

## RESOLUCIÓN NRO. 433

Montevideo, 29 de julio de 2010.-

VISTOS, para resolución de segunda instancia éstos autos seguidos contra 1) GUADALUPE, Marcelo, 2) SANCRISTÓBAL PONS, Mario, 3) PEIRANO BASSO, Jorge, 4) PEIRANO BASSO, José y 5) PEIRANO BASSO, Dante por "un delito previsto en el art. 76 de la ley 2.230" venidos a conocimiento de éste Tribunal de Apelaciones en lo Penal de 3er. turno en virtud del recurso de apelación interpuesto en subsidio del recurso de reposición por lo Señores Defensores: Dr. Diego Camaño y Dr. Pablo Donnángelo por Jorge, José y Dante Peirano, Dr. Eduardo Pesce por Sancristóbal, Dra. María E. Chaves Lovera por Guadalupe contra la resolución nro. 1228 de fs. 114/117 vta. de éste testimonio dictada el 16 de julio de 2.009 por la Sra. Jueza Letrada de Primera Instancia en lo Penal de 7mo. turno Dra. Mariana Mota Cutinella.- Intervinieron en estas actuaciones en representación del Ministerio Público la Sra. Fiscal Letrada Nacional en lo Penal de 14to. turno Dra. Raquel González Tornaría y la Sres. defensores supra mencionados.- I.U.E.: 88- 24/2.010.-  
RESULTANDO.-

1) Que deducido la requisitoria de la Sra. Fiscal Letrada Nacional en los autos seguidos los mencionados en el acápite obrante de fs. 1ª 36 de ésta pieza separada, a fs. 37 de ésta pieza por dto. nro. 1.970 la Sra. Jueza "a quo" en función a lo dispuesto por la ley 18.411 de fecha 28 de noviembre de 2.008 confirió vista a la Sra. Fiscal quien la evacuó a fs. 38 y vta..-

Dijo la Sra. Representante de la Causa Pública, en síntesis:

Que lo dispuesto por la Ley 18.411 art.2º corresponde tenerlo presente en la etapa decisoria pertinente y no afecta el trámite de la causa. Que debe tenerse presente el carácter esencialmente modificable de toda resolución de enjuiciamiento (art. 132 del C.P.P. y que es en la requisitoria donde se fijan definitivamente por el Ministerio Público los hechos con relevancia penal que se consideran probados y la consiguiente calificación jurídica y que la Representante Fiscal ha cumplido tal acto procesal y concluye que debe proseguir el trámite y oportunamente pronunciarse el decisor (el Juez).-

2) Por decreto nro. 2063 de fs. 40 la Sra. Jueza “a quo” resolvió tener presente el precedente dictamen fiscal con noticia de las defensas.-

A fs. 42 comparece la Defensa de Jorge, José y Dante Peirano Basso y evacuando la vista conferida dicen en síntesis:

Que ante la derogación del art. 76 de la ley 2.230 por el art 2 e la Ley 18.411 resultan aplicables al caso el art. 15 inc. 2 del Código Penal y el art. 7 del C.P.P. que recogen el principio de la “retroactividad de la nueva ley penal más benigna”.-

Destacan los Sres. Defensores que sus defendidos Jorge y Dante Peirano fueron procesados por el delito de “asociación para delinquir en concurrencia con el art. 76 de la ley 2.230 y José Peirano fue procesado por el delito de “asociación para delinquir en concurrencia con insolvencia societaria fraudulenta (art. 5 de la ley 14.095)” y el Tribunal de Apelaciones por resolución nro. 156 revocó el delito de “asociación para delinquir” para los tres imputados y modificó a José Peirano la calificación estableciendo su procesamiento por el art. 76 de la ley 2.230.-

Es así, que sus defendidos están procesados por la presunta violación al art. 76 de la ley 2.230 el que fue derogado por la ley 18.411 art. 2º.-

Prosiguen los Sres. defensores señalando que habida cuenta del tenor de lo establecido en los arts. 15 del C. P. y 7 del C. P. P., desde que estamos en presencia de una supresión de un delito durante un proceso en curso, éste debe clausurarse.- Sus defendidos, de acuerdo a los términos del procesamiento establecidos en la Resolución del Tribunal de Apelaciones están sujetos al proceso sobre la base de la presunta violación del art. 76 de la ley 2.230 por lo que habiendo sido tal norma derogada, corresponde la clausura del proceso.-

