

**Comparecencia del Dr. Germán Aller al Parlamento para opinar sobre el Proyecto de Código Penal**

**COMISIÓN DE CONSTITUCIÓN, CÓDIGOS, LEGISLACIÓN GENERAL Y ADMINISTRACIÓN**

(Sesión del día 19 de diciembre de 2012)

(Asiste el señor Director General de Secretaría del Ministerio de Educación y Cultura y la Directora General de Registros)

**SEÑOR SECRETARIO.-** Señores Representantes: en virtud de la ausencia del señor Presidente de la Comisión, el señor Diputado Pereyra propone al señor Diputado Bayardi como Presidente ad hoc para iniciar la sesión.

Se va a votar.

(Se vota)

—Cinco en seis: AFIRMATIVA.

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Bayardi)

**SEÑOR PRESIDENTE AD HOC (Bayardi).-** Habiendo número, está abierta la sesión.

(Ingresan a Sala representantes del Colegio de Abogados del Uruguay)

**SEÑOR PRESIDENTE.-** La Comisión tiene el gusto de recibir a una delegación del Colegio de Abogados del Uruguay, integrada por su Presidente, doctor Bernardino Real, y el doctor Germán Aller.

Les agradecemos su presencia en el día de hoy y el tiempo que nos dedican. Conocen el tema por el que han sido invitados, de modo que, una vez más, los escuchamos con atención.

**SEÑOR REAL.-** Nuevamente le agradecemos a la Comisión, que ya nos ha recibido en diversas oportunidades por otros temas. Para nosotros es muy importante que se considere de interés la opinión del Colegio sobre estas cuestiones legislativas que la Comisión ha debido encarar.

En este caso, el tema refiere concretamente al proyecto de reforma del Código Penal. A raíz de la inquietud de la Comisión, el Colegio le solicitó un informe a su Comisión de Derecho Penal, presidida por el doctor Aller, que debió ser elaborado bastante rápidamente. Como imaginarán, le asignamos gran importancia a este tema, que reviste mucha complejidad. El doctor Aller ha trabajado especialmente en esto y me parece muy importante su presencia aquí. Trajimos un informe escrito que quisiéramos entregarles, para que ustedes lo consideren.

Quedamos a la orden para lo que entiendan del caso. El colega, por su notoria versación en la materia, podrá ser especialmente útil.

**SEÑOR ALLER.-** Antes que nada, agradezco la amable invitación y ser recibidos en esta, que es nuestra mayor Casa del sistema democrático, el Poder Legislativo.

Como bien decía el señor Presidente del Colegio de Abogados, el doctor Real, tuvimos un período relativamente breve para poder producir un informe, sin perjuicio de que conocíamos de antemano, con bastante detalle, el tracto de este proyecto de código. De todos modos, no es lo mismo ir conociéndolo que tener que hacer un informe desmenuzado.

El informe al que ustedes podrán acceder, en primer término, aborda cuestiones acerca de la pertinencia de establecer un nuevo Código Penal, no una mera reforma penal de articulado, sino un "corpus juris" integral, sobre la cuestión penal. Por otro lado, además de esos aspectos que son, si se quiere, de antesala, van a ver un análisis de la parte general y de la parte especial del proyecto. En este último rango, el de la parte especial, quizás sea excesivamente escueto, como es lógico. Un estudio detallado implicaría un trabajo artículo por artículo, lo cual, en los términos de tiempo que nos pudimos manejar y con la aproximación del fin de actividades del año para todos, se nos ha hecho imposible. Sin perjuicio de ello, si en su momento el Poder Legislativo lo entiende pertinente, quedamos dispuestos a efectuar estudios puntuales, concretos, sobre algún tópico especial o, directamente, algún trabajo mucho más grande, pero, eso sí, nos llevaría meses de labor. No estamos hablando de una semana ni de dos; es un trabajo mucho más grande.

Yendo a los aspectos cruciales, Uruguay necesita, a esta altura, un nuevo Código Penal. Nuestro Código, de agosto de 1934, que todo el mundo sabe, más o menos su historial, es el fruto de la labor de un gran penalista uruguayo, pero es algo que dista mucho en el tiempo y que está francamente superado. Quien fuera el primer Presidente del Colegio de Abogados del Uruguay, en aquel momento, redactor también del proyecto de código principal, porque presidía la Comisión, don José Irureta Goyena, nos hizo un buen trabajo técnico jurídico para su época, elogiado por grandes maestros como Jiménez de Asúa, pero no logró, pese a ello, despegarse plenamente de algunas expresiones hasta fascistas, que provenían del código modelo de Alfredo Rocco, de Italia. No lo logra, pese a que lo procuró, y así lo dice expresamente.

A su vez, se ubica en un sentido ecléctico entre la escuela positiva y la escuela clásica. La parte que recoge de la escuela positiva, vinculada al peligrosismo y a todo lo que sea habitualidad delictual, medidas de seguridad, etcétera, está totalmente superada por la ciencia penal. Él queda anclado allí, lo toma como su modelo de defensa social. Asimismo, si bien la escuela clásica perdura, es verdad que muchas cosas han cambiado.

El Derecho Penal moderno tiene desde hace décadas, pero pensemos en lo que va del siglo XXI, una verdadera explosión de producción científica, desgraciadamente, no acompañada con las legislaciones en los países, en general. Es decir: se ve un franco divorcio entre los avances de la ciencia penal, y cuando decimos "ciencia" no imaginemos una mera abstracción sino pensando en clave humana, en mejor y mayor protección de derechos individuales. Esa ciencia, que ha evolucionado tanto, no se ve reflejada en la mayoría de los códigos de nuestros países ni de la región. Este proyecto procura -nunca se logra de manera perfecta- una mucho mayor aproximación a esos andariveles.

La Comisión, integrada por una serie de expertos, tanto abogados como defensores públicos y privados, algunos de ellos practicando la abogacía liberal, jueces penales especializados en la materia, fiscales de materia penal y, al barrer, también docentes universitarios -digo "al barrer" porque algunos docentes son fiscales, jueces o abogados; entonces, reúnen la doble condición-, trabajó con ahínco durante mucho tiempo en este proyecto que, desde ya, podemos decir que no solo es perfectible sino también criticable. Sin perjuicio de ello, en el balance general -adelantándome a lo que luego desarrollaré-, uno puede afirmar que este proyecto es acompañable, es aprobable. En todo caso, requeriría revisar algunos aspectos, ponderar ciertas cuestiones, lógicamente -porque es un campo ajeno a nosotros, los técnicos-, pasarlo por el crisol de la mirada del legislador en cuanto a su visión de la sociedad, pero sin perjuicio de ello, desde el punto de vista científico, es un código muy superior a lo que tenemos hoy en día.

¿Por qué un nuevo código y no modificar el anterior, como mucha gente se ha planteado en nuestro terreno? ¿No sería mucho más fácil establecer una serie de cuestiones? Si es en la parte general, necesitamos establecer parámetros claros para evitar el decisionismo penal, no entendiendo como tal actos de corrupción sino criterios dispares para resolver, sin duda con gran nobleza y lealtad por parte de los operadores del sistema. Nos preocupa en el foro, en la praxis penal ver que un asunto pueda resolverse en determinado juzgado de una forma y en otro, de manera dispar. ¿Por qué? ¿Porque el magistrado, el fiscal y el defensor hacen lo que quieren con la ley? Evidentemente, no; lo que pasa es que la ley presenta, en muchos aspectos de la parte general, espacios, huecos, que permiten tener esa gran discrecionalidad que entendemos excesiva. Hay que mutar en ese aspecto y evitar, por lo tanto, un decisionismo.

También creemos que hay que armonizar todo el sistema de penas. Uruguay tiene una llamativa dispersión de leyes penales; este problema, comparado con otros países es menor, pero para el nuestro, que es el que nos preocupa, es realmente grave. Uno puede decir en un sentido casi coloquial, no técnico, que hay dos códigos penales en Uruguay. Uno es el del año 1934 y el otro está formado por todas las leyes penales especiales y algunas que no son leyes penales pero que tienen disposiciones penales inmersas. Obviamente, se trata de una técnica legítima, practicada por los sucesivos legislativos de nuestra democracia, pero legítima no quiere decir conveniente. Es decir: eso ha afectado, sistemáticamente, la parte metodológica de resolución de casos. Ha establecido mayor disparidad de criterios, mayor posibilidad de decisionismo. Ha afectado la dosimetría de las penas; ha alterado la armonía de todo el sistema orgánico. Por eso, debemos volver sobre nuestros pasos y construir un verdadero "corpus juris" penal.

Ese es uno de los puntos favorables de este proyecto de código, pero también uno de los eventualmente criticables o modificables. Entiéndase, en su momento le planteé la hipótesis al profesor Cairoli -Presidente de esa Comisión y, por lo tanto, principal redactor del proyecto-, pero también había cierta premura por entregar el trabajo realizado. En realidad, debiéramos plantearnos hasta qué punto ubicar todo o casi todo -a veces todo es muy difícil- lo que tenemos de disposiciones penales especiales dispersas en leyes, unificarlas y resolver todos los temas de lavado de dinero, narcotráfico, ambientalismo,

violencia doméstica. Tenemos una ley sobre terrorismo, que plantea inconvenientes de contradicciones con ciertos principios penales de la parte general del Código. Hay muchos tópicos, pero estos, como álgidos para la sociedad, habría que meterlos en la parte especial y renovarlos en la legislación. Eso se ha hecho parcialmente, no de forma completa.

Otro aspecto que quiero señalar es que también tenemos un problema, a través de esas leyes especiales, porque alteran, por ejemplo, principios tales como el de tipicidad. En algunas leyes especiales -me parece innecesario hacer el análisis ley por ley, pero no habría problema en efectuarlo, si así lo entienden pertinente-, se consagran en forma repetida -no en mucha cantidad pero de todos modos es preocupante- responsabilidades penales objetivas, en las que el elemento volitivo, subjetivo, entiéndase, el dolo, la intencionalidad del sujeto, pasa a un segundo orden y aparecen estas tan repetidas, por ejemplo, cargas de vigilancia, muy frecuentes en lo relativo al tema de lavado de activos o de capitales y narcotráfico.

Se entiende la preocupación en el mundo. Se entiende la buena intención de legislar para menguar un problema de órdago, sin perjuicio de que estamos, por la ventana, renunciando a principios consagrados en los códigos penales. Entonces, creemos que debemos volver sobre esos códigos, legislar sobre esas cuestiones que acabo de señalar, no es óbice, sin perjuicio de hacerlo conforme a los caros principios penales. Eso me parece esencial, porque la verdadera garantía del individuo no es la mera letra de la ley; es la letra de la ley que repite y consagra principios que son del sistema penal pero también de la Constitución. En definitiva, uno cree en un Derecho Penal de rango constitucional, no de espaldas a la Constitución, como son, por ejemplo, las responsabilidades penales objetivas.

