

CONSIDERACIONES JURÍDICAS SOBRE LA CAMPAÑA DENOMINADA “VIVIR SIN MIEDO” Y LA PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL

José Luis González¹

Sumario.- 1. Consideraciones generales.- 2. El eslogan publicitario. 3. Análisis jurídico del proyecto de reforma.

I)

1. Consideraciones generales

El presente trabajo tiene relación con la iniciativa de Reforma Constitucional al amparo del artículo 331 Lit. A de la Constitución, propuesta por el Senador Jorge Larrañaga.

A los efectos de su presentación, se desarrollará previamente un análisis semántico del *eslogan* que preside la propuesta; y con posterioridad un análisis jurídico sobre sus contenidos.

II)

2. El eslogan publicitario.

El **eslogan** (*slogan*, en inglés), también llamado lema publicitario, es una frase lo más breve y expresiva posible, asociada generalmente a un contexto comercial, pero utilizada también como recurso de comunicación en las campañas políticas. Cuanta menos carga informativa tenga, más posibilidades de éxito tendrá, porque disminuye el margen de error. No se trata de una conclusión banal y superflua, sino que ha sido estudiado y demostrado el efecto que produce en el votante o en el consumidor del producto: por eso, *menos es más*.

El eslogan juega un papel importante dirigido al subconsciente de los votantes, porque la simpleza evita un posible rechazo. Los eslóganes deben apelar a algo simbólico y emocional y transmitir valores positivos, cargados de esperanza y fáciles de recordar.

En tal sentido, el eslogan “Vivir sin miedo” se presenta como algo descifrable, popular y llano, procurando excluir la carga política e ideológica que suele contener, para presentarlo como un problema de la sociedad en general.

Similares objetivos se han propuesto en campañas como la “Yes we can” utilizado por Barack Obama, el famoso eslogan de “Las ideas claras” de Rajoy; “Vota por un futuro para la mayoría” de Pedro Sánchez, o “El futuro de Alemania en buenas manos” de Angela Merkel.

Conforme a lo expuesto, desde una perspectiva semántica y gramatical el eslogan “vivir sin miedo” se presenta como un axioma, esto es, como un

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales. Profesor Adjunto de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

concepto que se acepta sin la necesidad de ser demostrado. Se asemeja a una verdad por definición, “vivir sin miedo” es una aspiración humana, porque el “miedo”, como sensación de angustia provocada por la presencia de un peligro real o imaginario, neutraliza e intimida a la persona.

Si bien los axiomas se asocian a las ciencias formales, como las matemáticas y las ciencias de la computación; sin embargo hay una corriente proveniente de la filosofía oriental, que llevó a pensadores como Erwin Schrödinger, Nicholas Georgescu-Roegen, y Cornelius Castoriadis que defienden la idea que también desde la dialéctica es posible hallar y/o construir axiomas².

Entonces “vivir sin miedo” es un axioma; pero es un axioma falso.

El miedo, como sentimiento humano, no es algo que pueda erradicarse por la creación o modificación de normas jurídicas. Según Sigmund Freud, el miedo o temor es una emoción caracterizada por una intensa sensación desagradable provocada por la percepción de un peligro, real o supuesto, presente, futuro o incluso pasado³.

“Vivir sin miedo” implica transitar por lo más profundo del ser humano, de todos y cada uno de los ciudadanos, en procura de despejar cualquier temor, cierto o imaginario, donde no siempre ni necesariamente se asocia con el miedo a la delincuencia.

En todo caso, es una consigna dirigida a un sector de la población, porque, salvo un ensayo académico, o un estudio estadístico profesionalmente elaborado que demuestre que todos los habitantes del Uruguay tienen o sienten miedo; habrá que presumir que no todos los ciudadanos perciben un peligro en su vida cotidiana.

Si ello es así, “*ab initio*” se asiste a una valoración parcial, resbaladiza, dotada de singulares características, que se traduce en una imagen distorsionada, presuntamente neurótica, trivial y con inoperantes significados.

En palabras de Raimundo de Peñarfort (Siglo XIII), se trata de un *equivoco* en el sentido de expresión o afirmación pronunciada de tal forma que pueda interpretarse de distintas maneras a fin de confundir al oyente. Se asemeja al viejo eslogan de Kodak: «Usted apriete el botón, nosotros hacemos el resto»; es decir, hay detrás del axioma un mensaje de omnipotencia, pero poco fiable, y sencillamente inadmisibles.

En tal sentido, presentar una propuesta de reforma constitucional basada en una “vida sin miedo”, enfrenta el dilema de la prédica engañosa o el irracional convencimiento de una creencia mesiánica, que la ley lo es todo, y puede llegar a todos los rincones de la sociedad para resolver cualquier tipo de conflicto. En buena medida, reproduce la estructura básica de las corrientes neopunitivistas. (el Neopunitivismo que se manifiesta en la llamada expansión penal, –como afirma CANCIÓ MELÍA- es la cuestión central de las reflexiones

2 Puede consultarse en: <https://ejemplos.yavendras.com/axiomas/>.

3 Ambos, el miedo real y el miedo neurótico, fueron analizados por Sigmund Freud en su Teoría del Miedo.

político-criminales de los últimos años⁴; cuyo corolario se traduce en la creación de nuevos tipos penales; aumento de las penas y disminución de garantías).

Así pensado, en el axioma propuesto de la reforma, aparece aludido de forma marginal la subestimación a un colectivo, al que se le considera inferior, porque cree poder disuadirlo de que una mejor forma de vivir la existencia humana es corrigiendo las estructuras jurídicas.

No hay nada más lejos de la verdad: ni el pueblo es indocto, ni la modificación estructural del sistema punitivo podrá resolver el complejo problema que enfrenta la sociedad moderna, relacionado con el incremento de la violencia y las formas asociadas de la delincuencia convencional.

Se advierte así, el retorno a una fórmula antiquísima, (represión y punibilidad) que la historia de la humanidad se ha encargado de demostrar su incuestionable fracaso como remedio para resolver los conflictos sociales.

A lo largo de los siglos, se ha tratado de “domesticar” al hombre, de manera que aprenda a convivir en paz con sus semejantes, y se han ensayado innumerables formas de aniquilamiento e inimaginable crueldad de castigos; empero el ser humano no responde a una política de hostigamiento sistemático, sino a la coyuntura que le permita satisfacer sus necesidades básicas de sobrevivencia.

“Vivir sin miedo” no es vivir sin conflictos; sino, en todo caso, racionalizar el castigo a su mínima expresión, y sólo para aquellos casos en que se provoca una gran dañosidad social. Es precisamente, la contracara de lo que propone la iniciativa de reforma constitucional.

Desde los orígenes del *homo sapiens*, la sociedad se ha protegido del “transgresor” que pone en riesgo la cultura dominante, y lo ha hecho desde la irracionalidad de la guerra, o la omnipotencia del poder. Como dice NOAH HARARI “...quizás sea exactamente ésta la razón por la que nuestros antepasados eliminaron a los neandertales. Eran demasiado familiares para ignorarlos, pero demasiados diferentes para tolerarlos”⁵.

