

PUNITIVISMO CRECIENTE EN URUGUAY.

Juan Carlos Fernández Lecchini*.

Introducción.

Indicadores y variables del punitivismo.

El DL 14294 y sus modificativas.

La ley 16707/1995.

La ley 17815.

La ley 18250, el CP y la ley 19643/2018.

El lavado de activos.

El art. 312 numerales 7, 8 y 9, las leyes modificativas del CP.

La ley 19889/2020 y la ley 19996/2021.

La normativa procesal.

Conclusiones.

1)

El punitivismo es exceso, es pena sin derecho. Creo que puede ser definido de esa forma, desde una orientación minimalista que bogamos por no perder completamente, en un ambiente favorable a otras tendencias¹.

El punitivismo tiene varias formas de manifestación. La legislativa, la que ejercen en ocasiones algunos magistrados. La ejercida socialmente, por actores culturales precisamente. Sólo analizaremos, y en forma parcial, en el presente, la legislativa. Por razones de extensión de este trabajo.

1.1)

En Uruguay el punitivismo tiene etapas.

Vamos a abarcar, sí, una extensa etapa. Mencionaremos normas desde 1974 a 2021. Algunas normas no serán analizadas por razones de espacio en este trabajo, como adelantábamos. La ley 18026/2006, por ejemplo, erige institutos punitivistas sobre todo en la regulación de lo que llama crímenes de lesa humanidad – actos aislados. Quedará para otro esfuerzo.

1.2)

Tenemos indicadores y variables de punitivismo. Algunos de ellos son. La creación de tipos penales innecesarios, la aprobación de penas desproporcionadas al peligro o daño producidos al bien jurídico. El diseño de los tipos penales por ejemplo cuando crean presunciones in malam partem, cuando utilizan ciertas circunstancias dos veces en contra del encausado, transitando hipótesis de bis in idem. Cuando erigen valoraciones legales de la prueba en contra del reo. Cuando recaen en descripciones vagas e indeterminadas, in malam partem, que llevan a conculcar el principio de determinación del tipo penal y el principio de legalidad. O la consagración de tipos penales de estilo anglosajón con acumulación de verbos y modalidades, que se traducen en un derecho penal expansivo. O en la consagración de tipos penales que, incluyendo conductas que son ontológicamente de participación o de autoría, consagran los mismos guarismos de penas para unas y otras. La restricción o eliminación de derechos procesales para algunos delitos y algunos delincuentes. La regulación de medios probatorios de problemática compatibilización con el Estado democrático de derecho.

* Profesor adscripto ayudante (grado 1) de Derecho Penal, Udelar.

¹ Aller, Germán, *Más derecho y menos pena*, Coloquios Penales, Carlos Álvarez, Montevideo, 2016, prólogo pp. 5, 6.

La afectación del principio de lesividad, de la proporcionalidad de la pena con el peligro o daño ocasionado o la proporcionalidad de la pena con la conducta observada por el reo. Siempre en relación al bien jurídico². La afectación de los principios de derecho penal mínimo, de derecho penal de acto, marcan variables a tener en consideración, conjuntamente con las hipótesis de derecho penal del enemigo, claro está (o de derecho penal de amigos³ o del amigo).

2)

2.1)

El DL 14294/1974 y sus modificativas erige delitos de peligro. Aun para algunos, de peligro abstracto (posición doctrinariamente no pacífica⁴ pero que en la praxis parece funcionar incontestada). Contra la salud pública.

Todo bien jurídico colectivo debe reconducirse a un bien jurídico individual. En este caso, la salud de los individuos. O sea, los arts 316, 317 y 318 del CP. Pero el D.L. impone penas de entre los dos años y los veinte años de penitenciaría⁵.

Entonces. Si tenemos delitos de peligro contra la salud, ellos no pueden tener penas superiores a las del art. 318, lesiones gravísimas, delito de daño.