También tenemos problemas con el principio de culpabilidad en las leyes especiales. Tenemos problemas con la inocencia presunta. Dos por tres se ve, cuando menos, alterada, perjudicada la idea de presunción de inocencia, y podemos encontrar diferentes ejemplos que pueden controvertirse al respecto, pero me parece que son más que elocuentes. Reitero, en el campo de las drogas -abarcando lavado, tráfico, etcétera- vemos, permanentemente, problemas con estos principios, quizás porque es uno de los temas en que más se ha legislado repitiendo modelos de otros países.

Claro, no es extraño que esto ocurra, porque muchas de esas leyes provienen, por ejemplo, de sistemas como el estadounidense, que nos parece muy respetable e interesante, pero que no se maneja con dogmática penal. No maneja ciencia penal; solo se maneja con casuística. Nosotros, en cambio, tenemos un "corpus juris" antiguo pero bien asentado sobre valores y principios básicos de la sociedad. Ahí hay un cambio paradigmático. Es respetable el sistema por el que ha optado Estados Unidos, pero no es transplantable a Uruguay. Transplantamos todo el sistema u ordenamos la casa y nos manejamos con principios de rango constitucional, entre los cuales, por ejemplo, está la inocencia presunta.

También tenemos problemas con la certeza jurídica, con el "bis in idem". Muchas veces, encontramos situaciones complejas, en las que se termina castigando dos veces por la misma conducta a un sujeto. Uno de los ejemplos claros es el actual artículo 150 del Código Penal vigente, referido a la

asociación para delinquir, un delito evidentemente peligrosista, que alcanza que lo cometa un número plural de personas, es decir, con dos alcanza. A nuestro modo de ver, hoy contraría ostensiblemente todo el régimen de coparticipación delictual, por no decir que lo ha derogado. Nadie quiere decirlo en forma directa, pero la actual redacción del artículo 150 es posterior al Código y ha alterado el régimen de coparticipación. Entonces, es discutible.

En el caso de la asociación para delinquir, se da una cuestión que nos parece sumamente grave, y es el hecho de que a la persona que se asocia con otra con el fin de llevar a cabo una conducta criminal y luego la despliega, se le imputan dos delitos en régimen concursal. Se le imputa el delito de fondo, que ha llevado a cabo, por ejemplo en el caso de asociarse para matar, el delito de homicidio, pero también el de asociarse. Y esto -según nuestra forma de ver- es un "bis in idem", porque equivale a lo mismo: a imputar a una persona el delito de homicidio y las lesiones previas, que eran dirigidas a matar, lo que no logra en el primer golpe. A nadie se le ha ocurrido -afortunadamente- imputar las lesiones más el homicidio; el delito de homicidio absorbe el delito de lesiones, el traumatismo, los insultos previos, etcétera. En cambio, en el delito de asociación para delinquir, se imputan las dos conductas, mostrando claramente que se trata de un derecho penal de autor o derecho penal del enemigo, es decir que se aplica en aquellos casos en los cuales se considera que la pena del delito base, en definitiva, es escueta o poca, por lo que se le agrega, porque hay pluralidad, esa situación de la asociación para delinquir. Alcanzaba con tener, simplemente, una agravatoria -que de hecho ya está- para cuando hay pluralidad de autores; eso era más que suficiente.

En la práctica, en el foro penal, tenemos serios problemas con la asociación para delinquir. También tenemos problemas con la asociación para delinquir y la agravatoria en la ley sobre drogas de 1998, cuando se actúa en ese ámbito en grupos. Entonces, queda también otra discusión que había sido laudada por principio de especificidad, sosteniendo que lo absorbe la ley especial sobre drogas, pero son todas dicotomías y contradicciones que deberían resolverse en un Código Penal, en una magnífica oportunidad, dejando el delito de asociación para delinquir, que lo entendemos como un delito peligroso -disculpen por la expresión-, porque suele ser aplicado con derecho penal de autor. Pero si se pretende que permanezca el tipo penal de asociación para delinquir, ya que es un acto conspiratorio elevado al rango de delito autónomo, tendría que poder imputarse solo cuando no se cumple el objetivo designio base de las personas que pretendían esta asociación, es decir, cuando nos asociamos para matar, si no matamos y no llevamos a cabo tampoco la tentativa de homicidio, que es al fin y al cabo el delito de homicidio. Según nuestro criterio, cuando el delito no queda abarcado por el tipo penal de homicidio, entonces, podría utilizarse la asociación para delinquir y en ningún otro caso.

Esta no es una posición meramente personal, no es una carga subjetiva, sea como abogado, docente universitario o integrante del Colegio, sino que es lo que vemos en el mundo como lo lógico, lo racional y lo coherente: no imputar dos responsabilidades, con la tremenda carga que implica la punición de la asociación para delinquir. Ese me parece un tema no menor que el proyecto de Código soluciona en parte, pero no este último tramo. Sí restringe o achica el espacio de la asociación para delinquir, pero esto debería repensarse, tomarse

en consideración y, a mi modo de ver, desde el punto de vista técnico, restringirse el campo de la asociación para delinquir pura y exclusivamente para aquellos casos en los cuales no se logra el fin deseado ni tampoco se ha actuado en términos de conato de delito o delito tentado, porque entonces también quedaría allí abarcado.

Voy a hacer algunas consideraciones específicas sobre la parte general del Código.

Este Código propone -y nos parece muy acertado, así como a casi todos con los que uno ha podido tener contacto sobre el tema- resolver el concepto de delito desde una perspectiva estrictamente normativa, lejos de lo naturalístico, de lo biológico o de lo antropológico en el sentido físico, no en el sentido social, y, por lo tanto, resolver el concepto de delito y todas sus implicancias con aspectos normativos. Uno sabe que cuando los juristas hablamos del mundo de lo jurídico o de lo normativo como si fuese la única realidad, el ciudadano que no está al tanto de estas cuestiones quizás pueda hasta emitir un voto de censura sobre nuestras imprecaciones u opiniones, pero en realidad es exactamente al revés. Consagrar un sistema jurídico que sea estrictamente de rango normativo es la mayor garantía individual para una persona, es decir, no poder resolverlo por "bordereau" -una expresión muy antigua-, no poder resolverlo por afuera, sino solo en el campo del derecho; consagrar que tenga que resolverse a través de verdades jurídicas, y las verdades jurídicas no pueden ser de otro rango que no sea normativo. Por eso necesitamos un delito en su concepción clara, republicana y liberal, típica de nuestro país, que sea estrictamente normativo, apartándose por completo de lo que en algún momento recogió parcialmente Irureta Goyena de la escuela positivista, que no era de rango normativista, sino de corte de antropología biológica. Este es un aspecto distintivo de este proyecto de Código.

Otro aspecto de la parte general esencial es la superación de lo que hoy tenemos totalmente superado en la teoría del error: la consagración en nuestro Código actual del error de hecho y error de derecho -el error de persona quedaría subsumido; ese no nos plantea mayor problema-, que son categorías que deben ser eliminadas, como lo ha hecho prácticamente toda la doctrina vernácula en el mundo. El error de hecho es un error naturalístico llevado al campo de lo jurídico, casi con fórceps, a través de aquella concepción ecléctica seguida por Irureta Goyena entre el clasicismo y el positivismo. Hoy día eso ya no tiene cabida y, en cambio, ajustándose a los parámetros no meramente actuales, sino por lo menos desde los años cincuenta y sesenta en el campo del derecho penal, se propone las categorías de error de tipo y error de prohibición, con lo cual el error de derecho queda francamente derogado. Es insostenible en derecho penal, y hasta se ha reputado de inconstitucional por varios expertos, sostener que el error de derecho deba presumirse voluntario, tal como consagra actualmente, en forma totalmente equivocada, nuestro cuerpo legal. Es más que obvio que una persona puede errar en el derecho por tener imposibilidad de conocimiento en el derecho -ejemplos de estos hay muchísimos-, y en esos casos nuestro Código no permite válvula de escape. En cambio, debemos resolverlo como un error de prohibición, el individuo que cree que actúa legitimado o ajustado a derecho, pero no lo hace, y a su vez se trataba de un error que le era insuperable, insalvable. La consecuencia es que no hay delito, carece de culpabilidad; en definitiva, no se da la conducta

delictual reprochable. En cambio, si el individuo pudo superarlo, pero no lo superó, es decir, actuó con cierta desidia o dejadez, entonces, la consecuencia no es que no haya delito, lo hay, pero también hay una atenuación, lo que nos parece perfectamente congruente con el resto del sistema penal. En el sistema actual, el caso que acabo de citar da exactamente igual en cualquier situación: hay una presunción absoluta de que el error es voluntario. Obviamente, esto no responde con ningún sistema garantista de derecho contemporáneo y debe ser superado.

El error de tipo, a su vez, reemplazaría el error de hecho, más allá de que abarca algunos campos un poco diversos, salvando la cuestión de que el error de hecho sería sobre aspectos naturalísticos descritos en el tipo penal, mientras que el error de tipo propiamente dicho implica que el individuo equivoca, erra, falla, en los elementos constitutivos de lo que describe la conducta criminal desde el punto de vista típico. Entiéndase que estamos hablando de un error de corte normativo que es mucho más garante para el individuo que un mero error naturalístico, siempre mucho más controvertible.

**SEÑOR BAYARDI.-** ¿Podría poner un ejemplo de error de tipo?

**SEÑOR ALLER.-** El error de tipo se da cuando el individuo erra, por ejemplo, en llevar a cabo la conducta nuclear descrita en la figura delictiva; erra en un mundo que es fáctico, pero que está claramente descrito en la figura delictual, en el delito. Puede ser fáctico o jurídico, pero tiene que estar descrito estrictamente en el tipo penal. En cambio, en el error de hecho se amplía tremendamente y se va a un mundo naturalístico. Aquí es que se ve lo que señalé hace un rato de procurar superar una etapa que en el mundo ya ha sido dejada de lado, que es la del positivismo antropológico. En cambio, el error de prohibición, es un error estrictamente en el derecho.

Pero advierto una cuestión: la praxis penal uruguaya no ha aplicado en forma literal y textual el concepto de error de derecho. Generalmente, lo que hoy vemos como errores de derecho insuperables, que el Código no permite decir que no se responsabilice, se han resuelto por la vía de la culpabilidad, diciendo que al individuo no le era reprochable, que carecía de capacidad de culpabilidad para ese hecho puntual. Esto quiere decir que la praxis uruguaya lo ha resuelto en forma quizás no muy detallada en lo teórico, pero tal como se propone con el error de prohibición. Es decir que no implica un cambio tan grave en la praxis, sino reordenarla, cosa que me parece fundamental.

