
PRIMERAS REFLEXIONES SOBRE LA LEY N° 17.897 de 14.9.05

MIGUEL LANGON CUÑARRO

Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Montevideo

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LIBERTADES DISPUESTO POR LA LEY.
III. MODIFICACIONES AL CPP Y A LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA. IV. DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES PENALES.
V. MEDIDAS DE SEGURIDAD PROVISIONALES PREVISTAS EN EL CAPÍTULO II. VI. RÉGIMEN DE REDENCIÓN DE LA PENA
POR TRABAJO O ESTUDIO. VII. LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS LIBERADAS.
VIII. ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CRIMEN Y COMISIONES DE REFORMA.

I. INTRODUCCIÓN

La L. 17.897, de 14.9.2005, dispuesta en siete capítulos y 23 artículos, es un nuevo eslabón de la línea que viene siguiendo el legislador uruguayo de los últimos años, en el sentido de introducir periódicamente modificaciones parciales al régimen penal y procesal penal, impidiendo de tal modo tener una idea cabal de cual es la política criminal que rige en el país (en rigor yo creo que no existe ninguna, porque en todo caso las que puedan merecer tal nombre terminan anulándose mutuamente), por cuanto no se termina de asentar un instituto cuando ya estamos modificándolo, o derogándolo, defecto estructural que venimos señalando desde hace tiempo¹.

También se suelen introducir, como de relleno, institutos sobre los cuales en general se supone que no habrá objeciones que formular, particularmente porque no se tiene claro la efectividad que puedan tener, pero que oscurecen el sentido de la propia reforma, que por ser puntual no debería, nos parece, introducir aspectos que no estén estrictamente referidos al motivo de la misma, que en la especie, no es otro que la voluntad política del actual gobierno en el sentido de disminuir en lo posible el insoportable hacinamiento carcelario.

De modo que lo esencial de la reforma viene dado objetivamente por: 1) el capítulo I que regula un régimen excepcional de libertad provisional y anticipada; 2) por ciertas modificaciones introducidas por el Capítulo II al Código del Proceso Penal, y a la Ley de Seguridad Ciudadana que reformó bastante intensamente en su momento (hace diez años) el Código Penal y 3) por el capítulo V que directamente fue a la derogación de ciertas disposiciones penales.

El resto del articulado es francamente (o prioritariamente) programático, como el Capítulo III referido al llamado "régimen de redención de la pena", o el VI que crea el "Centro de Atención a las Víctimas" y determinadas "Comisiones" que se dedicarán a las reformas de los Códigos adjetivos y sustantivos de la materia, sin dejar de mencionar algunas disposiciones puntuales, que no hacen tampoco al núcleo del asunto aquí tratado, como el Capítulo II dedicado a medidas de seguridad provisionales para enfermos, mujeres embarazadas y posibilidad de aplicación de prisión domiciliaria para ancianos mayores de 70 años.

Haremos el estudio del articulado siguiendo este esquema de prioridades, teniendo en cuenta también que en lo esencial, es decir, en cuanto a los regímenes "excepcionales" de libertad dispuestos, la norma es claramente transitoria o temporal, es decir que se agota en sí misma y sobre cuyos efectos se juzgará obviamente por los resultados que sobrevengan.

II. SOBRE EL RÉGIMEN EXCEPCIONAL DE LIBERTADES DISPUESTO POR LA LEY

Lo primero que hay que establecer es que el sistema aquí previsto no deroga los regímenes existentes referidos a estos institutos, sino que establece que, para “procesados y penados que estaban privados de libertad al 1 de marzo de 2005”, y sólo respecto de ellos, se aplicará, “por única vez”, lo que se dispone en esta ley².

Más allá de los problemas prácticos que tendrán los tribunales en la aplicación de esta normativa, lo cierto es que el paso del tiempo eclipsará su importancia, como ocurrió en su momento con la ley N° 17.272, de 24.10.2000 (art. 20 bis) llamada vulgarmente de “desempapelamiento”, (que instituyó un sistema de clausura provisional y definitiva de procedimientos en trámite) que tuvo *mutatis mutandi* finalidades similares a la presente, es decir, motivaciones pragmáticas para resolver una situación coyuntural.

Es importante señalar lo transitorio de esta ley, en este aspecto, y remarcar que permanece vigente el régimen anterior (que no es sustituido por éste) tanto el de la libertad provisional como el de la libertad anticipada.