La iniciativa de reforma constitucional se orienta a perseguir a esos “diferentes”; a los que “nacieron para perder”, los que integran la clientela de turno de las penitenciarías. La política criminal que se propone, hermanada con la irracional tendencia del “derecho penal del enemigo” (Günther JAKOBS), atenta contra los más ortodoxos sistemas de rehabilitación. La *cadena perpetua* (léase, “la reclusión permanente” del proyecto) aniquila la naturaleza del hombre, que tiene como aspiración suprema la libertad.

“Vivir sin miedo” es una propuesta que- parafraseando a ZAFFARONI- puede decirse que forma parte de las fases cíclicas del derecho penal, según la cual éste deambula entre períodos liberales y autoritarios.

4CANCIÓ MELIÁ, Manuel, «Derecho penal» del enemigo y delitos de terrorismo, en Revista Peruana de Ciencias Jurídicas, n.º 13, p. 151.

5 HARARI, Yuval Noah *De animales a dioses, breve historia de la humanidad*, Editorial Sudamericana uruguaya, 2017, pág. 32.

Esta tentación, de reducir el sistema de garantías (“reclusión permanente” “allanamiento nocturno” “reconsideración del rol de las Fuerzas Armadas”), avasallando los derechos personalísimos (el “hogar como sagrado inviolable” “la humanización del sistema carcelario”, etc.), no es patrimonio exclusivo de las corrientes políticas, sino que “se ha hecho manifiesta tanto en las mitologías de las religiones populares como en las especulaciones filosóficas”⁶. Ello significa retornar a la pregunta básica ¿vivir sin miedo de qué? ¿De la inseguridad? ¿De la delincuencia?: la *inseguridad* es una percepción; la *delincuencia* es una forma de categorizar al trasgresor de una norma.

El fenómeno social que se trata de combatir (la criminalidad) instaurando un sistema represivo, se presenta como una *fantasía*, una maniqueísta visión de un conflicto social que no resiste el menor análisis en cuanto a la efectividad de sus contenidos.

Ante un futuro que se puede presentar como amenazador, el sujeto se representa de antemano una situación adversa concreta que le permite de algún modo controlar y dominar su temor⁷. Esta fórmula puede ser útil en algunas circunstancias, pero es inviable como abordaje de un control social institucionalizado si se aspira a suprimir un sentimiento (el miedo) pensando en la intervención militar callejera y la supresión de garantías esenciales, como la inviolabilidad del hogar y la racionalidad del castigo.

Como diáfananamente sostuvo BECCARIA “...un manantial de errores y de injusticias son las falsas ideas de utilidad que se forman los legisladores. Falsa idea de utilidad es aquella que antepone los inconvenientes particulares al inconveniente general, aquella que manda a los sentimientos en vez de excitarlos, que hace servir los sofismas de la lógica en lugar de la razón”⁸.

En tal sentido, la fantasía del slogan corre el riesgo de perder contacto con la realidad; aunque desde el punto de vista del lenguaje resulte idónea para transmitir información.

La consigna “vivir sin miedo” se presenta entonces como muy alejada del idealismo de KANT, FICHTÉ o HEGEL, y se encuentra ideológicamente muchos más cercana a las corrientes neo o panpunitivistas del SIGLO XX; donde la reducción de garantías y la inflación penal es la estructura básica de un sistema represivo.

En suma, reducir el axioma “vivir sin miedo” a una incursión coactiva de las fuerzas armadas como mecanismo de control social punitivo; así como amputar la esperanza de libertad del preso, o arremeter contra las garantías constitucionales violentando el “hogar sagrado”; implica tanto como dejar sin respuesta a todos aquellos ciudadanos que no sienten miedo a la delincuencia, pero sienten miedo a perder su trabajo; a no saber qué comer el día de

6 GANDOLFO BARON/ *De Aristóteles a Heidegger*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1994.

7 CUÉLLA BASSOLS/ROVIRA MARTINEZ, *Introducción a la filosofía*, S.A. CASALS, Barcelona, 1982, 4ª edición, pág. 76.

8 BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, Ediciones ALTAYA S.A., Barcelona, 1997, pág. 103.

mañana, o –parafraseando a Galeano- “miedo de la mujer a la violencia del hombre y miedo del hombre a la mujer sin miedo”.

Difícilmente, alguno de ellos se conformara con una reforma constitucional como correctivo de sus conflictos cotidianos. Mucho menos, quienes creen que el fenómeno social de la delincuencia llegará a su fin con la modificación del ordenamiento jurídico.

III)

Iniciativa de Reforma Constitucional al amparo del artículo 331 Lit. A de la Constitución.

Artículo 1º – Agrégase al artículo 11 de la Constitución el siguiente inciso: “No obstante, la ley podrá regular el allanamiento nocturno, para los casos en que el Juez actuante tenga fundadas sospechas que se están cometiendo delitos”.

El artículo 11 de la Constitución es una norma que forma parte de la Sección II, Capítulo 1 de los “Derechos, deberes y garantías”. La protección del hogar se remonta a la primera Constitución Nacional del año 1830; y de allí en más, todas las reformas constitucionales han respetado, sin excepción, el domicilio como reducto inviolable de la intimidad de las personas. De allí, que ninguna reforma constitucional, en el marco de un Estado de Derecho, podría menoscabar los derechos individuales consagrados a texto expreso por la Carta Magna sin poner en riesgo su legitimidad.

En puridad, la defensa de la inviolabilidad del hogar, debe además interpretarse en el marco de los Derechos Humanos, y toda modificación del ordenamiento jurídico (Carta Magna incluida) debe hacerse en favor del derecho y no en detrimento del mismo.

La modificación que se proyecta, no solo tiene un impedimento de orden sustancial, relacionado con las más caras tradiciones del ordenamiento jurídico nacional; sino también de alcance normativo, pues dejar en manos del Juez el criterio de determinación para habilitar un allanamiento, enfrenta problemas de orden dogmático.

Es *vox populi* que la reforma que se proyecta, se retrotrae a un antiguo debate de la persecución punitiva a cierta forma de delincuencia -más precisamente- sobre la manera más efectiva de enfrentar el fenómeno social de la distribución y venta ilícita de estupefacientes. De hecho, en las disposiciones transitorias que acompañan el proyecto, se atribuye –en forma explícita- como uno de los cometidos de la *guardia nacional* el “Llevar a cabo todas las acciones necesarias para combatir el narcotráfico y todas las manifestaciones de crimen organizado”.

Así y todo, distinguidos constitucionalistas y actores políticos de relevancia se pronunciaron sobre la teoría de la reforma constitucional como correctivo de las iniquidades emergentes del sistema punitivo; empero ninguno lo ha hecho con los alcances que la pretendida reforma actual lo proyecta.