Se me dirá que con una conducta contra la salud pública se puede poner en peligro la salud de cientos, miles de personas. Pero entonces para los casos en que se suministran pocas dosis o se transportan cantidades no tan grandes las penas mínimas debieran ser menores de las que erige el Decreto Ley. Los artículos 30, 31, 33, 34 y 35 debieran tener penas mínimas de prisión.

2.2)

Una pena mínima de 2 años de penitenciaría es igual a la del delito de homicidio doloso, art. 310. No existe una relación lógica entre los bienes jurídicos protegidos y las penas consagradas.

Una pena de 20 años es una sanción que puede recaer sobre un delito de homicidio doloso especialmente o muy especialmente agravado y esto es desproporcional considerando los bienes jurídicos en juego.

2.3)

En cuanto al modelo legal anglosajón de la estiba de verbos. En una muestra de derecho penal expansivo por el que se trata de usar una malla muy cerrada, para que nada escape a la eficacia estatal⁶.

Pero además en este Decreto Ley se pena igual la tentativa que la consumación. Conculcando el principio de lesividad. Además se castigan los actos preparatorios. Se castigan actos preparatorios de actos preparatorios. Se adelanta tanto la consumación que se afecta el principio de responsabilidad por el peligro causado. Casi podríamos decir que se puniten las malas intenciones del sujeto.

² El bien jurídico tiene funciones de garantía, de interpretación, de sistematización: Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F Montevideo – Buenos Aires 2004 pp. 6 a 10. Pero concretamente el bien jurídico tiene que ser elemento central para la mensura de las penas de los distintos tipos penales, junto con la culpabilidad.

³ Aller, Germán, *Criminalidad del poder económico*, B de F Montevideo – Buenos Aires, 2011 p. 278.

⁴ Adriasola, Gabriel, *El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga*, FCU 1994 pág. 31.

⁵ Una luminosa excepción en esta tendencia fue la de la ley 17016/1998, que fijó los mínimos de los delitos de drogas en veinte meses de prisión, salvo el art. 35 que tenía pena mínima de doce meses. Esta luz se apagó pronto, con la siguiente reforma, que elevó nuevamente las penas.

⁶ Algunos se han planteado un derecho menos garantista, con vocación expansiva, pero como contrapartida proponen penas menos severas: Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, B de F Montevideo Buenos Aires 2008 pp. 170 a 172. Pero en estos casos de la realidad uruguaya tenemos menos garantías, más amplitud típica acompañadas de más pena.

2.4)

En fin. Este decreto ley es un lugar de punitivismo en el mapa del derecho penal uruguayo.

3)

La ley 16707/1995 establece más de un tipo delictivo innecesario. Y establece el “copamiento” (única conducta que analizaremos) con pena hipertrofiada, desproporcionada.

El copamiento protege la libertad y la propiedad, con un tipo complejo.

La pena mínima del copamiento se estableció en ocho años de penitenciaría. La máxima en veinticuatro años de penitenciaría.

La pena mínima es mayor, el cuádruplo, a la pena mínima de un homicidio, art. 310 CP. Esto no parece aceptable desde el ángulo del principio de proporcionalidad y lesividad.

El copamiento que merezca la pena mínima nunca puede ser comparado con un homicidio. Esta constatación resulta palmaria.

La pena máxima del copamiento es desproporcionada con el bien jurídico que se protege. Por grave que resulte un copamiento no puede ser tan grave como privar de la vida con agravantes muy especiales. Y no parece que pueda ser mucho más grave que una extorsión o un secuestro, delitos que conciernen la propiedad y la libertad también, arts. 345 y 346. Sin embargo el copamiento tiene guarismos de pena muy superiores a la extorsión y al secuestro.

El principio retributivo y de proporcionalidad se ve lastimado en estas normas penales. Parece que el legislador ha cedido a las tentaciones de la prevención general y a las del derecho penal simbólico. Que se vuelve real cuando las personas tienen que cumplir estas penas impactantes.

4)

4.1)

La ley 17815/2004 establece delitos de pornografía infantil, corrupción, favorecimiento de la prostitución de menores o incapaces. El art. 2 de esta ley establece un tipo penal con ocho verbos nucleares. De estilo anglosajón y modelo de derecho penal expansivo.

