

Aportes a la reforma del Código Penal y el Código Procesal Penal

Noviembre de 2011



Aportes a la reforma del Código Penal y el Código Procesal Penal

Diego Camaño

Noviembre de 2011



*Al servicio
de las personas
y las naciones*





Autor: Diego Camaño

Edición: Natalia Uval

Corrección: Rosanna Peveroni

Diseño: Sergráficos

Foto de tapa: J. M. P.

ISBN: 978-9974-8340-3-3

El Programa Conjunto **Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad** se llevó a cabo entre julio de 2010 y noviembre de 2011 dentro de la iniciativa piloto Unidos en la Acción, que articula el gobierno nacional a través de la Agencia Uruguaya de Cooperación Internacional (AUCI) con el Sistema de Naciones Unidas en Uruguay, en el marco de su proceso de reforma del cual Uruguay forma parte como uno de los ocho países piloto en el mundo.

Este documento es para distribución general. Se reservan los derechos de autoría y se autorizan las reproducciones y traducciones siempre que se cite la fuente. Queda prohibido todo uso de esta obra, de sus reproducciones o de sus traducciones con fines comerciales. Los textos incluidos en esta publicación reflejan la opinión de su autor y no comprometen de ninguna forma la opinión de las entidades que suscriben el Proyecto Conjunto Apoyo a la Reforma de las Instituciones para personas privadas de libertad.

Sumario

Prólogo	5
Introducción.....	7
El gobierno de la penalidad en el siglo XXI: crisis de la justicia penal	11
Un cambio de paradigma: el principio de <i>ultima ratio</i> como criterio rector de la reforma	13
Violencia de género y derecho penal.....	17
Problemática de las armas y su regulación legal	19
El proyecto de reforma al Código Penal.....	21
Recomendaciones sobre la parte general	21
Recomendaciones sobre la parte especial	31
El proyecto de reforma al Código del Proceso Penal.....	33
Recomendaciones.....	33
Otras acciones necesarias	43
Bibliografía y fuentes utilizadas.....	45
I. Doctrina	45
II. Documentos.....	54
III. Jurisprudencia Internacional	56

La reforma legislativa como llave para la reforma penitenciaria

El proyecto "Apoyo a la Reforma de las Instituciones para Personas Privadas de Libertad" fue ejecutado entre julio de 2010 y noviembre de 2011 como parte del Programa Conjunto 2007-2010 "Construyendo capacidades para el desarrollo" del Sistema de Naciones Unidas y el Gobierno del Uruguay para atender una prioridad nacional: la implementación de una reforma penitenciaria que hiciera posible un nuevo modelo de reinserción social.

Como reflejo de lo anterior, en la implementación del proyecto participaron, desde el sector público, el Ministerio del Interior, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto, la Junta Nacional de Drogas, la Administración de Servicios de Salud del Estado y el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay. A su vez, por parte de las Naciones Unidas participaron, como agencias ejecutoras, el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la Organización Internacional para el Trabajo (OIT/CINTERFOR), ONU Mujeres, la Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC).

El proyecto se constituyó en una instancia, sin antecedentes, de articulación y diálogo para todos los actores vinculados con las políticas públicas involucradas en la reforma penitenciaria. En este contexto, el proyecto, a través del PNUD, incluyó un estudio sobre "Aportes a las reformas del Código Penal y Código del Proceso Penal".

Este trabajo tiene la vocación de ser un insumo más para un debate social y parlamentario que todavía está abierto en el país: la reforma de la legislación penal de fondo, el Código Penal, y de las normas que regulan la aplicación efectiva de ese cuerpo legal, el Código del Proceso Penal.

Se trata de una transformación crucial y como tal se constituye en la plataforma de construcción de una política criminal.

La reforma penitenciaria es una prioridad social e institucional para el país. En ella están trabajando múltiples organismos del Estado y también organizaciones de la sociedad civil, en el marco de una política de respuestas transversales a la prevención terciaria del delito. La reforma penitenciaria

augura la posibilidad de contar con un nuevo modelo de rehabilitación que facilite la reinserción social y prevenga la violencia y el delito.

En el proceso de transformación se incluyen los programas educativos, de trabajo, cultura, deporte, recreación, salud y adecuación de las plantas físicas de las Unidades de Internación para Personas Privadas de Libertad en curso, que deben ser acompañados con las necesarias y pendientes reformas legislativas.

Es por ello que la reforma penitenciaria se vincula directamente con el modelo de justicia criminal que adopta un país. Más aún: sin reforma legislativa, la reforma penitenciaria estará siempre condicionada a una normativa penal que no está adecuada a las actuales circunstancias y que puede volverse un obstáculo insalvable para esa reforma.

Si bien múltiples aspectos de las posibles reformas legislativas, tanto en las normas de fondo como en las procesales, siguen abiertos al debate, puede decirse que existe consenso en torno a que la arquitectura de la administración de la justicia penal debe ser revisada y actualizada.

Existe consenso en torno a que muchos de los problemas que presenta hoy la administración de justicia penal, ya sea en aspectos normativos, de sus prácticas o de índole material, pueden poner en riesgo de incumplimiento principios fundamentales de los derechos humanos.

Esperamos que el estudio que aquí se presenta sea una herramienta útil para todos los que están trabajando, desde diversos ámbitos, en la construcción de una nueva arquitectura para la administración de justicia penal en Uruguay.

Susan McDade
Coordinadora Residente
de las Naciones Unidas en Uruguay

Eduardo Bonomi
Ministro del Interior

Introducción

En momentos en que se debate en el ámbito político la reforma del Código Penal (CP) y del Código Procesal Penal (CPP), este libro surge de una consultoría que analizó ambos proyectos de reforma con la finalidad de formular recomendaciones, con énfasis en la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento.

Al tratarse de un estudio de carácter normativo, la fuente principal de información han sido los textos de los proyectos de ley a estudio del Parlamento. Asimismo, se ha tenido en cuenta el estado actual de los estándares internacionales en la materia, tal como han sido formulados por los sistemas de protección de derechos humanos, tanto a escala regional como universal. Desde el punto de vista empírico, se han considerado algunas experiencias de reforma de la justicia penal que tuvieron lugar en otros países de la región, con sus marchas y contramarchas.

Sin embargo, el presente trabajo plantea un horizonte más amplio que la mera “reforma de Códigos”, pues no es posible comprender cabalmente una iniciativa legislativa de reforma penal y procesal penal dejando a un lado el contexto más general en que opera la justicia penal. No en vano, José Irureta Goyena, al presentar su proyecto de reforma al Código Penal en 1933, advertía que la tarea de reformar la ley penal no es meramente normativa sino fundamentalmente un “trabajo de política criminal”¹.

En efecto, *la legislación punitiva es consecuencia de una determinada visión sobre la política criminal del Estado*. Lo mismo sucede al observar la concreta operatividad de la justicia penal, que mediante sus criterios de actuación y decisión trasluce una orientación político-criminal².

¹ Hace más de setenta años el codificador hacía una serie de afirmaciones que conservan toda su vigencia: “No todo lo que ideológicamente se perfila como racional resulta certero y beneficioso en la práctica. La organización deficiente de los Tribunales, la insuficiencia de las instituciones auxiliares de la justicia, el atraso social y político, las sombras de la conciencia colectiva, y hasta la misma idiosincrasia del pueblo imponen, especialmente tratándose de un Código Penal, el contacto permanente con la realidad” (Exposición de Motivos del Código Penal).

² En puridad, tanto en el aspecto normativo como práctico, diversos temas evidencian *incoherencias* en materia de política criminal. En ambos momentos coexisten principios e intereses que no siempre resultan enteramente compatibles (más aún, *a veces son irreconciliables*). Por esta razón, no es sencillo desentrañar *con claridad* cuál es la política criminal de un Estado. En lugar de ello, resulta pertinente bucear en las incompatibilidades y colisiones entre los diversos principios e intereses en juego, así como confrontar su configuración normativa con la concreta operatividad de la justicia penal. Tanto la comparación entre esas diversas formulaciones normativas como el análisis de su verificación en la práctica judicial permiten arrojar luz sobre las *diversas* orientaciones político-criminales del sistema.

Por lo tanto, al momento de evaluar el actual estado de situación de la justicia penal, analizar las reformas propuestas, proyectar su impacto y formular recomendaciones, es necesario realizar dos operaciones intelectuales: a) indagar cuál es "el estado actual de la política criminal" –o de *las* políticas criminales en pugna–; b) plantear cuál sería el estado deseable de cosas desde una nueva –o nuevas– perspectiva(s) de política criminal.

Ciertamente, no debe pasarse por alto que "política criminal es [...] un concepto complejo: mientras su finalidad es unívoca, su instrumental resulta indeterminable porque es definible sólo en términos negativos, a través de instrumentos penales, de un lado, e instrumentos no penales del otro. Para decir que la finalidad de la política criminal es unívoca debemos hacer una puntualización: hasta un pasado no muy lejano ésta se entendió constantemente como la finalidad de controlar la criminalidad, es decir, reducir el número de infracciones delictivas. A partir del desarrollo de estudios victimológicos, y en particular por la preocupación acerca de las necesidades de la víctima, de su ambiente social y de la sociedad, el campo de acción de la política criminal se extiende [...] también hacia el control de las consecuencias del crimen, además de su prevención [...]. La política criminal [...] es también un concepto problemático. Si de los modelos prácticos más limitados de la criminología administrativa salimos hacia aquellos más amplios de la criminología crítica, la riqueza y la variabilidad del instrumental de un control que asume siempre más dimensiones se aproximan a su indeterminación teórica [...] [observando también que] la línea de distinción entre la política criminal y la política en general y otras de sus especies (política social, económica, ocupacional, urbanística, etcétera), no se presenta ya de un modo claro. Para distinguirlas debemos recurrir, no a la finalidad objetiva o función social, sino a la finalidad subjetiva, es decir, a la intención de los actores que ponen en práctica; en el mejor de los casos, podríamos apelar también a los recursos institucionales escogidos por los actores y a las partidas que señalan los capítulos relativos en el presupuesto público [...]. El concepto de política criminal [...] además de ser complejo y problemático, se convierte incluso en un concepto ideológico. Utilizo aquí la palabra 'ideología' en el sentido de una construcción discursiva de hechos sociales apta para producir una falsa conciencia en los actores y en el público"³.

Como puede apreciarse, la tarea no es fácil, entre otras razones porque, como acabamos de ver, el propio concepto de política criminal es complejo, problemático e ideológico. Pues bien, para simplificarlo –en la medida de lo posible– es preciso explicitar, con la mayor claridad, los presupuestos filosóficos y políticos que constituyen el núcleo de partida, pues estos luego se verán reflejados en las concretas formulaciones normativas. En otras palabras, *para conocer y evaluar cabalmente las reformas propuestas es necesario desentrañar los lineamientos de política criminal que las orientan*. A su vez, cada iniciativa de reforma tiene lugar en un determinado

³ BARATTA (2004).

contexto sociohistórico y su objetivo final no puede ser otro que el de mejorar las prácticas existentes (las cuales, sea por razones operativas o normativas, se consideran empíricamente defectuosas o incompatibles con determinados estándares normativos). Por lo tanto, resulta ineludible confrontar las formulaciones normativas propuestas con el “estado de situación” de la justicia penal en Uruguay, de modo de poder comparar la actual orientación político-criminal con la que se propone.

El gobierno de la penalidad en el siglo XXI: crisis de la justicia penal

Las investigaciones más calificadas sobre la penalidad contemporánea señalan una característica común de la justicia penal del mundo occidental: *el incremento sostenido y acelerado del uso de la prisión*⁴. Al mismo tiempo, se ha observado un aumento de las tasas de criminalidad⁵. Sin embargo, ambas variables han crecido en forma independiente, no pudiéndose establecer una relación de proporcionalidad entre ambas. En términos generales, los datos estadísticos sobre el número de presos y la cantidad de delitos demuestran claramente que, mientras que las tasas de encarcelamiento crecen *desenfrenadamente*, la criminalidad, en cambio, sólo ha aumentado *levemente*. Por lo tanto, es un dato de la realidad que el encarcelamiento y la criminalidad aumentaron, pero de un modo *dispar y desproporcionado*, siendo ampliamente superior el crecimiento de la población carcelaria. Aun tomando las "peores" estadísticas oficiales sobre criminalidad (aquellas que se elaboran sobre la base de los delitos denunciados a la policía), su comparación con la tasa de encarcelamiento arroja un crecimiento incomparablemente superior de esta última variable.

Esta constatación empírica amerita varias lecturas, entre las cuales cabe destacar la siguiente: la cantidad de delitos no es un dato que *por sí solo* sirva para explicar la "explosión" de la población carcelaria de los últimos veinte o treinta años. Esta afirmación vale no solamente para las dos Américas y el Caribe sino también para el continente europeo⁶. El fenómeno de "encarcelamiento masivo" que caracteriza a la penalidad contemporánea no puede –ni debe– explicarse tomando en cuenta el aumento de las tasas de criminalidad. En realidad, juegan *otros factores*, tales como el auge del concepto de gobierno de una "sociedad de riesgo", la crisis del *welfarismo* penal, el creciente sentimiento de inseguridad, el rol de los medios de comunicación y las reformas legales populistas de corte ascendentemente punitivo. La suma de estos factores ha dado lugar a la actual crisis política y jurídica que padece el gobierno de la penalidad en la modernidad tardía.

⁴ CHRISTIE (1993); GARLAND (2005); PAVARINI (2006); WACQUANT (2009); STERN (2010).

⁵ GARLAND (2005).

⁶ Los datos del Consejo de Europa dejan en evidencia que la "tendencia general en todos los Estados de la UE es al aumento de las tasas de encarcelamiento", en algunos países a una "velocidad moderada" (repúblicas bálticas, Hungría, países nórdicos, Bélgica, Austria, Francia, Suecia), en otros "alta" (los demás Estados que antes eran socialistas, Alemania, Escocia, Grecia, Irlanda e Italia) y finalmente "casos extremos de crecimiento alarmante" como España, Portugal, Gran Bretaña y Malta (RIVERA BEIRAS, 2009).