La preocupación emergente, proviene de los “operativos antidroga”, que una vez individualizadas las denominadas “bocas de venta de pasta base” enfrentan el problema de limitar su intervención represiva a la detención domiciliaria en horas diurnas, precisamente por el dogma constitucional del hogar “como sagrado inviolable”.

Sin embargo la solución que se propone, anidada en nostálgicas estructuras represivas, no solo enfrenta problemas de legitimidad, sino que no es la única y ni siquiera la más eficaz.

La casuística emergente, proyecta una multiplicidad y heterogeneidad de situaciones de difícil, cuando no imposible enumeración; empero ninguno de ellas puede escapar a una planificación adecuada de la función represiva del Estado en el marco del ordenamiento jurídico actual, sin necesidad de violentar normas de carácter constitucional.

De hecho, nuestro ordenamiento jurídico, cuenta con un marco normativo que ya establece mecanismos y formas de intervención y detención de personas cuando se encuentren en el domicilio (Ley N° 18.315, artículo 123, de *Procedimiento Policial*).

Dogmáticamente, la propuesta enfrenta el problema de la *arbitrariedad*, si se deja la habilitación del allanamiento al Juez actuante cuanto tenga “**fundadas sospechas**”.

La *sospecha* es la creencia o suposición que se forma una persona sobre algo o alguien a partir de conjeturas fundadas en indicios o señales. Se trata de una cuestión esencialmente subjetiva, y en tal sentido corre el riesgo de convertirse en arbitraria.

La acepción gramatical del verbo transitivo *fundar* (“fundadas sospechas” -reza la propuesta-) deriva del principio que sirve como base o motivación de ideas u opiniones.

Las *sospechas* del Juez, aún fundadas, no poseen el grado de certeza como para afectar un bien jurídico tutelado constitucionalmente.

De hecho se puede incurrir en errores de interpretación, y causar perjuicios injustificados a los moradores; pues aunque se tenga la “sospecha justificada” de que en un hogar se “está cometiendo un delito” no necesariamente, siempre y en todos los casos, se justifica una intervención institucional inmediata para reprimir una ilicitud.

Así, puede ocurrir que en el marco de una fiesta privada, trascienda una denuncia de que se está *suministrando* a los invitados droga para consumir. El juez puede considerar que la conducta denunciada es ilícita y por lo tanto acreedora de un reproche punitivo. Juzga “fundada la sospecha” y autoriza el allanamiento: todos los presentes aducen ser adictos y tener consigo una cantidad mínima razonable para consumo personal. Ergo, no es delito. Similar situación si se tratara de un juego clandestino – Vgrs. ruleta- donde los miembros de una familia, en forma esporádica se reúnen por diversión.

Las situaciones planteadas, que no se agotan con lo expuesto, evidencian que la restricción de derechos en un Estado democrático, solo se justifica por razones de interés general, y para casos excepcionales.

Dentro de este esquema, la inviolabilidad del domicilio, surge como tutela de otros bienes jurídicos, de carácter individual, cuya protección tiende a asegurar el derecho a la vida privada (Artículo 10 de la Constitución.- “*Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados*”).

Ello no significa un “*laissez faire*” ante la violación de normas jurídicas, sino – en todo caso- que no se justifica una reforma constitucional y un detrimento del sistema de garantías para perseguir punitivamente casos aislados y excepcionales donde se comprometa el bien jurídico tutelado de la *Salud Pública* (léase, delitos previstos en la ley N° 14.219 y sus modificativas).

No hay duda que la reforma se adscribe al ejercicio del control social, entendido éste, como “el conjunto de sistemas normativos institucionalizados y no institucionalizados, que establece una red de contenciones a través de la cual ejerce el contralor de las conductas sociales, garantizando que éstas se mantengan acordes a un sistema de valores hegemónico”⁹.

Se trata de una de las formas que tiene el Estado para conservar su poder de *imperium*, y “para obtener determinados comportamientos individuales en su vida social”¹⁰; empero – a juicio del suscripto- no resulta aconsejable la modificación propuesta como forma de enfrentar el problema social de la droga.

En relación al riesgo de la *arbitrariedad* puesto de manifiesto, la iniciativa de reforma proyectada colide con los estándares de protección en materia de derechos individuales tutelados por Convenciones internacionales y suscriptos por nuestro país. Así, la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Ley N° 15.737), establece en el marco de Protección de la Honra y de la Dignidad de las personas, que: “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación”¹¹. En igual sentido, el artículo 11, numeral dispone que “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”¹².

9 PUPPO BOSCH, Dagoberto, *Medicina Legal y Control Social*, Revista de Derecho Penal N° 8, F.C.U., Montevideo, 1988, pág.105.

10BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho Penal*, Temis, Colombia, 1998, pág. 1.

11 Parte I - Deberes De Los Estados Y Derechos Protegidos. Capítulo II - Derechos Civiles Y Políticos, Artículo 11, Numeral 2.

12 Otras convenciones o pactos suscriptos por nuestro país, que directa o indirectamente proyectan normas que tutelan la intimidad de las personas, y devienen obstáculos para la implementación de reformas constitucionales, se encuentran en la Carta Internacional de Derechos Humanos/ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos/Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Así y todo, el verdadero debate entre los más encumbrados constitucionalistas, no ha sido sobre la modificación estructural del artículo 11 de la *Constitución*; sino –en todo caso- respecto del alcance semántico de las expresiones normativas previstas en la Carta.

Más precisamente, determinar el alcance del término “hogar” abarcando también las dependencias de una casa (*fondo y frente, graneros, garajes, etc.*); así como considerar “hogar” todo recinto que se encuentre una persona con ánimo de permanecer, una carpa, casa de veraneo, etc. (Artículo 2 del Código Civil). Luego, se discurre por otros aspectos, donde se han esbozado diversas soluciones doctrinarias, como la interpretación de “Jefe de hogar” y su correlato femenino; así como las hipótesis en donde existan voluntades contrapuestas que autoricen el ingreso; pero ninguna de ellas –en definitiva- afecta el principio incuestionable de prohibición de ingreso nocturno sin el consentimiento del morador.

Se exige –como viene de verse- el consentimiento y no ausencia de oposición. Como dice RISSO FERRAND “supongamos que el Jefe de hogar nada dice en cuanto a sí está de acuerdo con el ingreso en la noche, o incluso si dicha persona no está presente cuando se intenta el ingreso; en estos casos no será posible que nadie entre, ya que la Constitución exige un *consentimiento* para el ingreso, y no es suficiente con que falte la negativa correspondiente”¹³.

Resulta evidente que el legislador patrio ha querido fortalecer el derecho consagrado de la intimidad, limitándolo excepcionalmente por razones de interés general a allanamientos durante la jornada diurna.

A mayor abundamiento, el artículo 11 de la Constitución, al consagrar que el hogar es un “sagrado inviolable”, da pie para poner a salvo a éste de todo tipo de intromisión, sean ésta el ingreso de personas al mismo, o bien la invasión mediante mecanismos que agredan la privacidad dentro del espacio inviolable, como ser el caso de micrófonos u otros medios idóneos para contravenir la inviolabilidad referida¹⁴.