4.2)

Ahora bien.

Esta ley 17815 establece delitos de peligro contra la libertad sexual y contra el normal desenvolvimiento de la personalidad sexual del individuo.

Las penas de algunos de estos delitos van de 2 a 12 años de penitenciaría.

En tanto se trata de menores, muchas de las conductas concernidas se traducen en un peligro de corrupción. La corrupción, delito de daño, contra el normal desarrollo de la personalidad sexual del individuo, se regula en el art. 274CP. Por lo que viene de decirse la pena de los delitos de la ley 17815 no debieran superar los guarismos del art. 274CP. Se me puede decir que por las conductas de la ley 17815 puedo poner en peligro el normal desarrollo y madurez sexual de decenas de menores o miles de ellos. Pero puede también que sólo ponga en peligro el normal desarrollo y madurez sexual de una persona menor. Por ello los tipos penales de los arts. 4, 5 y 6 de esta ley no podrían tener un mínimo superior a los seis meses ni una pena muy superior a los 3 años de penitenciaría.

5)

La ley 18250/2008 en su art. 78 establece el delito de trata de personas. La pena es de 4 a 16 años. Se protege la libertad de las personas. Ahora bien. Se castiga aun una actividad secundaria, de la ontología de la complicidad, en un delito de peligro, con la misma pena con que se castiga la actividad principal, de autor, de reducir a una persona a la esclavitud, art. 280CP, en redacción de la ley 19643/2018 (delito de daño).

Hay una conculcación del principio de responsabilidad proporcional.

De cualquier forma, dar muerte a una persona difícilmente, en circunstancias muy excepcionales, pueda ser menos grave que someterla a esclavitud. Por lo que la pena del art. 280CP aparece como excesiva. La pena del art. 280CP debiera reducirse en consideración de la pena del art. 310CP y la del art. 78 de la ley 18250 reducirse en relación a la pena del art. 280 del CP.

Entretanto encontramos en el sistema uruguayo otro lugar de punitivismo.

6)

6.1)

La ley 19574/2017 sobre lavado de activos establece varias conductas delictivas en los arts. 30 y sts.

6.2)

Algunos de los tipos penales de la ley 19574 establecen penas de entre 2 a 15 años. Con posibilidad de agravaciones hasta los 22 años y 6 meses.

Esta ley erige tipos que son en esencia encubrimientos. De los delitos del art. 34.

Pero los encubrimientos no podrían nunca tener más pena que los delitos encubiertos. Y en muchos casos ocurre esto.

Si el lavado de activos es una conducta que afecta la economía, entonces no se entiende que tenga una pena tan superior y distinta al delito del art. 256CP –destrucción de materias primas o productos con grave daño a la producción nacional o al consumo-.

Si el lavado de activos daña la administración de justicia – ontológicamente los delitos de lavado son encubrimientos- no es coherente que tenga una pena muy superior a la del art. 197CP (3 meses a 10 años).

Si el lavado de activos afecta el bien jurídico que se ve concernido por el delito precedente entonces no podría nunca superarse la pena de este delito precedente.

6.4)

El delito de autolavado, arts. 35 y 36, constituye el castigo del agotamiento del reato. Y el castigo del autoencubrimiento. Un derecho penal liberal no hubiera soñado tal extremo de persecución. Que ya ronda el derecho penal del enemigo. Con penas que se superponen en el caso de que se castigue por el delito precedente y también por el autoencubrimiento.

Se podría plantear que para los casos de los delitos del art. 34 de esta ley el sistema penal uruguayo no castiga la consumación sino el agotamiento. Y que en caso de que una persona fuera condenada por el delito precedente consumado y luego por el autolavado, se debiera restar a la pena de éste la sufrida por la pena del delito consumado precedente. Pero ese planteo excede el objeto de este trabajo.

Lo que ronda en forma amenazante a la legitimidad del autolavado es, entre otras cosas, el bis in idem. Problemas de constitucionalidad tenemos a la vista.