Por todo ello, resulta imperioso orientar la reforma de la justicia penal hacia el objetivo político-criminal de *reducción del uso del encarcelamiento*. Dicha meta puede lograrse mediante la exigencia de un uso verdaderamente excepcional de la prisión preventiva, la implementación de un sistema efectivo de medidas alternativas al encarcelamiento o la modificación del régimen de sanciones y de ejecución penal.

Sin embargo, cabe advertir que la reforma legal que establezca una serie de “alternativas a la cárcel” entraña “un peligro particularmente grave: la proclividad de la legislación a generar consecuencias no deseadas”. En efecto, existen abundantes pruebas que sugieren que la introducción de las llamadas “alternativas a la cárcel” pueden, de hecho, tener un efecto de “ampliación de red”: más que sacar a muchas personas de las cárceles, pueden conducir a nuevas personas hacia un sistema de control más amplio”⁷.

En el mismo sentido, se ha observado que “la expansión de las formas de control social formal ‘blandas’, a partir de las primeras décadas del siglo pasado, no ha sido acompañada por una restricción cuantitativamente apreciable de los individuos sometidos a las prácticas de *hard control*; frecuentemente se ha verificado exactamente lo contrario [...] El atributo de alternatividad que normalmente acompaña a los sistemas de *soft control* respecto de aquellos de *hard control* debe entenderse restrictivamente, en el sentido de que los primeros terminan estructuralmente apoyándose –a veces a través de la amenaza, otras veces mediante la aplicación efectiva– en los segundos; de manera que en el caso de que las formas de *soft control* resultan inadecuadas, son reemplazadas por aquellas de *hard control*. Entre *hard* y *soft control* existe por tanto una estrecha interacción que puede ser leída como de tipo sinalagmático, como forma de intercambio disciplinario [...] En las políticas penitenciarias el intercambio penitenciario está en la base de las trayectorias de alternatividad a la pena detentiva. Es posible así dar cuenta críticamente de la relación que se puede instaurar entre momento custodial y alternativas a la pena privativa de libertad sobre la base del intercambio disciplinario y verificar si puede abstractamente producir una contracción significativa de la respuesta custodial y en qué medida”⁸.

Por todas esas razones, cabe coincidir plenamente con el énfasis puesto por el Relator Especial contra la Tortura de Naciones Unidas en la necesidad de “abordar sin retraso una reforma profunda de los sistemas penitenciario y de justicia penal”, abandonando el “enfoque punitivo” que solamente ha causado hacinamiento y no ha logrado la reinserción. Más aún, el Relator señaló la necesidad de introducir “cambios fundamentales en el sistema de justicia penal para impedir el colapso de la totalidad del sistema carcelario”⁹.

⁷ MATHIESEN (2003).

⁸ PAVARINI (2006).

⁹ NOWAK (2009).

Un cambio de paradigma: el principio de *ultima ratio* como criterio rector de la reforma

El énfasis de la presente Consultoría radica en analizar las reformas proyectadas *tomando en cuenta especialmente las medidas alternativas a la prisión*. Pues bien, para que las alternativas al encarcelamiento sean eficaces, su diseño debe tener como meta lograr una *reducción real del uso de la prisión*. En otras palabras, las alternativas a la prisión deben pensarse en relación con su concreto impacto sobre las tasas de encarcelamiento. Sólo así puede esperarse que las reformas proyectadas surtan algún efecto sobre el funcionamiento real del aparato burocrático de la justicia penal.

Un buen ejemplo de ineficacia es la actual ley 17.726, sobre medidas alternativas a la prisión. Su fracaso radica, justamente, en que se trata de una legislación aplicable para una serie –muy limitada– de casos para los que, anteriormente a la aprobación de la ley, la justicia penal utilizaba la figura del “procesamiento sin prisión”; esto es, situaciones en que *la práctica judicial no acudía al encarcelamiento preventivo*. Por tal razón, dicha ley no ha tenido impacto alguno sobre la población carcelaria, que ha seguido creciendo –en forma sostenida y acelerada– aun posteriormente a su aprobación. Antes bien, ha ocasionado el efecto perverso de funcionar como un “plus represivo”: ahora los jueces¹⁰ disponen, *además del procesamiento sin prisión*, alguna o varias de las medidas de la ley 17.726. En otras palabras, el cambio legislativo ha tenido como efecto un *ensanchamiento* de la red penal, en lugar de su reducción.

Si el objetivo es pensar en *verdaderas alternativas al encarcelamiento*, el criterio rector debe ser el principio de *ultima ratio*, según el cual sólo puede acudir al derecho penal cuando todas las demás instancias de intervención estatal hayan fracasado o se demuestren ineficaces para abordar y resolver el conflicto. Si bien se trata de un principio admitido como cardinal en el modelo de derecho penal mínimo propio del Estado (democrático) de derecho, y aun reconociendo –desde un punto de vista normativo– su rango constitucional, lo cierto es que *en los hechos* no ha tenido un impacto decisivo a la hora de diseñar e implementar modificaciones legislativas o institucionales. A su vez, una mirada atenta a las prácticas punitivas deja en evidencia la escasa aplicación del referido principio a los casos concretos sometidos a la justicia penal.

¹⁰ Cabe aclarar que no todos los jueces aplican la ley 17.726. A su vez, no resulta fácil determinar cuáles son los criterios mediante los cuales deciden la imposición de medidas sustitutivas.

Pensar las reformas legislativas desde el prisma de la *ultima ratio* significa, en el fondo, un verdadero *cambio de paradigma*, lo cual resulta indispensable si realmente se pretende incidir en la realidad, reduciendo la violencia institucional provocada por la aplicación del propio instrumento punitivo y reconduciendo el uso del poder penal hacia una política criminal minimalista. Esta nueva política criminal debe abandonar la idea –actualmente difundida– de que el derecho penal es una (o peor aún, la única) herramienta idónea para resolver ciertos conflictos sociales. Más bien, se debe partir de la base contraria: el castigo estatal no resuelve los conflictos sociales, se trata solamente de una respuesta posible para aquellos casos en que las demás instancias institucionales hayan fracasado al abordar el problema.

Por ello, resulta necesario adoptar una postura realista frente a la cuestión criminal: *lo que existe en el "mundo social" son conflictos, no "delitos"*. El delito no es más que una creación artificial, un concepto desde el cual el "mundo del derecho" clasifica determinados comportamientos sociales. El Estado debe preocuparse –antes que por categorizar algunas conductas como criminales– por resolver los verdaderos conflictos que se producen en el ámbito de la interacción social. Desde esta perspectiva, afrontar las reformas legales pensando exclusivamente en torno a la noción conceptual de "delito" –o peor aún, del "sujeto criminal"– impide ver más allá de la etiqueta; no permite afrontar el verdadero desafío de la justicia, que no es otro sino la *solución del conflicto social*. Por ello, "toda reforma de la justicia, mucho más la reforma de la justicia penal, debe plantearse el problema de la solución del conflicto como su núcleo político central"¹¹.

El principio de *ultima ratio* puede ser una herramienta útil a tales fines, siempre y cuando se reconduzca la actual discusión a la dimensión político-criminal, única vía eficaz para conferirle al principio el sentido y alcance que le es propio. De esta manera, el principio de *ultima ratio* puede erigirse en criterio rector de orientación de la política criminal, sirviendo también para evaluar el impacto del proceso de reforma penal y procesal penal en el funcionamiento concreto del aparato burocrático de justicia penal.

En este sentido, "desde la perspectiva de la dimensión político criminal [...] existe un principio rector de la política criminal propio de un Estado democrático republicano y fundado en el Estado de derecho, que es el principio de *ultima ratio*", y se observa que la discusión sobre el sentido y alcance de dicho principio se ha "empobrecido" en el ámbito de la dogmática penal, sea por la escasa reflexión en torno a este, sea por la tendencia a "conceptualizarlo como un simple rector de la interpretación de los tipos penales"¹².

¹¹ BINDER (2005).

¹² BINDER (2005).

En realidad, se trata de un principio con una alta capacidad de rendimiento, no solamente en el ámbito del derecho penal sustantivo sino también del derecho penal formal (derecho procesal penal). En efecto, la discusión procesal penal actual deja en evidencia que dicho principio “no está en el centro de la reflexión [...], como si al proceso penal, además de evitar los abusos de poder, no le correspondiera también ‘economizar’ violencia o como si, en realidad, el ‘momento’ del proceso no fuera el punto central donde se puede [...] llevar adelante políticas de economía de la violencia. Debemos sostener todo lo contrario. Si el proceso penal cumple funciones de selectividad profunda –a veces incluso mucho más claras y evidentes que las que se producen en la selección de los tipos penales–, el principio de *ultima ratio* es un principio organizador de todo el proceso penal. El proceso penal no se utiliza sólo para generar las condiciones de certeza o seguridad para que se descubra la verdad en el proceso y se aplique una sentencia lo menos arbitraria posible [...] El principio de *ultima ratio* se convierte en un principio rector de todas las actuaciones procesales, cuyo carácter es preeminentemente reductor de la violencia y cuya función es empujar el caso, en tanto sea posible, [...] hacia otras formas de solución con menor o nulo contenido de violencia”¹³.

La introducción –en todo su esplendor– del referido principio significa un cambio de paradigma cuya consecuencia fundamental es la consideración del criterio de oportunidad *no como una excepción* al principio de legalidad sino como *principio estructural y cardinal* de un nuevo modelo de justicia penal. Esto se debe a que la perspectiva político-criminal de mínima intervención –inherente al principio de *ultima ratio*– “revierte la pretensión de exhaustividad que subyace en el principio de legalidad”. En efecto, “esa misma perspectiva de mínima intervención es el primer fundamento del principio de oportunidad, que obliga a que el proceso penal desarrolle todas aquellas instituciones que, aun cuando existan previsiones en abstracto que prevén la utilización del poder penal, puedan, en base a otros principios y a otras finalidades como son la pacificación, empujar a las instituciones a una respuesta no violenta del Estado. Ésa es la razón de política criminal que está presente en el principio de oportunidad y, en realidad, *ésta es la regla general si usamos un análisis ‘regla/excepción’ o así vemos con claridad que el llamado ‘principio de oportunidad’ tiene un fundamento autónomo, general y contrario al principio de legalidad, por lo que no pueden ser presentados bajo el modelo de ‘regla/excepción’* [...] Se suele hacer una discusión en blanco o negro, de poder penal o nada, cuando lo que existe son matices, un conjunto de instituciones que pueden intervenir en cada caso. Vemos pues, que si todavía queremos analizar el problema de legalidad y oportunidad como un binomio de opuestos (lo que sostengo no es productivo) habría que analizar el principio de legalidad como una excepción al principio general de ‘oportunidad’ o selección rigurosa de casos”¹⁴.

¹³ BINDER (2005).

¹⁴ BINDER (2005).

Por otra parte, la búsqueda de la verdad material como finalidad primordial del proceso penal impide asegurar debidamente la "verdad como garantía de libertad"¹⁵. La absolutización de la "verdad material" termina erigiéndose en un obstáculo frente al ejercicio de los derechos de las partes en el proceso penal. Sin embargo, ello no implica eliminar el valor "verdad" del proceso penal sino más bien reformular su sentido, orientándolo a su reconocimiento como auténtica *garantía del justiciable*, antes que como una obligación absoluta en manos de los órganos de persecución penal.

Desde este punto de vista, también se puede concluir en la necesidad de instaurar el principio de oportunidad, pues "parece difícil coincidir con la opinión que propone que la absoluta falta de discreción de los acusadores estatales para dejar de perseguir en determinados casos –esto es, para asegurar el deber de iniciar y continuar con la persecución penal de todos los hechos punibles de manera automática y obligatoria– pueda ser considerada una garantía de libertad. Por el contrario, esta obligación persecutoria reduce los márgenes de libertad –obliga a perseguir un mayor conjunto de hechos punibles, y a disminuir la calidad de la presentación del caso ante la justicia penal–, y resulta mucho más adecuada para un modelo de derecho penal máximo"¹⁶.

¹⁵ BOVINO [2005 (a)].

¹⁶ BOVINO [2005 (a)].

Violencia de género y derecho penal

En los últimos veinte o treinta años el movimiento feminista ha adquirido un lugar relevante en la agenda pública. No solamente fue –y sigue siendo– decisivo su aporte para el diseño e implementación de las políticas sociales (ninguna de las cuales puede actualmente presentarse como válida si omite incluir la perspectiva de género) sino que –fundamentalmente, en lo que interesa a los fines de esta Consultoría– ha introducido una nueva forma de comprensión del derecho, impactando no solamente en lo teórico sino sobre todo en el diseño e implementación de una serie de reformas legislativas.

Específicamente, su acendrada crítica al carácter androcéntrico del derecho –y, en especial, del derecho penal– ha tenido un efecto directo y palpable a la hora de reformar la legislación penal en materia de delitos sexuales, poniendo énfasis en la necesidad de reconocer la “libertad sexual” como bien jurídico digno de tutela penal, superando viejas concepciones moralistas que ubican a estos delitos como protectores de la “moral y las buenas costumbres”. Es mérito del movimiento feminista haber introducido el debate sobre los derechos sexuales y reproductivos, la despenalización del aborto y la reformulación de las causas de justificación, así como del concepto mismo de violencia, que debe ser rediseñado para abarcar aquellos casos en los que la mujer sufre un hostigamiento psíquico o físico prolongado en el tiempo. Con todo este arsenal, la concepción feminista ha modificado sustancialmente la comprensión de la función y los límites del derecho penal. La crítica a una amplia gama de conceptos jurídicos y regulaciones normativas “clásicas”, así como a las prácticas punitivas de la justicia penal, ha puesto de manifiesto la “falsa neutralidad del derecho penal, que bajo ese manto, devela involuntariamente, su sentido patriarcal”¹⁷.

