

RESEÑA HISTÓRICA DE LA LEY PENAL URUGUAYA ¹

Germán Aller ²

Sumario

1. Postrimerías legales del tiempo de la Colonia. 2. La anhelada codificación penal y procesal penal. 3. La ley penal uruguaya. 4. Falta de definición en materia de Política criminal. 5. Excursus.

1. POSTRIMERÍAS LEGALES DEL TIEMPO DE LA COLONIA

Uruguay ha tenido una rica historia de penalistas a los cuales se debe un sistema orgánico sustantivo que ha sido el reflejo de su democracia no sólo formal, sino inherente a la idiosincrasia de un pueblo profundamente comprometido con el Estado de Derecho. A la ausencia de un sistema unificado, armónico y congruente propio de los comienzos del incipiente Estado en 1825, le siguió un primer paso al consagrarse en 1830 la primera Constitución de la República. En esos años lejanos las disposiciones penales se hallaban desperdigadas entre las Leyes de Indias, la Recopilación Castellana, los diversos Fueros Reales y Municipales (Aragón, Castilla, León y otros) y las Siete Partidas de Don Alfonso X “el sabio”, además de algunas reglamentaciones de tiempos de la Capitanía General y del Virreinato, todas ellas provenientes de los tiempos de la Colonia ³, y también de Argentina, así como usos y costumbres regionales aplicadas como leyes, además de las inorgánicas disposiciones legales del Gobierno Provisorio uruguayo instaurado en 1825. Los magistrados de entonces utilizaban indistintamente cualquiera de ellas según los casos que se les planteasen y, tal como evidenció en sus “considerandos” el decreto dictado el 29 de marzo de 1873 por José ELLAURI, convirtió a los jueces en legisladores al efectuar una derogación tácita de la legislación anterior mediante la costumbre judicial. Con ello se generó un mal de igual magnitud que el que se pretendía evitar y, al mismo tiempo, se vulneraron los principios de independencia de los poderes y de legalidad, que son la base del sistema constitucional. Por todo esto, la Constitución decimonónica del

¹ Extraído de *Dogmática de la acción y 'praxis penal'*, Montevideo, BdeF, 2008, pp. 7-22.

² Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República, Montevideo. Doctor en Derecho por la UNED, Madrid. Profesor Adjunto de Derecho Penal y Criminología de la Universidad de la República.

³ Carlos Ferrés, *Época Colonial. La Administración de Justicia en Montevideo*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1944, pp. 1-10. Al respecto, Juan B. Carballa, “Prólogo”, en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Centro de Estudiantes de Derecho, 1955, p. 5. También, Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, Montevideo, Del Foro, 2006, p. 139. Asimismo, Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2000, pp. 63-64.

año treinta –de orientación jusnaturalista ⁴– significó un gran avance también para tender el camino seguro hacia la posterior creación de un cuerpo legal completo, pero no se tradujo en hechos hasta la concreción de la deseada codificación uruguaya acaecida cuatro décadas después y debiéndose hacer la salvedad de que la mayoría absoluta de los códigos fueron aprobados en tiempos de dictaduras.

2. LA ANHELADA CODIFICACIÓN PENAL Y PROCESAL PENAL

En materia penal el país carecía de un sistema material y formal. Por tal razón, en 1873 se encomendó a juristas renombrados la redacción del anhelado Código Penal sustantivo, siendo designados a tales efectos José María MUÑOZ, Gonzalo RAMÍREZ, Juan Carlos BLANCO, Alfredo VÁSQUEZ ACEVEDO y Francisco LAVANDEIRA ⁵, pero la misma no fructificó en la concreción del mentado Código, como similarmente ocurrió con la siguiente Comisión, designada el 9 de marzo de 1877 por Lorenzo LATORRE e integrada por Laudelino VÁSQUEZ, Jaime ESTRÁZULAS y Manuel GARZÓN, y al fin ambas fueron disueltas ⁶. En cuanto al Derecho penal formal, se creó otra Comisión conformada por Joaquín REQUENA, Adolfo PEDRALBES, Manuel HERRERA Y OBES, José María CASTELLANOS y Germán SEGURA ⁷. Estas tres mencionadas Comisiones fueron la antesala de los posteriores respectivos Códigos.