Por tanto el régimen normal de libertad anticipada se sigue rigiendo por el artículo 328 del CPP, en la redacción que le diera la L. 16.349, de 10.4.93, y el de la libertad provisional por el dispuesto en los artículos 138 y complementarios del CPP, en la redacción dada por art. 26 de la L. 16.707, de 12.7.95; y el art. 20 de la L. 15.737, de 8.3.85, sin perjuicio de las modificaciones introducidas por L. sobre medidas sustitutivas al apriamiento N° 17.726, de 26.12.03, (arts. 4, 8 y 17)

Esta ley (art. 11) sustituye el numeral 3 del art. 328 del CPP, haciendo de regla obligatorio para la Suprema Corte de Justicia (es una disposición imperativa) conceder la libertad anticipada cuando el penado haya cumplido “las dos terceras partes de la pena impuesta”, no obstante lo cual, y contradictoriamente con la regla que dice claramente que la libertad se “concederá”, se le otorga a la Corporación la potestad (“podrá”) de denegarla en los casos “en que los signos de rehabilitación del condenado no sean manifiestos”, lo que transmuta lo imperativo en potestativo, situación en que, a mi criterio, hubiera sido más juicioso dejar el tema directamente en manos de la Suprema Corte atento a que, después de todo, es el máximo órgano de justicia del país, al que bien podría concedérsele el poder de entender plenamente en estos casos, sin los circunloquios referidos³.

Por mandato expreso del legislador (inc. 2 del art. 11) la imposición de medidas eliminativas no tendrá incidencia en el otorgamiento o no de la libertad anticipada, debiendo tomarse en consideración solamente el monto de la privación de libertad en relación al de la pena impuesta, al haberse derogado el numeral 3° del inciso 1° del art. 328 del CPP, “en la redacción dada por el art. 3° de la L. 16.349/93”.

De paso señalo lo engorroso de esta nueva manera de legislar, debiendo volverse al sencillo método, cuando se producen derogaciones y modificaciones, de darse el trabajo de redactar el nuevo texto en su integridad, sin tantas referencias oscuras, que solo pueden confundir a un intérprete inexperto, y dificultar la comprensión de la ley al común de las gentes cuyas conductas precisamente busca determinar y regular la ley.

Debo también señalar, aunque a esta altura es un planteo mas bien platónico, que la Constitución impide excarcelar provisionalmente a los individuos respecto de los cuales pueda recaer pena reincidente o sea de penitenciaría⁴, lo que sólo se admitía en cuanto a la excarcelación graciosa otorgada por la Suprema Corte,

¹ LANGON CUÑARRO, Miguel, “La necesidad de una política criminal de Estado para enfrentar el flagelo de la criminalidad”, en: Revista de Ciencias Penales, ed. Carlos Alvarez, N° 4, 1999:391-414; y en Revista de la Facultad de Derecho, N° 15, enero 1999:21-42.

² Como se quiso encontrar en la L. de Amnistía de Presos Comunes N° 15.743, de 14.5.85, un precedente de lo aquí resuelto, (amnistía encubierta, oculta o implícita), se utilizaron las mismas palabras, (igual formulismo) ya que esta norma refería también a un régimen excepcional de libertad anticipada aplicable por única vez respecto de personas privadas de su libertad al 1.3.85.

³ Esto supone un retorno (el *corsi e recorsi* ya criticado de nuestra legislación penal) a la excesivamente permisiva L. 15.737, de 8.3.85, que establecía el criterio de la obligatoriedad de la concesión de la libertad anticipada con el solo cumplimiento de las dos terceras partes de la pena, excepto que se apreciara la “ausencia manifiesta de signos de rehabilitación del condenado”, en cuyo caso se podía denegar también por resolución fundada. No pretendo hacer aquí un estudio especializado del régimen de la libertad anticipada y de su historia, pero no puedo menos que señalar que todo este proceso de morigeración es directamente contradictorio con los orígenes del instituto que excluían del beneficio objetivamente, en todos los casos, a los sujetos a los que se hubiera impuesto medidas eliminativas de seguridad (redacción originaria del C.P. de 1934; L. 9.155/34; L. 10.573/44, lo que comenzó a cambiar con el CPP de 1980, que introdujo por primera vez la posibilidad de liberar también a los individuos en esta situación, lo que progresivamente dio como resultado que muy difícilmente un individuo llegue a cumplir efectivamente la totalidad de la pena. Casi se puede establecer esta regla: la pena que establece el juez nunca es la que se cumple en la realidad.

⁴ Art. 27 de la Constitución: “En cualquier estado de una causa criminal de que no haya de resultar pena de penitenciaría, los Jueces podrán poner al acusado en libertad, dando fianza según la ley”.

por considerarse que ésta ejerce un acto de clemencia soberana, actuando jurisdiccionalmente, pero ejerciendo el Poder de Estado que le es inherente a su condición de tal, lo que difícilmente pueda ser extendido a un juez subordinado.

Tal vez la excepcionalidad del instituto disimule en parte su, para mi, notoria inconstitucionalidad.

Por otra parte es el propio legislador el que libera, funcionando los jueces sólo como correas de transmisión de un mandato inequívoco, en cuanto a la actuación que les es impuesta por los representantes de la soberanía nacional.

En efecto, comprobados que estén los requisitos exigidos por la norma y que no están incluidos en los casos excepcionales de no aplicación de la misma, los jueces deben actuar “de oficio y sin más trámites” tanto la libertad anticipada como la provisional a que refiere el texto (art. 2 y 3), lo que deberá hacerse en el término perentorio y “máximo” de 60 días hábiles a contar desde la fecha de vigencia de la ley.