Aunque el movimiento feminista dista de ser homogéneo, actualmente parece haber ganado terreno la idea de que la estrategia de victimización adoptada a comienzos de los 70, con su consecuente reclamo por “más derecho penal”, debe ser matizada. Es más, incluso ha sido severamente cuestionada, a partir de una reflexión profunda sobre los efectos perversos que la utilización del instrumento punitivo conlleva, no sólo en cuanto a la violencia de género sino con carácter general.

Ello de modo alguno implica desconocer la necesidad de introducir modificaciones a la legislación penal sobre delitos sexuales y violencia de género, sino simplemente evidencia un debilitamiento de la “fe en el derecho penal” que hace algunas décadas

¹⁷ MALET (2011).

profesaba el movimiento feminista. Ahora, en lugar de un ciego reclamo por “más derecho penal”, se postula una utilización prudente y mesurada del instrumento punitivo, procurando evitar –en la medida de lo posible– sus efectos criminógenos, así como su función ideológica de reproducción del estereotipo machista como parámetro valorativo de las cuestiones de género.

En este sentido, se ha advertido que “con la llamada constante al derecho penal, el feminismo oficial se vuelve conservador y renuncia a su posición destacada en el engranaje del cambio social. Al depositar toda su confianza en uno de los instrumentos más importantes para el mantenimiento del *statu quo*, en una herramienta básicamente opresora y autoritaria que controla los conflictos en base a limitaciones de derechos, las asociaciones de mujeres con mayor presencia en la vida pública española parecen dispuestas a abandonar los grandes postulados del feminismo, que siempre han estado asociados a la lucha por una sociedad más justa, menos autoritaria y con mayor espacio para las libertades [...] En conclusión, la insistencia en acudir a la vía punitiva para dar una respuesta contundente a la violencia de género ha desembocado en un sistema desequilibrado y abusivo que, además de no haber demostrado aún sus virtudes en términos de eficacia, ofrece ya algunos destellos de excepcionalidad que podrían llevarlo a un camino sin retorno. Si en un primer momento tuvo sentido la creación de una figura de maltrato habitual [...] hace mucho tiempo que el legislador [...] ha perdido el norte y se ha internado en la peligrosa rueda del punitivismo a ultranza y sin medida. A la vista de los escasos resultados que se están consiguiendo, parece llegada la hora de indagar en otras alternativas menos represoras y más consecuentes con el discurso pacifista y revolucionario del feminismo”¹⁸.

En síntesis, se ha señalado que el “lenguaje penal deviene un recurso apetecible para reivindicaciones que ponen en el centro a la subjetividad y a la individualidad. Paradigmático es en este sentido el movimiento feminista, el cual, no sólo en Italia, contribuye fuertemente a desplazar el énfasis desde la opresión hacia la victimización. Sobre todo a través de las campañas contra el estupro, sirvió para relegitimar, no importa cuán involuntariamente, a la justicia penal como lugar y motor de una transformación que pone en el centro a la responsabilidad individual”¹⁹.

¹⁸ LAURENZO (2009). En el mismo sentido (crítico) sobre la conveniencia e idoneidad del derecho penal como instrumento eficaz para prevenir y reprimir la violencia de género: ASÚA (2009), LARRAURI (2009) y MAQUEDA (2009).

¹⁹ PITCH (2009).

Problemática de las armas y su regulación legal

Además de la cuestión de la violencia de género se incluye en este informe una reflexión específica sobre el tema de las armas y su regulación legal.

Ello se debe, en primer lugar, a que la transferencia y el tráfico de armas son de los negocios (lícitos e ilícitos) más redituables a escala mundial. Además, la proliferación de la tenencia de armas por parte de la población civil incrementa los niveles de violencia letal en la sociedad. Tristemente, en el contexto mundial, América Latina es la región con más cantidad de muertes producidas como consecuencia del uso de armas de fuego²⁰. A su vez, desde el punto de vista demográfico, dichas muertes se concentran en los jóvenes de sectores socioeconómicos desaventajados.

Por dicha razón resulta imperioso adecuar la normativa local a una serie de estándares internacionales sobre el fenómeno de la criminalidad organizada vinculada al tráfico de armas. Como ejemplo de una de las consecuencias que genera la inadecuación normativa, Uruguay podría llegar a no conceder una extradición por el delito de lavado de activos procedente del tráfico de armas, pues no cuenta con una tipificación de esta última conducta.

De este modo, se recomienda la **tipificación del delito de tráfico de armas de fuego**. En primer término, para honrar el compromiso internacional asumido al ratificar la CIFTA²¹; y en segundo lugar, dicha tipificación impedirá una situación de impunidad o escaso castigo de una actividad que genera innumerables problemas sociales, entre ellos, el incremento de los niveles de violencia interpersonal.

Con relación al concepto de arma, así como a la aplicación de agravantes vinculados a su uso, también se requiere una revisión de la normativa. Por un lado, a efectos de evitar la asimilación del concepto de arma de juguete a la auténtica arma, tal como lo ha interpretado la mayoría de nuestra jurisprudencia. En cuanto al régimen de agravantes, el art. 141 de la ley 17.296 permite elevar en un tercio la pena cuando determinados delitos sean cometidos con armas de fuego. Ello ha dado lugar a interpretaciones

²⁰ Según el reciente "Estudio global sobre homicidios" elaborado por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 31% de los homicidios que se cometen en el mundo mediante el uso de armas de fuego se produce en América Latina.

²¹ Convención Interamericana contra la Fabricación y Tráfico Ilícito de Armas de fuego, municiones y materiales relacionados.

encontradas sobre si ello permite sobrepujar el máximo de pena establecido en el art. 68 del Código Penal, por lo que resulta necesario zanjar la discusión, estableciendo que el límite máximo de pena jamás puede ser sobrepasado.

En síntesis, se recomienda **revisar el concepto de arma del Código Penal así como el régimen de agravantes de la ley 17.296**, temas que no han sido objeto de modificaciones sustantivas en la iniciativa de reforma a la legislación.

El proyecto de reforma al Código Penal

El proyecto de reforma al Código Penal a estudio del Parlamento contiene modificaciones tanto en su Parte General como en la Especial.

La Parte General contiene los principios y criterios de imputación penal, y abarca una amplia gama de temas: los principios generales, las normas sobre tentativa, el ámbito de aplicación de la ley penal, la imputación objetiva y subjetiva, las causas de justificación, de impunidad, de exculpación, la coparticipación criminal, el concurso de delitos y el régimen de penas.

En la Parte Especial se establecen las tipificaciones concretas, esto es, la descripción de las concretas conductas punibles.

Recomendaciones sobre la parte general

Si bien los términos de referencia no incluyen el análisis de la propuesta de reforma de la Parte General, dicha tarea igualmente se ha realizado, por lo que se formula una serie de recomendaciones. Ello se hace, en primer lugar, a efectos de poder valorar integralmente la reforma proyectada. Por otra parte, la inclusión de determinados principios y criterios de imputación tiene directa relación con las formas y los límites de la concreta configuración de los tipos penales.

A) Una primera observación es la *defectuosa regulación de los principios fundamentales de derecho penal*.

Así, el art. 1 proyectado establece: "El presente Código se aplicará conforme a los principios que surgen de la Constitución y de los Tratados o Convenciones Internacionales, en especial los de: legalidad, lesividad, culpabilidad, proporcionalidad y humanidad".

Sin embargo, luego solamente se explicitan los principios de “legalidad” (art. 2) y “culpabilidad” (art. 3).

No sucede lo mismo con los principios de “lesividad, proporcionalidad y humanidad”, que solamente se enuncian.

En la Exposición de Motivos no se establecen las razones que habrían justificado un tratamiento desigual entre principios con idéntico valor normativo.

De especial interés resulta el “principio de lesividad”, por su directa conexión con el principio de *ultima ratio*. Esta Consultoría plantea la necesidad de posicionar dicho principio en un lugar central de la reflexión político-criminal, pues sólo confiriéndole una posición estratégica privilegiada es posible pensar en una reforma seria y profunda de la justicia penal.

Según el *principio de lesividad*, el derecho penal sólo puede aplicarse cuando la conducta punible contenga un *ataque significativo* a un bien jurídico con relevancia penal. De este modo se explicita que el derecho penal es un sistema normativo aplicable solamente cuando se *ofenda gravemente* un bien jurídico. Un ejemplo puede aclarar la importancia del tema. En materia de delitos contra la propiedad (que son los que estadísticamente dan lugar a la mayor cantidad de procesamientos y encarcelamientos), no toda conducta delictiva merece la imposición de una pena privativa de la libertad. Una clara explicitación del principio de lesividad en la Parte General permitiría justificar la no imposición de una pena privativa de libertad cuando la ofensa a la propiedad sea de escasa magnitud; justamente, porque la tutela penal sólo puede justificarse frente a *ofensas graves* a los bienes jurídicos. Estas ofensas mínimas a la propiedad han sido calificadas por la doctrina penal como “delitos de bagatela”, frente a los cuales la reacción penal –especialmente la privación de libertad– no resulta justificada.

Siguiendo esta línea de razonamiento, correspondería explicitar el “principio de proporcionalidad”, según el cual **la pena debe ser proporcional al grado de afectación al bien jurídico**. Retomando el ejemplo de los delitos contra la propiedad, que son los que originan la mayor parte de los encarcelamientos, no resultaría acorde al principio de proporcionalidad la imposición de una pena privativa de libertad cuando la afectación a ese bien jurídico sea de escasa magnitud. En tales casos podría justificarse la adopción de alguna medida alternativa, pero jamás la privación de libertad.

A su vez, la correcta aplicación de ambos principios (el de lesividad y el de proporcionalidad) se relaciona con un instituto procesal no establecido explícitamente en la actual legislación, pero absolutamente necesario para una reforma que pretenda una aplicación más racional del aparato punitivo: *el principio de oportunidad*. Según este, el Ministerio Público puede desistir de la acción penal en ciertos casos, uno de los cuales es justamente el de la escasa entidad de la afectación al bien jurídico.

Este punto se desarrollará en el capítulo referido al proyecto de reforma del Código Procesal Penal.

Estas consideraciones tienen directa relación con lo solicitado en la Consultoría en cuanto al análisis de la “necesidad y conveniencia de mantener como conductas punibles algunas de escasa ofensa social”.

En síntesis, se recomienda que el **proyecto de reforma del Código Penal explicita el contenido de los principios de lesividad, proporcionalidad y humanidad.**

B) Una segunda observación a la reforma proyectada es que omite una referencia explícita a los crímenes internacionales, pese a que se trata de las conductas criminales de mayor gravedad dentro del ordenamiento jurídico.

La ley 18.026 reformó el art. 2 del Código Penal, estableciendo que los delitos se dividen en “crímenes, delitos y faltas”. La redacción original del Código Penal dividía a los delitos en “delitos y faltas”. La reforma operada por la ley 18.026 supuso un avance importante, puesto que reconoció una nueva categoría delictiva: los “crímenes internacionales”, considerados las infracciones penales más graves al ordenamiento jurídico (entre otras, el genocidio, la tortura y la desaparición forzada).

Cabe destacar que la ley 18.026 no solamente implementó las disposiciones contenidas en el Estatuto de Roma sino que además **tipificó determinados crímenes cuando son cometidos “como actos aislados”**, como es el caso de la tortura y la desaparición forzada. Para dar un ejemplo, la comisión de actos constitutivos de tortura, aun faltando el “elemento contextual” que los caracteriza como crímenes tipificados en el Estatuto de Roma (esto es, que sean realizados en el marco de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil), son igualmente punibles bajo esa tipificación. De este modo, la aplicación de actos de tortura por parte de funcionarios públicos encargados de la custodia de un detenido debe tipificarse como tal.

Esta trascendente modificación legislativa debió ir acompañada de algunas derogaciones (por ejemplo, la del delito de lesiones agravado por el abuso de autoridad contra los detenidos, absorbido por el actual delito de tortura como acto aislado tipificado en la ley 18.026) y modificaciones (por ejemplo, la del propio delito de abuso de autoridad contra los detenidos, que ha quedado parcialmente derogado por la ley 18.026), que aún no han tenido lugar. Este punto se desarrollará más adelante, en el capítulo referido al proyecto de modificación de la Parte Especial.

Volviendo al tema de la clasificación de los delitos, **se recomienda que el proyecto de reforma del Código Penal reconozca –en su Parte General– la categoría de los “crímenes”** (en el sentido del art. 1 de la ley 18.026).

C) Una tercera observación –vinculada a las dos anteriores– refiere al **limitado alcance conferido al principio de legalidad, que no toma en cuenta las tipificaciones contenidas en el derecho penal internacional.**

El proyectado art. 2 establece: “Es delito toda acción u omisión voluntaria, dolosa o culposa, expresamente prevista por la ley penal. Para que éste se considere tal, debe contener una norma que describa la conducta punible y una sanción”.

Como puede observarse, no se hace referencia alguna a las tipificaciones contenidas en el derecho internacional. Las fórmulas empleadas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) son más amplias que las de la reforma proyectada.

Así, la CADH establece:

Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas **según el derecho aplicable**. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

La expresión “según el derecho aplicable”, aunque ambigua, **reclama la vigencia del principio de legalidad a los hechos tipificados como crímenes por el derecho internacional**. En otras palabras, en materia de crímenes internacionales el “derecho aplicable” es el derecho internacional, pues es ese el cuerpo normativo en el que se establece la tipificación.

Más claro aún –en cuanto a la aplicación del principio de legalidad para los crímenes de fuente internacional– es el PIDCP:

Artículo 15

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos **según el derecho nacional o internacional**. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, **fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.**

Obsérvese que el inciso 1 establece expresamente la tipificación “según el derecho nacional o internacional”, mientras que el inciso 2 da cabida a los hechos delictivos que resulten de los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

Como hemos señalado, la fórmula del PIDCP es más clara –y también más amplia– que la utilizada por la CADH, con relación a la aplicación de tipos penales emergentes del derecho internacional.