Así, Laudelino VÁSQUEZ presidió la Comisión, integrada además por Joaquín REQUENA, Carlos SANTURIO, Carlos DE CASTRO, Martín AGUIRRE y José María CASTELLANOS, con la secretaría de FRANCISCO AGUILAR Y LEAL, que elaboró en 1878 el Código de Instrucción Criminal; el cual fue aprobado y rigió desde el 1 de mayo de 1879 ⁸ hasta el 31 de diciembre de 1980, ya que al día siguiente entró en vigor el Código del Proceso Penal ⁹. Dicho Código se aprobó durante la dictadura de Lorenzo LATORRE y estableció el proceso penal que regiría por ciento un años.

Por su parte, el primer Código Penal rigió desde el 18 de enero de 1889 hasta el 1 de agosto de 1934, siendo aprobado durante la presidencia de Máximo TAJES, y fue el fruto de la labor encomendada a la Comisión presidida por Joaquín REQUENA

⁴ Alberto Ramón Real, *Los principios generales de Derecho en la Constitución uruguaya. Vigencia de la estimativa jusnaturalista*, Montevideo, Juan A. Peri, 1958, pp. 9-14.

⁵ *Proyecto de Código Penal*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1880, p. 1.

⁶ Juan B. Carballa, "Prólogo", en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 6.

⁷ *Proyecto de Código Penal*, p. 1.

⁸ Laudelino Vázquez, *Proyecto de Código de Instrucción Criminal [1878]*, Montevideo, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, 1954. También, *Código de Instrucción Criminal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, La Tribuna, 1879, p. XXXIX. Asimismo, Laudelino Vázquez, *Cuestiones prácticas de Derecho penal procesal*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 1894, *pássim*. Al respecto, Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, pp. 139-140.

⁹ Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, p. 65.

e integrada por Ildefonso GARCÍA LAGOS, Lindoro FORTEZA, Alfredo VÁSQUEZ ACEVEDO y Nicolás DE SAN MARTÍN ¹⁰. La Comisión trabajó durante ocho años, sucediéndose otros integrantes, como Manuel HERRERA Y OBES (su primer presidente), Laudelino VÁSQUEZ, Román GARCÍA, Gonzalo RAMÍREZ, Carlos DE CASTRO y Duvimioso TERRA ¹¹. Se siguió en definitiva el modelo italiano de ZANARDELLI y SAVELLI –el cual también fue aprobado en ese país en el mismo año que en Uruguay (1889)– además del anterior proyecto italiano de Pascual Stanislawo MANCINI y los códigos penales español y chileno ¹². El objeto de este cuerpo legal fue, al decir de sus autores en el Informe del 1 de junio de 1888, que se *liberara a la República del caos de la legislación vigente, o más bien dicho, de la arbitrariedad dominante en materia criminal* ¹³. Tal propósito se consiguió con creces mediante una legislación de cuño liberal para su época, a pesar de mantener la pena de muerte, que fue luego abolida su aplicación por el presidente WILLIMAN mediante ley n.º 3.228 del 23 de setiembre de 1907, no sin librar un candente debate protagonizado por IRURETA GOYENA ¹⁴, SALGADO ¹⁵ y FIGARI ¹⁶, siendo los dos primeros partidarios de mantenerla al menos por un tiempo y el último proclive a su abolición. El proyecto del Código Penal italiano de ZANARDELLI y SAVELLI era de orientación clásica, aunque con algunos aspectos de la entonces pujante *Scuola positiva* italiana. En síntesis, dicho modelo se inspiró en las ideas de los clásicos, pero resultó al fin ecléctico ¹⁷, y esto disgustó a LOMBROSO, líder fundamental de dicha *Scuola* italiana, que en contrapartida publicó rápidamente un breve libro cuestionando la celeridad y el contenido del trabajo de los mencionados redactores por no haber recogido en él los postulados positivistas ¹⁸.

Durante la dictadura de Gabriel TERRA, el entonces Ministro de Instrucción Pública, Alberto DEMICHELI, el 5 de junio de 1930 encomendó al Colegio de Abogados del Uruguay presidido por José IRURETA GOYENA la designación de especialistas en diversas áreas para las reformas de los Códigos existentes, dentro de los cuales estaba el Penal. En el propio IRURETA GOYENA recayó la tarea de presidir la Comisión para la elaboración del nuevo Código Penal (y en definitiva

¹⁰ Alfredo Vásquez Acevedo, *Concordancias y anotaciones del Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Sierra y Antuña, 1893, pp. IX-XVII. También, Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., Montevideo, Del Foro, 2006, pp. 15 y 35-38.