6.5)

A esto se suma un muy severo y persecutorio régimen de incautaciones y confiscaciones, –guerra económica contra el enemigo- y un sistema de reclutamiento de personas individuales y privadas convertidas en “socias” y agentes investigadores del Estado en la persecución de sus enemigos. Parece que estuviéramos en casos de guerra económica sin cuartel, contra los enemigos del Estado.

7)

La ley 19538/2017 sumó los numerales 7º y 8º al art. 312 del CP. Ellos son innecesarios porque su materialidad estaba ya incluida en el numeral 1º del mencionado artículo. En el manido concepto del motivo abyecto. El numeral octavo tiene presunciones⁷ de agravantes muy especiales. Tenemos la consagración de cargas probatorias sobre el indagado, invirtiendo la carga de la prueba -también ley 19574 art. 52-.

La ley 19645/2018, sumó el numeral 9º del art. 312 del CP donde se protege al funcionario. Del abogado sólo se acuerda el legislador para imputarle prevaricato.

La ley 19580/2017 tipificó los abusos sexuales. Erigió el art. 272bis. Que incurrió en bis in idem al usar ciertas circunstancias como presunciones y como agravantes. Y conculcó el principio de determinación y legalidad al establecer cláusulas genéricas al momento de tratar de los medios típicos. Estableció la pena del abuso sexual especialmente agravado en guarismos iguales a las del homicidio (2 a 12 años). Difícilmente un homicidio simple que lleve la pena máxima puede ser menos grave que un abuso sexual. La ley 19889 agravó estas penas aun.

Se conculca acá el principio de proporcionalidad y sistematicidad.

8)

La ley 19889/2020 tiene muchos momentos de muy marcado punitivismo. Crea delitos manifiestamente innecesarios, por ejemplo: agravio a la autoridad policial (art. 11), destrucción de objetos en dependencias policiales (art. 10), retiro o destrucción de medios o dispositivos electrónicos (art. 15), agresión a trabajadores de la educación, la salud, el transporte y destrucción de bienes afectados a esos servicios (art. 16).

Agrava las penas de delitos ya vigentes: delitos sexuales, delitos de drogas, encubrimiento, receptación (arts. 68 y sts, 5, 6 y sts, 9). Los aumentos llevan a penas superiores en algunos casos a la máxima del delito de homicidio. En otros casos la pena mínima queda superior a la mínima del homicidio, como en la receptación de un chaleco policial (art. 9). En los delitos de drogas las penas mínimas y máximas llegan a igualar o sobrepasar las del homicidio simple.

Reforma en clave de severización de tipos ya existentes se da por ejemplo en la autoevasión (art. 13).

Agrava la responsabilidad de personajes de participación secundaria en el delito, art. 3. Los cómplices, concretamente.

Recorta beneficios y derechos en los procesos y en los regímenes de reclusión: (salidas transitorias, descuentos por trabajo y estudio, arts. 85, 86, 30). Y al regular el parquet de aplicabilidad de la libertad a prueba y de la libertad anticipada (arts. 41, 31).

Entre otras regulaciones.

9)

⁷ Una crítica a las presunciones in malam partem del numeral 8 del art. 312, en la reforma de 2017, en Cedrés, Lucas, *Triple crítica al artículo 312 – 8 CP*, trabajo inédito, monografía presentada en el curso de Derecho penal parte especial del Profesor Adjunto Duvi Teixidor UDELAR, año 2022, gentilmente aportada por el autor.

La ley 19996/2021 art. 114 dispuso que cuando se recae en el art. 341 numeral 6° CP la pena mínima será de veinticuatro meses de prisión. O sea el equivalente cronológico de la mínima del homicidio. Es un problema recurrente del derecho penal uruguayo la pena del hurto agravado, por cierto.

10)

En cuanto a la supresión de derechos, garantías y beneficios procesales. Veamos.

La ley 19544/2017 derogó la libertad condicional, importante instituto de recuperación social.