En este sentido, es un acierto que la reforma proyectada haya mantenido intocado el texto del actual art. 9 del CP –referido al ámbito de aplicación de la ley penal–, que contiene una expresa referencia a las *excepciones que surgen del derecho internacional*. Si bien de ahí podría inferirse que en los casos de crímenes internacionales resulta aplicable el derecho internacional, lo cierto es que esta interpretación no ha sido defendida en los casos actualmente en trámite por las graves violaciones a los derechos humanos cometidas durante la última dictadura cívico-militar. En lugar de ello, la justicia penal ha echado mano a las tipificaciones contenidas en la (reciente) legislación nacional (18.026), dando lugar a una serie de dificultades interpretativas que han terminado por obstaculizar el normal desarrollo de los procesos en trámite. Tampoco la doctrina nacional ha derivado de dicho art. 9 la aplicación del derecho (penal) internacional a los crímenes internacionales.

Por lo tanto, resulta necesario –sin perjuicio de mantener el texto del art. 9 del CP del proyecto, que se corresponde exactamente con el actualmente vigente– **extender la aplicación del principio de legalidad a los crímenes internacionales**. De este modo se saldarían algunas discusiones actuales que ponen en duda la validez del derecho internacional como fuente de tipificación penal.

Asimismo, la referida extensión del principio de legalidad sería acorde con el grado actual de desarrollo del derecho penal internacional, que reconoce al individuo como centro de imputación penal, siendo responsable penalmente por la realización de hechos tipificados como crímenes por el derecho internacional. El punto máximo de tal desarrollo lo constituye el Estatuto de Roma, que codifica expresamente los principios y tipificaciones del derecho penal internacional.

Por lo expuesto se recomienda adoptar la fórmula del art. 15.1 (primera frase) del PIDCP en lugar del art. 2 de la reforma proyectada.

D) En cuarto lugar, la Consultoría solicita "revisar el catálogo de justificación del delito, con particular referencia a la noción de obediencia debida".

La reforma proyectada en este punto mantiene, en líneas generales, el actual régimen de causas de justificación. En el instituto del "estado de necesidad" se introduce –correctamente– la distinción entre el estado de necesidad justificante y el exculpante, que obedecen a distintos fundamentos y recaen sobre distintos elementos del delito (el primero enervando la antijuridicidad de la conducta y el segundo, la culpabilidad del individuo).

En materia de obediencia jerárquica se cambia su ubicación sistemática (actualmente bajo el título relativo a las "causas de justificación" y en la reforma proyectada, art. 24, bajo el título referido al "error").

Si bien el último inciso refiere a la hipótesis del "error", en puridad, se trata de un instituto que refiere a la antijuridicidad de la conducta, por lo que **su ubicación sistemática correcta sería la del actual Código** (como causa de justificación). En efecto, se trata de aquellas hipótesis en que un subalterno comete un acto delictivo como consecuencia de las órdenes emanadas de un superior. En tales casos, se entiende que el subalterno no responde penalmente, justamente porque obedece una orden de su superior jerárquico. De este modo, el acto, si bien configura una conducta típica, no resulta "contrario a derecho" (antijurídico) porque el subalterno encuentra "justificada" su conducta en la orden del superior.

Más allá de dicha observación (referida a la ubicación sistemática de la figura), debe señalarse que el *nomen iuris* correctamente expresa "obediencia al superior" (también podría utilizarse la fórmula "obediencia jerárquica"), debiendo ser el juez quien aprecie –caso a caso– si la obediencia fue (o no) "debida", en función de los requisitos legales que surgen de los literales a) y b). Estos reducen a dos hipótesis las (tres) actuales del art. 29 del CP, siendo su alcance exactamente el mismo.

Sin embargo, se observa que **la norma no hace referencia alguna a aquellos casos en que la eximente no puede ser admitida** (por ejemplo, una orden superior para cometer un acto de tortura). En efecto, en aquellos casos en que la orden implique la comisión de un crimen internacional, la eximente no puede tener lugar, dado que se trata de un acto manifiestamente antijurídico, de extrema gravedad.

En este sentido, el Estatuto de Roma es claro en cuanto a que **la actuación bajo órdenes superiores no es admisible como eximente cuando la orden implique la comisión del crimen de genocidio o de crímenes de lesa humanidad:**

Artículo 33

Órdenes superiores y disposiciones legales

1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:
 - a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
 - b) No supiera que la orden era ilícita; y
 - c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas.

Por su parte, el art. 9 de la ley 18.026 expresamente **excluye** la posibilidad de invocar eximentes cuando la orden implica la comisión de un crimen internacional.

En función de lo anteriormente expuesto, con relación al instituto de la "obediencia al superior" se recomienda: **a) ubicarla sistemáticamente bajo las causas de justificación, como en el CP actualmente vigente; b) excluir la posibilidad de invocar esta eximente cuando la orden implica la comisión de un crimen internacional.**

E) En quinto lugar, la Consultoría solicita la revisión y propuesta de modificación del régimen de atenuantes y agravantes.

En líneas generales, la reforma proyectada mantiene el actual régimen de atenuantes y agravantes.

En materia de atenuantes se observa una modificación al actual CP, incluyéndose la distinción entre "primario absoluto y primario legal". De este modo, se recoge una interpretación judicial que distingue estas dos clases de primariedad, hasta el momento no recogidas en un texto vigente.

El proyecto es cuestionable al establecer que "primario legal" es aquel que ha sido "sobreseído o graciado". No se comprende la inclusión del "sobreseído", por cuanto en tales casos se abarcarían hipótesis de individuos que fueron procesados pero posteriormente no condenados. Pues bien, si alguien ha sido erróneamente procesado, debería considerárselo un "primario" sin entrar a categorizarlo como "primario legal". En el caso de la gracia, dado que tiene por efecto la extinción del delito, entonces también estamos ante un "primario", sin necesidad de calificarlo como "legal".

De este modo, se observa que la referida distinción no tiene asidero, siendo tan “primario” el que nunca cometió delito como aquel que fue erróneamente procesado y el que fue “graciado”. Todos estos casos merecerían un trato igualitario, sin necesidad de echar mano a la distinción que se propone.

Asimismo, se observa que no se incluye en el concepto de primariedad aquellos casos en que ha operado prescripción, siendo que el efecto jurídico es justamente la inexistencia del delito o la pena.

Por lo expuesto se recomienda mantener la atenuante de la primariedad, pero eliminar la distinción proyectada entre “primario absoluto y legal” adoptando un concepto de primariedad amplio que abarque incluso algunos supuestos no previstos (por ejemplo, cuando haya operado prescripción).

En materia de agravantes la reforma proyectada debe ser revisada, especialmente, en materia de violencia de género y uso de armas.

F) En sexto lugar, resulta importante señalar que **la iniciativa no modifica –en lo esencial– el actual régimen de penas.**

Si bien el proyecto hace referencia a las penas alternativas (art. 54), en líneas generales se mantiene el actual régimen de penas.

Especial relevancia tiene la distinción entre la pena de prisión (de 3 a 24 meses) y de penitenciaría (de 2 a 30 años), permaneciendo intacto el régimen vigente.

Tal distinción resulta cuestionable por varias razones. En primer lugar, porque en la práctica la pena de prisión y la de penitenciaría no se cumplen en establecimientos separados ni en condiciones diferenciadas. Por lo tanto, ambas penas son, en los hechos, idénticas (privación de libertad indiferenciada).

En segundo lugar –y principalmente–, porque la jurisprudencia es conteste en interpretar que la excarcelación sólo procede cuando el delito tenga prevista una pena mínima de prisión, o bien cuando “se estime *prima facie*” que no recaerá pena de penitenciaría. Si bien ambas consecuencias se derivan de una errónea interpretación del art. 27 de la Constitución (que no contiene una prohibición expresa de excarcelación), lo cierto es que se trata de una de las prácticas más perniciosas de nuestra praxis judicial, pues redundando directamente en la imposición y/o mantenimiento de la prisión preventiva de un modo desmedido e incontrolado. Ello tiene un **impacto directo en el crecimiento de la población carcelaria**, que ha aumentado sin cesar,

en gran parte –aunque no exclusivamente–, debido a la referida interpretación, basada en una distinción artificiosa entre las penas de prisión y de penitenciaría.

La solución a este problema no es fácil. Una posibilidad sería **revisar las penas mínimas previstas para ciertos delitos**. En este sentido, el proyecto de reforma del Código Penal modifica el mínimo de pena para el delito de rapiña, previendo el de prisión, transformándolo entonces en un delito “excarcelable”. Otra posibilidad sería **modificar la duración de la pena de prisión y la de penitenciaría de la Parte General**. De esta manera, se podría, por ejemplo, establecer un marco para la pena de prisión de entre “3 y 40 meses” y de entre “4 y 30 años” para la de penitenciaría (los guarismos son sólo a título de ejemplo; la idea básica sería aumentar la duración máxima de la pena de prisión y establecer un límite mínimo más alto para la penitenciaría). En tal caso deberían revisarse las penas para cada uno de los delitos.

Una tercera posibilidad sería, sencillamente, la de **eliminar la distinción entre prisión y penitenciaría, estableciendo en su lugar la distinción entre “penas privativas de libertad” y “penas no privativas de libertad”**. De este modo, se lograría evitar la discusión sobre la naturaleza de la pena como impedimento para la excarcelación. A título de ejemplo, la idea sería establecer –en la Parte General, bajo el título de las “penas privativas de libertad”– que “la pena privativa de libertad será entre xxx meses y xxx años”).

Como complemento a esta vía, **se podría eliminar la previsión de penas mínimas en cada delito, estableciendo solamente un límite máximo** (adoptando la fórmula “se castigará con una pena privativa de libertad de hasta xxx años”). Esta modificación no afectaría en absoluto el principio de legalidad, pues lo importante es que el delito tenga una pena establecida, no siendo esencial la fijación del mínimo, aunque sí el máximo de esta, como límite a la discrecionalidad judicial.

Siguiendo esta línea de razonamiento, al eliminarse la distinción entre prisión y penitenciaría (siendo sustituida por la “pena privativa de libertad”) y establecerse para cada delito solamente el máximo de pena (siempre expresado en uno o más años de privación de libertad), **ya no cabría la distinción entre delitos excarcelables e inexcrcelables**. El efecto logrado sería que **todos los delitos admitirían la excarcelación**, pues la pena mínima y máxima siempre sería de privación de libertad, sea expresada en meses o años, y, por ende, siempre cabría el procesamiento sin prisión. De este modo, se lograría evitar que la prisión preventiva sea utilizada como regla y –sobre todo– como “pena anticipada”, tal como sucede actualmente en la práctica.

En síntesis, se recomienda **revisar el actual régimen de penas, dentro de alguna de las variables propuestas, sin perjuicio del establecimiento de un régimen efectivo de penas alternativas al encarcelamiento.**

Más aún, se recomienda establecer la **reparación como “tercera vía” de la respuesta penal.** Hace ya bastante tiempo que el derecho comparado ha establecido –además de las penas y medidas de seguridad– la reparación como otra posible respuesta frente a la comisión de un delito. Ya en los años 70 Estados Unidos contempló “programas de reconciliación víctima-infractor” así como “programas de restitución”, dando entrada a la idea de que “el hecho delictivo debe tratarse fundamentalmente como un conflicto entre los afectados”²². Posteriormente, la reparación fue expresamente contemplada en el llamado “Proyecto Alternativo sobre reparación”, de 1992, elaborado por profesores de derecho penal alemanes, suizos y austríacos.

Es importante señalar que la reparación penal es *diferente* de la reparación civil, pues en la primera, además del concreto daño a la víctima se encuentra involucrado el interés estatal en la persecución penal. Así, la reparación es una “institución limítrofe –o híbrida– entre la pena y la responsabilidad civil [...] La filosofía político-criminal que inspira básicamente esta ‘reparación’ parte del reconocimiento positivo de la disposición del autor en la asunción de su responsabilidad ante la víctima, y en su caso ante la sociedad. Su contenido es por ello mucho más flexible, pudiendo coincidir o no con los elementos propios de la ‘responsabilidad civil’. Así se utiliza este concepto para abarcar tanto prestaciones materiales como inmateriales, e incluso prestaciones que suponen la dedicación de tiempo o trabajo en beneficio de la víctima. La reparación simbólica que tiene como destinataria a la sociedad –por ejemplo, a través de prestaciones materiales a instituciones de utilidad común o trabajos de esta misma naturaleza– representa un terreno limítrofe con las penas en cuanto a su contenido, debido a su distanciamiento de la referencia al daño efectivo producido a un sujeto concreto”²³.

G) Finalmente, cabe realizar una observación con carácter general, consistente en la necesidad de revisar una serie de criterios de imputación que presentan graves problemas en su aplicación práctica –siendo algunos de ellos claramente antigarantistas–, tales como el instituto de la omisión impropia, la punición de la conspiración, la presunción del dolo en los delitos de peligro, los tipos subjetivos a título de dolo eventual y ultraintencional, la inclusión de la incidencia de la conducta

²² Mientras que los programas de reconciliación están orientados a “conseguir la pacificación del conflicto y la conciliación entre el infractor y la víctima”, los de reparación “tienden a posibilitar la reparación material de los daños sufridos por la víctima como consecuencia del delito” (PÉREZ SANZBERRO, 1999).

²³ PÉREZ SANZBERRO (1999).

de la víctima en el hecho antijurídico, así como las formas de autoría mediata y la utilización de un aparato organizado de poder, entre otros.

Recomendaciones sobre la parte especial

En lo que tiene que ver con la Parte Especial, en líneas generales, los proyectos no proponen cambios significativos en las descripciones de las conductas punibles (tipos penales).

Se observa, en cambio, algunas modificaciones respecto de las penas (por ejemplo, el delito de rapiña pasa a tener una pena mínima de prisión, lo que conlleva las consecuencias anteriormente referidas en cuanto al régimen de excarcelación).

Sin embargo, se advierte que el proyecto de reforma **no contempla los crímenes internacionales**, actualmente tipificados en la ley 18.026 bajo dos modalidades: los crímenes competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) y los crímenes cometidos “como actos aislados”.