Otro tópico esencial para nosotros en el ejercicio de la abogacía penal, en cualquier ámbito que nos toque, es el cambio, breve en cuanto a palabras pero importantísimo en lo conceptual, del régimen de concausas consagrado actualmente en el artículo 4º del Código vigente, que pasaría a ser el artículo 5º en el proyecto, si se aprueba tal como está.

El régimen de concausas en Uruguay, salvo un par de casos en la historia del país, que se sepa, nunca se ha aplicado o si se ha aplicado, ha sido sin que se llegue a fallos jurisprudenciales que digan que se ha resuelto con una concausa, es decir que se puede haber resuelto en la vía de no dictar el auto de procesamiento. Ese campo es el de una jurisprudencia llamémosle no escrita que no está en nuestro dominio. El artículo 4º de nuestro Código ha sido poco operativo o nulo porque tiene una cláusula que cierra todo, cuando se refiere a que en definitiva la existencia, preexistencia o supervivencia de

concausa -es decir, causas paralelas, ajenas al hecho específicamente tratado en la cuestión- corta el nexo de causalidad; cuando aparece una de ellas, no habría delito. Pero el Código actual requiere que ese corte con el nexo de causalidad sea en forma totalmente independiente, y ahí encontramos un serio choque con la realidad: nada es totalmente independiente. El caso típico que se suele plantear a nivel de manuales o en aulas es el del individuo que tiene una disputa con otro, le propina un golpe, lo deja desvanecido, se va y, posteriormente, sobreviene una tormenta, cae un rayo que justo da sobre esa persona y la aniquila. El rayo lo mata porque está desvanecido gracias a que el otro individuo le propinó un golpe. Eso, que en cualquier parte es una concausa, en Uruguay no lo es, porque es verdad que de no haber recibido un golpe, el individuo no estaría desvanecido y tirado en el campo. Físicamente, eso es incuestionable. Sin embargo, nos queda claro que, desde el punto de vista científico, es una concausa, y tenemos que ordenar la casa en ese aspecto, es decir, tenemos que establecer los parámetros de concausas, quitando ese rasgo de absoluta independencia porque, de lo contrario, no hay ninguna posibilidad de concausas: no hay nada en el mundo que no tenga algún tipo de conexión. Eso es lo que tenemos que visualizar, principio de realidad mediante, en derecho penal, que nos debe regir cabalmente. De lo contrario, no hay ninguna posibilidad de régimen de concausas y caeríamos en un causalismo ortodoxo, extremo, que nada tiene que ver con un sistema democrático de garantías.

De manera que el proyecto de Código mejora esta cuestión. No sé si la soluciona del todo, pero por lo menos la deja practicable y quita ese rango de totalmente independiente, dejando abierta la posibilidad de que existan concausas en casos como el que acabo de reseñar que, en términos generales, prácticamente todo el mundo ha resuelto como situaciones en las cuales al individuo se le debe imputar el delito de lesiones, personales, graves o gravísimas, pero no el de homicidio. Y por supuesto que -aunque no es un tema a tratar hoy aquí- la persona que lleva a cabo ese delito base es la única en el mundo que no queda comprometida a un deber de auxilio o de socorro, es decir que no omite asistencia. Esto es más que obvio; lo digo por las dudas, y, a nuestro modo de ver, debe permanecer así como está.

Otro aspecto esencial es en cuanto a los delitos imprudentes. El actual artículo 18 del proyecto de Código endereza la quilla del barco en cuanto a nuestro sistema penal. El actual Código Penal trata con el sistema que se utilizaba en aquel primer tercio del siglo pasado, que hoy día está totalmente superado. En la concepción medianamente moderna, desde la mitad del siglo pasado, el dolo, la culpa, la ultraintención o preterintención no integran la culpabilidad, sino el tipo penal. El proyecto de Código endereza esa cuestión y ubica correctamente el elemento subjetivo -es decir, el dolo, la culpa y la ultraintención- en el tipo penal. Por lo tanto, queda regido por el principio de tipicidad, abarcando el tipo penal una fase objetiva, que siempre ha tenido -en eso no ha mutado-, y una fase subjetiva, que comprende lo que acabo de señalar más las bases psíquicas, bases psíquicas del injusto o referencias subjetivas, es decir, el fin que se propone el individuo: por ejemplo, llevar a cabo tal conducta para obtener un provecho ilícito.

No solo endereza esa cuestión -si uno hace una mirada rápida o liviana a veces podría no parecer muy importante, aunque desde el punto de vista



técnico sí lo es-, sino también soluciona otro gran problema de los delitos imprudentes en nuestro país, que es que requería un arranque lícito en la conducta. Esto nos ha llamado a desvelo durante décadas en la praxis penal uruguaya.

En los delitos imprudentes, casi por antonomasia, hay un arranque ilícito. El arranque ilícito suele ser, por ejemplo, en un delito vinculado con el tránsito vehicular o tráfico vehicular, el traspasar una luz en roja o no haber respetado un cartel de parte, de ceda el paso o una cebrá, en cuyo caso ya se ponía en tela de juicio si el arranque había sido lícito o ilícito.

Un penalista uruguayo excelso, que murió muy joven, Alfredo Giribaldi Oddo, que había integrado la comisión redactora del Código Penal que nos rige actualmente, en un artículo publicado a comienzos de la década del cuarenta -si no me falla la memoria-, había aclarado que, en realidad, cuando el artículo actualmente vigente -que también está en el 18- se refería a licitud o ilicitud, no se refería a toda la ilicitud; decía que era una obviedad que se refería a la licitud o ilicitud penal y no al resto. Eso ha dado para serios problemas, porque las conductas imprudentes, cuando se vulneran disposiciones administrativas de cualquier orden -yo puse el ejemplo del tránsito, pero podría ser en el campo de la construcción o médico-, quedaría absolutamente excluida la posibilidad de imputar delitos imprudentes, es decir, culpables o culposos, y solo se podrían resolver como conductas intencionales, dolos eventuales o -en todo caso discutible- ultraintencional, pero es un campo muy reducido

La praxis ha llevado también a una relativa solución fáctica y es, de alguna manera, emular en lo básico el criterio seguido por Giribaldi Oddo, pero no fue seguido por Irureta Goyena, que fue el redactor del Código. Irureta Goyena fue claro en esto y lo dijo en sus notas explicativas. Si uno se remite a sus comentarios sobre el Código puede observar que Irureta Goyena era más drástico que lo que la mera letra parece decirnos.

El proyecto actual lauda la cuestión y quita ese problema de requerir un arranque lícito. Lo que nos importa no es que el arranque sea lícito o ilícito, sino la relevancia de la imprudencia, y ese es el aspecto científico que tenemos que consagrar en nuestro Código. No es el mero hecho de la transgresión administrativa -sea de tránsito, de actividad médica o de cualquier otra profesión que tengamos o desempeño social- lo crucial para resolver las responsabilidades penales. En todo caso, si hay un arranque ilícito en lo administrativo, eso traerá aparejado una consecuencia administrativa que nada tiene que ver con el Código Penal. Es decir: la cancelación del permiso de conducir, las multas, en fin, lo que fuere del caso.

En suma, creo que la solución propuesta por el proyecto del Código Penal es más que pertinente y soluciona esto que tanto nos preocupa.

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** ¿Quiere decir que en el caso de delito culposo de accidente de tránsito una infracción administrativa no trascendente en la provocación del accidente o siniestro descartaría la imputación penal?

**SEÑOR ALLER.-** La actuación administrativa correcta o incorrecta del sujeto es ponderada en lo penal, si no estaríamos condicionando todo a ello. Lo que hacemos es liberar el criterio de imputación, llevarlo a un campo mucho más eficiente en términos de que no quede condicionado a que si hay una

vulneración en el campo administrativo, necesariamente no pueda ser un delito imprudente. Igual puede seguir siendo un delito imprudente.

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** ¿Es más grave?

**SEÑOR ALLER.-** Más grave es lo que dice el Código ahora, pero nuestra praxis tampoco cumple estrictamente lo que dice el Código. Nuestra práctica plantea esa discusión de doctrina a ver si se sigue aquel criterio que manejó Alfredo Giribaldi Oddo o el de Irureta Goyena. En términos generales, el criterio de Irureta Goyena no veo que en la praxis se siga y, sin embargo, es el que se consagró en el Código. Lo que estamos haciendo es llevándolo a un mundo racional y hasta haciendo más prolija la realidad con este criterio.

Es decir, el mero hecho de que le individuo traspase un cartel de pare y que haya un resultado lesivo, todavía no nos dice que haya delito. Solo nos dice que hay falta administrativa. ¿Por qué? Voy a citar un caso por oposición. Supongamos que un individuo va conduciendo su vehículo y efectivamente no respeta un cartel de pare. ¿Por qué no lo respeta? Porque es de madrugada y tiene miedo de parar por inseguridad, porque directamente no vio el cartel porque las hojas de los árboles lo inhiben de verlo o porque lo ve, mira que no viene nadie -son tres hipótesis bien dispares- y dice: "Apuesto y paso porque tengo la certeza de que aquí no hay nadie". Y lo hace. Nadie discute que hay una infracción administrativa municipal que amerita una severa sanción. Eso está fuera del derecho penal, no nos incumbe.

Atropella a una persona que aparece de la nada y, ahí aparecen los problemas penales. Si quedamos atados a lo que dice cabalmente el Código, ya está resuelto que no puede ser un delito imprudente, tendrá que ser un delito intencional o a título de dolo eventual, que equivale a lo mismo porque la pena es la misma en el intencional que en el dolo directo, lo cual nos parece tremendamente injusto, pero el criterio puede no ser compartido.

Vayamos a lo otro. ¿Cuáles son las razones? En esto hay que revisar la actuación de la víctima; hoy es fundamental en el derecho penal. ¿Por qué, de dónde y cómo aparece esa persona? Esa persona aparece porque confía en el cartel de pare que tiene el que conduce el vehículo. Eso, obviamente, opera en contra del conductor, y parece agravar su eventual responsabilidad o comprometerlo. Esa sería una hipótesis

Vayamos a otras. Supongamos que el individuo es un suicida y está esperando escondido al primer auto que pase para poder abalanzarse -quizás, en el ejemplo que acabo de poner no se ha dado tan así, pero en la ruta Interbalnearia sí se ha dado-; entonces, el individuo aprovecha, sin importar en absoluto que este otro sujeto haya respetado, o no, el cartel de pare, porque de haber respetado el cartel de pare y avanzar igual podría atropellarlo. Lo podemos ver con situaciones de cartel de pare, con los excesos de velocidad, con las cebras y así podríamos seguir hasta el hartazgo.