¹¹ Juan B. Carballa, “Prólogo”, en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 8.

¹² *Ídem*, pp. 8-9.

¹³ *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1889, p. V.

¹⁴ José Irureta Goyena, *La pena de muerte*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1903.

¹⁵ José Salgado, *La pena de muerte*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1905.

¹⁶ Pedro Figari, *La pena de muerte*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1903. Es el texto de su conferencia dictada en el Ateneo de Montevideo el 4 de diciembre de 1903. Del mismo autor, *La pena de muerte*, Montevideo, El Siglo Ilustrado, 1905. Esta publicación recoge veintidós artículos de prensa publicados por Figari en “El Siglo” entre el 9 de mayo y el 21 de junio de 1905.

¹⁷ Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, pp. 140-141. También, Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, p. 65.

¹⁸ Cesare Lombroso, *Troppo presto. Appunti al nuovo Progetti de Codice Penale*, Roma, Fratelli Bocca, 1888, *pássim*.

redactarlo)¹⁹. Esta Comisión se integró con IRURETA GOYENA como miembro proyectante y, además, Teófilo D. PIÑEYRO, Alfredo FURRIOL, Melitón ROMERO, Ernesto LLOVET, Horacio ABADIE SANTOS, Alfredo GIRIBALDI ODDO, Mario Esteban CRESPI y Ruben C. TRELLES²⁰. El ilustre maestro uruguayo a la sazón era el titular de la cátedra de Derecho penal en la Universidad de la República que ocupó brillantemente entre 1903 y 1931, además de ser un aventajado integrante de la amplia comunidad intelectual y social del país²¹. El 2 de enero de 1935 se designó a IRURETA GOYENA como presidente de la Comisión encargada de redactar el Código Penal Militar durante la presidencia de Alfredo BALDOMIR, el que fue aprobado el 28 de enero de 1943 y entró en vigencia tres meses después de promulgado²².

3. LA LEY PENAL URUGUAYA

IRURETA GOYENA se identificaba con la vertiente sociológico-jurídica de la Escuela positiva y, dentro de ella, concretamente con la preconizada Defensa social, recibiendo también marcada influencia de Filippo GRISPIGNI (liszttiano), Arturo ROCCO (tecnicista jurídico de orientación bindingniana) y Max Ernst MAYER (neokantiano)²³. Por ello, en su Exposición de Motivos del proyecto de Código, el redactor hizo expresa mención a la Defensa social²⁴. El prominente penalista compatriota efectuó un trabajo de orden ecléctico y de Política criminal, siguiendo el proyecto presentado por Alfredo Rocco en Italia (que databa de 1930 y entró en vigor en 1931) y cuya elaboración fue de su hermano Arturo Rocco²⁵, el cual era un prestigioso catedrático de la Universidad de Siena. En tal sentido, expresaba el codificador uruguayo: *He procurado hacer un Código que consulte, sin rigideces doctrinarias, las nuevas tendencias del Derecho Criminal. Estrictamente no se ajusta a los*

¹⁹ *Código Penal. Ley n.º 9.155*, Montevideo, Ministerio de Instrucción Pública, 1934, pp. 5-6.

²⁰ Juan B. Carballa, "Prólogo", en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 12.

²¹ El primer titular de la cátedra de Derecho penal en Uruguay fue Gonzalo Ramírez, quien la asumió en 1871 a pesar de que la misma había sido creada el 1 de diciembre de 1869. Seguidamente sería su titular Martín C. Martínez, hasta que en 1903 la alcanzó José Irureta Goyena, a quien le habría de suceder Alfredo Giribaldi Oddo en 1931, un dogmático penal atraído por el tecnicismo jurídico, que desafortunadamente falleció en forma prematura. De allí en más, seguirían distinguidos catedráticos: Carlos Salvagno Campos, Juan Carballa, Adela Reta, Orestes Araújo, Fernando Bayardo, Ofelia Grezzi, Darío Corgatelli, Milton Cairoli, Miguel Langon y Gonzalo Fernández.

²² *Códigos: Penal Militar, de Organización de los Tribunales Militares y de Procedimiento Penal Militar*, Montevideo, Imprenta Militar, 1943, pp. 1-2.

²³ Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., p. 43.

²⁴ *Código Penal. Ley n.º 9.155*, p. 7. También, Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., pp. 43-45.