La esperanza de que esto no redunde en un perjudicial aumento de la criminalidad en el seno de la comunidad, se pone en la vigilancia obligatoria a que estarán sometidos estos liberados por parte del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, instituto al que se intenta dar nuevos elementos para poder cumplir con su delicada función, y a la revocación también “de oficio y sin más trámite” de los beneficios concedidos, en caso de incumplimiento del régimen de vigilancia a que se les someterá, conforme al art. 102 C.P. y 5 de la ley⁵.

Este sistema, que aparece de súbito y sin infraestructura previa y suficiente a nivel nacional, puede ser, no obstante, el embrión de un régimen general que se aproxime a la *probation*, de dudoso resultado en derecho comparado, pero que ha sido visto en algún momento (hace unos veinte años) como la panacea del tratamiento del liberado, con miras a reducir la reincidencia en el crimen.

La aparición coyuntural y sorpresiva de este régimen, la falta de un debate serio previo, en cuanto a sus posibilidades de implantación, y a los resultados que se pueden esperar de su implementación, demuestra una vez más la improvisación con que suelen tratarse estos temas, no obstante que puede resultar de ello, y sobre todo de la vocación de servicio de los esforzados miembros del Patronato, algo interesante para considerar en el futuro.

Se ha instalado en el foro un debate sobre el ámbito de aplicación de la ley.

A mi juicio hubiera sido mejor, obviamente, que la ley comenzara a regir por única vez, etc, respecto de las personas privadas de libertad y en las condiciones legales a la fecha de la vigencia de ella, y no desde la mítica fecha del 1 de marzo.

Pero así se hizo y por tanto, a mi juicio, tanto el universo de personas a las que puede aplicarse la ley como las condiciones exigidas, deben remitirse a esa fecha.

La ley a mi criterio alcanza sólo a las personas que estaban privadas de libertad al primero de marzo de este año, y siempre que, en esa fecha, reunieran las demás condiciones previstas por el resto del articulado.

No obstante, como ni siquiera en esto pudo ser claro el legislador, queda abierta la posibilidad de interpretaciones alternativas, que consideren que se aplica la ley sólo a los que estuvieren privados de libertad en esa fecha, pero a los que, hasta los 60 días hábiles posteriores a la vigencia de la ley, lleguen a cumplir los demás elementos exigidos (tiempo de condena, plazo de detención, etc.)

III. MODIFICACIONES AL CPP Y A LA LEY DE SEGURIDAD CIUDADANA

A) Libertad anticipada (remisión)

Sobre las modificaciones introducidas al régimen de la libertad anticipada (art. 11), nos hemos referido anteriormente y a ello remitimos.

⁵ Debe notarse que también en este punto referido al Patronato, la ley de amnistía de presos comunes N° 15.743, de 1985, había puesto toda su esperanza en el mismo, lo que se desvaneció en la nada. Los términos son idénticos a los que se utilizan nuevamente ahora. El art. 5 decía: “Los procesados y penados liberados conforme a las prescripciones de esta ley estarán sujetos a un régimen de vigilancia a cargo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados, en las condiciones del artículo 102 del C.P., y las que se establecerán por vía reglamentaria. El Patronato podrá solicitar directamente la colaboración de la policía”. Es que toda reforma y estas de tipo carcelario en especial, requieren no solo voluntad, sino recursos, y si estos no se otorgan nada es posible.

B) Libertad condicional

También se modifica el art. 327 del CPP, en cuyo caso sí se optó por el procedimiento correcto de redactar *ad novo* el texto normativo.

El régimen de la libertad condicional es uno de los que más reformas ha sufrido en el curso de los años.

El régimen vigente es el del art. 327 del CPP, en la nueva redacción, que sólo modifica lo existente en: a) que el informe del Instituto Nacional de Criminología (INACRI) no se dará en todos los casos, sino solamente (“será preceptivo”) cuando el penado “hubiere cometido un nuevo delito durante el lapso que estuvo en libertad provisional”, b) en que no se establece la necesidad de fundar el fallo por parte de la Suprema Corte cuando no se comparta la opinión del juez, y c) en la determinación expresa de que corresponde al juez de la causa disponer la liquidación del saldo de pena a cumplir en libertad condicional, determinando su duración y vencimiento⁶.

Siguen vigentes las normas de la L.17.726/03 (arts. 13, 14 y 15) que establecen que: a) en caso de negarse la libertad condicional, la pena se liquidará a razón de un día-multa por cada día de pena con los descuentos correspondientes (de preventivas o medidas sustitutivas); b) la que se ejecutará conforme al art. 337 del CPP, y c) que el término de la vigilancia de la autoridad será de tres años (pudiendo ser reducido a dos por el juez de ejecución tanto de oficio como a petición de parte)

Como se ve nada esencial resulta de esta modificación legal, que en todo caso no aprovechó la ocasión para resolver algunos de los graves problemas interpretativos creados por la ley de medidas sustitutivas y a los que nos hemos referido anteriormente⁷.