La pretensión del Ministerio Público de sortear la aplicación de la ley (arts. 15 del C. P. y 7 del C. P. P.) por haber deducido su requisitoria por otro delito no tiene base legal alguna. Las consideraciones jurídicas genéricas extraídas de la provisoriedad del auto de procesamiento para desaplicar la ley no son de recibo.-

Concluyen los Sres. Defensores que el Fiscal es parte del proceso al igual que la Defensa, y aunque dedujo su pretensión punitiva por delito diferente al imputado en el procesamiento tal circunstancia no es relevante para desaplicar la ley sobre la retroactividad de la ley penal más benigna. La derogación del art. 76 e la ley 2.230 determina la clausura de todos los procesos abiertos por tal delito. Solicita la

clausura de las actuaciones.-

A fs. 45/47, 50/51 vta. y 53/54 vta. comparecen los Seres defensores de Marcelo Guadalupe, Mario San Cristóbal Pons y Juan Domingo Ratti quienes solicitan la clausura de los procedimientos por fundamentos similares.-

3) Por resolución nro. 1228 de fs. 114/117 vta. La Sra. Jueza “a quo” decide no amparar los petitorios de clausura de los procedimientos realizados por los Señores Defensores en ésta etapa del juicio y diferir la decisión en ocasión del dictado de la sentencia definitiva.-

La Sra. Jueza relaciona las etapas procesales por la que ha transitado el juicio destacando que el Ministerio Público dedujo su demanda acusación de acuerdo al art. 239 del C. P. P. y cumpliendo con todos los requisitos allí establecidos y de ello se dio traslado a las defensas quienes lo evacuaron y estando los autos en estado de esperar el diligenciamiento de una prueba solicitada por la defensa deviene la ley derogatoria del art. 76 de la Ley 2.230.-

Sobre la base precedente, entiende la Sra. Jueza, que es en la sentencia que deberá analizarse los hechos que el Ministerio Público considera penalmente relevantes así como su adecuación a la calificación jurídica que formula y la pena que se reclama (art. 245 del C. P. P).-

Que es en dicho examen que se podrá determinar si no corresponde modificar la calificación jurídica del procesamiento y en su caso por imperio de la ley 18.411 disponer la clausura del proceso o incluso, valorando las pruebas incorporadas, determinar que corresponde la absolución de los mismos.-

Resolver la clausura en ésta etapa procesal, entiende la Sra. Jueza, implica negar la calificación formulada por la Sra. Fiscal en su requisitoria, lo que implicaría prejuizgamiento.-

La Sra. Jueza rechaza que la modificación efectuada por el Ministerio Público en la calificación jurídica de los hechos en relación a la del procesamiento no sea relevante. Parte de la base de que el contradictorio se constituye con la demanda acusatoria y la contestación de las defensas, que son las que determinan el objeto de la litis.- Por ello, verificar si las afirmaciones de la defensa respecto a los hechos y pruebas y las consideradas por el Ministerio Público son los mismos, solo es posible en el pronunciamiento definitivo, en la sentencia. La decisión del Tribunal de Apelaciones respecto a la calificación jurídica se limitó a un pronunciamiento provisorio con los

elementos obrantes en autos hasta aquel momento como se desprende de su expresión “sin perjuicio de ulterioridades”, lo que importa que no se trata de una calificación definitiva.-

En conclusión falla desestimando la petición de clausura de los procedimientos y manda estar a lo que se resuelva en la sentencia definitiva.-

4) Los Sres. defensores de Jorge, José y Dante Peirano Basso interponen los recursos de reposición y apelación contra la sentencia interlocutoria nro. 1228 de fs. 114/117 vta. centrando sus agravios en dos aspectos esenciales: la falta de motivación y la errónea invocación al prejuzgamiento desconociendo la naturaleza jurídica de la decisión de clausura.-

En el primer aspecto dice que se omitió toda consideración sobre la ley aplicable en la especie, no se analiza la vigencia de la ley ni el alcance e interpretación de las normas legales invocadas por la defensa ni tampoco expresa las razones por las cuales no resultan aplicables en la especie.-

En el segundo aspecto sostienen que es erróneo sostener que la cuestión debe diferirse al momento de la sentencia pues de lo contrario se estaría prejuzgando. Ello no tiene base legal pues los arts. 7 del C. P. P. y 15 del C. P. dicen que una vez derogado el delito bajo el cual el individuo fue procesado, debe clausurarse el proceso y tal consecuencia es de aplicación inmediata.-