Va de suyo, que la regulación de la intervención estatal en el hogar, se encuentra regulada en la Constitución, apoyada en la más ilustre tradición ius naturalista; y reforzada por las disposiciones emergentes de la ley de procedimiento policía y demás normas del ordenamiento jurídico.

De allí, que se puede coincidir con BECCARIA que “todo acto de autoridad de hombre a hombre, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico”¹⁵.

Artículo 2º – Agrégase al artículo 27 de la Constitución los siguientes incisos: “La ley podrá establecer que quienes fueren condenados por sentencia firme por determinados delitos, no gozarán de ningún instituto que

13 RISSO FERRAND, Martín *Derecho Constitucional*, Tomo III, Montevideo, año 2000, INGRANUSI Ltda., pág. 135.

14 RISSO FERRAND, Martín, *ibídem*, pág. 135.

15 BECCARIA, César, *De los delitos y de las penas*, Ediciones ALTAYA S.A., Barcelona, 1997, pág. 28.

permita su liberación antes del cumplimiento de la pena en su totalidad. La ley dictada por dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá establecer para quienes hubieren sido condenados por sentencia firme por los delitos graves que determine en forma expresa, pena de reclusión permanente, la que podrá ser revisada por la Suprema Corte de Justicia, quien podrá decretar su libertad luego de cumplidos 30 años de reclusión”.

Los institutos liberatorios de la pena (libertad anticipada, suspensión condicional de la ejecución de la pena, la Gracia, etc.), constituyen un derecho esencial en la persona privada de libertad, que a esfuerzo de demostrar un comportamiento diferente por el que fue condenado se merece la oportunidad de restablecer sus vínculos sociales.

La privación legislativa de estos derechos, así como cualquier ensayo discursivo de la reclusión permanente, atenta contra los derechos humanos de las personas, pues implica confinarlos a un sistema punitivo de rigor extremo, sin ningún otro objetivo que no sea la aniquilación como persona, vale decir, cercenar su autonomía ética.

En los hechos, el tratamiento punitivo que se propone, no es innovador, sino que sigue una tendencia, tristemente célebre, de discriminar a las personas según el comportamiento nocivo hacia la cultura dominante.

Como afirma ZAFFARONI, el poder punitivo siempre discriminó a seres humanos y les deparó un trato punitivo que no correspondía a la condición de personas, dado que sólo los consideraba como peligrosos o dañinos. Se trata de seres humanos a los que se señala como enemigos de la sociedad y, por ende, se les niega el derecho a que sus infracciones sean sancionadas dentro de los límites del derecho penal liberal, esto es, de las garantías que hoy establece -universal y regionalmente- el derecho internacional de los Derechos Humanos.

Conforme a las condiciones carcelarias y al sistema penitenciario actual, amputar el derecho a los institutos liberatorios y habilitar la reclusión permanente, torna inviable cualquier política de rehabilitación.

Si contemporáneamente el derecho penal se autodefine como el derecho penal del **tratamiento**, el enfoque represivo que propone el proyecto es incompatible con los postulados de la legislación en materia penitenciaria, que aboga por la reinserción social del condenado (Ley N° 14.470).

En similar sentido se orienta la multicitada Convención Americana Sobre Derechos Humanos (Pacto de San José): “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados (Artículo 5, numeral 6)

De hecho, actualmente, sin necesidad de modificaciones constitucionales – ni legales - muchas de las condenas de penitenciaría se cumplen en su totalidad; empero tenerlo como *principio* implica tanto como “maltratar o mortificar al recluso”, tratamiento prohibido por la Constitución de la República (art.26/ El mandato constitución es la “reeducación, la aptitud para el trabajo y la profilaxis del delito”).

Como afirma PETIT “La cárcel termina siendo una burbuja o vacuola donde las políticas sociales entran en cuentagotas, quedando la construcción de una convivencia adecuada exclusivamente en manos del organismo

penitenciario. Esto provoca enormes dificultades y carencias¹⁶. De allí, que agregar a la reclusión un factor de perpetuidad equivale a acrecentar exponencialmente el hacinamiento y el tratamiento humano digno que merece el recluso.

También el proyecto invalida las Normas Sobre Progresividad del Régimen de Reclusión (Ley N° 14.470) que consideran las *Salidas Transitorias* como forma del tratamiento para la reinserción social (Capítulo V, artículo 61).

Por su parte, las **Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos**¹⁷, promueven políticas de reinserción social, en el sentido que "...en el tratamiento no se deberá recalcar el hecho de la exclusión de los reclusos de la sociedad, sino, por el contrario, el hecho de que continúan formando parte de ella" (*Segunda parte. Reglas aplicables a categorías especiales A.- Condenados*. Artículo 61), lo que evidencia el alejamiento de todo régimen de reclusión perpetua o permanente.

En similar sentido, las **Reglas Mandela**¹⁸ abogan por una política de reinserción social, que en esencia, resulta incompatible con el régimen que propone el proyecto.

Así, entre sus principios fundamentales, se destaca que a) El sistema penitenciario no deberá agravar los sufrimientos que implican la privación de la libertad y el despojo del derecho a la autodeterminación de las personas detenidas; b) Se deberán reducir al mínimo las diferencias entre la vida en prisión y la vida en libertad, y c) Esos objetivos sólo pueden lograrse si se ofrece a las personas presas educación, salud, formación profesional y trabajo, así como otras formas de asistencia apropiadas que brinden herramientas para lograr su reinserción en la sociedad tras su puesta en libertad.

En igual sentido, se orientan las recomendaciones de MANFRED NOVAK en su Informe sobre las condiciones carcelarias en Uruguay. Dice "... debe considerarse altamente prioritario emprender una reforma general de todo el sistema de administración de justicia, que debe tener como objetivo la rehabilitación y reinserción de los delincuentes"¹⁹.

Emerge de lo expuesto, que convalidar un sistema de reclusión permanente, no sólo colida contra las prácticas más modernas en materia de políticas penitenciaria (la rehabilitación del condenado), sino que se aparta de la tradición que caracterizó al Uruguay históricamente, en abogar por el respeto a los DDHH, y por la dignidad de las personas.

16 2017 Informe Anual Comisionado Parlamentario Penitenciario. Capítulo III. Panorama Del Sistema Penitenciario, pág.31.

17 Adoptadas por el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de julio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

18 Las Reglas Mandela o Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, son normas adoptadas por las Naciones Unidas en 1955, que tuvieron su última reforma el pasado 17 de diciembre de 2015. La versión revisada y aprobada por unanimidad en la 70ª sesión de la Asamblea General de la ONU establece nuevos estándares para el tratamiento de la población privada de su libertad, basándose en los recientes avances de la ciencia penitenciaria y las mejores prácticas internacionales.

19 Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, Manfred Nowak: Naciones Unidas A/HRC/13/39/Add.2. Asamblea General. 21 de diciembre de 2009.