Dado que tales ofensas constituyen las más graves al ordenamiento jurídico (nacional e internacional) sería recomendable encarar la tarea de **armonizar la ley 18.026 con el Código Penal**.

Por otro lado, se observa que existe una abundantísima legislación penal especial (extra-Código) que en nada contribuye a la seguridad jurídica. Lo ideal sería que la legislación penal de un país estuviera **en su totalidad** concentrada en el Código Penal. Ello obligaría a una tarea de **armonización entre la totalidad de la legislación penal especial y el Código Penal**.

Finalmente, existe un vacío legal importante en cuanto a las modalidades delictivas cometidas mediante sistemas informáticos, aunque se ha redactado un proyecto de ley que hace tiempo “duerme” en el Parlamento. Las escasas modificaciones contenidas en el proyecto de reforma (que consisten en agregar el correo electrónico y otros medios electrónicos a los delitos referidos a la interceptación de comunicaciones) resultan insuficientes para dar cuenta de un fenómeno relativamente reciente, pero complejo y creciente, como lo es el de la **criminalidad cometida mediante la utilización de sistemas informáticos**.

El proyecto de reforma al Código Procesal Penal

En líneas generales la reforma se orienta hacia un **modelo acusatorio**, en el cual la investigación se coloca en manos del Ministerio Público. A tales efectos, se establece que dicho órgano será el encargado de promover la persecución penal con el auxilio de la autoridad administrativa (arts. 44.2 y 50.1) y se le confiere una serie de atribuciones para su ejercicio (art. 46). Expresamente se prevé que la autoridad administrativa actuará "bajo la dirección y responsabilidad de los fiscales y de acuerdo a las instrucciones que éstos les impartan a los efectos de la investigación" (art. 51.1). La reforma sustancial consiste en que las tareas investigativas que hoy realiza el juez son trasladadas al acusador público. De este modo se asegura la **imparcialidad del juzgador**, pues no puede pretenderse que el juez sea verdaderamente imparcial en un sistema como el actual, en que tiene a su cargo la instrucción, la decisión de sometimiento a proceso y el dictado de la sentencia.

Recomendaciones

Si bien la normativa internacional no exige expresamente el modelo acusatorio, son justamente las normas tendientes a preservar la imparcialidad del juzgador las que permiten justificar tal modelo. Así, el art. 8.1 de la Convención Americana exige la garantía de "un juez o tribunal competente, independiente e imparcial", al igual que el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Sin embargo, aún quedan vestigios del actual sistema inquisitivo en diversas normas; en especial, las que admiten la intervención del juez durante la etapa de instrucción. Así, el art. 51.2 expresa que la Policía deberá cumplir "las órdenes que les dirijan los jueces para la tramitación del procedimiento". Dado que el nuevo modelo propone modificar las competencias del juez, resulta fundamental preservar su ajenidad durante la etapa de instrucción fiscal. Por ello, **no es posible imaginar qué tipo de órdenes podría dictar el juez a la autoridad administrativa, siendo que el órgano jurisdiccional ya no tendría a su cargo la investigación.**

En el mismo sentido, tampoco se justifica que se someta a la “aprobación del tribunal” la decisión del Ministerio Público de archivar provisionalmente las investigaciones en que no aparezcan elementos suficientes para su prosecución, tal como lo dispone el proyectado art. 100.2. Si el fiscal, titular de la acción pública, es el encargado de la instrucción y no encuentra mérito para proseguir una investigación, no parece lógico que sea luego el juez quien resuelva “en definitiva”, pues esto implicaría la posibilidad de que el juez disponga la prosecución de la investigación, **obligando al fiscal a investigar cuando este ya ha manifestado que carece de los elementos suficientes**. No se comprende, además, con qué fundamento podría el juez resolver la prosecución de la investigación, siendo que este desconoce lo actuado por el Ministerio Público (obsérvese que la norma parte de la base de que aún “no se haya producido la intervención del tribunal”, art. 100.1).

Similares observaciones merecen el inciso final del art. 101 y –especialmente– el art. 102.2. En este último caso, tampoco resulta coherente con el modelo acusatorio que el ejercicio del principio de oportunidad quede sometido a la “aprobación del tribunal”. Más bien tal modelo justamente se caracteriza por conferirle cierta discrecionalidad a la Fiscalía, de modo que esta pueda seleccionar aquellos casos que ameriten el inicio del proceso penal.

En síntesis, se recomienda no habilitar la intervención judicial en tales supuestos, de modo de asegurar plenamente la vigencia del principio acusatorio.

Volviendo a las atribuciones del Ministerio Público, el proyectado art. 47, referido a la independencia técnica, establece en su inciso final que: “El Ministerio Público **no recibirá órdenes ni directivas provenientes de ningún Poder del Estado, sin perjuicio de la superintendencia correctiva y administrativa que le compete al Fiscal de Corte**”.

Si bien resulta un tema que ha dado lugar a arduas discusiones en nuestro país, es abundante la legislación comparada que habilita la impartición de órdenes o directivas a los fiscales por parte de su superior jerárquico (en nuestro caso, el Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación). Es importante aclarar que **no se trata de directivas referidas a casos particulares sino de lineamientos generales de política criminal**. Estas directivas, justamente por ser de carácter general, no lesionan la independencia de los fiscales. Su finalidad es establecer las prioridades de la política criminal del Estado, de modo de dar uniformidad a los criterios generales de persecución. Ello también contribuye a fortalecer la seguridad jurídica.

En este sentido, se recomienda habilitar la impartición de directivas generales de política criminal en el ámbito del Ministerio Público.

Otra observación al proyecto refiere al art. 48, en cuanto establece la “subrogación del Ministerio Público por omisión de acusar”. Si de lo que se trata es de instaurar un modelo acusatorio, ello implica instaurar un proceso de partes (contradictorio), que llevan a cabo la actividad procesal en pie de igualdad. Cada parte tiene ciertas cargas (el fiscal de investigar y eventualmente acusar, el defensor de ejercer el derecho de defensa). Pues bien, si el defensor no contesta la acusación, no se prevé (correctamente) algún sistema de “subsanación” similar al de este art. 48 para el Ministerio Público, por cuanto –como hemos señalado– se trata de una carga procesal. Por lo tanto, tampoco se justifica un instituto como el que se pretende exclusivamente para el Ministerio Público. Además, esto significaría que –en los hechos– el fiscal dispondría de más de una oportunidad para formular acusación, lo que colide con el principio de igualdad de partes.

En síntesis, se recomienda eliminar el instituto previsto en el art. 48, estableciéndose que vencido el plazo para acusar el proceso debe ser clausurado (por falta de acusación).

Similares consideraciones merece la previsión según la cual el tribunal puede “subsanar los vicios formales de la acusación”, pues el juzgador debe mantener su imparcialidad, lo que –entre otras cosas– implica abstenerse de cualquier tipo de “ayuda” a alguna de las partes. No hay norma que prevea alguna forma de “subsanación” del tribunal a la actividad procesal de la defensa, por lo que mal puede justificarse ese “privilegio” a favor del órgano persecutorio.

En cuanto a la **víctima**, la reforma proyectada le reconoce un papel bastante más amplio que el del actual CPP, pues prevé su participación activa en el proceso (art. 82), con una serie de derechos y facultades (art. 84), y se regula su relacionamiento con el Ministerio Público (art. 49).

Este rol más destacado es relevante, por cuanto Uruguay ya había sido objeto de cuestionamientos por la escasa participación de la víctima en el actual CPP (Informe 29/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH).

Sin embargo, cabe preguntarse si no es posible otorgarle una participación mayor, por ejemplo, ampliando los supuestos en los que se requiera la formulación de instancia (sobre todo en delitos contra la propiedad, dado que se trata de bienes disponibles), su intervención para lograr soluciones alternativas al conflicto (por ejemplo, mediación o reparación) e incluso contemplar su posible rol como “querellante” (hipótesis no prevista en la reforma), tomando en cuenta distintas fórmulas previstas en la legislación comparada.

En tal sentido, se recomienda ampliar las posibilidades de participación de la víctima en el proceso penal.

Una importante innovación es la introducción del **principio de oportunidad**, mediante el cual el Ministerio Público puede desistir del inicio o de la prosecución de la acción penal en ciertos casos previstos legalmente (principio de oportunidad reglado). Se trata de un instituto muy importante para descongestionar la justicia penal mediante la selección de casos. La amplitud con la que se prevea dicho instituto determinará su grado de efectividad como mecanismo de “descongestionamiento”.

La reforma proyectada establece dicho principio en el art. 102 para cuatro hipótesis:

a) “cuando se trate de un hecho que no comprometa gravemente el interés público, **a menos que la pena mínima supere los dos años de privación de libertad**, o que el delito haya sido presumiblemente cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

Si bien podría resultar justificada la referencia a la “gravedad del interés público comprometido” (lo que se relaciona con lo anteriormente expuesto sobre el principio de lesividad), la excepción prevista a continuación (referida al *quantum* de la pena) puede suprimirse, en cuyo caso el principio de oportunidad podría aplicarse de un modo más laxo, a criterio del Ministerio Público. Lo fundamental es que el órgano persecutorio aprecie la “gravedad”, no siendo conveniente establecer una limitación en función de la pena.

El literal b) no merece observaciones, tratándose de un supuesto ampliamente reconocido en la legislación comparada.

El literal c), en cambio, no debería contener la limitación prevista en su parte final (referida al posible “interés público prioritario”). Tomando como base lo señalado en relación con el principio de lesividad, la persecución penal jamás debería tener lugar frente a “delitos de escasa entidad”. De lo contrario, la prosecución de tales casos quedaría en manos de cada fiscal, en función de ese “interés público prioritario”; concepto por demás vago, que en los hechos permitiría una discrecionalidad absoluta por parte del ente acusador. Por lo tanto, para los “delitos de bagatela” corresponde establecer un imperativo legal de no persecución, evitando dejarla librada a la discrecionalidad del fiscal.

El literal d) refiere al transcurso de “cuatro años desde la comisión del hecho”, aunque *a posteriori* se limita tal hipótesis a la eventual aplicación de una pena de prisión. En este caso –al igual que en el del literal a)–, la conveniencia del establecimiento de límites dependerá de la amplitud que se le quiera dar al principio de oportunidad.

La **prisión preventiva** es una temática acuciante para el país: por un lado, los jueces la aplican en forma generalizada e indiscriminada, contra lo que establecen todos los instrumentos internacionales en la materia así como los estándares establecidos por los órganos de supervisión de los tratados sobre derechos humanos (tanto a escala

regional como universal); por otro, ese uso abusivo del instituto ha dado lugar a un verdadero *colapso del sistema carcelario*, situación de la que Uruguay debe salir de forma urgente, tal como lo señalara el Relator Especial de Naciones Unidas contra la Tortura²⁴.

Ciertamente, no se trata de un problema nacional sino de dimensión global. Sin embargo, *afecta a distintas partes del planeta en forma desigual*: mientras que en 19 de los 25 Estados de la Unión Europea su duración promedio se estima en 5 meses y medio, en Nigeria el guarismo asciende a más de 3 años y medio. A su vez, la tasa global de 44 personas encarceladas a la espera de juicio cada 100.000 habitantes presenta oscilaciones que van desde 14 (países nórdicos) hasta 137 (Estados Unidos) presos sin condena cada 100.000 habitantes. En términos globales, aproximadamente 10 millones de personas sufren el encarcelamiento preventivo, lo cual representa un tercio de la población carcelaria mundial. De este modo, queda en evidencia que el “uso excesivo y arbitrario de la prisión preventiva es un problema global, que afecta tanto a los países desarrollados como a aquellos en vías de desarrollo”²⁵.

A su vez, el uso abusivo de la medida cautelar causa múltiples problemas sociales, como la pérdida de empleos y lazos familiares, el contagio de enfermedades, así como daños físicos y psicológicos al detenido que duran mucho más que el tiempo de reclusión²⁶.

En otro plano, redunda en “un uso ineficiente de los recursos destinados al sistema penal y la seguridad ciudadana, en el sentido de que acarrea costos considerables sin que su aplicación, en muchos casos, proporcione beneficios evidentes”²⁷.

Estas nefastas consecuencias, tanto en términos de derechos como psicológicos, socioeconómicos y presupuestarios, imponen la necesidad de revisar el lugar central que ocupa la prisión como respuesta exclusiva de la justicia penal, e implementar en su lugar una serie de medidas alternativas al encarcelamiento (tema que este informe abordará más adelante).

Sin embargo, como se acaba de señalar, la aplicación generalizada de la prisión preventiva afecta en forma desigual a los distintos países. En Uruguay las cifras

²⁴ NOWAK (2009).

²⁵ OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2011b).

²⁶ OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2011c).

²⁷ OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE (2011a). Dicho estudio señala que en México “uno de cada tres pesos que invierten los gobiernos estatales en la seguridad ciudadana y la justicia penal se dedica a la operación del sistema carcelario. Mientras tanto, no hay suficientes recursos para prevenir los conflictos entre ciudadanos, mejorar la investigación criminal y proteger a las víctimas de la actividad delictiva. En consecuencia, una aplicación irracional de la prisión preventiva parece una medida [...] inocua en la búsqueda de una óptima asignación de recursos de la administración de justicia”.

son alarmantes: el último dato disponible del ILANUD, de 1999, señala que 77% de los presos se encontraba en prisión preventiva²⁸. Si bien sería necesario contar con información confiable proveniente de una fuente independiente, las estimaciones locales oscilan entre 65% y 75% de presos sin condena. En cualquiera de los casos se trata de una de las tasas más altas de la región y del mundo: unos 6.500 presos de los 10.000 que habitan las cárceles uruguayas han sido encarcelados pero no condenados.

A su vez, la prisión preventiva ocupa un *lugar central* en el funcionamiento de la justicia penal, cumpliendo en los hechos el rol de una auténtica *pena anticipada*²⁹. De este modo, el instituto procesal funciona como si fuera punitivo, contribuyendo decisivamente al crecimiento desenfrenado de la población carcelaria de las últimas décadas. Según datos del ILANUD, en 1992 Uruguay tenía 3.037 presos, cifra que trepó a 4.012 en 1999³⁰. En 2006 había más de 6.500 y hoy hay 10.000 reclusos. Ello arroja una tasa de encarcelamiento de casi 300 presos cada 100.000 habitantes, habiéndose triplicado la población carcelaria en veinte años, cifras que resultan escandalosas tanto a escala regional como global.