La ley 19653/2018 estableció presunciones de riesgo procesal para la prisión preventiva, art. 224 NCPP y estableció el art. 301ter del NCPP que inaplica la libertad anticipada (instituto resocializador) para ciertos delitos.

La ley 19889/2020 art. 33 derogó el instituto de la suspensión condicional del proceso. Que daba oportunidades de resocialización. Y también reguló las presunciones de riesgo procesal en el art. 34, art. 224 NCPP.

La ley 19924/2020 sumó hipótesis de inaplicabilidad de la libertad anticipada.

9)

El agente encubierto, el agente provocador, el colaborador, son problemáticos, como adelantáramos. El código penal ya tenía una regulación parcial en el art. 8. Luego el art. 414 de la ley 18362/2008, la ley 18494/2009 arts. 6, 7, 8, la ley 19574/2017 art. 61 y sts, la ley 19889/2020 art. 12: regulan medios problemáticos de prueba en diseño legal penal hacia la expansión.

La ley 19889/2020 extiende la aplicación de medios probatorios de dubitada legitimidad en un Estado de derecho, a todos los delitos (art. 12). La evolución es negativamente impactante.

El agente encubierto instiga el delito y realiza la acción típica en su caso. Es coautor de delitos o autor de delitos según los casos.

El colaborador obtiene ventajas que no se ajustan a la ley y al principio de retribución, ni al de prevención, eventualmente, declarando contra otros partícipes. Cabe preguntarse qué libertad pueden tener estas personas para acceder o no a las propuestas de la policía o la fiscalía.

La ley 19889 que se comenta establece procedimientos que disminuyen las garantías del sometido a proceso y amplían los poderes policiales: declaraciones voluntarias del indagado en la policía (parecía mejor la solución de que el indagado no declarara en la policía, cabe preguntarse qué libertad tiene una persona para consentir esta situación; la actuación obligatoria de los abogados tiende a restringirse), registros de personas, equipajes y vehículos (arts. 21, 23, 51).

10)

Antes de la revolución francesa de 1789 el panorama penal era sombrío. Durante la instrucción el investigado permanecía en la cárcel. Era sometido a tormento durante los interrogatorios. No tenía derecho indiscutible a la ayuda de un abogado. Las decisiones no iban obligatoriamente acompañadas del examen de pruebas y razones. Los Jueces muchas veces se limitaban a declarar al acusado condenado por “los hechos consignados en la causa”. Cuando el gobierno quería que se condenase a un acusado se le sometía a una Comisión Extraordinaria. Las penas eran muy crueles⁸.

A veces tenemos la sensación de que nuestra realidad se encamina a la pre beccariana.

⁸ Seignobos, CH, Metin, A, *Historia Universal*, Tomo V, Ed. Juan Carlos Granda, Buenos Aires 1974 p. 244.

Agrega lapidariamente el texto: “La víspera de la Revolución, los franceses no tienen ninguna libertad”⁹.

No queremos volver a aquello.

BIBLIOGRAFÍA.

Adriasola, Gabriel, *El nuevo derecho sobre tóxicos y el lavado de dinero de la droga*, FCU 1994.

Aller, Germán, *Criminalidad del poder económico*, B de F Montevideo – Buenos Aires, 2011.

Aller, Germán, *Más derecho y menos pena*, Coloquios Penales, Carlos Álvarez, Montevideo, 2016.

Cedrés, Lucas, *Triple crítica al artículo 312 – 8 CP*, trabajo inédito, monografía presentada en el curso de Derecho penal parte especial del Profesor Duvi Teixidor Udelar, año 2022.

Fernández, Gonzalo, *Bien jurídico y sistema del delito*, B de F Montevideo – Buenos Aires 2004.

Seignobos, CH, Metin, A, *Historia Universal*, Tomo V, Ed. Juan Carlos Granda, Buenos Aires 1974.

Silva Sánchez, Jesús María, *La expansión del Derecho penal*, B de F Montevideo Buenos Aires 2008.

⁹ *Ibíd.*