²⁵ Milton Cairoli Martínez, *El Derecho penal uruguayo y las nuevas tendencias dogmático penales*, t. I, p. 65.

principios de la Escuela Clásica, ni a los de la Escuela Positiva: es un trabajo de Política criminal, inspirado en las exigencias de la defensa social ²⁶.

Empero, su autor no abrigaba mayores expectativas en cuanto al éxito del proyecto: *No me hago ilusiones acerca de la suerte que le está destinada. El Colegio se ocupará de él: lo estudiará, lo perfeccionará, hará, en suma, todo lo indispensable para que el Parlamento lo transforme en Ley, pero el Parlamento lo dejará envejecer en las carpetas y cuando resuelva prestarle su atención, ya no será digno de ella* ²⁷. Dicho proyecto de Código Penal uruguayo fue aprobado “a tapas cerradas” merced a la recomendación fundamental de Horacio ABADIE SANTOS en su Exposición de Motivos sobre el proyecto ²⁸, quien había sido colaborador docente de IRURETA GOYENA y entonces era legislador de la República. El proyecto fue promulgado el 4 de diciembre de 1933 y, luego de ser postergado, al fin entró a regir el 1 de agosto de 1934. Importa destacar que los Códigos Penales de 1889 y 1934 (vigente) han sido fieles representantes del entonces imperante causalismo penal de uno y otro tiempo.

Desde ese histórico momento se producirían una serie de esporádicas modificaciones al Código Penal, así como la aparición de leyes penales extra-Código ²⁹. Siguiendo el catálogo de disposiciones penales posteriores al Código Penal vigente que refiere LANGON en su acabado estudio sistematizado y comentado sobre el mismo, desde 1934 hasta 1994 (durante sesenta años) se dictaron ciento cuatro leyes de contenido penal. Es decir, un promedio de 1,7 leyes por año a lo largo de seis décadas. Mientras que de 1995 a 2007 fueron sesenta y cinco leyes más; lo que equivale a 5,4 leyes por año durante una docena de años, evidenciando un incremento alarmante del orden legislativo-penal. En total, desde 1934 a 2007 se elaboraron ciento sesenta y nueve leyes de ribete penal, produciéndose una sostenida hiperinflación legiferante desde 1995 hasta la fecha y que sigue proclive a aumentar ³⁰. A mayor detalle, las mismas introdujeron controvertidos cambios y, salvo tan honrosas como escasas excepciones, básicamente tendieron a elevar los niveles de represión mediante la creación de nuevos tipos penales innecesarios,

²⁶ *Código Penal. Ley n.º 9.155*, p. 7. Al respecto, Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., pp. 17-18. También, Milton Cairoli Martínez, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2003, p. 9.

²⁷ *Código Penal. Ley n.º 9.155*, p. 7. Al respecto, Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., p. 43. También, Milton Cairoli Martínez, *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 9.

²⁸ Juan B. Carballa, “Prólogo”, en *Código Penal de la República Oriental del Uruguay*, p. 13. También, Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., p. 51. Del mismo autor, *Manual de Derecho penal uruguayo*, p. 141.

²⁹ Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, pp. 142-145.

³⁰ Miguel Langon Cuñarro, *Código Penal y Leyes Penales Complementarias de la República Oriental del Uruguay*, t. I, 2.ª ed., pp. 21-32. También, *Código Penal y Leyes Especiales*, 7.ª ed., Montevideo, Del Foro, 2007, pp. 15-21.

aumento de penas, consagración de responsabilidades penales objetivas, difuminación de bienes jurídicos, tipos abiertos y de peligro abstracto. Por cierto, se trata de un panorama estadístico nada halagüeño, porque demuestra inequívocamente que, desde el punto de vista criminológico, la mayor represión no abate la criminalidad y hasta tal vez la potencia, pero además conlleva la instauración de respuestas meramente formales frente al delito, carentes de contenido real, que constituyen un dudoso progreso manuscrito y aumentan la anomia penal ³¹, en tanto se trata de leyes instrumentalmente inapropiadas para la obtención de los objetivos culturales lícitos ³².