Otra hipótesis sería que el individuo no se quiere suicidar, que ignora completamente la situación en la que se encuentra, está en avanzado estado etílico y ni siquiera tiene idea de si está cruzando la calle. En ese caso era irrelevante que el conductor tuviese o no un cartel de pare adelante. ¿Por qué? Porque también podría haber cruzado por la mitad de la calle y le daba exactamente igual. De estos casos hemos visto en la praxis penal, y nos

produce grave preocupación y nos entristece ver que muchas veces se devuelvan estas cuestiones en claves de punición a algo que ha sido una grave falla en lo administrativo, pero no en lo penal.

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** Actualmente, en la Jurisprudencia, por lo menos en el caso de cruzar sin respetar el cartel de pare y producirse la muerte o la lesión del peatón o de otro conductor, invariablemente se procesa por homicidio culposo o lesiones culposas al conductor que no respetó la señal. Lo mismo ocurre si se conduce a exceso de velocidad.

No me animo a decir cuáles han sido las sentencias definitivas -si fueron absueltos o se le aplicó otra figura-, pero por la experiencia que tengo, son procesados invariablemente por esa figura culposa.

**SEÑOR ALLER.-** En efecto, en términos generales es así. Yo no puedo hablar del ciento por ciento de la Jurisprudencia porque carezco de esa información, pero se ve como una franca tendencia y, seguramente, en un alto porcentaje de esos casos la resolución sea claramente justa. Yo no he dicho que no respetar la señal de pare sea absolutamente intrascendente; lo que digo es que no es decisivo en lo penal. Lógicamente, si encontramos en un individuo un actuar imprudente en lo penal, el hecho de atravesar inadecuadamente la calle, el cartel de pare -etcétera- por parte del conductor, seguramente agravará su conducta. Eso se mantiene inalterado.

Lo que quiero señalar es que encontramos situaciones -para las que hoy no tenemos adecuada solución- en las cuales, pese a haber una infracción -por ejemplo, de tránsito y ni qué hablar en el campo médico y en otros avatares-, la actuación no ajustada al estatuto o reglamento que lo gobierna no ha sido lo decisivo. Eso es lo que quiero resaltar. En lo penal tenemos que resolver las cuestiones con criterios, precisamente, si son normativos, desde lo que son las conductas relevantes penalmente.

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** Entonces, en el proyecto está la posibilidad de que no necesariamente por la violación de una norma reglamentaria deba ser juzgado por esa conducta.

En ese sentido, la iniciativa posibilita una defensa de la verdadera culpabilidad o de la verdadera trascendencia de la acción del conductor en esos casos de delitos culposos. En la Jurisprudencia, la legislación penal es diferente y autónoma de la civil y, por lo tanto, habiendo cometido una infracción se incurre en culpa, se le procesa y se le aplica esa figura delictiva.

**SEÑOR ALLER.-** Es tal cual como dice el señor Diputado. El criterio que se sustenta en el proyecto no altera, quizás, la gran mayoría de los fallos jurisprudenciales uruguayos. Sí nos permite racionalizar alguno donde encontramos severas injusticias.

No quiero que llegue a quedar la imagen de una construcción con la cual poco menos que se señale que no importan nada las normas de tránsito. importan y mucho, como importa todo el campo jurídico, es uno solo, pero vamos a lo específico: para atribuir delito e imputar conductas criminales, lo que requerimos es que se cumpla el tipo penal -volvemos a la necesidad de una garantía de rango normativo, de rango jurídico- y subsanar estas situaciones.

Me parece claro el ejemplo que ponía del posible suicida en una ruta, donde el conductor, si no trasvasa una disposición de tránsito, no tendría problemas jurídico-penal, más allá del problema social, humano. En cambio, si va a exceso de velocidad, pero esto nada afectó en producir la muerte...

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** ¡O no tiene colocado el cinturón de seguridad!

**SEÑOR ALLER.-** Lo que fuere. Entonces, se va a decir que no ha habido un arranque lícito. ¿Por qué? Porque lo dice el Código.

La práctica uruguaya, con esa sana crítica que ha operado y regido en términos generales a nuestros operadores del sistema -porque también hay que señalarlo-, lo ha llevado de la manera más moderada y ponderada posible, lo que no quiere decir que tenga un buen sustrato jurídico que lo avale. Y eso es lo que creo que tenemos que laudarse por esta vía.

Con respecto a los delitos preter o ultraintencionales, creo que el criterio seguido por el proyecto es francamente de recibo. Prácticamente, mantiene lo que estaba, pero ahí señalo una posición, matizando alguna diferencia. A mi modo de ver, tarde o temprano esta construcción jurídica tendría que desaparecer. Es totalmente caduco partir de un supuesto que un individuo que lleva a cabo una conducta intencional de baja intensidad pero que, por imprudencia, es un delito nítidamente calificado por el resultado -un resultado objetivo y no subjetivo sino querido-, y deriva en una consecuencia mayor.

Uruguay tiene consagrado como régimen de delitos ultraintencionales una sola escala que se transforma en dos situaciones: de lesiones menores a lesiones mayores, o de lesiones en general a pérdida de vida, homicidio. Esas son las dos hipótesis. Creo que a esta altura ya no tiene mucho sentido sostener esta construcción. El proyecto así lo ha mantenido, quizás preservando una línea político criminal. No me parece que sea fundamental en uno u otro sentido decidir esta cuestión, pero creo que apuntando hacia el futuro tarde o temprano tendría que eliminarse esto y resolverse adecuadamente con lo que ya está legislado o propuesto en el proyecto. Es decir, resolverlos como delitos, intencionales en lo que compete, dolos eventuales cuando fuere, o delitos imprudentes, y eliminar esta categoría híbrida que es una mezcla de cosas que no terminan nunca de resolverse y que, de hecho, en la práctica, vemos que se aplica muy escasamente en nuestro país. Insisto en que no es un tema que hoy me parezca de los más importantes.

Otro aspecto tiene que ver con las causas de justificación, aquellas que enervan la antijuridicidad de las conductas. Allí son compartibles los criterios que se han manejado. Se ha tocado poco y nada la legítima defensa, lo que creo que es bastante correcto. En todo caso, los mayores problemas que Uruguay tiene de legítima defensa están dados desde lo social, desde un mal manejo o mal conocimiento de las disposiciones legales vigentes, que son básicamente correctas -inclusive, también las de Irureta Goyena-, o de algunas cuestiones interpretativas. En aquel famoso tema de la racionalidad o proporcionalidad el Código ha sido claro y se mantiene el criterio que nos parece más sensato. El verdadero criterio rector es la racionalidad. La proporcionalidad no es un criterio cabalmente del Código, sino un criterio interpretativo para el Código. No lo consagra el Código. Lo que requiere el Código es racionalidad del medio empleado.

Creo que este no es un problema de la ley. Nuestro mayor problema es idiosincrático y, entonces, la ley no lo va a laudarse fácilmente. Considero que está bien lo que plantea el Código.

Asimismo, comparto plenamente la supresión de la causa de justificación a la obediencia debida o al superior, y su ubicación como lo que realmente es. En realidad, todos los supuestos que caen en la obediencia debida o al superior -que son bastante menos de los que la gente imagina- no están ubicados en el campo de la justificación de una conducta, sino que en todo caso estarían ubicadas en el campo de la culpabilidad, o no, de la conducta. El individuo que no es libre porque actúa coaccionado por un superior rígido, vertical, etcétera, no está justificado en su conducta. Directamente es inculpable, es decir, actúa en forma coacta, está sometido a una vis compulsiva. Por lo tanto, si vamos a hablar de que no hay responsabilidad, no la hay porque no hay culpabilidad y no por antijuridicidad.

No solo está ese aspecto, sino que hay otros. Varios de los supuestos de lo que hoy entendemos por obediencia debida o al superior estarían abarcados por el actual artículo 28 del Código Penal -en su redacción actual-, que es el cumplimiento de la ley. Cuando la persona desempeña determinada actividad que de no ser por su oficio o profesión fuera ilícita, pero la desempeña conforme a su profesión, queda abarcado por el cumplimiento de la ley, como sucede con los médicos cuando hacen una incisión quirúrgica -sería un delito de lesiones- o con los abogados cuando "difaman", "injurian" o "calumnian" -lo digo entre comillas- en un juicio a otra persona, dentro de los parámetros de sus actuaciones éticas, por supuesto. Así podríamos seguir enumerando profesiones. Lo mismo puede suceder con el soldado.

Menciono el ejemplo del soldado porque la doctrina vernácula es conteste en sostener -más allá de lo que diga o deje de decir nuestra ley penal- que los supuestos de obediencia debida o al superior ya están ubicados prácticamente en su mínima expresión. Entiéndase: ningún funcionario de la Administración Pública, a excepción de lo que podríamos ubicar en el campo de las Fuerzas Armadas y en un momento particularmente álgido de beligerancia o gran virulencia, está sometido literalmente a una obediencia debida. Es decir, no podrá aducir obediencia debida un soldado que está realizando tareas de fajina, por ejemplo -para hablar en términos militares-, y el Jefe del Batallón le dice: "Vaya hasta el supermercado y mate al cajero porque yo le doy la orden". Ningún soldado en Uruguay puede acatar esa orden. No tiene obediencia debida o al superior para ello.

Es decir que en ese caso, que sería el único plano realmente tangible de una obediencia debida o al superior, tampoco sucede. ¿Qué nos queda? Las situaciones de conflicto bélico, de guerra, en las que al individuo se le ordena tirar las bombas en determinado punto. El individuo, lógicamente, debe cumplir la orden. ¿Por qué? Porque hay un estado de guerra, porque actúa en el no Derecho, pero dentro de las reglas del Derecho de la guerra, etcétera.

Por ejemplo, hoy en día hasta es discutible que haya algún funcionario policial que pueda estar sometido a obediencia debida o al superior. En lo personal -es una opinión personal, no comprometo a otros colegas-, creo que la única remota posibilidad, y discutible, de que un policía actúe bajo obediencia debida o al superior sería un cuerpo policial denominado de elite,

casi acuartelado, en realidad militarizado. El policía de la Seccional policial no está sujeto a obediencia o al superior en ninguna parte del mundo democrático. Esa también es una manera de racionalizar las órdenes, de devolver la orden hacia el responsable de impartirla. Es decir, no se puede dictar cualquier orden. Nos parece que eso es claro.