Agregan que la clausura no implica un pronunciamiento sobre la culpabilidad o inocencia del imputado. La decisión de clausura no es una sentencia sobre el fondo del asunto, sino una cuestión procesal vinculada con el principio de legalidad reconocido no solo a nivel interno sino también a nivel internacional (art. 9 CADH y 15.1 PIDCP).-

Concluyen solicitando la revocación de la recurrida y la inmediata clausura de las actuaciones.-

Los Sres defensores de Mario San Cristóbal Pons y Marcelo Guadalupe exponen sus agravios a fs. 134/136 y 138/139 vta. respectivamente realizando parecidas consideraciones a las precedentes de lo coencausados.-

5) Que evacuando el traslado que de los recursos le fuera conferido la Sra. Representante de la Causa Pública contesta la motivación de los agravios y aboga por la confirmación de la

resolución nro.1228 de fs. 114/117 vta.-

6) Que por resolución nro. 2597/2.009 de fs. 146 y vta. la Sra. Jueza "a quo" mantuvo la resolución nro. 1228 recurrida y ordenó elevar los autos con las formalidades de estilo. Una vez en ésta Sede los autos, pasaron a estudio por su orden y citadas las partes se acordó resolución en legal forma previo cumplimiento de medida para mejor proveer (fs. 163 y ss.).-

CONSIDERANDO.-

1) Que por Resolución nro. 1532 de 8 de agosto de 2.002 (que obra en ésta pieza a fs. 172/ 175 vta.) Jorge y Dante Peirano Basso fueron procesados bajo la imputación de “asociación para delinquir en concurrencia con el delito previsto en el art. 76 de la ley 2.230; José Peirano Basso fue procesado imputado de “un delito de asociación para delinquir en concurrencia con el delito previsto en el art. 5 de la ley 14.095” y Marcelo Guadalupe, Juan Domingo Ratti y Mario San Cristóbal fueron procesados imputados del “delito previsto en el art.76 de la ley 2.230”. Tal resolución fue confirmada en segunda instancia por resolución nro. 156 del 26 de marzo de 2.003 (que obra en ésta pieza a fs. 182/191 excepto en cuanto se revocó para Jorge, Dante y José Peirano el delito de “asociación para delinquir” y para José Peirano se revocó además el delito de “insolvencia societaria fraudulenta art. 5 del Dto..Ley 14095” y en su lugar se estableció el enjuiciamiento por el “delito previsto en el art.76 de la Ley 2.230”.-

En consecuencia el procesamiento de todos los encausados en éstos autos quedó fijado en la imputación del “delito previsto en el art. 76 de la ley 2.230”.-

2) Que por Ley 18.387 se dictaron un conjunto de normas referidas a la declaración judicial del concurso y reorganización empresarial y en el contesto de dicha normativa poco después se dictó la Ley nro. 18.411 que derogó el art. 76 de la ley 2.230.-

Es precisamente la derogación de dicha norma penal que da origen a ésta incidencia pues solicitada por los Señores defensores la clausura de las actuaciones, ante la derogación del tipo delictivo imputado, la Sra. Jueza “a quo”, luego de oír al Ministerio Público y a las Defensas, estableció en la resolución impugnada, esencialmente, que no corresponde pronunciarse sobre la clausura de las actuaciones en el estado en que se encuentra el proceso, que deducida la demanda acusación por el Ministerio Público y contestado el traslado por lo

defensores quedó determinado el objeto de la litis por lo que será en el pronunciamiento definitivo (sentencia ) que deberá evaluar los hechos y pruebas que tomaron en consideración el Ministerio Público y la defensa y allí sí decidir, para no incurrir en prejuzgamiento.-

Es así entonces que la cuestión de autos radica en determinar las consecuencias de la derogación del art. 76 de la ley 2.230 y cuando es el momento oportuno para tal decisión.-

3) Dice el Dr. Milton Cairoli Martínez (Curso de Dcho. Penal T. I pág. 106 y ss.) que “el orden jurídico penal, al igual que todas las demás ramas jurídicas, no permanece inmutable, pues las leyes se dictan a medida que las exigencias sociales así lo requieren”.