Ante una realidad de este porte, hay que cesar inmediatamente de legislar en esos términos y, al mismo tiempo, se debe encender una luz que ilumine el camino hacia mejores destinos que la llana implementación de mayores puniciones y respuestas simplemente formales que, en última instancia, se asemejan a meros productos superficiales de *marketing* ³³. Esa luz y ese camino deben provenir de los académicos, los operadores del sistema y los legisladores comprometidos con la mejora de la respuesta penal, pero —en todos los casos— con sustrato científico que la avale.

Además, cabe reflexionar acerca de si el legislador está legitimado para emitir conminaciones de índole penal por el mero hecho de parecer indeseable una conducta. Ese tópico ha sido abordado por ROXIN pronunciándose concretamente contrario a tal potestad en función de la necesaria imposición jurídica de límites al poder punitivo del Estado ³⁴. En consecuencia, la intervención punitiva estatal debe ser el resultado del trabajo científico del Derecho penal dogmático y el imperio del castigo ha de restringirse estrictamente al campo vulneratorio de bienes jurídicos cuya protección sea imposible sin otras medidas menos incisivas, retirando al Derecho penal en función de la subsidiariedad de otras instancias político-sociales menos graves y dañinas que la pena ³⁵.

4. FALTA DE DEFINICIÓN EN MATERIA DE POLÍTICA CRIMINAL

³¹ Émile Durkheim, *El suicidio* [1897], trad. Mariano Ruiz-Funes, Madrid, Reus, 1928, pp. 255-301.

³² Robert King Merton, *Social Theory and Social Structure*, 3.^a ed., Illinois, Free Press, 1959, pp. 132-139. Versión en español, *Teoría y estructura sociales*, trad. Florentino M. Torner, México, Fondo de Cultura Económica, 1964, pp. 141-148.

³³ Germán Aller, *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 2006, p. 144.

³⁴ Claus Roxin, “¿Qué puede reprimir penalmente el Estado? Acerca de la legitimación de las conminaciones penales”, en *Problemas actuales de Dogmática penal*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Ara, 2004, p. 19.

³⁵ *Ídem*, pp. 20-23.

Otro aspecto notorio, como ha destacado LANGON en diversas ocasiones, es que nuestro país no exhibe una Política criminal definida ³⁶, porque no somos esencialmente represores –a pesar del antedicho panorama legislativo–, ya que, por ejemplo, al mismo tiempo de aumentarse los delitos y las penas, contradictoriamente se prodigan diversos mecanismos de acceso a la libertad. Con lo cual, se percibe que la Política criminal uruguaya no es mala ni es buena: vamos a los tumbos, llevados a tientas casi por impulsos en uno u otro sentido, porque pasan las décadas, se suceden los gobiernos y científicamente igual seguimos sin tener una verdadera Política criminal definida que nos guíe. En suma, la fiebre legislativa, preocupantemente incrementada a partir de mediados de 1995, no condice con la deseable pacificación a través del Derecho ni con el tradicional espíritu democrático característico de nuestra ciudadanía, así como no refleja la misión jurídico-penal de poner límite al poder punitivo estatal ³⁷, sino más bien se identifica tácitamente con la concreción uruguaya de un rechazable *Derecho penal de enemigos* elaborado “a nuestro aire” ³⁸. Tópico que no difiere esencialmente de lo que acaece en otras latitudes regionales y ultramarinas. A mera vía de ejemplo, se trata de la construcción de tipos penales consagradorios de un inadmisibles Derecho penal de autor y, concretamente, hoy definido también como de *enemigos* en el sentido que JAKOBS ha descrito últimamente ³⁹, siendo el caso de la asociación para delinquir (art. 150 del CPU), el abuso de funciones en los casos no previstos por la ley (art. 162 del CPU), la agravatoria por delinquir bajo influencia de

³⁶ Miguel Langon Cuñarro, “La necesidad de una Política criminal de Estado para enfrentar el flagelo de la criminalidad”, *Revista de Ciencias Penales*, n.º 4, AA. VV., Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 1998, pp. 391-392. *No es de extrañar, como trataremos de demostrar, la falta de una verdadera Política criminal de Estado, en rigor, la ausencia de cualquier Política criminal, llevada adelante por el legislador, lo que se manifiesta en la forma errática, carente de orientación, de las diferentes leyes que se han venido dictando durante los últimos tiempos.* Del mismo autor, “El control social en el tercer milenio”, *El control social hacia el tercer milenio*, AA. VV., Montevideo, Carlos Álvarez-Editor, 1998, pp. 27-38. También, “La Política criminal en el Uruguay. La etapa de la ley y el orden: 1998-2001”, en *Criminología y Derecho penal*, t. II, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2006, pp. 83-87.