C) Salidas transitorias

El régimen de las salidas transitorias, establecido por primera vez en la ley Penitenciaria, DL 14.470/75, modificado en la ley de seguridad ciudadana N° 16.707 de 1995, y vuelto a cambiar por la llamada 2da. Ley de seguridad ciudadana, L. 16.928/98, es reformado ahora nuevamente, demostrando una vez más esta verdadera compulsión de modificación permanente que vivimos en materia penal.

La modificación, igual que en el caso anterior, es mínima, se reduce a: 1) elevar el término que tiene la autoridad carcelaria para entregar el informe, de diez a veinte días; b) el informe de la autoridad carcelaria será entregado directamente por ésta en la sede de la autoridad judicial competente. (no más al detenido o a su defensor); y c) cambios menores de redacción en los incisos finales que no alteran el sentido original.

En este caso se puede observar también la poca relevancia de la modificación que realmente es de detalle y si bien no daña (y puede darle un mayor tiempo de estudio al penitenciario) no justifica en modo alguno, a mi criterio al menos, que se modifique un instituto, que como cualquiera, necesita tiempo para asentarse en las costumbres y la cultura de las gentes, siendo preferible un texto no perfecto (como tampoco lo es el actual) que dar esta sensación permanente de provisionalidad que padecemos.

De ello resulta todo un capítulo de tres artículos (dos de ellos de relativa extensión), que anuncian cambios en institutos trascendentes, y que en realidad no cambian nada, o muy poco, resultando en todo caso inútiles a los efectos de la disminución de la población reclusa, que al fin y al cabo era el motivo de esta reforma legal.

⁶ En el sentido del art. 320 CPP.

⁷ LANGON CUÑARRO, Miguel, “Nueva legislación penal y procesal penal del Uruguay”, en: Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año III, N° 6, 2004:61-84.

IV. DEROGACIÓN DE DISPOSICIONES PENALES

Las derogaciones expresas dispuestas por los artículos incorporados al capítulo V de la ley merecen especial consideración.

A) Derogación de la pena mínima de penitenciaria para violaciones y rapiñas en grado de tentativa (art. 15 y 17)

Con la misma técnica engorrosa ya referida, el legislador vino a derogar los incisos finales de los artículos 344 y 272 C.P., introducidos en el año 2000 por la ley de urgencia N° 17.243, de 29.6.2000, por los cuales, no obstante la regla de la pena rebajada prevista por el art. 87 C.P. para la tentativa, se preveía que, en todo los casos, en estos delitos, la pena sería, para el conato, de un mínimo de penitenciaria.

La razón de esta reforma radica en que se visualizó (a mi juicio sin fundamentos criminológica y estadística claros) que en el castigo incrementado para estos graves crímenes estaba una de las causas del aumento exponencial de la población reclusa referido al comienzo.

No conozco ni las cifras totales o absolutas, ni los porcentajes de procesados o penados por tentativas de rapiñas y violaciones que hubieran justificado o al menos explicado tamaña derogación.

Debo decir que no se entiende cómo ni por qué lo que se entendió era grave en 2000, dejó de serlo en 2005.

Tampoco hubo debate serio sobre cual puede ser la razón actualmente para dulcificar el castigo de la tentativa, donde buena parte de la doctrina encuentra simplemente que el azar viene a beneficiar al reo que ha puesto de sí toda la potencialidad de su criminalidad, toda su peligrosidad, en búsqueda del fin criminal que lo movilizó y que sólo la involuntaria no producción del resultado, por causas obviamente ajenas a su voluntad, le han impedido consumar.

Los casos especiales o las circunstancias excepcionales que pueden justificar un procesamiento sin prisión en estos casos o la libertad provisional si fueren procesados con prisión, como creo que en principio corresponde (rapiña y violación son verdaderos crímenes que integran la esencia del derecho penal nuclear), habían quedado en el régimen ahora derogado en manos de la Suprema Corte de Justicia, máximo órgano del Poder Judicial, que bien podría considerarlos y otorgarles la libertad provisional si lo viere del caso, sin necesidad de dejar esto en manos de jueces de instancia, con variabilidad de criterio y expuestos a lo que Abadie Santos consideraba un "sentimentalismo crapuloso" respecto del hombre que delinque⁸, que vemos reproducirse ahora, y a lo que será sensible el judicialario, porque ese es su deber, para dar cumplimiento al mandato legal.

Yo no veo porque estos gravísimos crímenes, aún en grado de tentativa, deban recibir del legislador ningún tipo de contemplación y por tanto encuentro irracional la reforma, y amargos los frutos que dará, en especial desde el punto de vista de las víctimas, que seguramente no comprenderán como su asaltante, que tanto daño físico y moral les ha causado o les quiso causar, sea objeto de tamaña consideración.

Espero que la ponderación rija el buen criterio de los magistrados, aunque me hago cargo, como dije, que el sentido de la ley les inducirá casi inevitablemente (y no seré yo el que los critique, desde que sostengo la necesidad de que el juez no haga el derecho, sino que ejecute lealmente el que le proporciona el legislador, cualquiera que sea) a proceder en el sentido de ella, que es el de la máxima consideración para con el criminal.