No en vano la comunidad internacional ha observado a nuestro país reiteradamente, señalando la necesidad de encarar una serie de reformas estructurales a la justicia penal, entre las cuales la reforma al régimen de la prisión preventiva aparece como fundamental para asegurar el respeto de los derechos de los detenidos y evitar las consecuencias perniciosas del encarcelamiento masivo en condiciones inhumanas³¹.

Frente a este panorama desalentador, el proyecto de reforma del CPP ha mejorado sensiblemente su regulación en relación con el régimen vigente. Por ejemplo, se establece a texto expreso que "en ningún caso la prisión preventiva será de aplicación preceptiva" (art. 226). También se destaca el art. 220, que regula el "estado de inocencia".

En cuanto a los requisitos para su imposición, el art. 227 los enumera, pudiendo ellos sintetizarse en: a) la presunta comisión del hecho por parte del imputado y b) que el encarcelamiento sea indispensable para no entorpecer la investigación o cuando exista peligro de fuga. Estos dos últimos requisitos son los que reconocen el carácter *estrictamente cautelar* a la prisión preventiva, en concordancia con los estándares internacionales sobre la materia.

²⁸ CARRANZA (2001).

²⁹ CAMAÑO (2006).

³⁰ CARRANZA (2001).

³¹ NOWAK (2006); OFICINA de NACIONES UNIDAS contra la DROGA y el DELITO (2007); COMISIÓN INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS (Informe 86/09 e Informe del Relator sobre Personas Privadas de Libertad, 2011).

A su vez, los arts. 228 y 229 explicitan los casos de “entorpecimiento de la investigación” y de “peligro de fuga”. En este último supuesto, **no resulta justificado el literal b) del art. 229**, por cuanto las “circunstancias, la naturaleza del hecho y la gravedad de la pena” son valoraciones que hacen a la materialidad de la conducta y, por ende, son ajenas a una valoración procesal de “peligro de fuga” que tiene más que ver con las características personales del sujeto. Se trata de cuestiones que hacen a la presunta responsabilidad del imputado, cuyo tratamiento procesal pertinente es en la sentencia y no al momento de decidir sobre una medida cautelar.

Respecto del límite temporal, es decir, la duración del encarcelamiento preventivo, **las hipótesis contempladas en el art. 238 no dan cuenta suficiente del carácter cautelar de esta medida**. En efecto, como surge de la más reciente jurisprudencia internacional (Informe 86/09 de la CIDH), la duración de la prisión preventiva debe ser “inequivalente” a la (eventual) pena. Tratándose de una medida cautelar, aplicada a quien aún goza del estado de inocencia, su duración jamás puede equipararse a la de la eventual pena, sino más bien guardar una relación “no proporcional” con esta.

En este sentido, **se recomienda la necesidad de una revisión de los alcances del proyectado art. 238**.

Conectado a la cuestión de la prisión preventiva se encuentra el tema de las **medidas alternativas al encarcelamiento**. El art. 224 contempla casi en su totalidad (salvo el lit. m) una serie de medidas alternativas a la prisión preventiva.

Sin embargo, debe señalarse la **necesidad de contar con un marco normativo que regule el régimen de medidas alternativas, el que debe elaborarse sobre la base de las nuevas estructuras del Estado que necesitan crearse para su implementación**. En efecto, para que las medidas alternativas sean efectivas se requiere contar con nuevas estructuras orgánicas que proporcionen información al juez y establezcan mecanismos de seguimiento. A su vez, esos nuevos diseños institucionales requerirán un marco normativo que establezca, entre otras cuestiones, las competencias funcionales, la comunicación entre los jueces y los servicios de alternativas, así como los mecanismos de control de cumplimiento. Las Oficinas de Medidas Alternativas requieren contar con programas que sirvan a los siguientes fines: “1) la evaluación, para identificar vínculos comunitarios y posibles riesgos que permitan recomendar las medidas cautelares más apropiadas, y 2) la supervisión, para asegurar el cumplimiento de las condiciones impuestas por el juez”³².

³² INSTITUTO de JUSTICIA PROCESAL PENAL, AC (2011a). En dicho Informe se señala que cualquier programa de medidas alternativas “involucra a instituciones de gobierno y organizaciones de la sociedad civil en una alianza para acercar la justicia a la sociedad y crear un espacio donde ésta pueda acercarse a la justicia, fortaleciéndose los principios de transparencia y publicidad del sistema de justicia penal”.

Por otra parte, resulta necesario **armonizar la reforma proyectada con el actual régimen de medidas alternativas (ley 17.726)**, que por su limitado ámbito de aplicación no ha tenido efecto alguno en la disminución de la población carcelaria. Como se ha señalado, el alcance de dicha ley resulta tan acotado que se ha terminado aplicando para aquellos casos en los que anteriormente se utilizaba exclusivamente el procesamiento sin prisión, ampliando la red de control penal.

Por otra parte, debe tenerse presente la distinción conceptual entre las medidas alternativas a la prisión preventiva y las penas alternativas. Las primeras se adoptan al inicio del proceso, mientras que las segundas son propias de la sentencia.

Se recomienda **revisar integralmente el régimen de medidas alternativas, cuya concreta formulación normativa dependerá de los nuevos diseños institucionales**, imprescindibles para asegurar su eficacia.

Al mismo tiempo, dado que son temas íntimamente relacionados, **deberá reformularse el régimen de libertad anticipada y condicional, incorporando mecanismos de seguimiento de la libertad vigilada (probation), lo cual también debe acompasarse a la nueva estructura orgánica que haga posible su implementación.**

Finalmente, un tema preocupante del proyecto de reforma es el llamado "proceso extraordinario", pues **habilita el dictado de una sentencia de condena en las primeras 48 horas**. Con ello se pretende "salvar" las reiteradas observaciones de la comunidad internacional en cuanto al problema del altísimo número de presos sin condena. La cuestión es que de nada sirve sustituir ese problema por uno nuevo: el de los **condenados sin garantías**.

En efecto, resulta sencillamente imposible cumplir cabalmente con los estándares internacionales sobre el debido proceso, que en síntesis establecen el "derecho a un juicio justo"³³, si se habilita la vía de la condena al término de las 48 horas de detención. Sólo para dar un ejemplo, es evidente que ello vulneraría gravemente –si se toman en cuenta los estándares internacionales que surgen de la jurisprudencia del sistema regional y universal de protección de derechos humanos– el derecho a la defensa, que exige contar con el "tiempo y los medios adecuados" para preparar y ejercer la mejor defensa del imputado.

La argumentación que han dado los impulsores y defensores de esta iniciativa resulta sorprendente. En su comparecencia ante la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores de la República (versión taquigráfica de fecha 8/8/09),

³³ Si bien sobre este derecho existe una amplia bibliografía internacional, la producción académica local de calidad es escasa; se destaca un reciente estudio de RISSO (2011).

un destacado ministro de la Suprema Corte de Justicia y una defensora de oficio expresaron:

“SEÑORA BEREZÁN: [...] Como sucede normalmente –en el 70% u 80%– los casos actuales con flagrancia con prueba en esas primeras 24 horas, mientras que en el correr del proceso, que lleva ocho o nueve meses, no hay mayores pruebas y se termina dictando una sentencia de condena con los mismos elementos con que se dictó un auto de procesamiento. Por lo tanto, pensamos en un proceso que definimos como extraordinario. Esto significa que una vez detenido en flagrancia, el Ministerio Público va a llevar la indagatoria, la investigación y la obtención de la prueba en contacto con la Policía. Se puede solicitar al Juez que a esta persona detenida que cometió un delito, por ejemplo una rapiña –lo califico para saber de qué estamos hablando– se le tramite un proceso extraordinario. Eso puede llevar a que en las primeras 24 horas de la detención se presente a dicha persona ante un Juez Letrado en lo Penal. Este escuchará al Ministerio Público, por supuesto también a la defensa, y luego decidirá si tramita por la vía del proceso extraordinario. Si están todas las pruebas y todos los testigos, ese mismo día se podrá continuar la audiencia, o simplemente se podrá suspender o prorrogar en la continuidad de la misma audiencia para las 24 horas inmediatas siguientes, y a las 48 horas dictar una sentencia de primera instancia. Por supuesto que respetamos los plazos constitucionales, es decir que en las primeras 24 horas de detención se va ante el Juez y en las primeras 48 horas se resuelve por la libertad [...] puede suceder que los delincuentes ingresen en situación de detenidos y en 48 horas vayan al sistema penitenciario en calidad de condenados a cumplir pena. En este punto –que es ejecución penal y es lo que hago– quiero pedir que no nos equivoquemos porque cualquier reforma que se haga en el proceso penal no tiene nada que ver con el sistema penitenciario; no va a resolver sus problemas y lo puede colapsar aún más. Tengamos en cuenta que aun en los casos en que las penas sean menores a dos años, se va a entrar en calidad de condenado y tendrá que cumplir el tiempo que le pueda significar solicitar una libertad anticipada. Por supuesto que tampoco va a entrar y salir como procesado”.

“SEÑOR CHEDIAK: [...] Sería importante lograr que a las 48 horas de detención, en lugar de tener un auto de procesamiento, no hubiera preso sin condena, porque este es uno de los puntos observados por parte de los organismos internacionales [...] la verdadera apuesta interna es a tratar de que, en esos casos, a través del proceso extraordinario y con esa misma prueba –que es la única que existe, porque la que se obtuvo en las primeras 48 horas, al año cuando se dicta sentencia, resulta ser la misma– se logre blanquear la situación [...] Entonces apostamos a una suerte de blanqueo de la situación para transformar ese proceso penal de hecho en un verdadero proceso penal. De esta manera, podremos terminar con el auto de procesamiento y con la prisión preventiva a mansalva, para tratar de que la mayor parte de los ciudadanos que sean privados de libertad cuenten con condena de primera instancia”.

Pues bien, mediante la iniciativa del proceso extraordinario ni siquiera se lograría “blanquear la situación” de los presos sin condena, simplemente se la estaría *maquillando*, pues al mismo tiempo se generaría el problema ya señalado de los condenados sin garantías.

En consecuencia, se recomienda **eliminar el proceso extraordinario, en los términos establecidos en el proyecto**. Ello *no significa* descartar toda posibilidad de establecer una vía rápida de “juicio abreviado”, pero no con los alcances previstos en la actual iniciativa.

Otras acciones necesarias

Es evidente que una reforma integral de la legislación sustantiva y procesal en materia penal no es otra cosa que una reforma estructural de la justicia penal. Si el desafío es diseñar e implementar una reforma seria y profunda entonces se requieren al menos dos acciones complementarias, esenciales para procurar que el cambio sea verdadero:

A) Un programa de capacitación con contenidos dirigidos a lograr un *cambio de mentalidad*, no solamente a nivel de los operadores judiciales (jueces, fiscales, defensores, funcionarios en general) sino también a nivel policial, fundamentalmente porque el nuevo rol asignado a jueces y fiscales impone un cambio radical en las actuales prácticas investigativas.

Asimismo, ese programa debe estar dirigido a los propios docentes (universitarios y de otras instancias como la Escuela de Policía), pues resulta fundamental dotarlos de herramientas conceptuales que también redunden en un cambio de los contenidos de la enseñanza sobre derecho penal y procesal penal.

Finalmente, el programa debe contemplar a las organizaciones de la sociedad civil, pues también están llamadas a cumplir un rol importante en el proceso de reforma, incluso en el momento de su implementación. Sólo por dar un ejemplo, este informe ha señalado la importancia de incluir a la sociedad civil en los programas de alternativas a la prisión, como un modo de acercamiento de la sociedad al aparato burocrático de justicia penal.

B) Un programa de sensibilización dirigido a la sociedad y a los medios de comunicación. Es imprescindible que el pueblo conozca los lineamientos de la reforma, pues en definitiva un cambio de tal magnitud es en beneficio de todos y cada uno de los habitantes de la República. Asimismo, la sensibilización debe orientarse al fortalecimiento de la ideología de los derechos humanos, pues esta resulta esencial al modelo de gobierno propio de un Estado democrático de derecho.

Los medios de comunicación cumplen un rol fundamental en una sociedad democrática, que debe asegurar la mayor difusión de ideas y opiniones sobre los asuntos de interés público. Los periodistas, en buena medida, son un "puente" entre la sociedad civil y el gobierno, dándoles voz a quienes no la tienen y cumpliendo un rol fundamental no solamente para difundir las políticas públicas, sino –más importante aún– para generar un espacio crítico sobre los asuntos de interés público. Esa tarea de cuestionamiento

permanente desde el espacio público resulta esencial en una democracia que se precie de tal.

Pues bien, para que estas trascendentes funciones se cumplan es necesario que los periodistas tengan conocimiento de los principales lineamientos de la reforma a la justicia penal, en especial, aquellos que se han especializado en este tema.

Finalmente, debe destacarse la importancia de sensibilizar a los operadores judiciales sobre la propia participación de los medios en la justicia penal. Si pretendemos lograr una "justicia más justa" ello no solamente significa que la reforma redunde en una mejor realización de los derechos de la persona sometida al enjuiciamiento penal sino también lograr una justicia transparente, es decir, una justicia abierta al ojo de los medios. Sólo de este modo las personas que no han tenido la desgracia de caer en las garras del poder punitivo podrán comprender lo que realmente sucede al interior de las puertas de la justicia penal.