Creo que el criterio del proyecto subsana un problema ya vigente en nuestro Código desde extensa data, que la doctrina ha superado largamente.

**SEÑOR PRESIDENTE.-** Me resultan muy interesantes todas las reflexiones que está haciendo y las leeré con mucha atención, pero como integro la Comisión Permanente que se instalará ahora, debo retirarme.

(Ocupa la Presidencia el señor Representante Bayardi)

—He seguido toda la intervención del doctor Aller, que me parece extremadamente interesante, pero a uno, que es lego en la materia, siempre se le plantean algunos desafíos. Cuando fui formado en medicina legal se hacía mucho énfasis en la culpa cuando se actúa con imprudencia, negligencia o impericia. Quiero hacer algunas preguntas respecto a ese capítulo.

La obediencia debida es otro tema. En los ejemplos de la guerra hay una lógica de obediencia debida que es distinta a la etapa en la que no hay conflicto armado o bélico. El extremo puede ser un jefe de sección que dé la orden a un subalterno de disparar a quien vaya a huir, dándose esto en un conflicto. Le dispara por la espalda, porque a quien huye, se le dispara por la espalda. Es algo que en realidad no se debería hacer ni siquiera con el enemigo, pero se hace con el camarada que huye. Esta es una situación que, en la lógica, seguramente será avalada por cualquier juez militar, no aplicando ningún nivel de sanción a los soldados, ni al que dio la orden ni a quien la ejecutó. La premisa es que si todos huyen, el objetivo militar que se pretendía cumplir no se cumplirá y podría ocurrir la eventualidad de que se provocaran muchas más muertes. Es una hipótesis que habría que analizar en el contexto en el que se dé. No me estoy refiriendo a esa situación. Lo digo para salvar las distancias en este tema.

Son situaciones que en el ejercicio de responsabilidad que a uno le tocó cumplir podrían estar planteadas.

El asunto es si la orden es legítima y puede sustentarse como orden legítima en función de una decisión en un momento determinado. Siempre pongo el siguiente ejemplo. Imaginemos una situación bélica y un cuerpo especial con francotiradores. Un francotirador trabaja en dupla con un asistente -tiene un nombre especial-, que es el que recibe la orden; o sea que el que recibe la orden no es el que dispara. Hay una especie de secuestro en un banco, donde se encuentra una señora con un bebé. El francotirador recibe la orden, transmitida por su compañero, de disparar a la cabeza de la señora que tiene al bebé. El francotirador va a disparar, porque no está en condiciones de discutir la orden, que llegó a su asistente a través de la cadena de mandos. Esto, que parece medio duro, estuvo sustentado en la orden que dio quien tenía la información de que la señora, en realidad, no tenía un bebé, sino un muñeco y que era parte de quienes estaban dentro del banco custodiando a los rehenes.

El responsable de la orden es quien la dio, porque así funciona el mecanismo. La señora con el bebé era participante del equipo de secuestro, pero supongamos que no lo era. En este caso, la responsabilidad no es de quien disparó, porque si fuera así nadie cumpliría una orden en esas circunstancias.

La responsabilidad debería recaer sobre quien desencadenó el mecanismo, porque quien dispara es una persona -no una máquina- que simplemente actúa cumpliendo una orden determinada. Ahí hay obediencia debida -¿cómo va a disparar a una señora con un bebé!-, y definir dónde está la responsabilidad en ese caso sería parte del litigio a desarrollar.

Los problemas se generan cuando se llega a los extremos. Cuando las situaciones son simples, se pueden resolver de otra manera.

De todas formas, no estoy seguro de que lo que planteaba el doctor Aller apuntaba hacia esos ejemplos. Creo que es más claro poner ejemplos para poder entender -por lo menos, a los legos- cuál es el alcance que queremos dar a las definiciones que se supone que se van a introducir en el proyecto de Código que está planteado.

Con relación a las definiciones del régimen de culpabilidad, tampoco estoy seguro de que necesariamente resulten más claras. El doctor Aller dice que se saca el elemento de la acción jurídicamente irrelevante o jurídicamente indiferente que establecía el anterior Código para determinar una nueva acepción, que sería la del hecho culposo cuando con violación del deber de cuidado se deriva una acción o resultado que pueda ser previsto

Ahora, desde el punto de vista jurídico, el hecho es irrelevante igual. Me había quedado claro que el artículo 18 del Código Penal se aplicaba en la medicina legal para saber cuáles eran las responsabilidades que podíamos tener. El que actúa con negligencia puede ser consciente, o no, de sus acciones; el que actúa con impericia, quizás no sea consciente de que no tiene la pericia necesaria para hacer algo, pero el que actúa con imprudencia, generalmente tiene claro que está yendo más allá de lo que debería en un acto médico.

Esa es la apreciación que quería hacer, que no refería tanto a la obediencia debida -daría para discutir mucho-, sino al régimen de culpabilidad. Creo que se aclara mucho más, aunque para mí no se entabla una gran diferencia. Entiendo la discusión que se dio en la década de los cuarenta, a la que se hizo referencia, que no fue tanto por lo que expresaba el Código, sino por una interpretación de otro tipo.

Quería dejar planteada esta reflexión, que va a dar para mucho desde el punto de vista de la lectura de las modificaciones que están planteadas.

**SEÑOR ALLER.-** Con respecto a la obediencia debida o al superior, el ejemplo que pone el señor Presidente de quien efectúa el disparo a la señora que porta un supuesto bebé, que no lo es, en todo caso lo deberíamos resolver con el actual artículo 28, relativo al cumplimiento de la ley, y no con el de obediencia debida o al superior, si lo hizo en el desempeño de su profesión u oficio lícito. Seguramente, eso nos llevaría, entre otras cosas, a ponderar y a decir diferentes las órdenes. No solo se diría: "Mate a la mujer", sino: "Mate a la mujer, porque lo que lleva es otra cosa", por ejemplo. Creo que eso nos sirve

para ordenar no solo el campo jurídico, sino también los aspectos decisionales, la toma de decisiones y de conductas.

Como bien habrá advertido el señor Presidente, estos aspectos ratifican lo que señalamos al comienzo: el estudio pormenorizado de un proyecto de Código implicaría un trabajo de meses y discusiones sobre cada punto. Por eso uno va haciendo referencia en forma excesivamente rápida a algunos aspectos.

Sobre los delitos imprudentes, voy a hacer una primera salvedad: hoy en día ya no hacemos dogmáticamente una clasificación de impericia, negligencia o imprudencia por separado. Quizás no lo he aclarado y lo he dado por supuesto por deformación profesional. El delito imprudente abarca todas las conductas. La negligencia es una forma de imprudencia; la impericia es una forma de imprudencia, por lo menos, en el entender del campo del derecho penal. Pero me parece que esa es una cuestión meramente de léxico; no cambia la esencia.

Es importante que suprimamos la idea que tiene el Código de arranque lícito; al requerir que sea solo arranque lícito los delitos culpables o culposos lo que se ha tergiversado es el concepto de imprudencia y, de hecho, la praxis no condice exactamente con lo que dice el Código. Así que yo creo que el cambio sería para bien en todo sentido. Para bien, porque el lector del Código lo va a entender mejor. Para bien, porque nos acompasa con la evolución del derecho penal y porque solucionamos un viejo defecto arrastrado desde mucho tiempo atrás, propio también de otra época. A nosotros no nos duelen prendas en decir que lo que hizo Irureta, con sus defectos o no, en su momento fue un modelo de Código elogiado y muy bien visto en toda la región, pero hoy en día totalmente superado. Y este es uno de los cambios. Si los señores legisladores desean podemos detenernos más. Lo dejo a su criterio. Es un tema muy complicado, en el que también reconocemos que puede haber muy diversas opiniones válidas.

La idea de suprimir en nuestra práctica penal esta cuestión de que el arranque sea lícito o ilícito, no requerir que sea lícito o ilícito, sacar esa cuestión de lado, es fundamental para resolver -sin que nos moleste la hojarasca- el núcleo de la cuestión.

Voy a acelerar un poco por razones de tiempo y porque creo que los señores legisladores disponen o van a disponer del informe. Sin perjuicio de ello, estamos a las órdenes cuando la Comisión lo disponga para hacer ampliaciones específicas o discutir otros temas. Esto es una cabalgata.

**SEÑOR PRESIDENTE.-** Voy a hacer una aclaración a los efectos de cómo proceder. Hay un informe escrito y esta es la primera vez que consultamos al Colegio de Abogados del Uruguay sobre este tema. Mi impresión es que no va a ser la única vez que nos reunamos para considerar las modificaciones del Código Penal.

En el año anterior, nosotros consideramos las modificaciones del Código del Proceso Penal y lo hicimos en conjunto con la delegación de la Suprema Corte de Justicia y del Instituto Uruguayo de Derecho Procesal, que vinieron varias veces. En algunos puntos venían con posiciones no necesariamente coincidentes y la lógica fue: "Hasta que ustedes no se pongan de acuerdo,



nosotros ni empezamos". Hubo dos, tres o cuatro comparecencias del doctor Abal, de la doctora Kleit, en fin... Quiere decir que esta es una instancia que abre el nivel de intercambio con el Colegio de Abogados del Uruguay en relación a este tema. Habrá que hacer consideraciones en la parte general, en la parte especial y luego ir intercambiando opiniones en algunos de puntos. Creo que esta es la primera de las que seguramente serán varias comparecencias del Colegio de Abogados del Uruguay para considerar este tema.

**SEÑOR ALLER.-** Voy a destacar y seleccionar algunos tópicos. Me parece que es muy adecuado el tratamiento que le ha dado la Comisión al tema del consentimiento del ofendido, agraviado, o la víctima. En la medida en que ese consentimiento sea válido, cuestión en la que no me extenderé -porque es una obviedad, pero llegado el momento lo podremos analizar-, lo que inhibe realmente es el tipo penal, es decir, decae la figura. Lo que se describe en la conducta criminal ya no tiene relevancia, aunque se afecte un bien jurídico. Efectivamente, se puede dañar un bien jurídico, pero que ha sido consentido por parte del agraviado y en la medida en que esté legitimado para ello, con los requisitos adecuados, lo lógico es que decaiga la tipicidad. ¿Por qué digo esto? Porque en doctrina se ha tratado muchas veces que el consentimiento sería una causa de justificación. Si bien hoy en día ello es aceptable y podría barajarse así, en términos generales entendemos que lo más justo es que si el consentimiento lo que precisamente consiente es afectar el bien jurídico, y el bien jurídico está en el tipo penal -no es contra la antijuridicidad, sino contra la tipicidad- pues, entonces, es bastante evidente que el consentimiento no debe enunciarse. ¿Qué quiero decir en síntesis? Que un Código Penal hoy día bien afinado -llamémosle así- en estos principios no tiene que decir cuándo hay o cuándo no hay consentimiento en un sentido cabal. Es decir que este silencio del Código es el correcto. En los casos de bienes jurídicos afectados con consentimiento por parte de la víctima y siendo este consentimiento válido, operable y relevante, directamente no hay tipo penal, no hay delito y el Código no debe enunciar lo que no es delito, sino aquello que es delito. Entonces, en virtud de ese principio magno parece muy correcto lo que ha llevado a cabo la Comisión.