B) Derogación de pungas, arrebatos y hurtos con violación domiciliaria como tipos agravados del hurto

Seguramente por un error inexcusable en el trámite legislativo, debido quizás a la premura con que se quiso sancionar esta ley, lo cierto es que se produjo un hecho que tendrá repercusiones enormes en la labor jurisdiccional actual y en el tratamiento futuro de este tipo de delitos.

No vemos claro de qué forma pueda el legislador, si es que quiere, corregir este enorme error que ha cometido.

⁸ ABADIE SANTOS, Horacio, "Exposición de Motivos", del C.P. de IRURETA GOYENA, 1.6.33.

Al sustituirse el art. 341 del C.P., por el art. 16 de la ley, se omitió toda referencia a estas figuras tradicionales, consustanciales con los delitos de hurtos agravados desde el fondo de la historia, dando por resultado que sólo quedaron en el texto legal los seis primeros numerales, no advirtiéndose que estas figuras (que en el C.P. originario ocupaban dos de los tres primeros lugares de las circunstancias agravantes especiales del hurto) habían pasado con las reformas de 2000 y 2003, a la parte final del artículo que se mutiló de este modo.

En 2000 se crearon dos tipos de hurtos agravados: a) los especialmente agravados (art. 341 N° 1 a 6) con pena de 12 meses de prisión a ocho años de penitenciaría, que sobrevivieron, y b) los muy especialmente agravados, con pena de dos a ocho años de penitenciaría, y que absurdamente desaparecieron de la ley y se transformaron en meros hurtos simples (art. 340 C.P.)

Esto tiene enormes consecuencias jurídicas y prácticas:

Pungas, arrebatos y hurtos con penetración domiciliaria son ahora hurtos simples.

En todo caso las situaciones complejas se deben resolver conforme a las reglas generales, y así por ejemplo, la penetración domiciliaria con finalidad de hurto se resolverá en un caso de concurso fuera de la reiteración (conexión delictual del art. 56 C.P.) aplicándose la pena del delito mayor (el hurto) aumentada por el delito de violación de domicilio (art. 294 C.P.) hasta la mitad de la misma pena (art. 54 C.P.)

Cuando del arrebato o hurto por sorpresa de las cosas que la víctima llevara consigo, resultaren lesiones personales, habrá concurso de figuras (hurto y lesiones) o imputación por rapiña impropia (art. 344 inc.2 C.P.), según correspondiere, pero cuando ello no ocurra, el caso se resolverá en hurto simple, menos grave que cualquiera de los del art. 341 C.P., del que se le excluyó esta modalidad.

Tal vez el caso mas insoportable sea el de la punja o hurto con destreza, donde difícilmente se pueda atrapar a alguien en grado de consumación, precisamente por la habilidad del actor, lo que llevará casi inevitablemente a un procesamiento sin prisión (pues es un hurto simple en tentativa, y por lo tanto con pena reducida de un tercio a la mitad), es decir, que la norma producirá una cuasi impunidad, en hipótesis en que el legislador debe saber, porque no tiene derecho a ignorarlo, que se trata en la mayoría de los casos de un profesional, de un delincuente habitual, que ha hecho de esta modalidad del hurto su modo de vida, que es potencialmente tan peligrosa para la víctima, por el estrecho contacto que el actor tiene con ella, y aún por los instrumentos de "trabajo" que suele portar (trinchetas, navajas, etc.), resultado gratuitamente tolerante que puede llevar también al desaliento de la fuerza policial, que puede visualizar como realmente inútil su esfuerzo cotidiano, y al desconcierto de la población que no entenderá tamaña consecuencia.

Como se trata de una ley posterior y más benigna, porque no solo cambia la modalidad agravada por una simple, sino que tiene una pena sensiblemente menor, debe aplicarse retroactivamente (art. 15 inc 2 C.P.), pudiendo justificar, en caso de sentencias ya firmes, recursos extraordinarios de revisión (art. 283 N° 4 CPP), por tratarse precisamente de una ley penal más benigna que debe aplicarse retroactivamente, con todo lo que ello implica, especialmente desde el punto de vista del incremento de trabajo de la Suprema Corte de Justicia (art. 285 CPP) y de los propios juzgados de instancia (art. 288 CPP), sin mencionar la eventual responsabilidad patrimonial por daños que pudiere resultar a cargo del Estado (art. 290 CPP)

C) Derogación de la punibilidad de la conspiración seguida de actos preparatorios en rapiña y copamiento

Este efecto deriva del texto expreso del art. 18 de la ley, y realmente creo que no significa nada, porque que yo sepa al menos no hubo nunca un procesado ni un penado por el artículo 346 bis C.P., que se deroga ahora.

