación con una atenuante.

Debemos reconocer que la solución recogida por el legislador uruguayo es sensiblemente más prudente que la que hoy ostentan algunas legislaciones extranjeras, pero indica una peligrosa tendencia. A vía de ejemplo, basta pensar en el art. 60 del Proyecto de Ley Modificativo del Decreto-Ley 14.294, actualmente a estudio.

3. Debe tenerse presente que este instituto está íntimamente emparentado con el *bargain* americano, el *patteggiamento* italiano y con la “delación premiada” que recoge el art. 6 de la nueva Ley brasilera 9.034, de 1995, de Combate al Crimen Organizado; este último prevé la reducción de la pena de uno a dos tercios para aquellos que presten una colaboración espontánea que permita esclarecer la autoría de esos delitos.

Al respecto debemos recordar que, refiriéndose a este tipo de institutos, durante un ciclo de conferencias dictadas en 1991 en el Centro de Estudios Judiciales del Uruguay (CEJU), el Profesor de la Universidad de California, James F. Smith, señalaba la intrínseca inmoralidad de estos mecanismos que sacrifican principios medulares del Derecho Penal de raíz constitucional, como son los de dignidad de la persona humana, igualdad de todos ante la ley y de responsabilidad personal, y todo ello persiguiendo el objetivo de la eficiencia. En la base de todo acuerdo, transacción penal, delación premiada o tratamiento privilegiado al colaborador, está la idea errónea e inmoral que el fin justifica los medios, cualesquiera sean éstos. En esa tesitura tan poco edificante, aquellos encargados del cumplimiento de la ley supeditan ciertos niveles hipotéticos de eficiencia en la persecución de los delitos a un arreglo o terminan premiando la delación.

4. Reflexiones finales

a. Ha señalado el Profesor Rivacoba y Rivacoba que toda la historia del Derecho Penal está llena del impulso encaminado a que triunfe el principio de lo racional sobre los fundamentos irracionales de la pena, en otras palabras: que prevalezca el sentido antropológico y subsidiario de la normativa penal como último referente social del Hombre, frente a las tendencias utilitaristas que se prevalecen del efecto simbólico del Derecho Penal con finalidades extrañas a su sentido y límites.

También en nuestro medio –tradicionalmente cuidadoso con los límites del *jus puniendi*– percibimos en los últimos tiempos una creciente tendencia penalizadora que coloca al Derecho Penal en riesgo de trivialización.

b. *La Ley de Seguridad Ciudadana 16.707 profundiza un camino sin retorno ni fin. La política penalizadora que hoy puede calmar a un segmento del electorado está naturalmente llamada al fracaso y a breve plazo ese mismo u otro sector la sentirá como insuficiente.* En pocos meses seremos testigos de nuevos proyectos, crecientemente represivos, que correrán la misma suerte, demostrando que el Derecho Penal —en nuestro país como en cualquier otro— no puede funcionar en forma mínimamente idónea como parche de incipientes conflictos o panacea para una criminalidad cuyo paulatino abatimiento sólo podrá lograrse principalmente por medio de un conjunto de políticas sociales y en forma subsidiaria a través de la optimización técnica de las agencias del control social.

b. Finalmente, en lo que atañe a la introducción de la figura del “colaborador” en nuestro Derecho, pensamos que con instrumentos de este tipo se está pagando un precio demasiado alto, lo suficiente como para afectar el frágil equilibrio de un Estado de Derecho y la dignidad de todos.

Nos ilustra Foucault que durante la época del Absolutismo el sujeto sometido a indagatoria o a proceso era llamado a colaborar con él, a integrarse en la maquinaria inquisitiva, renunciar a la reserva de su pensamiento y a certificar con su delación-confesión la verdad que debía surgir de la instrucción. El sometimiento del sujeto al proceso se verificaba entonces, no sólo físicamente, a través del tormento (procesalmente regulado como procedimiento de indagación y de castigo), sino también espiritualmente, a través de la sujeción de su libertad de conciencia y el juramento de decir la verdad. La Ilustración trajo una saludable revolución copernicana al respecto. El sujeto a proceso penal dejó de ser parte de la maquinaria dirigida a producir la verdad, abandonó su condición de colaborador sumiso e inerte frente a ella, pasó a ser una persona a quien se reconocía de un modo primero sus atributos de libertad y dignidad. Esa jerarquización de valores consagrada a nivel constitucional representa también —como irrenunciable corolario legitimante— una superación ética del Estado de Derecho.

En virtud de esa postura ética del Estado no es admisible que para contemplar lo adjetivo (por ejemplo, las dificultades probatorias), se termine por trastocar lo sustantivo (los principios del dogma penal). El Derecho sustantivo no debe ni puede hacerse cargo de aquellas tareas respecto de las cuales se cree que el Derecho Procesal no está en condiciones de absorber. Un Estado organizado sobre bases democráticas no puede entrar en ese juego dialéctico. Sus reglas y los principios éticos que animan su convivencia deben ser otros.

Hemos dicho infinidad de veces y nos vemos obligados a repetir que en un Estado de Derecho, el fin no justifica los medios en ningún caso, tampoco en materia de combate más eficaz al delito, pues éstos (los medios) constituyen precisamente la garantía.