Con respecto a la culpabilidad -ya he señalado alguna parte- se le quita adecuadamente lo que se había hecho en el mundo, por lo menos a partir de los años sesenta, que es el elemento subjetivo en lo medular; siempre algo subjetivo queda, pero se le quita la idea de dolo, culpa, referencias subjetivas, todo eso pasa al tipo penal, se ordena adecuadamente la cuestión. Y en la culpabilidad se mantiene una culpabilidad de tipo normativo, se consagra una teoría normativa pura, lo que nos parece absolutamente claro y de recibo, en comunidad con el mundo democrático. A su vez, la culpabilidad se integra por la exigibilidad o no de otra conducta. No es culpable aquella persona a la cual no le es exigible comportarse de otra forma que sea lícita. Entonces, en esa exigibilidad o no, es que aparece, por ejemplo, como causa de inculpabilidad, la coacción, la violencia sobre otra persona, que le inhibe de actuar libremente. Quien actúa con un revolver puesto en la sien, sabe que actúa, tiene conciencia de antijuridicidad; sabe que está conculcando una disposición penal al hurtar o al efectuar equis maniobra delictiva. Sin embargo, se ve inhibido en su libertad de actuación y, por lo tanto, es inculpable, carece de culpabilidad.

Eso es algo que nos parece muy bien tal como está redactado, consagrando la idea de que en la culpabilidad el principio rector al fin es el de la libertad del individuo. Las personas son responsables en la medida en que son libres: a mayor libertad, mayor responsabilidad y a la inversa, menor libertad, menor responsabilidad. Y esa es la cuota -como si fuese una suerte de represa- de la culpabilidad.

Con respecto a la capacidad de culpabilidad, en el proyecto de ley se resuelven las cuestiones meramente naturalísticas que consagraba, a nuestro modo de ver, un superado y ya errado a esta altura artículo 30 del actual Código, que hablaba de cosas casi histriónicas: enfermedades, intoxicación, sueño hipnótico, sordomudez, embriaguez. Es decir: los Códigos no tienen que relatar los ejemplos; los ejemplos nos sirven a nosotros para esclarecer valores y principios. Los Códigos solo tienen que dar, en la parte general, los grandes conceptos que plasmen en definitiva aquellos principios caros a la Constitución. Ese es el verdadero ámbito de una parte general del Código.

Por lo tanto, el artículo 30, en su nueva redacción -que casualmente mantendría el mismo número-, no ejemplifica nada de eso y se limita a lo que debe ser, que es establecer los parámetros adecuados de una capacidad de culpabilidad. Es más: hasta debe superarse, por más que no deja de ser una cuestión casi de palabras, la mera idea de imputabilidad e inimputabilidad, un concepto muy naturalístico y, si se quiere, ya fuera de contexto, y definirlo en términos de si el individuo es o no capaz de ser culpable. De todas maneras, la cuestión terminológica no es lo que más nos preocupa. Pero es verdad que las palabras utilizadas de una u otra manera tienen diferentes sentidos, por lo que no es cosa menor considerarlo en algún momento.

Otro tópico sumamente urticante es en cuanto al tema de la minoría de edad o los 18 años. El Código repite el modelo de los 18 años de edad en el que sería su artículo 31. Este es un tema en el que el Legislativo en su momento ha tomado decisiones. Cuando aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia, hace poco menos de una década, tomó un criterio. A nuestro modo de ver, es un tema más que opinable; en esto no hay dos bibliotecas sino unas cuantas en el Uruguay, pero yo solo puedo dar mi opinión personal, sin comprometer a ningún colectivo y ni siquiera al Colegio de Abogados del Uruguay.

A mi modo de ver, el Uruguay consagró un régimen de responsabilidad a partir de los 13 años de edad y, si no he entendido mal, solo se puede ser culpable si se es responsable y si se es responsable se puede ser culpable. De esa escalada de expresiones o conceptos jurídicos no podemos salir. A mi modo de ver -es una opinión y nada más; el Legislativo resolverá de la manera adecuada-, Uruguay hoy en día tiene un sistema que está partido y este proyecto de alguna manera lo mantiene intacto. Es decir, tiene un régimen de responsabilidad en un Código y otro régimen de responsabilidad en otro Código. Para mí es en este tema en que hay que tomar una decisión, y es una decisión que le gana al derecho penal. Ahí no estamos discutiendo sobre el derecho penal, sino sobre toda la situación, en este caso, de las personas que tengan o que lleguen a determinada edad. Insisto: me parece que este es un tema que trasciende a lo que es el proyecto. Para mí el proyecto toma una posición de mantenerse para que defina el legislador con lo relativo a la niñez y la adolescencia. Dice: para el Código Penal son 18 años. Claro, ahí va a

aparecer un tema; creo que el señor Diputado Cersósimo había planteado una posible reforma. Llegado el momento habría que compatibilizar una cuestión con la otra. Si uno va a tomar opciones, yo sigo pensando que el sistema punitivo de mayores no debe extenderse a los menores. Pero, bueno, todas las edades son discutibles. El sistema alemán es muy interesante, establece una franja; no recuerdo las edades exactas, más o menos desde los 15 años hasta los 22 o 23 años, y es una franja que es común, entera. Me parece que este es un criterio muy racional porque es verdad que hoy una persona -no vamos a decir chico, porque parecería que le pongo una carga sentimental- de 18, 19 o 20 años, quizás, en algunos aspectos sea mucho más madura de lo que éramos nosotros a esa edad. Es factible, pero también es cierto que un hombre o una mujer de 22 o 23 años de edad en muchos aspectos de la vida son muchísimo más inmaduros que nosotros a esa edad. Quiere decir que la sociedad ha tenido un cambio sumamente grave. Creo que este es un terreno que nos gana a los penalistas. He dado una mera opinión; no la tomen como más que una opinión personal.

Otro tópico es en cuanto a las causas de impunidad, que son resueltas adecuadamente por el Código, de modo que en este aspecto no me voy a detener mayormente. Transforma todas las causas de impunidad consagradas en el texto anterior en excusas absolutorias en lugar de perdones judiciales, con lo cual se inhibe ese decisionismo del Juez de decidir discrecionalmente si va a perdonar o no la pena en tal delito, obviamente que con un decálogo específico de cuáles son, y así lo mantiene el sistema.

Quisiera aclarar que el Uruguay tiene un sistema único en el mundo de causas de impunidad. Nuestro país fue absolutamente innovador, y no para mal. El sistema uruguayo está superado por los tiempos, pero el criterio básico de tener un decálogo de causas de impunidad en el Código no ha funcionado mal. Sí habría que suprimir unas y agregar otras. También es cierto que si revisan el sistema que consagraba o consagra el Código en materia de aborto verán que establece un régimen excepcional de causas de impunidad: el de los llamados abortos privilegiados es un régimen en el que se establecen o perdones judiciales o excusas absolutorias.

En todos los casos, este proyecto de Código propone que todos los perdones se transformen en excusas absolutorias, es decir: dándose los requisitos normativos que requiera la ley penal el Juez queda obligado a disponer la no punición. Y en esto soy preciso en decir que las causas de impunidad no significan que no haya delito: el delito subsiste, lo que no hay es pena. Se podrá decir -con buen criterio- que en lo social da igual. Da igual, pero cuando lo vemos en un plano de lo que puede ocurrir se empieza a separar. Si porque no va a haber pena el Juez no procesa ni condena, parecería que da igual, pero el Juez puede procesar, condenar y luego no penar. Por lo tanto, queda un antecedente penal, por ejemplo.

Entonces, creo que es importante señalar que hay un mensaje claro social de que a esa conducta no la vamos a penar, pero que sí nos parece una conducta penalmente relevante, es decir que amerita una intervención penal sin pena. Considero que eso es acompasarse con los tiempos.

Otro aspecto es que este proyecto de Código descataloga prácticamente todas las situaciones -la Comisión dice que todas, yo creo que sí en términos

generales, pero puede haber alguna duda-, que descataloga al barrer lo que damos en llamar derecho penal de autor, es decir, aquellas situaciones en las cuales al individuo se le hace una verdadera persecución, no un seguimiento para ver dónde anda sino más que eso, por su estilo de vida, por sus antecedentes honorables o no, por todas esas cuestiones que están dispersas en el actual Código Penal y que nada tienen que ver con un sistema de resolución jurídica sino con revisar estilos de vida. No es ajeno a nosotros que es factible que una persona que tenga un determinado estilo de vida pueda eventualmente delinquir. Lo que sí que no es campo del derecho penal tratar ese aspecto; en todo caso, sería cuestión de otros ámbitos de la sociedad, pero no del derecho penal ir con la espada de Damocles encima de un individuo en lo punitivo, con lo que ello implica: medidas de seguridad y todo lo demás, prácticamente la persecución, la no posibilidad de perdón, como tenemos hoy en día algún perdón judicial en el caso de que el individuo no tuviese antecedentes honorables, una cuestión tan intangible. Porque, ¿cuál es el antecedente honorable y cuál no es honorable? No sería honorable, tradicionalmente, ejercer el meretricio: sin embargo, es una profesión lícita. Y podríamos seguir con un largo decálogo que nos demanda, que, como sociedad, nos exige "aggiornarnos". Si en un sentido favorable nos hemos vuelto mucho más tolerantes con cosas que pueden no gustarnos y nos han empezado a gustar cosas que antes rechazábamos, si hemos tenido todos esos matices, no tiene ningún sentido permanecer con un sistema de derecho penal de autor, donde al individuo se le castigue más por quién es que por lo que ha hecho. Debemos, en cambio, consagrar un sistema de culpabilidad que reproche el acto concreto que ha llevado a cabo.

En ese sentido, el proyecto de Código barre con todas esas expresiones y también quita esa cuestión tremenda de la habitualidad delictual, que es de estilo de vida y nada más. De hecho, afortunadamente, en Uruguay no se han aplicado las medidas eliminativas de seguridad. Hasta donde yo sé, no se ha aplicado ninguna; se han pedido, pero no se aplicaron, a pesar de que están consagradas en la ley. Y no se han aplicado porque nuestros operadores del sistema tienen claro que, en realidad, esto es vulneratorio del derecho al barrer. Es decir que tienen un respaldo jurídico para no cumplirlo, pero hay que arreglar la ley penal para que no sea contraria a derecho. Este es un tema que me parece que este proyecto de Código lo soluciona muy bien.