No se justificó su inclusión en el Código (no tuvo sentido en verdad), pero tampoco se explica su derogación, salvo por un problema "estético" de sacar lo que sobra, especialmente cuando la conducta aquí prevista en realidad queda atrapada por la figura de la asociación para delinquir (art. 150 C.P.) que cubre perfectamente, con otro nombre, y bajo otra objetividad jurídica, el núcleo duro del concierto para delinquir (art. 7 C.P.)

Obviamente que no reducirá en nada el número de reclusos, el hecho de derogar una norma por la que nadie ha sido privado, que se sepa, de su libertad.

D) Derogación del delito de juego de mosqueta (art. 348 bis C.P.)

La misma disposición citada anteriormente deroga esta figura, sobre la que tuve oportunidad de referirme extensamente en el comentario respectivo del Código Penal anotado por mí⁹.

Desde luego que el asunto tiene una importancia sólo relativa, pero es evidente que con la criminalización de esta conducta el legislador había dado una clara muestra del camino correcto a seguir en materia de faltas, insinuando que, cuando corresponde, ellas deben ser elevadas a la categoría de delito, logrando con ello la prevención de una actividad dañosa para la comunidad, como seguramente lo es el abuso de la ignorancia de la gente más vulnerable, que son las víctimas habituales de los timadores que practican esta actividad.

Es que la mosqueta no es un juego de azar, sino un timo, un engaño, una farsa, una forma de estafa, por lo que había hecho bien el legislador al tipificarla como delito, aunque probablemente en una forma no muy feliz.

Como no es un juego de azar no le será aplicable la contravención tradicional del art. 361 N° 10 C.P., debiendo resolverse los casos de mosqueta, a mi juicio, como modalidades de la estafa, conforme a la norma general (art. 347 C.P.)

Lo más probable, sin embargo es que, como de todos modos se derogó expresamente la norma que definía el tipo, los jueces o vuelvan a discutir eternamente sobre la competencia (la *"raquette"* establecida entre jueces de faltas y los de primera instancia en lo penal) conforme a la controvertida naturaleza contravencional o delictiva de la conducta, o el asunto se resuelva definitivamente por la total impunidad, efecto que nada me extrañaría que pudiera llegar a ocurrir.

Claro está que tampoco los "mosqueteros" llenaban las cárceles del país, por lo que mal puede verse por este lado la razón de la modificación, que a mi juicio no responde a ningún criterio sistemático que pueda resultar de la propia ley o de su fundamentación, y que mas bien se inscribe, me parece, en ese ánimo o compulsión reformista sin ton ni son que he denunciado previamente.

E) La derogación del delito de intermediación lucrativa en la captación de socios o afiliados para instituciones de asistencia médica colectiva y de promoción para la captación de socios o afiliados.

El artículo 18 de la ley que comentamos en realidad derogó en su totalidad la L. 17.549, de 22 de agosto de 2002, que incluía este tipo criminal.

Por cierto que nada tengo que objetar a ello, en lo que concierne a la eliminación de un tipo delictivo absurdo¹⁰, salvo anotar, como hemos hecho antes, que en nada significará una disminución del número de presos, por cuanto, que yo sepa, es estadísticamente inexistente la cantidad de personas procesadas o penadas por esta norma.

Por otra parte este es un ejemplo paradigmático de la crítica estructural que formulo al legislador en cuanto este delito fue establecido primero en la L. 17.296, de 21.2.2001, modificado por L. 17.549, de 14.8.2002 y derogado al fin ahora en 2005.

Como una mariposa tropical nació para morir.

Jamás debió existir, porque no respondió nunca a los principios básicos de un derecho penal de mínima intervención, y en el mejor de los casos sólo respondió a una coyuntura, y nada objeto por tanto a su desaparición del catálogo de tipos penales, no obstante señalar que este no es el único caso, ni el mas importante que merece derogación.

⁹ *"Código Penal y Leyes Complementarias de la República Oriental del Uruguay"*, comentado, sistematizado y anotado, ed. Universidad de Montevideo, T. II, Vol. II, 2005:414-417.

¹⁰ Ver mis Comentarios al mismo en el Código anotado referido antes, T.II. Vo.II, p. 408- 413.

V. MEDIDAS DE SEGURIDAD PROVISIONALES PREVISTAS EN EL CAPÍTULO II

En realidad este capítulo introduce modificaciones a los artículos 127 y 131 del CPP

En cuanto al primero de ellos la reforma otorga la facultad al juez para disponer la prisión domiciliaria en sustitución de la preventiva o de la pena, respecto de personas “mayores de 70 años de edad”, siempre que: a) “ello no involucre riesgos” considerando especialmente las circunstancias de delito cometido, y b) interdictándola totalmente para responsables de homicidios especial y muy especialmente agravados; violaciones y de “delitos previstos en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional” (L. N° 17.510, de 27.6.2002)

Es en definitiva una tímida humanización del castigo para personas ancianas, que por otra parte no suelen contribuir al incremento del número de personas privadas de su libertad (son muy pocas las personas de esa edad que se encuentran en prisión), ni resultar objetivamente peligrosas, apareciendo como enormemente difícil determinar en que casos la libertad de un criminal no involucrará riesgos, elemento normativo o valorativo de apreciación subjetiva del juez, a quien se le ha otorgado en buen romance la discrecionalidad de disponer o no la sustitución de que se trata, conforme a su leal saber y entender.