Es así entonces que debido a la evolución y a las exigencias sociales en el tiempo, se crean nuevos tipos delictivos y se derogan algunos otros tipos delictivos existentes y otras veces sólo se modifica la pena u otros aspectos como plazo de prescripción etc. agravándolos o atenuándolos.- Ello plantea el problema de la aplicación temporal de la ley penal. En principio la conducta de los hombres viviendo en sociedad se debe regir por la ley que impera en el tiempo y en tal sentido se enuncian dos principios que son la no retroactividad y la no ultractividad de las leyes penales.-

En nuestro ordenamiento la aplicación de la ley penal en el tiempo se regula en el art. 15 del C. P. el que establece: que cuando la ley penal crea nuevos delitos o establece una pena más severa, la irretroactividad es absoluta ya que no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia, en cambio cuando la ley suprime delitos existentes o se disminuye la pena se aplica a los hechos anteriores a su vigencia determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso y en el segundo solo la modificación de la pena salvo que esté fijada por sentencia ejecutoriada.-

Lo antedicho implica que la irretroactividad de la nueva ley penal admite la excepción en su aplicación cuando la ley nueva es más benigna.-

Dice Eugenio Zaffaroni en el tomo I de su tratado p. 468/469 nro. 98 Edit. Ediar 1.987 al fundar la excepción mencionada y sus consecuencias:

“...La excepción al principio general de irretroactividad de la ley penal halla su fundamento en la naturaleza del derecho penal. Si el derecho penal legisla sólo situaciones excepcionales, en que el Estado

debe intervenir para la resocialización del autor, la sucesión de leyes que alteren la incidencia del Estado en el círculo de bienes jurídicos del autor denota una consiguiente alteración de la desvaloración jurídica de la conducta, reveladora de que, con el curso del tiempo, la ley ha cambiado sus valoraciones. Esta mutación expresa que entre la comisión y la sentencia o la ejecución, se ha considerado suficiente una menor ingerencia en los bienes jurídicos del autor, y por ende, carece de sentido que el Estado la siga teniendo mayor cuando ya considera ello innecesario. En síntesis, la ley más benigna debe aplicarse retroactivamente porque implica que para proveer a la seguridad jurídica no es ya necesaria la mayor afectación de bienes jurídicos que preveía la más gravosa. “No es justo que se aplique la ley más severa, cuando es el propio legislador quien reconoce la innecesidad de la punición que había dictado, decretando otra menos severa”. Al desencriminarse una acción o al conminársela menos severamente, la prevención penal ya resulta innecesaria o necesaria sólo en menor medida, porque ya no se pretende prevenir penalmente esa conducta o no se la pretende prevenir con el mismo interés e intensidad que antes”....-

Agrega Zaffaroni “...Por otra parte el principio republicano exige la racionalidad de la acción del Estado, y ésta queda muy afectada cuando por la mera circunstancia de que un individuo haya cometido el mismo hecho con anterioridad a otro -y sin ninguna otra causa- se trate más rigurosamente al primero que al segundo. La seguridad jurídica impide la reversión del principio, pero requiere que se cumpla en parte que no la afecta.” Y concluye Zaffaroni que “Dado que en estos casos se trata de una cuestión de orden público, como no puede ser de otro modo, los efectos retroactivos de la ley más benigna se operan de pleno derecho aún en el caso en que haya sentencia firme”.-

En concordancia con la normativa sustancial (art. 15 del C. P.) la norma adjetiva art. 7 del C. P. P. en el inc. 2 establece que cuando las leyes penales suprimen delitos existentes o disminuyen la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia determinando, en el caso de la supresión de delito, la cesación del proceso.-

De lo antedicho se infiere sin dificultad que en el caso de derogación de una figura delictiva los sujetos que hubieren tenido un comportamiento a ella adecuado con anterioridad a la derogación, si no se le inició proceso, no pueden ser sometidos al mismo. Y, para el

caso de que se le hubiere iniciado proceso, el mismo debe cesar.-

4) Que no es admisible en el caso de supresión de una figura delictiva bajo cuya imputación se encuentren sujetos procesados, se difiera la decisión en oportunidad de la sentencia definitiva.- Admitir tal tesis implica sostener que para el proceso en cuestión, la ley derogada continua surtiendo efectos no obstante su innecesariedad declarada por el propio Estado.-

En el caso concreto tenemos como base fáctica que varios sujetos fueron procesados imputados de un comportamiento adecuado a la figura delictiva legislada en el art. 76 de la ley 2.230 y que la ley 18.411 por su art. 2 derogó tal norma desincriminando así la conducta que el art. 76 describía, en tal situación, siendo ésta norma derogatoria más benigna de acuerdo a la normativa legal referida en el numeral anterior de éstos considerandos se impone la clausura de éstos procedimientos.-