Bibliografía

I. DOCTRINA

- AA VV: *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*. Edizioni Schientifiche Italiane, Napoli, 1999.
- AA VV: *Las drogas: entre el fracaso y los daños de la prohibición*. Imprenta Editorial Amalevi. Rosario-Santa Fe, 2000a.
- AA VV: *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000b.
- AA VV: *Medidas alternativas. Discusión y análisis de la ley N° 17.726 de 26/XII/2003*. Cuadernos de Fundación - Derecho Penal (N° 4). Fundación de Cultura Universitaria (FCU), Montevideo, 2004.
- AA VV: *Curso de derecho penitenciario (2ª edición)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- AA VV: *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006a.
- AA VV: *Trata de personas y explotación sexual*. Editorial Comares, Granada, 2006b.
- AA VV: *El derecho de autor en el siglo XXI: el lugar del autor ante los desafíos de la modernización*. Congreso ALAI (Association Littéraire et Artistique Internationale), 2007a.
- AA VV: *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2007b.
- AA VV: *Legislación antidiscriminatoria*. FCU, Montevideo, 2008a.
- AA VV: *Violencia y sistema penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008b.
- AA VV: *Reforma del Estado y políticas públicas de la Administración Vázquez: acumulaciones, conflictos y desafíos*. Fin de Siglo-CLACSO Coediciones-Instituto de Ciencia Política (Universidad de la República), Montevideo, 2010a.
- AA VV: *Violencia intrafamiliar. Raíces, factores y formas de la violencia en el hogar*. Edisofer-BdeF, 2010b.

- AA VV: *Derecho al mejor derecho y poder punitivo*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011.
- ACKERMAN, Bruce: *Antes de que nos ataquen de nuevo. La defensa de las libertades en tiempos de terrorismo*. Ediciones Península, Barcelona, 2006.
- ALBRECHT, Hans-Jörg: *Criminalidad transnacional, comercio de narcóticos y lavado de dinero*. Universidad Externado de Colombia, 2001.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola: "La cuestionada tarea de criminalizar. A propósito de la tendencia a hacer nuevos Códigos Penales" en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- ASÚA BATARRITA, Adela: "El significado de la violencia sexual contra las mujeres y la reformulación de la tutela penal en este ámbito. Inercias jurisprudenciales" en *Género, Violencia y Derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- BARATTA, Alessandro: "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social" en *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Editorial B de F, Buenos Aires, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt: *Modernidad y Holocausto* (4ª edición). Ediciones Sequitur, Madrid, 2008.
- BECKETT, Katherine: *Making Crime Pay. Law and Order in Contemporary American Politics*, Oxford University Press, 1997.
- BERTONI, Eduardo: *Libertad de expresión en el Estado de derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto: *Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.
- BINDER, Alberto: "Legalidad y oportunidad" en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- BODELÓN, Encarna: "La violencia contra las mujeres y el derecho no-androcéntrico: pérdidas en la traducción jurídica del feminismo" en *Género, Violencia y Derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- BOVINO, Alberto: "Juicio y verdad en el procedimiento penal" en *Estudios sobre Justicia Penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005a.
- *Justicia penal y derechos humanos. Con la colaboración de Christian Hurtado*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005b.
 - *Principios políticos del procedimiento penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005c.

- BOWLING, Ben y FOSTER, Janet: "Policing and the police" en *The Oxford Handbook of Criminology (third edition)*. Oxford University Press, 2002.
- BRAITHWAITE, John: *Entre la proporcionalidad y la impunidad: Confrontación - verdad - prevención*. Presentación Premio Sutherland al encuentro de la Sociedad Americana de Criminología. Nashville, noviembre de 2004.
- BYERS, Michael: *Custom, Power and the Powers of Rules*. Cambridge University Press, 1999.
- CAFFERATA NORES, José I.: *Proceso penal y derechos humanos. La influencia de la normativa supranacional sobre derechos humanos de nivel constitucional en el proceso penal argentino*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- CAMAÑO ROSA, Antonio: *Tratado de los delitos*. Amalio Fernández, Montevideo, 1967.
- *Estudios penales y procesales*. Amalio Fernández, Montevideo, 1970.
- CAMAÑO VIERA, Diego: "Legislación anti-drogas: ¿una amenaza para el Estado de derecho?" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 14). FCU, Montevideo, 2004.
- "Límites normativos a la duración de la prisión preventiva" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 16). FCU, Montevideo, 2006.
 - "La falta de reconocimiento de los estándares internacionales sobre prisión preventiva en la justicia uruguaya" en *Anuario de Derechos Humanos* (Nº 3), Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2007. Accesible en www.anuariocdh.uchile.cl/indice.html.
 - "El delito de abuso de funciones en la nueva jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 17). FCU, Montevideo, 2008a.
 - "La implementación del Estatuto de Roma en Uruguay" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 17). FCU, Montevideo, 2008b. Accesible en www.observatoriodpi.org (Sección Biblioteca Virtual-Artículos) y en www.pensamientopenal.com.ar (Sección Doctrina-Textos Generales).
 - "Prisión preventiva y estándares internacionales", en *Reforma al sistema penal y carcelario en Uruguay*, p. 125-143. Embajada de Suiza-CADAL, Uruguay, 2008c.
 - "El nuevo artículo 336 del Código Penal" y "Aplicación retroactiva de la ley 18.515" en *Libertad de expresión y ley penal*. FCU, Montevideo, 2010.
- CANCIO MELIÁ, Manuel: *La exclusión de la tipicidad por la responsabilidad de la víctima ("imputación a la víctima")*. Universidad Externado de Colombia, 1998.

- *Conducta de la víctima e imputación objetiva en derecho penal. Estudio sobre los ámbitos de responsabilidad de víctima y autor en actividades arriesgadas.* Universidad Externado de Colombia, JM BOSCH Editor, 2001.

CANCIO MELIÁ, Manuel y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Delitos de organización.* B de F, Buenos Aires, 2008.

CARRANZA, Elías: "Sobrepoblación carcelaria en América Latina y el Caribe" en *Justicia penal y sobrepoblación carcelaria. Respuestas posibles.* Naciones Unidas-ILANUD, Siglo XXI Editores, México, 2001.

CASAS BRUGUÉ, Miguel y GOSSOP, Michael: *Tratamientos psicológicos en drogodependencias: recaídas y prevención de recaídas.* Ediciones en Neurociencias-SITGES, Barcelona, 1993.

CERVINI, Raúl y ADRIASOLA, Gabriel: *Relaciones peligrosas. Secreto bancario-fisco-cooperación internacional.* B de F, Montevideo, 2007.

- *Responsabilidad penal de los profesionales jurídicos. Los límites entre la práctica legal y notarial lícita y la participación criminal.* La Ley Uruguay, Montevideo, 2010.

CHRISTIE, Nils: *Limits to pain.* Martin Robertson, Oxford, 1982.

- *La industria del control del delito. ¿La nueva forma del holocausto?* Editores del Puerto, Buenos Aires, 1993.

- *Una sensata cantidad de delito,* Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.

DE GREIFF, Gustavo: "La creación legislativa de delitos (el delito y la ley)" en *Moralidad, legalidad y drogas.* EFE, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

DE URBANO CASTRILLO, Eduardo y TORRES MORATO, Miguel Ángel: *La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial. Tercera Edición. Ampliada y actualizada.* Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003.

FERDINANDUSSE, Ward N.: *Direct application of international criminal law in national courts.* TMC Asser Press, The Hague, 2006.

FERNÁNDEZ CHIOSSONI, Martín: "Una cuestión de derechos: armas de fuego" en *Revista de Derecho Penal (Nº 18).* FCU, Montevideo, 2009.

FERRAJOLI, Luigi: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal.* Editorial Trotta, Madrid, 1997.

- *Democracia y garantismo.* Editorial Trotta, Madrid, 2008.

FISS, Owen: *La ironía de la libertad de expresión.* Gedisa Editorial, Barcelona, 1999.

- FLETCHER, George P.: *En defensa propia*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- *The grammar of criminal law. American, comparative and international. Vol. One: Foundations*. Oxford University Press, 2007.
- FOUCAULT, Michel: *Vigilar y castigar*. Siglo XXI Editores, México, 1976.
- *La vida de los hombres infames*. Genealogía del poder Nº 18. Ediciones de La Piqueta, Madrid, 1990.
 - *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial, Barcelona, 1995.
- FRANCO DELL'ISOLA: Marccello: *La prisión preventiva ¿Remedio eficaz para enfrentar la amenaza a la seguridad pública o tan sólo aseguramiento procesal?* Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2010.
- FREEMAN, Samuel: "El liberalismo, la inalienabilidad y los derechos al uso de drogas" en *Moralidad, legalidad y drogas*. EFE, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- FRONZA, Emanuela: "Derechos humanos y crímenes internacionales. Observaciones sobre el párrafo 3 del artículo 21 del Estatuto de Roma" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.
- GALLANT, Kenneth S.: *The principle of legality in international and comparative criminal law*. Cambridge University Press, 2009.
- GARCÉ, Álvaro: "Cárceles en Uruguay: situación y perspectiva" en *Violencia. Dilema y respuestas. Espacio abierto, Revista del CIEJ-AFJU* (Nº 15). Montevideo, 2011.
- GARCÍA FALCONI, Ramiro J.: "Límites y alcances de la privación de libertad de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos" en *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional. Tomo II*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.
- GARGARELLA, Roberto: *El derecho a la protesta. El primer derecho*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2007.
- GARLAND, David: *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2005.
- GUARIGLIA, Fabricio: *Concepto, fin y alcance de las prohibiciones de valoración probatoria en el procedimiento penal. Una propuesta de fundamentación*. Editores del Puerto, 2005.
- HADDAD, Jorge: *Derecho penitenciario*. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999.
- HAGAN, John: *Who are the criminals? The Politics of Crime Policy from the Age of Roosevelt to the Age of Reagan*. Princeton University Press, 2010.

- HELPER, Laurence R. y AUSTIN, Graeme W.: *Human Rights and Intellectual Property. Mapping the Global Interface*. Cambridge University Press, 2011.
- HINOSTROZA PARIACHI, César: *El delito de lavado de activos. Delito fuente*. Grijley, Perú, 2009.
- HÖFFE, Otfried: *Derecho intercultural*. Gedisa Editorial, Barcelona, 2008.
- JAMIESON, Ruth: "Genocide and the social production of inmorality" en *Theoretical Criminology* (Vol. 3. Nº 2), Mayo 1998, SAGE Publications.
- KARSTEDT, Sussane: "Durkheim, Tarde and beyond: the global travel of crime policies" en *Criminal Justice. The international journal of policy and practice* (Vol. 2, Nº 2), Mayo 2002. SAGE Publications.
- KELSEN, Hans: *Teoría pura del derecho*. FCU, Montevideo (sin fecha).
- *Teoría comunista del derecho y del Estado*. Emecé Editores, Buenos Aires, 1957.
 - *Principles of international law*. The Law Book Exchange, New Jersey, 2003.
- KERNFELD, Barry: *Pop Song Piracy. Disobedient Music Distribution since 1929*. The University of Chicago, 2011.
- KLEIMAN, Mark A.R, CAULKINS, Johathan P. y HAWKEN, Angela: *Drugs and Drug Policy. What everyone needs to know*. Oxford University Press, 2011.
- LACKNER, Ricardo: "Algunas reflexiones para una reforma integral en materia de delitos sexuales" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 17). FCU, Montevideo, 2008.
- LACKNER, Ricardo y MALET, Mariana: "Notas sobre el proyecto de reforma del Código Penal" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 19). FCU, Montevideo, 2011.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal*. Editorial Comares, Granada, 2001.
- LANGBEIN, John H.: *The origins of Adversary Criminal Trial*. Oxford University Press, 2003.
- LANGÓN, Miguel: *Código Penal y leyes complementarias de la República Oriental del Uruguay, T.II – De los delitos en particular (132-366)*. Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2006.
- LANZA, Edison: *La libertad de prensa en la jurisprudencia uruguaya (1985-2003)*. Asociación de la Prensa Uruguaya-FCU-Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2004.
- LARRAURI, Elena: *Mujeres y sistema penal. Violencia doméstica*. Editorial B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2008.

- LAURENZO, Patricia: "La violencia de género en el derecho penal: un ejemplo de paternalismo punitivo" en *Género, violencia y derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- LIVINGSTONE, Stephen: "Prisoners' rights in the context of the European Convention on Human Rights" en *Punishment & Society. The international journal of penology. Special issue on the international regulation of punishment* (Vol. 2, Nº 3), Julio 2000. SAGE Publications.
- MALAMUD GOTI, Jaime: *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1994.
- MALET, Mariana: *Las presunciones en el Código Penal*. FCU, Montevideo, 1995.
- "El orden público desde el Derecho Penal" en *Anuario. Área Socio-Jurídica. Facultad de Derecho-Universidad de la República* (Nº 3). *Orden Público. Seminario organizado por el Instituto de Historia del Derecho y Derecho Romano*. FCU, Montevideo, 2007.
 - "Para una reforma de los delitos sexuales" en *Revista de Derecho Penal* (Nº 17). FCU, Montevideo, 2008.
 - "Apuntes sobre violencia sexual y su abordaje anacrónico por el Código Penal" en *Violencia. Dilema y respuestas. Espacio abierto, Revista del CIEJ-AFJU* (Nº 15). Montevideo, 2011.
- MAQUEDA, María Luisa: "¿Es la estrategia penal una solución a la violencia contra las mujeres? Algunas respuestas desde un discurso feminista crítico" en *Género, violencia y derecho*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- MATHIESEN, Thomas: *Juicio a la prisión*. Ediar, Buenos Aires, 2003.
- MAY, Larry: *Crimes against humanity. A normative account*. Cambridge University Press, 2005.
- MEDINA QUIROGA, Cecilia: *La Convención Americana: teoría y jurisprudencia. Vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*. Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile, 2005.
- MELÉNDREZ, Florentín: *Instrumentos internacionales sobre derechos humanos aplicables a la administración de justicia. Estudio constitucional comparado*. Konrad Adenauer Stiftung-Miguel Ángel Porrúa, México, 2006.
- MINVIELLE, Bernadette: "La Convención Americana sobre derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Su aplicación en el proceso penal uruguayo" en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Nº 2/87. FCU, Montevideo, 1987.