³⁷ Miguel Langon Cuñarro, “El principio de proporcionalidad”, en *Criminología y Derecho penal*, t. III, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2007, p. 280.

³⁸ Gonzalo D. Fernández, “¿Política criminal o Derecho penal del enemigo?”, en *Estado de Derecho y orden jurídico-penal*, pp. 125-133. También, Germán Aller, *Co-responsabilidad social, Sociedad del riesgo y Derecho penal del enemigo*, pp. 163-249. Del mismo, otra exposición del tema: “Derecho penal del enemigo”, en *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*, AA. VV., Madrid, Edisofer-BdeF, 2006, pp. 79-117. Al respecto, Miguel Langon Cuñarro, “El Derecho penal del enemigo entre nosotros (presentación del libro de Germán Aller Maisonnave)”, en *Criminología y Derecho penal*, t. III, libro en coautoría con Germán Aller, Montevideo, Del Foro, 2008, pp. 93-107. Asimismo, Bernd Schünemann, “¿Derecho penal del enemigo? Crítica a las insostenibles tendencias erosivas en la realidad de la administración de justicia penal y de su insostenible desatención teórica”, en *Cuestiones básicas del Derecho penal, en los umbrales del tercer milenio*, trad. Mariana Sacher, Lima, Idemsa, 2006, pp. 186-196.

³⁹ Günther Jakobs, “Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo”, en Günther Jakobs y Miguel Polaino Navarrete, *El Derecho penal ante las sociedades modernas. Dos estudios de Dogmática penal y Política criminal*, trad. Miguel Polaino-Orts, Lima, Grijley, 2006, pp. 23-52.

estupefacientes o sustancias psicotrópicas (nal. 17.º, art. 47 del CPU), el régimen de habitualidad y reincidencia (art. 48 del CPU), las medidas de seguridad – principalmente las eliminativas– (arts. 92 y ss. del CPU), el terrorismo (ley n.º 17.835), proxenetismo (leyes n.º 16.707 y 17.815), delitos sexuales (ley n.º 18.026), punición de menores (arts. 69 a 73 del Código de la Niñez y Adolescencia), violencia doméstica (art. 321 bis del CPU), los delitos de lesa humanidad, genocidio, imprescriptibilidad de delitos graves (ley n.º 18.026), los delitos de peligro abstracto o presunto, los tipos penales abiertos, así como en general el abatimiento de garantías materiales y formales, y lo relativo al crimen organizado, lavado de activos y estupefacientes.

Dentro de ese marco de actuación, sumado a las carencias económico-presupuestales del Poder Judicial, así como al incesante aumento de la criminalidad –particularmente a partir del comienzo de este siglo– se torna complejo pretender inmiscuir en esa vorágine las cuestiones dogmáticas cuando los problemas acuciantes pasan por aspectos esencialmente político-criminales. Pero esta afirmación es relativa, puesto que algunos de los obstáculos concernientes a la Política criminal pueden ser correctamente solucionados mediante el empleo sensato de la Dogmática penal, logrando así la optimización de los recursos legales existentes, así como –*de lege ferenda*– proponer leyes más eficientes sin abatir en absoluto las garantías individuales, porque es posible compatibilizar la eficiencia con las garantías y mantener el modelo liberal y democrático ⁴⁰. También lo es armonizar una correcta Política criminal con un moderno Derecho penal, como requería MAURACH ⁴¹, porque tenía plena razón BETTIOL (1945) al pregonar que *el Derecho penal es una política* y destacar que debe distinguirse el planteamiento político de la investigación de Política criminal, que interesa al jurista penal ⁴². Por ende, debe revisarse el entorno político, comprenderlo y actuar creando una Política criminal acorde al *milieu*, pero sin renunciar a los principios penales ni a las garantías individuales ⁴³, porque, como relata GARLAND refiriéndose a Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica, asistimos a un cambio cultural proclive a aumentar la intensidad del control, lo que lleva también a la justicia penal a actuar en consecuencia, dando lugar a una nueva cultura del control del delito ⁴⁴. Y añade que: *La justicia penal es ahora más vulnerable a los cambios de estado de ánimo del público o a la reacción política. Se instituyen nuevas*

⁴⁰ Miguel Langon Cuñarro, *Manual de Derecho penal uruguayo*, p. 145.