No es de recibo, a juicio de la Sala lo que postula la Sra. Jueza “a quo”, diferir ésta cuestión al momento de dictar la sentencia definitiva, ya que la ley (arts. 15 del C. P. y 7 del C. P. P.) establecen con claridad que corresponde aplicar la norma jurídica que desincriminó el tipo penal imputado, la que por su carácter de tal posee obviamente la naturaleza de ley penal más benigna (véase que en referencia a tal norma desincriminante el art. 15 inc. 2 el C. P. dice que determina “...la cesación del procedimiento o de la condena” y el art. 7 del C. P. P. por su parte dice que “determinan la cesación del proceso”).-

No es aceptable que aprobada la norma del art. 2 de la ley 18.411, más benigna y favorable ya que desincriminó la conducta descrita en el Art. 76 de la ley 2.230, sobreviva dicho art. 76 de la ley 2.230, a los solos efectos del proceso y hasta que recaiga sentencia definitiva. No existe en nuestro ordenamiento ninguna norma que habilita a mantener la vigencia de la norma incriminatoire derogada durante el proceso, además de ser ello contrario a lo establecido en los arts. 15 el C. P. y 7 del C. P. P. y art. 9 de la C. A. D. H..-

5) No justifica diferir la decisión sobre el punto de la consecuencia de la derogación del art. 76 e la ley 2.230, en la consideración de que en la demanda acusatoria se modificó la calificación jurídica de la conducta de los encausados y en la provisoriedad del auto de procesamiento.-

El acto jurídico que impone la sujeción jurídica de los encausados al proceso penal, no es la demanda acusación del Ministerio Público,



sino que lo es el auto de procesamiento.-

La acusación del Ministerio Público tiene en la actual estructura del proceso penal un contenido fundamental ya que habrá de limitar los confines máximos de la contienda (así no puede condenarse por hechos no relacionados ni superar la pena propuesta salvo el caso del error manifiesto), sin embargo su valor es de un acto de parte. Es el procesamiento el acto procesal que marca la sujeción de una persona al proceso penal y en la situación de autos es a sus términos que hay que atender y no a la acusación.-

Es cierto que el auto de procesamiento, en virtud de lo dispuesto en el art. 132 del C. P. P. es esencialmente provisorio y reformable ya que no causa estado, pero ello no puede interpretarse en contra de los encausados.- La acusación es un acto de parte, como se dijo, y ella no obsta a la aplicación de los arts. 15 del C. P. y 7 del C. P. P., pues lo que dispone la sujeción jurídica al proceso de una persona es el auto de procesamiento.-

6) En definitiva, en autos los prevenidos fueron enjuiciados bajo la imputación del delito previsto en el art. 76 de la ley 2.230, dicha norma fue derogada por el art. 2 de la ley 18.411 que se constituye así en una ley más benigna con idoneidad de aplicación retroactiva como lo establecen el inc.2 del art. 15 del C. P. y 7 inc. 2 del C. P. P.- La derogación expresa de una ley penal, como lo dice el Dr. Milton Cairoli en su informe a fs. 156, tiene consecuencias totales, de orden público, lo que significa que deben ser aplicadas de inmediato.-

La letra clara de ambas normas, penal y procesal, no admiten otra interpretación y ello se ve corroborado por los ilustrativos informes de prestigiosos docentes como el Dr. Miguel Langón Cuñarro y Dr. Milton Cairoli Martínez en la materia de Dcho. Penal sustancial, la Dra. Emma Stipanovic Bargés en la materia de Derecho Procesal y del Jurista Alberto Bonino en referencia a “La retroactividad de la ley penal más benigna en el Dcho. Internacional de los Derechos humanos” que obran en autos, en consecuencia corresponde revocar la sentencia interlocutoria nro.1228 de fs. 114/117 vta. y disponer la clausura de todas éstas actuaciones.-

Por los fundamentos expuestos y concordantes de los juristas informantes el Tribunal

RESUELVE:

**Revocar la resolución nro. 1228 de fs.**

**114/117 vta. recurrida y en su mérito disponer la clausura de las actuaciones de éstos autos.-**

**Y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen al que se cometen las comunicaciones de estilo.-**