Va de suyo, que nuestro país, no está preparado, ni desde el punto de vista ético, ni estructural, ni materialmente para adoptar un sistema penitenciario que incluya la perpetuidad de la reclusión.

La propuesta de reforma tampoco está acompañada de un estudio estadístico, ni social, que fundamente la medida como un correctivo necesario e imprescindible para combatir el fenómeno de la delincuencia, es decir, no se individualizan las causas de la violencia social contemporánea y particularmente el beneficio que podría obtenerse de un mayor tratamiento punitivo. Ergo, carece de justificación científica.

Si a ello se adiciona el Informe del Comisionado Parlamentario Penitenciario respecto de la situación de las cárceles, un régimen de perpetuidad, generaría un crecimiento exponencial del problema del hacinamiento y el número de personas privadas de libertad.

En tal sentido, Uruguay ocupa, en el ranking de países con más presos por habitante, el puesto 28 de un total de 222 países, con 321 presos cada 100.000 habitantes.

Es uno de los países de América Latina que tiene más presos, muy por encima de otros países del continente como Perú (267 presos cada 100.000), Chile (229), Colombia (226), Paraguay (180), México (169) o Argentina (167).

La población penitenciaria no ha parado de aumentar desde 1999, momento en que el país tenía unos 4.000 presos, mientras en diciembre de 2017 teníamos 10.241²⁰.

En similar sentido, el informe del Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ): “Derechos Humanos en Uruguay. Informe 2018.

Coadyuva lo expresado, el multicitado Informe del relator de Naciones Unidas sobre tortura, Manfred NOWAK, quien presentó un documento crítico, con propuestas que debían ser encaradas urgentemente; calificando el régimen de reclusión como “emergencia carcelaria”²¹.

La aprobación del proyecto de reforma, también pondría en riesgo, a punto de colapsar, la carencia de personal penitenciario con formación desde una perspectiva de derechos humanos, que entre otros aspectos ha sido tema de debate y proyectos de orden legislativo²².

Conforme viene de verse, la aprobación de un régimen de reclusión permanente no solo no evitaría la continuidad de la violencia, cuyas causas sociales son múltiples y muy variadas, sino que sería un sacudón conceptual para la historia de la política penitenciaria en el país.

La cárcel, como recinto de cumplimiento de penas, cuyos objetivos son reclamados indistintamente por los postulados de las clásicas teorías sobre la finalidad de la pena: absolutas (KANT, HEGEL)²³, y preventivas o relativas

20 Informa Anual del Comisionado Parlamentario (2017), elaborado en el mes de agosto de 2018. Equipo de Edición del Informe Anual: Juan Miguel Petit (dirección), Graciela Riephoff, Santiago Sosa, Estefanía Lodolini Aportes temáticos: Silvia Sturla, Santiago Sosa, José Pedro Rossi, Graciela Riephoff, Tabaré Martínez, Estefanía Lodolini, Mariana Iglesias, Daniel Castro, Alejandro Bonanni, Patricia Banchemo, Ana Brian

21 MANDFRED NOVAK, ibídem, informe citado.

22 Vide: Uruguay: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo Documento de Proyecto URU/13/005, “Apoyo a la consolidación de la reforma del sistema penitenciario y protección de las personas privadas de libertad, con énfasis en adolescentes, mujeres y sus hijos”.

(BENTHAM)²⁴; trae como consecuencia, la destrucción ética y moral del individuo.

Si ésta situación se traslada al continente latinoamericano, el problema se acrecienta de manera exponencial, pues la inversión que los Estados destinadas a las instituciones penitenciarias es ridícula e ínfima, como para alimentar cualquier esperanza de considerar a un centro carcelario un lugar de rehabilitación ciudadana.

Con proverbial agudeza ZAFFARONI se ha referido al tema, señalando que “la prisión es una institución que deteriora, porque sumerge en condiciones de vida especialmente violentas, totalmente diferentes de las de la sociedad libre y, sobretodo hace retroceder al preso a estadios superados de su vida, porque por elementales razones de orden interno le regula la vida como en su niñez o adolescencia, de modo que no es raro que condicione *patologías regresivas*²⁵.”

Estos efectos son lo que en conjunto y técnicamente se llama *prisionización*.

La dinámica de la prisión lleva –además- a que las personas que sufren encierros prolongados terminen asumiendo roles negativos (posiciones de liderazgo interno), así como otros, roles de sumisión inquebrantable respecto de otros presos o del personal de custodia.

Esta lógica, es la que lleva al sector penitenciario a adscribirse a la consigna de la seguridad; la que no se aparta, ni a riesgo de violar los más elementales derechos humanos. En la firme creencia de que el fin justifica los medios castiga doblemente a la *clientela* de turno, por un lado con la sujeción física al privársele la libertad, y por otro con el rigor extremo del encierro.

Va de suyo, que está *ideología del tratamiento* entra en franca contradicción con la laudable aspiración de la inclusión social, pues no se enseña a vivir en libertad privándosele de ella.

En este contexto, el transito a un régimen de reclusión permanente, lleva implícito el incremento de la violencia institucional, cuyo objetivo no puede ser otro que la falacia de hacer creer que la severidad del castigo puede transformar *per se* un delincuente en un “hombre de bien”.

En tal sentido, la iniciativa de una reclusión permanente esconde un indisimulado desprecio por la vida humana, injustificable aún, contra aquella persona que haya cometido el crimen más atroz.

Es suficiente comparar lo que ocurriría con una política de Estado que imponga a los niños de determinada edad que deban ser educados exclusivamente por una institución escolar y permanecer allí en calidad de pupilo durante los años que demande la educación. Hacerlos pernoctar en

23 La teoría se denomina absoluta “porque para ella el fin de la pena es independiente “desvinculado” de su efecto social (lat. Absolutus = desvinculado)” (ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La Estructura de la teoría del delito. CIVITAS, 2° edición, 1997, pág. 82).

24 Las teorías preventivas o relativas son aquellas que justifican el castigo por la utilidad que representa la pena. Ésta se convierte así en un medio para proteger a la sociedad mediante el objetivo de prevención de los delitos a los que está destinada. La utilidad implica obtener una ganancia, ventaja o beneficio que se traduce mediante la sanción punitiva, en la convicción de que el mal con que se amenaza va a lograr en el criminal abstenerse de su conducta ilícita.

25 ZAFFARONI, Eugenio, *Manual de derecho penal. Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 2014, pág. 14.

grandes salones o pequeñas salas, sin distinguir edades ni características personales. Que estuvieran mal alimentados. Que les prohíban el recreo cuando llueve, o como castigo por no cumplir los deberes, o se les sancione durante semanas en no permitir la visita de sus padres; etc.

Nadie podría afirmar, racionalmente, que un régimen así propuesto pueda educar en valores y principios de convivencia a este sector tal vulnerable de la población.

En similar sentido, no puede sostenerse que una institución carcelaria que someta a una persona a un régimen extremo de convivencia y en forma permanente, sea el castigo “ejemplar” para disuadir a otros de abstenerse a cometer el mismo delito.