Por el contrario, mantener sistemas de persecución de individuos, de verdaderas hipótesis de "bis in idem", cargándole la cuenta por una supuesta e intangible peligrosidad por lo menos desde el punto de vista de lo penal, lleva a que no se rompa el círculo vicioso, a institucionalizarlo y luego potenciar su mayor criminalización. Es decir que no estoy pensando en un aspecto teórico; estoy pensando que, en la práctica, ya tenemos décadas y décadas de experiencia que nos permiten saber que ese exceso de institucionalización no solo no abate la criminalidad, sino que la aumenta. Si vamos a resultados, el resultado ha sido pésimo y, en ese sentido, por suerte, la teoría coincide con los resultados.

Es decir que el proyecto tiende a hacer desaparecer, a descartar los peligrosismos, abarcando también los delitos de peligro abstracto y preservando los delitos de peligro concreto, lo cual nos parece básicamente correcto.

Se mantiene el régimen en lo medular de autoría y participación como de concurso de delitos. Además, el proyecto trata en forma muy adecuada la tentativa inidónea y el desistimiento, sin perjuicio de que, en nuestra opinión, debiera unificarse toda la punición de las tentativas. Creo que en ese punto hay algo en el debe. No nos parece correcto, en la dosimetría de las penas, en los conceptos jurídicos, que pueda haber una tentativa que tenga la misma pena que el delito que ha logrado el resultado, como existe hoy en día en alguna hipótesis, creo que relativa al lavado de dinero y a las drogas en general. Lograr el resultado o no lograrlo, en ese campo específico, da igual, y esto no nos parece de recibo. Es decir, entendemos que era acertado mantener la dosimetría de la pena sosteniendo que la tentativa no pudiese castigarse más que la pena específica llevada a la mitad. Sin embargo, si ustedes se fijan, las modificaciones a lo largo de los años han establecido de un tercio a la mitad, luego llegar a dos tercios, pero en hipótesis diversas. Después, directamente, en algún caso aislado -en la nomenclatura, no en la práctica- pero muy importante, se llegó a que la tentativa se castigara igual que el delito consumado y agotado. Esto nos parece una severa contradicción científica y práctica, y hasta un equivocado mensaje a los navegantes, es decir, a los justiciables. No es lo mismo llevar a cabo la conducta y obtener el resultado que no obtenerlo.

Por supuesto que en cuanto a la conducta, cabalmente hablando, la intencionalidad del sujeto era lograr ese fin que no pudo obtener por factores externos, pero lo que estamos cuantificando es la idoneidad de su conducta. Y a una menor idoneidad -delito tentado, que no ha podido lograr el fin-, la lógica consecuencia es que tenga menor punición. ¿Por qué? Porque hay menos culpabilidad. Y hay menos culpabilidad porque tiene menos idoneidad en la conducta. La prueba de que su conducta no era idónea para matar es que no logró matar, y eso nos parece que es sumamente importante. Esto debiera de unificarse y, a nuestro modo de ver, uno de los criterios sería el de la mitad de pena.

**SEÑORA TOURNÉ.-** Voy a referirme a un tema más general que el que el doctor Aller está planteando, pero que hace a la dosimetría penal.

Quisiera saber su opinión en cuanto a la dosimetría de todo el Código. Yo tengo posición al respecto, pero quiero escuchar qué opinan al respecto. Precisamente, le estaba preguntando a un colega si habían hablado de la dosimetría penal en el Código propuesto y en vigente. Me permito hacer la interrupción, porque el doctor Aller entró en este tema.

**SEÑOR ALLER.-** Nuestro Código Penal actual, de 1934, se caracterizó en la región por ser -no voy a utilizar la palabra "benigno" porque puede ser malinterpretada- más racional en el uso de las penas que los de otros países. Hasta el día de hoy, Argentina, aunque no la aplica, tiene consagrada la pena perpetua, lo cual por supuesto que es una aberración desde el punto de vista de la ilustración, el iluminismo y el liberalismo en general. Así podemos seguir con otros países de la región, sin llegar tal vez a ese extremo, pero con penas exacerbadas.

Dentro de ese campo, donde Uruguay parecía un elefante blanco, igual hemos tenido un desproporcionado crecimiento -por supuesto que hablo desde la vuelta a la democracia-, en particular a partir de la mitad de los años

noventa. Esto no lo digo pensando en colores políticos -lo señalo en forma clara y llana-, sino considerando concretamente disposiciones legales penales. La Ley de Seguridad Ciudadana N° 16.707 marcó un quiebre en nuestro sistema penal, como todo en la vida, para unos fue motivo de elogio y para otros fue considerado francamente un capítulo oscuro porque, pese a tener algunos aspectos muy positivos, también introduce una serie de tipos penales contradictorios, incrementos punitivos, en fin, una serie de figuras que marcan una tendencia -con altibajos- a un mayor punitivismo en Uruguay.

Hasta 1995, Uruguay tenía un promedio aproximado de dos leyes penales por año -en algún momento hice la investigación, ahora señalo una cifra estimada-, lo cual nos colocaba como un país muy racional al momento de legislar en lo penal, y cuando digo racional al legislar en lo penal me refiero al que legisla menos: ese es el más racional en términos generales, con alguna excepción. Uruguay legislaba poco. Si tomamos como parámetro el Código de 1934, salteamos la dictadura y consideramos períodos institucionales hasta 1995, Uruguay legislaba poco en lo penal y, en términos generales, lo que legislaba en materia penal se configuraba en disposiciones aclaratorias, ampliación de alguna cuestión, la derogación de alguna agravante, agregar algún delito. Había una verdadera moderación en el campo legislativo penal. Era otra sociedad, era otra situación del país, pero vemos esa realidad legislativa.

A partir de 1995, se produce un cambio paradigmático, en el que rápidamente saltamos a un promedio de cinco leyes penales por año y luego casi superamos las siete anuales; no sé la cifra exacta. Eso no nos dice demasiado porque, comparado con otros países, siete leyes penales por año hasta llevaría a muchos a decir: "¡Pues qué poco legislan ustedes en penal!". El problema es que cuando hacemos un análisis del contenido de esas leyes penales, no todas pero la mayoría son de más delitos, más incrementos de penas y menos posibilidades de obtención de libertad, que es un poco lo mismo. Es decir: si la pena no aumenta, pero se disminuyen las posibilidades de acceso a la libertad, de alguna manera la pena, oblicuamente, ha aumentado. Y así podríamos seguir con algunas otras afirmaciones.

En concreto, Uruguay ha seguido una escalada, con altibajos. La ley de humanización de prisiones tuvo un concepto contrario a lo que estoy diciendo, pero rápidamente, a los pocos meses -si no recuerdo mal-, se agravó la pena en determinadas formas de hurto, con lo cual muchas personas -no con nombre propio, sino el "target" de quienes podían haber salido o salieron con esa ley- volvieron a ingresar en la misma Legislatura. Ese es un cambio que me parece fundamental. Desde el punto de vista técnico -yo no hablo de las decisiones políticas- nos parece una severa contradicción. Nos muestra un país que tiene un problema muy grave: Uruguay no tiene una política criminal nítidamente autoritaria ni tampoco nítidamente benévola -por llamarla de alguna forma- o liberal. Lo que tiene Uruguay es ausencia de política criminal definida, y esa es una severa autocrítica que debemos hacernos todos. Yo sé que suena a crítica al legislador, pero la crítica no es solo al legislador; también es hacia nosotros. Quizás no nos expresamos adecuadamente al señalar que ni una sola ley penal represora, no en Uruguay, en el mundo, ha dado como resultado el abatimiento de la criminalidad. Esto no quiere decir que larguemos a todos los rapiñeros; lo que quiere decir es que racionalicemos el castigo.

Ahora me puedo a focalizar concretamente en la pregunta efectuada por la señora Diputada Tourné.

**SEÑOR REAL.-** Lo que planteaba el doctor Aller en cuanto a la falta de una política criminal también se ha expresado a nivel jurisprudencial. Aun cuando en términos generales es fácilmente constatable. ese proceso de "represivización" general que se nota en la ley se advierte claramente en la jurisprudencia. A través de la extensión de los tiempos de la prisión preventiva, del aumento de las penas dentro de los márgenes legales -hablo de los criterios generales de aplicación de la pena-, por la vía de reducir la cantidad de libertades por gracia que concede la Suprema Corte y de la aplicación de un criterio mucho más restrictivo en la concesión de libertades anticipadas lo que hemos logrado es mayor "represivización" y mayor tiempo de permanencia en la cárcel de las personas procesadas y penadas.

**SEÑORA TOURNÉ.-** Y ni hablemos a las medidas alternativas a la pena de prisión, que se aplican con mucha timidez o más bien no se aplican.

**SEÑOR PRESIDENTE.-** Si me permiten, voy a ordenar un poco el debate.

Hoy tenemos sesión de Cámara. Ya dije que esta no va a ser la única vez que recibamos al Colegio de Abogados. Ahora podemos disponer de siete u ocho minutos más para este primer aporte del Colegio. Pero la Comisión debe realizar otro intercambio antes de terminar, de cara a la sesión de la tarde. Por lo tanto, le pediría si pudiera usar este tiempo para redondear lo que quiere transmitirnos.

**SEÑOR ALLER.-** Por supuesto que el informe queda a su disposición.

Voy a cerrar el capítulo general y haré una precisión general sobre lo especial, y en ese tiempo me alcanzará para hacer una conclusión final y creo que por lo menos podré dejar un pantallazo de lo que es nuestro pensamiento a este respecto.

En cuanto a la parte general y lo que decía la Diputada Tourné sobre las penas y el Código, puedo decir que el Código actual es mucho menos punitivista que las leyes penales que tenemos vigentes en la actualidad. Eso ya marca una gran distancia; hay un barranco de distancia. Si a eso se le agrega el análisis del proyecto de ley, si bien no es que abata las penas en un sentido cabal y terminante, el proyecto de Código retoma el sendero en el sentido del criterio no excesivamente punitivista que tenía el Código ortodoxo originario. En ese sentido, creo que es muy aprovechable.