⁴¹ Reinhart Maurach, „Das Unrechtsbewusstsein zwischen Kriminalpolitik und Strafrechtsdogmatik“, en *Festschrift für Eberhard Schmidt* [1961], AA. VV., Göttingen, Scientia Verlag Aalen, 1971, pp. 301-318.

⁴² Giuseppe Bettiol, *El problema penal*, trad. José Luis Guzmán Dalbora, Buenos Aires, Hammurabi, 1995, p. 55. También, Gonzalo D. Fernández, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo, BdeF, 2004, p. 227.

⁴³ Giuseppe Bettiol, *El problema penal*, p. 55.

⁴⁴ David Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Chicago, The University of Chicago Press, 2001, p. XI. Hay versión en español, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. Máximo Sozzo, Barcelona, Gedisa, 2005, p. 16.

leyes y políticas públicas sin consultar previamente a los profesionales de la justicia penal y se ha reducido considerablemente el control experto de la agenda de políticas públicas como consecuencia de un estilo populista de hacer política ⁴⁵.

Tal como enfatizó IRURETA GOYENA respecto de su proyecto de Código Penal, éste era un trabajo de Política criminal que, independientemente de sus aciertos y fallos, puede decirse que recogía en forma ecléctica las tendencias dogmáticas de su época. Pero con la sucesión de modificaciones introducidas y, principalmente, por las leyes extra-código, en el devenir de los años se ha perdido la congruencia dogmática y también la coherencia político-criminal. Por supuesto, Uruguay — como otros países — de manera imperiosa necesita definirse político-criminalmente hablando, estableciendo un derrotero que cumplir en términos de líneas directrices tendientes a orientar al Derecho penal en un sentido concreto y coherente. De manera de cumplirse así el designio de von LISZT al proclamar en 1893 que *el Derecho penal es la infranqueable barrera de la Política criminal* ⁴⁶; así como la precisa afirmación de ROXIN, para quien lo penalmente correcto debe también serlo en lo político-criminal ⁴⁷. Lógicamente, ése deberá ser el sentido liberal y garantista, tolerante, comprometido con los derechos individuales, correspondiente con la rica historia democrática uruguaya y, por lo tanto, limitador del poder punitivo del Estado; como también manifestó von LISZT en esa oportunidad: *Según mi opinión, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la 'magna charta' del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley dentro de los límites legales* ⁴⁸. Adicionando a ello que, como dice ROXIN, es igualmente cierto que la Ciencia penal *tiene que concretar y elaborar hasta el detalle las decisiones de Política criminal del legislador*; por lo que la fidelidad al Derecho y la elaboración dogmática, así como la político-criminal, no se excluyen mutuamente ⁴⁹. Los problemas político-criminales son al fin de orden político, al punto que la Política criminal se va tornando cada vez más en parte de la política de Estado y quizá también de

⁴⁵ David Garland, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, p. 172. Versión en español, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, p. 282.

⁴⁶ Franz von Liszt, „Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts“, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, Berlín, J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1905, p. 80. *Das Strafrecht ist die unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik*.

⁴⁷ Claus Roxin, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 1.^a ed., trad. Francisco Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1972, p. 19. También, *Política criminal y sistema del Derecho penal*, 2.^a ed., trad. Francisco Muñoz Conde, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, pp. 36-37.

⁴⁸ Franz von Liszt, „Ueber den Einfluss der soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts“, en *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, t. II, p. 80. *Nach meiner Meinung ist, so paradox es klingen mag, das Strafgesetzbuch die 'magna charta' des Verbrechers*.

⁴⁹ Claus Roxin, „Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik“, en *Jus humanum. Grundlagen des Rechts und Strafrecht. Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag*, AA. VV., Berlín, Duncker & Humblot, 2003, p. 431. Versión en español, “Normativismo, Política criminal y empirismo en la Dogmática penal”, en *Problemas actuales de Dogmática penal*, trad. Manuel A. Abanto Vásquez, Lima, Ara, 2004, p. 61.

Gobierno. De allí la importancia de que exista una concreta definición al respecto, porque es necesario pautar y conocer el alcance de la criminalización de comportamientos, así como la reacción del sistema punitivo en tanto decisiones de índole estatal. A pesar de que ya han pasado cerca de dos siglos, el célebre antecesor de CARRARA en Pisa y estandarte del clasicismo italiano, Giovanni CARMIGNANI (1768-1847), dijo algo que viene ahora a colación porque cada día se asemeja más a la realidad actual: *Puesto que la pena se impone por razón del delito, y como la causa de imputar delito es política, del mismo modo debe también ser política la razón de infligir penas* ⁵⁰.