- "La Convención Americana sobre derechos humanos y las garantías judiciales en el proceso civil y penal" en *La Convención Interamericana de Derechos Humanos. Serie Cuadernos N° 9*. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Montevideo, 1989.
- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *El concepto de prueba ilícita y su tratamiento en el proceso penal (2ª edición revisada y ampliada)*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2004.
- MOCCIA, Sergio: *La emergenza perenne. Tendenze autoritarie nel sistema penale*. Edizioni Schientifiche Italiane, Napoli, 1995.
- MORRISON, Wayne: *Criminology, Civilization & the New World Order*. Routledge, Cambridge, 2006.
- NATAPOFF, Alexandra: *Snitching. Criminal Informants and the Erosion of American Justice*. New York University Press, 2009.
- O'DONNELL, Daniel: *Derecho internacional de los derechos humanos*. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2004.
- O'MALLEY, Pat: *Riesgo, neoliberalismo y justicia penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- PAVARINI, Massimo: *Un arte abyecto: ensayo sobre el gobierno de la penalidad*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2006.
- PÉREZ SANZBERRO, Guadalupe: *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?* Editorial Comares, Granada, 1999.
- PESCE LAVAGGI, Eduardo: *Estudios de Derecho Penal. Parte especial*. Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 2011.
- PINTO, Mónica: *Temas de derechos humanos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997.
- PITCH, Tamar: *Responsabilidades limitadas. Actores, conflictos y justicia penal*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
 - *La sociedad de la prevención*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009.
- PRATT, John: *Castigo y civilización*. Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.
- PREZA RESTUCCIA, Dardo: *El proceso penal uruguayo. Incluye modificaciones introducidas por las leyes 17.726 y 17.773*. FCU, Montevideo, 2009.
 - *Temas de Derecho Penal. Parte General y de Procesal Penal. Introducción a la proyectada reforma*. FCU, Montevideo, 2011.

- PRZEWORSKI, Adam: *Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno*. Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2010.
- PUIG, Gustavo: "La vida ¿es el bien jurídico mejor protegido? En *Revista de Ciencias Penales* (Nº 2). Carlos Álvarez Editor, Montevideo, 1996.
- RAFECAS, Daniel Eduardo: *La tortura y otras prácticas ilegales a detenidos*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2010.
- RAIMONDO, Fabián: *Corte Internacional de Justicia, derecho internacional humanitario y crimen internacional de genocidio*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- RETA, Adela: *Curso de Derecho Penal. Segundo curso*. Oficina de Apuntes del Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1960.
- RETA, Adela y GREZZI, Ofelia: *Usura Decreto-ley N° 14.887 y Ley N° 17.569 y sus antecedentes*. FCU, Montevideo, 2003.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki: *La cuestión carcelaria. Historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Vol. I (2ª edición actualizada). Editores del Puerto, Buenos Aires, 2009.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos: *Manual de ejecución penitenciaria. Defenderse de la cárcel*. 3ª edición. Editorial Colex, Madrid, 2004.
- RISSO FERRAND, Martín: "El debido proceso en la Constitución uruguaya" en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2011*. Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, 2011.
- SAIN, Marcelo Fabián: *La reforma policial en América Latina. Una mirada crítica desde el progresismo*. Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010.
- SERGI, Natalia: "Límites temporales a la prisión preventiva" en *Nueva Doctrina Penal, 2001/A*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.
- "Inequivalencia entre pena y encarcelamiento preventivo" en *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2005.
- SOLÉ RIERA, Jaume: *La tutela de la víctima en el proceso penal*. J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.
- SOZZO, Máximo: "¿Metamorfosis de la prisión? Populismo punitivo, proyecto normalizador y prisión depósito en Argentina" en URVIO, *Revista Latinoamericana de Seguridad Ciudadana*. FLACSO, Quito, Nº 1, 2007.
- "¿Hacia la superación de la táctica de la sospecha? Notas sobre prevención del delito e institución policial" en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en*

la ciudad de Buenos Aires. CELS-CED. Buenos Aires, 2000. Disponible en www.cels.org.ar/common/documentos/detenciones.pdf

STERN, Vivien: *Creando criminales. Las cárceles y las personas en una sociedad de mercado*. Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2010.

TISCORNIA, Sofía: *Activismo de los derechos humanos y burocracias estatales*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2008.

TISCORNIA, Sofía, EILBAUM, Lucía y LEKERMANN, Vanina: "Detención por averiguación de identidad. Argumentos para la discusión sobre sus usos y abusos" en *Detenciones, facultades y prácticas policiales en la ciudad de Buenos Aires*. CELS-CED. Buenos Aires, 2000. Disponible en www.cels.org.ar/common/documentos/detenciones.pdf

VICTORIA RODRÍGUEZ, José A.: *Evolución histórica de la policía uruguaya. Tomos I y II*. Biblos Editorial, Montevideo, 2005.

VON HIRSCH, Andrew: *Censurar y castigar*. Editorial Trotta, Madrid, 1998.

WACQUANT, Loïc: *Las cárceles de la miseria*, Ediciones Manantial, Buenos Aires, 2000.

- *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*. Gedisa Editorial, Barcelona, 2009.

WATSON, Sean: "Policing the affective society: beyond governmentality in the theory of social control" en *Social & Legal Studies. An international journal* (Vol. 8, Nº 2), Junio 1999. SAGE Publications.

WELCH, Michael: *Scapegoats of September 11th. Hate crimes & state crimes in the war on terror*. Rutgers University Press, 2006.

- *Crimes of Power & States of Impunity. The U.S. response to terror*. Rutgers University Press, 2009.

ZOLO, Danilo: *La justicia de los vencedores. De Nüremberg a Bagdad*. Edhasa, Buenos Aires, 2007.

DOCUMENTOS

COMITÉ CONTRA la TORTURA: *Informe Anual 2009 sobre violaciones a los derechos humanos en los lugares de detención de la Provincia de Buenos Aires*. Comisión por la Memoria, Julio 2009.

COMISIÓN INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS: *Principios y buenas prácticas sobre la protección de las personas privadas de libertad en las Américas*. Resolución 1/08 (adoptada el 13/3/08).

- *Observaciones preliminares de la visita de la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad a Uruguay* (25/7/11).

COMISIÓN LATINOAMERICANA sobre DROGAS y DEMOCRACIA: *Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma* en www.drogasedemocracia.org/Arquivos/livro_espanhol_04.pdf

INSTITUTO de ESTUDIOS LEGALES y SOCIALES del URUGUAY (IELSUR): *Estudio sobre armonización legislativa conforme a los tratados de derechos humanos ratificados por Uruguay u otras normas legales de fuerza vinculante*. Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (OACDH)-Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Montevideo, 2006.

- *Instrumentos internacionales de derechos humanos. Universales y regionales, vigentes en el ordenamiento jurídico*. IELSUR, Montevideo, 1998.
- *Informe sobre el proyecto de ley de procedimientos policiales* (inédito). Comisión de Constitución, Legislación, Administración y Códigos de la Cámara de Diputados, sesión del 29/10/07.

INSTITUTO CARIOCA de CRIMINOLOGÍA: *Coleção Polícia Amanhã, Textos fundamentais de polícia. A polícia e os direitos humanos*. Freita Bastos Editora, Río de Janeiro, 1998.

INSTITUTO de JUSTICIA PROCESAL PENAL, AC: *Servicios previos al juicio. Manual de implementación*. Instituto de Justicia Procesal Penal, AC-USAID-Gobierno de Morelos. México, 2011a.

- *No más "pagadores". Guía de periodismo sobre presunción de inocencia y reforma del sistema de justicia penal*. Proyecto Presunción de Inocencia de México-Embajada Británica en México-ARTICLE 19. México, 2011b.

OFICINA de NACIONES UNIDAS contra la DROGA y el DELITO: *Handbook on Restorative Justice programmes*. Criminal Justice Handbook Series. United Nations, Nueva York, 2006.

- *Colaboración con el proceso de reforma carcelaria en el Uruguay. Incluyendo una respuesta al abuso de drogas y al VIH-SIDA en las cárceles. Informe de la Misión de la ONUDD 7-11 de Mayo de 2007*. Viena, Junio de 2007.
- *Manual de principios básicos y prácticas prometedoras en la aplicación de medidas sustitutivas del encarcelamiento*. Serie de Manuales de Justicia Penal. Naciones Unidas, Nueva York, 2010.

OPEN SOCIETY INSTITUTE: *Programa de medidas cautelares. Experiencias para equilibrar presunción de inocencia y seguridad ciudadana*. México, 2011.

OPEN SOCIETY JUSTICE INITIATIVE: *El uso de la prisión preventiva en Nueva León: Estudio cuantitativo*. México, 2010.

- *¿Cuánto cuesta la prisión sin condena? Costos económicos y sociales de la prisión preventiva en México*. México, 2011a.
- *The Socioeconomic Impact of Pretrial Detention*. Open Society Foundations, Nueva York, 2011b.
- *Pretrial Detention and Health: Unintended Consequences, Deadly Results. Literature Review and Recommendations for Health Professionals*. Open Society Foundations, New York, 2011c.

The OBSERVATIVE for the PROTECTION of HUMAN RIGHTS DEFENDERS: *Steadfast in Protest. Annual Report 2009*. FID/OMCT.

RELATOR ESPECIAL de NACIONES UNIDAS sobre la TORTURA y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes: *Informe de la Misión a Uruguay, 27/03/09* (Relator Especial Manfred Nowak) en www.unhchr.ch/hurricane/hurricane.nsf/0/1FFA7D8BDE64934EC12575870019A541?opendocument; Informe Final presentado al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 21/12/09 (A/HRC/13/39/Add.2).

WORLD ORGANIZATION AGAINST TORTURE: *Attacking the root causes of torture: poverty, inequality and violence. An interdisciplinary study*. OMCT, 2006.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

COMITÉ de DERECHOS HUMANOS de las NACIONES UNIDAS: ONU, CCPR/C/79/Add.19, 5/5/93.

- ONU, CCPR/C/79/Add.90, 8/4/98.

CORTE INTERNACIONAL de JUSTICIA: Opinión Consultiva sobre "Reservas a la Convención sobre Prevención y Castigo del Crimen de Genocidio" de 28/5/51.

CORTE EUROPEA de DERECHOS HUMANOS: Caso Wemhoff, Sentencia de 27/6/68.

CORTE INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS: Opinión Consultiva sobre "El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", OC 2/82 de 24/9/82.

- Caso Suárez Rosero, Sentencia de 12/11/97.

- Caso "La última tentación de Cristo", Sentencia de 5/2/01. Voto concurrente del Juez Antonio Cançado Trindade.
- Caso Tibi, Sentencia de 7/9/04.
- Caso Acosta Calderón, Sentencia de 24/06/05.
- Caso Palamara Iribarne, Sentencia de 22/11/05.
- Caso García Asto y Ramírez Rojas, Sentencia de 25/11/05.
- Caso López Álvarez, Sentencia de 1/2/06.
- Caso Bulacio, Sentencia de 18/3/03.

COMISIÓN INTERAMERICANA de DERECHOS HUMANOS: Informe 29/92 Uruguay.

- Informe 12/96, Giménez c/Argentina.
- Informe 2/97 de 11/3/97.
- Informe 86/09, Peirano Basso c/Uruguay.
- Informe sobre violencia doméstica "Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas": OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. 20 enero 2007.
- "Informe sobre Terrorismo y Derechos Humanos": OEA/Ser.L/V/II.116. Doc. 5 rev.1 corr. 22 octubre 2002.

El Programa Conjunto **Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad** se llevó a cabo entre julio de 2010 y noviembre de 2011 dentro de la iniciativa piloto Unidos en la Acción, que articula el gobierno nacional a través de la Agencia Uruguaya de Cooperación Internacional (AUCI) con el Sistema de Naciones Unidas en Uruguay, en el marco de su proceso de reforma del cual Uruguay forma parte como uno de los ocho países piloto en el mundo.

Los organismos nacionales y las agencias, comisiones, fondos y programas de las Naciones Unidas que implementaron el proyecto trabajaron en forma conjunta para colaborar con los procesos de reforma de las instituciones para personas privadas de libertad, brindando asistencia técnica de calidad y coordinada de manera de aumentar las posibilidades de plena reinserción de la población.

El programa conjunto trabajó en tres grandes líneas de acción: apoyar el fortalecimiento institucional para sostener procesos de reforma de medio y largo plazo; colaborar con los programas de ejecución de medidas sustitutivas a la privación de libertad y desarrollar proyectos piloto en salud, drogas, educación y trabajo.

La ejecución de este proyecto dio lugar a la generación de diferentes documentos y estudios de los cuales se ponen a disposición del público aquellos con más relevancia para aportar al debate público informado.

Publicaciones realizadas en el marco del proyecto Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad:

- Aportes a la reforma del Código Penal y del Código Procesal Penal
- El trabajo en privación de libertad, situación legal y reglamentaria
- Educación formal en cárceles, diálogos en construcción
- Buenas prácticas penitenciarias en el ámbito laboral
- Formación de formadores, un aporte al fortalecimiento de los operadores penitenciarios en el espacio laboral
- Abordaje del uso problemático de drogas en mujeres privadas de libertad

PENAL →

← LIBERTAD

En momentos en que se debate en el ámbito político la reforma del Código Penal (CP) y del Código del Proceso Penal (CPP), este libro surge de una consultoría que analizó ambos proyectos de reforma con la finalidad de formular recomendaciones, con énfasis en la aplicación de medidas alternativas al encarcelamiento.

En el marco de una evaluación general sobre los criterios de actuación y decisión de la justicia penal, el informe incluye un estudio de los textos de los proyectos de ley a estudio del Parlamento, una evaluación del estado actual de los estándares internacionales en la materia y el registro de algunas experiencias de reforma de la justicia penal que tuvieron lugar en otros países de la región, con sus marchas y contramarchas.

PROYECTO L

“Apoyo a la reforma de las instituciones para personas privadas de libertad”



Naciones Unidas Uruguay

Uruguay



UNODC



UNOPS



UNOPS