Concretamente -como no voy a poder tratarlo, lo menciono ya-, el caso bien simbólico y significativo de lo que estoy señalando es que llevaría a un mínimo racional el mínimo de pena en el delito de rapiña, con lo cual se soluciona un problema atroz que hemos tenido en nuestra comunidad, y es que muchas hipótesis de rapiña -las de abajo, aquellos delitos en los que la violencia física o psíquica ha sido una actuación de mínima relevancia, pero que ha sido de violencia física o psíquica- que no son excarcelables, en el mínimo, ahora serían excarcelables. Realmente felicitamos a la Comisión redactora del proyecto por tomar este criterio, que es absolutamente de lógica y soluciona un problema práctico, porque en el foro vemos que los magistrados -comprendiendo a todos: jueces, fiscales y abogados- a veces terminamos colocando como un hurto con violencia en las cosas un forcejeo por un objeto.

A fuer de ser sinceros, el forcejeo por un objeto es una violencia con las personas, pero como no es excarcelable y tiene una pena que no baja de cuatro años se hacía lo posible por llevarlo a ese tramo.

Esto de ninguna manera significaría que la rapiña deje de ser un delito de suma gravedad, porque lo es. Lo consideramos un delito sumamente grave, pero así como el homicidio tiene situaciones en las que es procesable sin prisión y excarcelable en caso de que sea procesable con prisión, y no solo los imprudentes, eventualmente algún intencional muy atenuado como una legítima defensa incompleta, entonces, creemos que esto implica racionalizarlo. Eso para contestar, grosso modo, la pregunta de la señora Diputada. Creo que el proyecto, quizás no sea todo lo que queremos, pero mejora la situación; por lo menos, contiene un poco la fiebre punitiva.

Dejo de lado la parte general. Entiendo que hay aspectos que quedan pendientes. De la parte especial, no puedo hacer el análisis casuístico, pero sí señalar que, en términos generales, se produce un ajuste en varios aspectos. Se mejora lo relativo al desacato por ofensa, que se eliminaría. Creo que hay claros argumentos históricos en nuestro país para propender a esta posición.

Entiendo que también es adecuada la supresión del delito de abuso de funciones, un tipo penal abierto, que vulnera el principio constitucional de legalidad cuando dice que va a ser ese delito todo aquello que no esté especialmente previsto por la ley. Ergo, como uno le enseña a los estudiantes: ¿qué es abuso de funciones? Todo lo que no es delito, porque si no está previsto por la ley, no es delito. Sin embargo, en Uruguay mantenemos esa figura que, incluso, hasta se agrandó años atrás. Yo entiendo que eso debe ser derogado, y esta es una oportunidad inmejorable. Antaño ha habido proyectos sobre esto pero, por diversas razones, no prosperaron. Entiendo que este es el momento adecuado para hacer tabla rasa con el asunto y acabar con un delito absolutamente peligrosista, de derecho penal de autor, etcétera.

Ya me referí a la asociación para delinquir y me remito a lo señalado.

Creo que el tema de la ayuda al suicidio debiera tratarse de manera un poco diferente. En este punto no estoy de acuerdo plenamente con lo que establece el proyecto de Código: tendría que darse el mismo tratamiento que a los casos de homicidio piadoso, por piedad. Me refiero a la ayuda al suicidio, pero no a la instigación que, en cambio, nos parece una conducta de mucha mayor gravedad. Es conducir a una persona a producirse la muerte. De todos modos, llegado el momento, eso se podrá analizar.

El proyecto de Código elimina las faltas -sé que no es un tema ajeno a la Comisión- y lo suscribo plenamente. En este momento hay un proyecto que tiene cosas interesantes, cosas buenas, pero, como regla -es la opinión de la Comisión de Derecho Penal del Colegio de Abogados y de quien suscribe-, el régimen penal no ha servido absolutamente para nada. Es derecho penal de autor cabalmente hablando. Es peligrosismo. No decimos que no nos importen esas infracciones. Nos preocupa que las personas hagan sus necesidades en las calles, no nos gusta en ningún sentido. No solo es lo estético ni lo que podamos oler; es lo que significa como degradación para una sociedad. Ahora bien, ¿pertenece al derecho penal solucionar los problemas de los orines? Yo creo que no. Yo creo que ese no es el campo del derecho penal. Es



minusvaluar al derecho penal. Tenemos cosas mucho más importantes que hacer.

El problema de mantener adecuadamente una plaza pública o algo por el estilo es municipal, administrativo. ¿Debe implicar sanciones, hasta si se quiere fuertes, en lo económico? No lo sé; no es mi campo, pero no pertenece al derecho penal porque no hay un bien jurídico penalmente de relevancia en juego. Están en juego valores de la sociedad, como los tenemos en campos administrativos.

El proyecto de Código descataloga las faltas y nosotros estamos totalmente de acuerdo, no en cuanto a la permisividad de las conductas que se pretenden poner en un proyecto de ley sobre faltas o lo que está hoy vigente. No estamos de acuerdo con que esas conductas se sigan implementando. Deben ser ubicadas, debidamente tratadas por los medios adecuados que, insisto, no son los penales. Entonces, me parece que no le competen a nuestro campo jurídico. Francamente, no veo el sentido jurídico de abrir esa tranquera y meter en el derecho penal algo que notoriamente no ha funcionado en ninguna parte del mundo que no sea autoritaria. Puede haber razones de políticas sociales y otras cuestiones ajenas a mí, en las que me confieso relativamente ignorante.

En síntesis, este proyecto de Código tiene hoy doscientos setenta y ocho artículos. Eso no dice nada y dice mucho. No dice nada porque hay que ver los contenidos, pero dice mucho porque nos muestra una filosofía de cómo legislar. Es decir: hacer un código lo más reducido posible, y creo que estamos a tiro de eso, lo que me parece fundamental. Legislar en lo penal lo menos posible, también insumiría la expectativa lógica del ciudadano -no hablo como abogado- de que el legislador, hacia el futuro, si aprueba este Código, no legisla por el costado. Digo esto más allá de las modificaciones que sufrirá, seguramente en no mucho tiempo, como pasó con el Código General del Proceso. Recordarán muchos de ustedes que al año o dos años ya tenía cerca de cien artículos con modificaciones, y bienvenidas sean: algunas con aciertos, otras con errores; no es mi campo. Con este Código, si sale, seguramente acontezca algo similar, pero me parece importante tener una expectativa lógica de que si legislamos en el Código no estemos legislando por el costado. De lo contrario, si queremos legislar algo, legislarlo ya en el Código. Hay que buscar esa verdadera armonía, legar a los futuros ciudadanos que vayan naciendo y a los futuros legisladores un ejemplo de disciplina científica, técnica. No es que quedemos casados u obligados con el Código, porque habrá que ir "aggiornandolo", pero no hacer un código y paralelamente sacar una ley contradictoria por otro lado. Me parece que esta es una cuestión no menor desde el punto de vista ciudadano, ya no solo meramente técnico.

Por último, además de agradecer la excelente oportunidad que nos han dado y pedir disculpas por los posibles fallos o imprecisiones que uno haya tenido, debo decir que creo que necesitamos un código, sea este -que aun con sus aspectos criticables nos parece importante- u otro, para reducir ese decisionismo penal que hoy nos preocupa de nuestro sistema penal, para reducir la disparidad de criterios, para tratar de unificarlos, siempre y cuando vaya acompasado también de una profunda modificación procesal penal, de una profunda modificación del sistema penitenciario, en el que se está progresando pero se requiere mucho más todavía. El Código Penal aislado

-desde ya advierto- no va a solucionar la criminalidad; ni siquiera va a abatir en sentido sensible los delitos. El ciudadano no va a estar más tranquilo porque se apruebe este proyecto de Código ni cualquier otro que se nos ocurra traer. Los verdaderos cambios paradigmáticos están en otro campo, y esta es una herramienta importante, técnica, fundamental y, sobre todo, que tiene que estar ajustada cabalmente a la Constitución de la República.

Muchas gracias.

**SEÑOR PRESIDENTE.-** Esta no va a ser la única oportunidad en que vamos a tener la posibilidad de intercambiar con el Colegio de Abogados del Uruguay con respecto a las modificaciones del Código Penal. Incluso, una parte de la Comisión está trabajando en un proyecto que complementa las modificaciones al Código del Proceso Penal que está a estudio del Senado y al proyecto de Código Penal que estamos considerando.

Consulto acerca de la posibilidad de que nos envíen vía magnética el documento escrito que nos van a dejar.

**SEÑOR ITURRALDE VIÑAS.-** Los conceptos vertidos por el doctor Aller -algunos pude escuchar y otros no- van muy en la línea de algunas de las cosas que la Comisión está promoviendo y que, incluso, conversamos con la Comisión del Senado. Me refiero a tratar de que todo esto sea parte de un sistema y se acompañe con las modificaciones de determinadas normas del Código del Proceso Penal. Alguien ha dicho por ahí que todo legislador tiene el sueño del delito propio. Eso no es así; lo que pasa es que, muchas veces, vamos tratando de resolver las urgencias cotidianas, con la opinión pública presionando, y eso resta entidad científica al trabajo y hace que, en ocasiones, generemos normas sueltas, que no obedecen a una lógica global.

Creo que lo mejor es tener un sistema que responda a un mismo concepto. Con la Unión Europea nos habíamos planteado la realización de algún evento -seguramente, será posible concretarlo antes de aprobar el Código- en el que participaran todos los actores fundamentales -jueces, fiscales, el Colegio de Abogados, las distintas Cátedras-, para dar una mirada conjunta al tema. Esa es la aspiración que mantenemos y vamos a ver cómo armamos el puzzle con las eventuales normas que se aprueben en estos días.

**SEÑOR REAL.-** Quiero transmitir el apoyo institucional del Colegio de Abogados del Uruguay a este proceso de transformación legislativa, en estas tres patas a que refería el doctor Aller, que solo son parte de una política general de seguridad. Me refiero al segmento penitenciario, la reforma del derecho penal sustancial y la reforma especialmente del Código del Proceso Penal, que para nosotros es una prioridad estratégica central. Visualizamos eso, además, como instrumentos de fortalecimiento de los derechos individuales y de las libertades públicas, objetivos que nos planteamos como institución.

Agradecemos la invitación y nos ponemos a disposición. Tomamos su palabra de que podemos resultarles útiles en el futuro para realizar aportes en este sentido. Entregamos al Presidente el documento y vamos a hacer llegar por vía magnética el informe.

**SEÑOR CERSÓSIMO.-** Quiero dejar constancia de que se plantearon algunos temas polémicos como el referido a la franja de imputabilidad o a las faltas, que

en este momento están en tratamiento. No dimos el debate, pero ya lo podremos dar en algún momento.

**SEÑOR PRESIDENTE.-** Agradecemos la presencia de la delegación.

(Se retiran de Sala los representantes del Colegio de Abogados del Uruguay)