5. EXCURSUS

Nada ajeno a esto es la problemática de las diversas teorías sobre la acción, que es un ámbito sobre el que siempre se ha discutido acaloradamente y que compromete el primero de los elementos tradicionales del delito, por el cual se revisa algo tan importante como la conducta humana propiamente dicha en relación al inmenso poder punitivo del Estado. A esto se agrega que ni siquiera ha quedado laudado el debate acerca de si la causalidad pertenece a la acción propiamente dicha, al punto que –como relata LAMPE– no está del todo claro el concepto penal de causalidad ⁵¹. Para la jurisprudencia e importantes sectores de la doctrina la causalidad es una condición necesaria, pero a la par la fórmula para establecer la causalidad es que la acción pueda ser suprimida mentalmente sin que el resultado desaparezca, correspondiéndose esto con la teoría de la causalidad adecuada ⁵². En función de ello, concluye el catedrático emérito de Bielefeld (1970-1998) que se percibe la tendencia *a interpretar el concepto causal de manera (cuasi) científico-natural y a ceder a los especialistas formados en las ciencias naturales la cuestión de la causalidad en duda* ⁵³. Precisamente, en este nivel de discusión es que, de una

⁵⁰ Joannis Carmignani, *Juris criminalis Elementa*, t. I, 4.^a ed. en Latín, Roma, Edebat Miceratae, 1829, § 266, p. 140. *Quoniam poena propter delictum infligitur, quemadmodum civilis delicti imputandi ratio politica est* (§ 68), *eadem et poenae infligendae ratio oportet sit*. También, t. I, 5.^a ed. en Latín, Pisa, Nistri Fratres Eorumque Socii, 1833, § 294, p. 88. Asimismo, Giovanni Carmignani, *Elementi del Diritto criminale*, 1.^a ed. italiana, Malta, 1848. También, 2.^a ed. italiana, Nápoles, Stabilimento Tipografico de P. Androsio, 1854, § 294, p. 86. Giovanni Alessandro Francesco Carmignani ha sido un verdadero icono de las ideas iluministas provenientes de la ilustración y, no en vano, fue admirado por Francesco Carrara. Esta estupenda pieza jurídico-penal fue editada en 1808 como *Elementa Jurisprudentiae criminalis* y, tras una edición como *Elementi di Giurisprudenza criminale*, cambió su título en 1822-1823 por *Elementa Juris criminalis*. La obra de referencia fue primeramente escrita en latín y luego vertida al italiano en 1848, siendo recién traducida al castellano en 1979. Versión en español, *Elementos de Derecho criminal*, trad. Antonio Forero Otero, Bogotá, Temis, 1979, § 294, p. 117.

⁵¹ Ernst-Joachim Lampe, “La causalidad y su función jurídico-penal”, en *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, trad. Guillermo Orce, Lima, Grijley, 2003, p. 60.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

buena vez, en Uruguay se debe avanzar hacia construcciones dogmáticas que permitan dotar de mayor sentido normativo lo concerniente a la actuación del hombre en cuanto a su eventual reprochabilidad, citando al respecto a HERZBERG cuando concluye que *quien busca determinar un concepto de acción 'específicamente penal' tiene que darle elementos normativos y definir, consecuentemente, el concepto penal de 'hecho punible' o el de 'hecho antijurídico'*⁵⁴.

Debe superarse la solapada concepción —todavía predominante— de corte principalmente naturalístico y de escasa orientación teórica, tan sólo acotada relativamente al antiguo causalismo valorativo neokantiano de MEZGER. En razón de ello, viene al punto hacer un sintético recorrido por la evolución de las teorías, así como su aplicabilidad en el ordenamiento penal uruguayo, con el propósito de enriquecer un posible debate y habilitar la necesaria reflexión respectiva.

⁵⁴ Rolf Dietrich Herzberg, "Reflexiones acerca del concepto jurídico-penal de acción y de la negación del delito 'pretípica'", en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, AA. VV., trad. Teresa Rodríguez Montañés, Madrid, McGraw Hill, 1999, p. 39.