Frente a esta cultura bélica y violenta, fruto de la civilización industrial, no es casualidad que se han hecho escuchar otras corrientes de pensamiento criminológico, como el llamado *minimalismo penal* (BARATTA), o el abolicionismo (Louk HULSMAN /Thomas MATHIESEN)²⁶.

Sin embargo, el contenido ideológico de la iniciativa de reforma constitucional parece transitar el camino del derecho penal simbólico.

La función simbólica o retórica del derecho penal se orienta a reforzar los bienes jurídicos a sabiendas de la inaplicabilidad de la norma, y que ello no conduce a resolver el conflicto planteado. La función retórica (que en la iniciativa de reforma implica suspender los beneficios excarcelatorios y abogar por la reclusión permanente), está orientada a la opinión pública, con el fin de mostrar un legislador receptivo y atento a los reclamos populares que demandan mayor seguridad.

Se recurre entonces a la reforma penal por parte de los poderes públicos como mecanismo político-criminal de lucha contra la criminalidad. De esta forma, el legislador presenta a la ciudadanía una opción política, y es que la lucha contra la inseguridad ciudadana en general, o contra un determinado sector delictivo en particular, se ha constituido en un valor social relevante que afecta a todos los poderes públicos y que implica a toda la sociedad.

En tal sentido, el proyecto del senador Larrañaga procura insuflar de valor las medidas represivas que propone, como si fuera una *mágica* solución a los conflictos sociales.

A pesar de ello, para que la eficacia simbólica permanezca en el tiempo, es necesario que sea reactivada de manera esporádica y puntual. De no ser así, la criminalización de derecho de ciertas conductas se anula por la despenalización de hecho, justamente lo contrario de lo que ocurre con conductas homofóbicas o contra la homosexualidad, donde si bien se ha despenalizado de derecho, continua cierta criminalidad de hecho.

El Derecho Penal pasaría entonces a cumplir un rol político, de legitimación y de dirección de las conciencias de los ciudadanos, papel que antes le correspondía a la Ética o a la Moral (Borja Jiménez).

Ésta sería una vertiente legitimadora del Derecho Penal simbólico que se proyectaría con la visión tradicional del Estado de Derecho. Sin embargo, el Derecho Penal simbólico que encarna la ideología de la globalización, viene

26 Los movimientos abolicionistas contemporáneos surgen a partir de la abolición de la esclavitud (Siglos XVIII y XIX), principalmente en los países escandinavos, donde un grupo heterogéneo de ciudadanos, integrado por estudiantes, intelectuales, presos, y ex presos, comenzaron a crear la idea que era posible resolver los conflictos sociales al margen de la intervención del Estado.

representado por una utilización “efectivista” o “efectista” de la reforma punitiva por parte de los poderes públicos.

En efecto, incluso en los supuestos en los que existe un acuerdo amplio en el seno del Parlamento con relación a la punición de determinados comportamientos lesivos para los derechos y bienes de los individuos, se lleva a cabo frecuentemente una instrumentalización del Derecho Penal en su utilización como medio pedagógico para tranquilizar a la ciudadanía, para inspirar la suficiente confianza en el sentido de demostrar que los gobernantes políticos y los representantes del pueblo se preocupan por el problema de la inseguridad ciudadana y de la violencia en la sociedad.

Se suele recurrir entonces a un notable adelantamiento de la barrera punitiva de la defensa social; o -como en la reforma que se crítica- a un recrudescimiento de la sanción punitiva (la reclusión permanente).

Para ello se utilizan técnicas de tipificación que construyen las correspondientes figuras delictivas sobre elementos objetivos del tipo, y cuyo contenido del injusto viene marcado normalmente por el peligro abstracto.

En suma, el discurso punitivista, generalmente asociado a un modelo de reacción ante la comisión de delitos graves, se orienta al aumento indiscriminado de penas como mensaje de compromiso legislativo a la lucha contra la criminalidad.

Puede afirmarse entonces –como dice AROCENA- “que tanto una como otra manifestación de los fenómenos expansivos, constituyen expresiones de un *particular empleo que el legislador hace de la legislación penal*, otorgándole especial importancia a los aspectos de comunicación política a corto plazo en la aprobación de las correspondientes leyes”²⁷.

Esta forma de actividad legislativa, suele excluir del debate la discusión científica del tipo penal a crearse, así como la idoneidad y eficacia de su aplicación como corrector del conflicto social latente.

Va de suyo, que si el derecho penal no puede solucionar determinados problemas sociales de especial complejidad, puede compartirse sin lugar a dudas – como afirma ALBRECHT- “que el Derecho penal posee actualmente el carácter de arma política”²⁸.

En suma, no es casualidad que la orientación dogmática que suele respaldar el derecho penal simbólico y avance del neo punitivismo, sea de espaldas a la pétrea posición contraria de los sectores académicos.

Finalmente, es importante tener presente que ley N° 19.446 en su artículo 1° establece limitaciones a la libertad provisional, condicional y anticipada en determinados delitos, pero habilitando el ejercicio de penas alternativas a la prisión (libertad vigilada intensiva, y libertad vigilada), que también resultarían inaplicables de aprobarse el multicitado proyecto de reforma.

Artículo 3° – Agrégase al numeral 8° del artículo 85 de la Constitución el siguiente inciso: “La ley por mayoría de dos tercios de votos del total de componentes de cada Cámara, podrá disponer la creación de una Guardia

27 AROCENA, Gustavo, en *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Editorial ARA, Lima, 2005, pág. 920.

28 ALBRECHT, Peter-Alexis, citado por GUSTAVO AROCENA, en *Los desafíos del Derecho Penal en el siglo XXI. Libro homenaje al Profesor Dr. Günther Jakobs*, Editorial ARA, Lima, 2005, pág. 920.

Nacional con integrantes de las Fuerzas Armadas, para cumplir funciones de seguridad pública interior en todo el territorio de la República”

Limitar el debate sobre la legitimidad de la creación de una institución como la Guardia Nacional, así como el impacto que produciría cumplir funciones de seguridad pública en el marco del combate a la delincuencia, es solo la parte visible del *iceberg*.

La cuestión central es debatir sobre el poder de vigilancia que se otorga a una *agencia* del Estado para tener o no un mayor control político de sus habitantes.

Conforme a las estadísticas y a los estudios demográficos de la población carcelaria, el poder punitivo dirige, aunque no limita, su poder represivo contra los sectores más vulnerables de la sociedad y portadores de estereotipos (quienes atentan contra la propiedad en sus diversas modalidades y los minoristas vendedores de estupefacientes).

Sin embargo, al poder político (y económico) no le interesa tanto perseguir punitivamente el mercado de menudeo, o esclarecer los delitos contra la persona (Vgrs. homicidios, donde muchos ellos se resuelven en la categoría “ajustes de cuentas” de inocultable inexistencia jurídica); sino más bien, en la vigilancia de quienes son verdaderamente las personas peligrosas para la estabilidad del régimen político, quienes tienen capacidad de protesta y de movilización.