Todo lo demás es por añadidura, porque es evidente que los homicidas pueden generar “riesgos” así como las personas que algún día sean enjuiciadas por delitos de lesa humanidad, genocidio, crímenes de guerra u otras de las figuras previstas en el orden internacional y de competencia de la Corte Penal Internacional, pero que aún no han sido objeto de definición interna, pues todavía no tenemos por ejemplo tipificados los delitos de torturas, desaparición forzada de personas, o terrorismo (salvo el delito de financiación del terrorismo tipificado por art. 14 L. 17.835/04)

La modificación del art. 131 del CPP, viene a complementar lo antes dispuesto, para personas en estado de inimputabilidad (art. 30 C.P.), que podían ser internadas en “establecimientos especiales” (centros hospitalarios, albergues psiquiátricos, etc.), en el sentido de habilitar la sustitución de la preventiva o de la pena, por prisión domiciliaria u otra medida asegurativas (que no describe y deja al arbitrio del juez) cuando la persona:

- a) estuviere enferma de “gravedad” o en “circunstancias especiales” que hicieren “evidentemente” perjudicial para él el encarcelamiento, o
- b) se tratara de una mujer que se hallare en los últimos tres meses de gravidez o en los tres primeros de lactancia, en ambos casos previo dictamen pericial que determine la conveniencia o necesidad de la medida.

Estas medidas son transitorias durante el lapso que dure el estado que las justificó, y se prevé la revocación por incumplimiento, cuyo control por otra parte es muy difícil de hacer en las actuales circunstancias.

La labilidad de los términos empleados dejan, como puede verse, un amplio margen de discrecionalidad al juzgador, el que deberá considerar también el tipo de delito, la peligrosidad del autor, etc., debiendo inspirarse en cuanto a qué “medidas asegurativas” disponer, en mi opinión, en las que aparecen en la ley de medidas sustitutivas, en cuanto fueren pertinentes, sin perjuicio de otras que pudiere fijar el juez, pues el término permite una interpretación evolutiva de su significación.

Nada tengo que objetar a todo esto, pero no veo tampoco de qué manera estas disposiciones que no son nuevas en esencia, puedan contribuir a disminuir el hacinamiento carcelario, aunque no dudo que puedan tener un efecto humanitario evidente, en beneficio de los infelices que se hallen en esta situación, que deberá ser considerada detenidamente, si no se quiere sufrir abusos e incluso probables fugas ambientadas en estas buenas intenciones.

VI. RÉGIMEN DE REDENCIÓN DE LA PENA POR TRABAJO O ESTUDIO

El artículo 13 de la ley introduce este novedoso instituto en nuestro sistema, aplicable no solo a las personas procesadas o condenadas, sino también a las que se encuentren en régimen de salidas transitorias.

Es claramente una norma programática, de muy difícil instrumentación, que entrará en vigencia a partir de la fecha de aprobación de su reglamentación, que ha quedado en manos del Poder Ejecutivo, que tiene un plazo de ciento cincuenta días para dictarla.

En principio me parece una excelente idea, una buena intención, pero mucho me temo que sea casi imposible de instrumentar con seriedad, pudiendo ser, si no se actúa con acierto, una fuente inagotable de problemas y también de corrupción.

No quiero ser negativo, pero se me ocurre que, en un momento en que se asiste a tantas dificultades en el sistema carcelario, que motivan precisamente este tipo de leyes de emergencia, este sistema de enorme idealismo puede resultar apresurado, falto de realismo, y tal vez el motivo de una nueva frustración, que espero no se haga realidad.

VII. LA INSERCIÓN LABORAL DE LAS PERSONAS LIBERADAS

La disposición del art. 14 en cuanto a la obligación de que en todos los pliegos de licitaciones de obras y servicios públicos, se incluyan en las planillas de trabajo un 5% del personal afectado a tareas de peones o similares, a los liberados que se encuentren registrados en la Bolsa de Trabajo que llevará el Patronato, por un lado puede provocar la limitación de la oferta o de la inversión, o su encarecimiento, sin perjuicio de presentar problemas de igualdad respecto de las personas que no han delinquido nunca y que ven limitadas así sus posibilidades de acceso al mercado laboral.

Otros sectores especiales (por ejemplo discapacitados, jóvenes que desean acceder al mercado del trabajo, mujeres, despedidos mayores de 40 años, madres solteras, padres de numerosa prole, etc.) podrían reclamar, tal vez con mejor derecho, igual consideración, no siendo posible atender a todos como es natural.

El tema del trabajo de los liberados es uno de los más difíciles de resolver, y es posible que la vía compulsiva no sea la mejor opción.