Dicho de otra manera, para expresarlo en palabras de ZAFFARONI “al poder de los sectores hegemónicos de toda sociedad le interesa tener a los excluidos neutralizados (haciéndolos matar entre ellos) y a los incluidos peligrosos bien controlados (mediante el poder de vigilancia)”²⁹.

Este enfoque, desde luego sutil, transforma la creación de una **guardia nacional** en un órgano más de control social institucionalizado, que corre el riesgo de terminar operando como un brazo político del poder y no como un sector de contención de delitos.

En esta perspectiva, queda fuera del ámbito de discusión, si la creación de una **guardia nacional** como cuerpo de seguridad pública de naturaleza militar, puede o no mejorar las estructuras del Estado en materia de prevención y represión.

Ello, obviamente, dependerá de un estudio socio-político sobre la viabilidad, pertinencia y necesidad de cambios en la forma de controles institucionales.

Se ha dicho, como fundamento para su creación, que otros países, principalmente europeos han optado por este tipo de instituciones; empero, lo que no se ha dicho, es que muchas de dichas instituciones, tienen un siglo de antigüedad como mínimo, y fueron creadas en el marco de un diseño institucional e histórico muy diferente al nuestro. Así, la *Guardia Civil Española* fue creada el 28 de marzo de 1844; la Guardia Nacional Republicana de

29 ZAFFARONI, obra cit., pág. 21.

Portugal fue creada en 1801; la Gendarmería Nacional de Francia está activa desde 1719; y en América Latina, la institución Carabineros de Chile fue creada el 27 de abril de 1927; entre otros casos de similar o mayor antigüedad.

Así y todo, tampoco es comparable ni los recursos, ni la población de cada país, ni el motivo de su creación con el momento, el fundamento y la oportunidad de la implementación en nuestro país.

Pero hay más.

Los países que tienen instituciones similares a la *guardia nacional* que se proyecta, son una ínfima minoría, probablemente no superan el diez por ciento del total de países que integran la comunidad mundial³⁰.

A tales efectos, es importante tener presente que entre el *estado de derecho* (liberal y democrático) y el *estado de policía* (totalitario y autoritario) hay un límite muy delgado, que es necesario cuidar para evitar su sometimiento al poder arbitrario del gobierno, y desde allí las consecuencias en el orden social.

Sobretodo y especialmente, de tener presente el cometido que se le asigna a la *guardia nacional*, de "...realizar todas las demás tareas tendientes a la preservación del orden y la tranquilidad pública que le encomiende el Poder Ejecutivo"³¹.

Esta lucha entre ambos *Estados* (de *derecho* y de *policía*) no es patrimonio de los regímenes autoritarios, sino que también existen en los regímenes democráticos.

La disposición transitoria de la iniciativa de reforma, completa una serie de cometidos que se atribuyen a la *guardia nacional*, donde se legitima un ejercicio del poder que no es propio, y que en alguna medida, colida las históricas, esenciales y diferentes atribuciones de cada *fuerza*. Especialmente por el alto grado de especialización que distingue la persecución punitiva de la delincuencia tradicional, y la defensa del Estado en relación con su soberanía.

En este sentido, las atribuciones y cometidos que se asignan por ley al *cuervo Nacional de Policía*, se reputan suficientes como para cumplir con éxito, mediante una adecuada planificación estratégica, la "misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades, y garantizar el orden y la seguridad interna..." (Artículo 3 de la Ley N° 19.315).

En otros casos, las disposiciones transitorias se presentan como innecesarias y ciertamente contradictorias.

Así, cuando se indica como uno de los cometidos de la *guardia nacional* es "...participar en la acción preventiva, disuasiva y represiva tendiente a impedir la **comisión de delitos**..." (El destacado no pertenece al texto); es innecesario

30 De los 194 países que hay en el mundo, 193 forman parte de las Naciones Unidas. La única excepción es la de la Ciudad del Vaticano, que tiene el rol de estado observador. Fuente: https://eacnur.org/profiles/eacnur_web/themes/custom/eacnur/images/logo-negative.svg.

31 Artículo 4, *Disposiciones Transitorias*.

que en el cometido que le antecede se establezca "...llevar a cabo las acciones necesarias para combatir el narcotráfico y todas las manifestaciones de crimen organizado" (sic). Va de suyo, que el *narcotráfico* (como categoría jurídica) integra el elenco de figuras penales (delitos).

Por su parte, resulta contradictorio asignar a la *Guardia Nacional* un cometido "en materia de Seguridad Pública" (acápito de la disposición), y por otro lado, asignarle la tarea preventiva, disuasiva y represiva de impedir la comisión de "...faltas o infracciones...", siendo que éstas son *delitos menores*, que en que la mayoría de los casos ni siquiera tienen pena de prisión, y su castigo es la prestación de trabajos comunitarios (Ley N°19.120).

Parece un despropósito, roza la ridiculez y llama a hilaridad, pensar que funcionarios militares especializados del Ministerio de Defensa, deban ocuparse de reprimir a quien arroje "basura en lugares no habilitados" (Artículo 364, numeral 2 del Código penal, modificado por el artículo 4 de la Ley N° 19.120); o a quién conduzca "vehículos motorizados sin casco protector" (Artículo 6, numeral 5).

En similar sentido, tampoco se advierte la justificación de especializar y capacitar a una dotación de efectivos que asciende a un número de dos mil; y mucho menos establecer por ley el límite de integrantes de la *guardia nacional*, siendo que, el criterio rector en la materia, se rige por la necesidad del servicio, la oportunidad y conveniencia, asignando los cometidos del llamado a la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Oficina Nacional del Servicio Civil (ONSC), etc.

En suma, la forma de redacción y el contenido de las disposiciones transitorias de la iniciativa de reforma, dejan un flanco extenso para la crítica en materia de política legislativa; a la vez que reafirman la inocultable adhesión a las corrientes neopunitivistas, con el consabido riesgo que implica para el Estado de Derecho.

Artículo 4°.- Agréguese las siguientes disposiciones transitorias y especiales a la Constitución:

Z´´´) Mientras no se dicte la Ley prevista en el inciso segundo del Art. 27 de la Constitución, regirán las siguientes disposiciones:
"1° – (Cumplimiento efectivo de las penas) El que hubiere sido condenado por sentencia firme por cualquiera de los siguientes delitos: violación (artículo 272 del Código Penal), abuso sexual (artículos 272 Bis y 272 Ter del Código Penal en redacción dada por la ley 19.580), rapiña (artículo 344 del Código Penal), copamiento (artículo 344 Bis del Código Penal), extorsión (artículo 345 del Código Penal), secuestro (artículo 346 del Código Penal), homicidio con circunstancias agravantes especiales y con circunstancias agravantes muy especiales (artículos 310 Bis, 311 y 312 del Código Penal), trata de personas (artículos 78 y 79 de la ley 18.250), o por delitos de tráfico de estupefacientes previstos por los artículos 30 a 35 Bis del Decreto-Ley 14.294 con sus modificativas y concordantes, no le serán aplicables los institutos de libertad anticipada, vigilada y vigilada intensiva, ni ningún otro beneficio

liberatorio o sustitutivo de la privación de libertad, debiendo cumplirse en todos los casos la pena dispuesta en forma efectiva. Tampoco corresponderá la libertad anticipada cuando se haya acordado con el Ministerio Público pena de cumplimiento efectivo en proceso abreviado”.

La presente disposición transitoria, deja en evidencia la orfandad de un criterio de política criminal en relación a las teorías del *tratamiento* (rehabilitación), desnaturaliza el criterio del nuevo código del proceso penal, en el sentido de que coarta la forma de resolver un conflicto social por acuerdo de partes; a la vez que no reparan en errores singulares, como incorporar normas legales que han sido derogadas³².

En buen romance, es en esencia el contenido que debería de tener la ley, que a dichos efectos se dicte, conforme al cumplimiento del artículo 2 del proyecto de reforma.

Z’’’) Mientras no se dicte la ley prevista en el inciso tercero del art. 27 de la Constitución, regirán las siguientes disposiciones:

“1° – (Reclusión Permanente Revisable) El que, luego de haber cometido el delito de violación o abuso sexual sobre un menor de edad, cometiera el delito de homicidio contra la misma persona, será penado con reclusión permanente.

La misma pena se le aplicará a aquel que cometa homicidio muy especialmente agravado de acuerdo a lo establecido por el artículo 312 de Código Penal en su numeral 2, o el homicidio muy especialmente agravado previsto por el artículo 312 del Código Penal en su numeral 6. La imposición de esta pena importa la privación permanente de la libertad o hasta la rehabilitación comprobada del mismo, bajo un régimen especial de cumplimiento que se rige por las siguientes reglas:

a. Sólo podrá ser revisada a partir de los 30 años.
b. La Suprema Corte de Justicia podrá establecer, a partir de los 30 años, la liberación del penado en caso de acreditarse que el mismo está plenamente rehabilitado. A tales efectos recabará el dictamen del Cuerpo Asesor para penados a reclusión permanente, que se creará especialmente. La tentativa de dichas conductas será castigada con una pena de la mitad a las dos terceras partes de la pena máxima prevista para los homicidios muy especialmente agravados.

2° – El Poder Ejecutivo reglamentará la integración y el funcionamiento del Cuerpo Asesor para penados a reclusión permanente”.

Se trata de una disposición que a viva voz reclama un correctivo de orden técnico, pues en la descripción de los tipos penales no se contempla el tiempo gramatical de los verbos nucleares, se advierte la existencia de pleonasmos³³ y es recomendable evitar la anadiplosis. El sustantivo *delito* es

32 Vgrs. el artículo 310 bis fue derogado por la Ley N° 19.645, artículo 3, publicada el 20.8.2018.

33 Expresión en la que aparecen uno o más términos redundantes; por ejemplo, “luego de haber cometido el delito de violación...cometiera el delito de homicidio...”. No es recomendable describir dos acciones punibles, de distinta naturaleza jurídica y diferente afectación del bien jurídico tutelado, en la misma figura delictiva. En el delito de violación, la acción típica responde a la voluntad de compeler a una persona a sufrir la conjunción carnal (art. 272, CPU), y en el delito de homicidio, la acción punible resulta del dolo de dar muerte a una persona (art.310,

usado con distinto criterio gramatical, en algunos precede al tipo de acción punible (Vgrs. *homicidio*), y en otros no.

Se advierte una contradicción en la disposición “Z” – numeral 1.- cuando se establece la reclusión permanente de determinados delitos, y a continuación, seguido de la letra disyuntiva “o” “...hasta la rehabilitación comprobada del mismo”. En principio parece indicar que una persona privada de libertad que demuestre haber reconsiderado su accionar, y acredite signos visibles de rehabilitación podría egresar de la institución carcelaria antes de cumplir la totalidad de pena; sin embargo, en el numeral “b” del mismo artículo, dicha posibilidad queda supeditada al cumplimiento mínimo de treinta años de penitenciaría.

Tampoco se establece si la disposición “Z” al considerar la aplicación provisoria de la reclusión perpetua para el tipo penal que se crea, y para determinados tipos de homicidios, deroga o no, los delitos previstos en el código penal.

Z””) Mientras no se dicte la ley prevista en el inciso segundo del numeral 8º del art. 85 de la Constitución regirán las siguientes disposiciones:

1º – Créase la Guardia Nacional como cuerpo especial de las Fuerzas Armadas, con atribuciones y cometidos en materia de Seguridad Pública. Dependerá funcionalmente del Ministerio de Defensa y la coordinación operativa se hará con el Ministerio del Interior en la forma que disponga el Poder Ejecutivo.

2º – Se estructurará jerárquicamente según las previsiones del Decreto-ley N° 14.157, sus modificativas y concordantes.

3º – Son competencias de la Guardia Nacional:

- Velar por el cumplimiento de la Constitución y las leyes de la República.
- Amparar a las personas en el ejercicio de sus derechos individuales, susceptibles de ser vulnerados por conductas delictivas.
- Llevar a cabo todas las acciones necesarias para combatir el narcotráfico y todas las manifestaciones de crimen organizado.
- Participar en la acción preventiva, disuasiva y represiva tendiente a impedir la comisión de delitos, faltas o infracciones, en especial en aquellas zonas del país donde se registra un alto índice delictivo.
- Realizar todas las demás tareas tendientes a la preservación del orden y la tranquilidad pública que le encomiende el Poder Ejecutivo.

El Poder Ejecutivo coordinará la actuación de la Guardia Nacional con las demás fuerzas policiales con cometidos concurrentes, así como su relacionamiento y colaboración con el Poder Judicial.

4º – Los efectivos recibirán la formación intensiva previa para sus nuevos cometidos, siguiendo estrictos criterios de capacitación y especialización, hasta completar una dotación de 2.000 efectivos.

5º – Serán principios básicos de actuación de los integrantes de la Guardia Nacional: el estricto apego a la Constitución y a las leyes de la República y la sujeción a las reglas de actuación y de conducta de la ley N° 18.315 (Ley de Procedimiento Policial).

CPU). Hechos de esta naturaleza se juzgan en el marco del concurso de delitos y delincuentes (Título IV, Capítulo I, artículo 54 y ss., CPU).

6° – El Poder Ejecutivo promoverá la equiparación de las retribuciones de los efectivos de la Guardia Nacional con la de los funcionarios policiales, considerando las equivalencias de grado que éste determine”.

Respecto de esta disposición transitoria, nos remitimos a lo que expusiéramos con relación a la creación de la *guardia nacional* (Artículo 3).

Artículo 5°.- La presente reforma entrará en vigencia inmediatamente después que la Corte Electoral proclame el resultado afirmativo del plebiscito.

Se trata de una disposición formal y programática sujeta a la aprobación de la iniciativa de reforma constitucional.