Más racional me parece la vía a que apunta el inciso segundo, en el sentido del estímulo por el camino de la bonificación a los empresarios, claro que no en el sentido restrictivo del aumento por sobre el 5% obligatorio, sino en general para reclusos.

También es correcta la vía del acuerdo con los entes públicos a que refiere el inciso final del artículo es estudio.

Debo decir que la generalidad con que la ley refiere a “personas liberadas”, me llevan a pensar que la disposición no es transitoria y que no refiere solo a los liberados en función de esta ley extraordinaria, sino a todo liberado por la razón que fuere en el futuro, no ya en aplicación de esta ley de emergencia, sino conforme al sistema general de libertades que rige en el país.

El Patronato debería entonces incorporar a la Bolsa de Trabajo a todos los que por una razón u otra alcanzan la libertad provisional, condicional o anticipada, con toda la amplitud imaginable en condiciones de igualdad.

VIII. ATENCIÓN A LAS VÍCTIMAS DEL CRIMEN Y COMISIONES DE REFORMA

La creación de un Centro de Atención a las Víctimas, que puede verse como un hecho coyuntural, para responder a las críticas surgidas respecto de la empatía evidente que esta ley supone para con el sector criminal privado de su libertad, y para compensar de algún modo al pánico social que pudo originarse con el anuncio de la liberación masiva de encausados, es sin embargo, un hecho auspicioso, que no deja por ello de integrarse entre las normas programáticas incorporadas en la ley.

La ubicación dentro del Ministerio del Interior denota el apresuramiento de su creación, y la falta de recursos propios y de personal especializado que requiere un Centro de este tipo, pero ello tal vez pueda corregirse en el futuro.

La afortunada vinculación a la Declaración de Naciones Unidas de 1985, obligará a dotar al Centro de los instrumentos con que pueda realmente desempeñar su labor, debiendo tenerse presente, si es que no se quiere simplemente haber creado una estructura burocrática más, que debe resolverse el problema principal de la asistencia, que pasa por la indemnización, el resarcimiento de la víctima, la restauración en lo posible a la situación anterior al crimen, lo que implica en definitiva la socialización de los efectos del crimen, puestos a cargo de toda la comunidad, lo que supone ingentes recursos económicos, en un sistema similar al que solventa los riesgos de accidentes laborales o algo parecido a un régimen de seguro obligatorio contra el crimen, lo que conlleva cargas a rentas generales, que sólo se pueden pagar con impuestos.

En cuanto a las Comisiones de reformas me permito ser escéptico, sin perjuicio de descontar desde ya el ingente esfuerzo que llevarán adelante las personas que sean designadas al efecto.

Me permito anotar que, objetivamente, las comisiones cuando son institucionales y muy numerosas como en el caso (de diez y once miembros respectivamente) en general demoran muchísimo en producir resulta-

dos y las obras que resultan de todo ello suelen ser de compromiso, producto de innumerables transacciones, que las hacen irrelevante o de muy difícil transformación en ley.

La experiencia del proceso de reforma del Código del Proceso Penal que dio por resultado su aprobación, como se dice a macha martillo, por puro voluntarismo político, por la L. 16.893, de 16.12.97, reformado casi enseguida (siguiendo la línea legislativa criticada en este trabajo) por L. N° 17.221, de 31.10.99, y suspendido definitivamente en su entrada en vigor por L. 17.506, de 18.6.2002, debería llamarnos a reflexión.

De allí que veamos con fundado escepticismo el resultado del art. 21, que encomienda a la Comisión apenas la elaboración de "las bases de la reforma del proceso penal", no ya la reforma en sí, lo que parece demasiado poco, visto que en realidad de todo el proceso antes visto resultan más que elaboradas las bases referidas (que se originan, tomando un punto de partida relativamente reciente, en el llamado Proyecto Piaggio, seguido por el Proyecto Reta-Grezzi y el Proyecto de la Suprema Corte de Justicia, que antecedieron al modelo Peri-Otatti, que fue el más inmediato de la ley referida que dictó un Código que jamás pudo existir en la realidad.

La puesta en marcha de un Código Procesal moderno requiere un texto creíble, probablemente elaborado por un solo autor o por un grupo pequeño y especializado, como podría ser el Instituto Universitario de Derecho Procesal, un cambio cultural, una voluntad política y sobre todo recursos económicos que creo estamos muy lejanos a conseguir.

Similares si no mayores dificultades y dudas resultan de los productos que puedan esperarse del esfuerzo de la Comisión de reforma del C.P., que tiene el encargo de elaborar simplemente las "bases" de la reforma penal, no teniendo a la vista ningún antecedente nacional que pueda servir de orientación, destacándose que en el ámbito de la ciencia penal, no suele existir consenso ni siquiera sobre la misión del mismo, por lo que mal se puede ser muy optimista, visto que si no hay acuerdos básicos en el seno comunitario o por lo menos en el ambiente académico-profesional, las reformas están condenadas al fracaso o más aun, a ni siquiera llegar a ser.

Pero todo ello refiere a un momento futuro y sólo el tiempo dirá que ocurrirá.