

0087

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA:

El Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación (subrogante), en **estos autos caratulados: “MOREIRA QUIROGA, RODRIGO MARTIN. UN DELITO DE HURTO ESPECIALMENTE AGRAVADO. EXCEPCION DE INCOSNTITUCIONALIDAD. ART. 1 DE LA LEY N.º 19.446” IUE 380-607/2014**, expone que:

ANTECEDENTES PROCESALES

1) La defensa del penado Rodrigo Martín Moreira Quiroga, peticona la declaración de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 19.446 (fs. 113 a 115 vta.).

El Juez Letrado de Primera Instancia de Mercedes de 1º Turno, dispuso la suspensión de los procedimientos, y la elevación de los autos a la Suprema Corte de Justicia, por Decreto N° 5615 del 6/10/17 (fs. 118).

La Corporación, por R. 2233 del 22/11/17 (fs. 128), dispuso conferir traslado a la Sra. Fiscal Letrado Departamental de Mercedes de 2º Turno, y posterior traslado a esta Fiscalía, por los plazos dispuestos a tales efectos por el art. 516.1 C.G.P.

La representante del Ministerio Público, por los fundamentos expuestos en su escrito de fs. 135 a 138, solicitó que se hiciera lugar la pretensión de inconstitucionalidad deducida.

Y con fecha 6/2/18 (fs. 142), la Corporación le confirió vista a esta Fiscalía, la que se efectivizó en la misma fecha (fs. 142 vta.).

2) La Defensa, plantea la excepción del art. 1 de la Ley 19.446, en los siguientes términos: el artículo 1 de la Ley 19.446 vulnera la Constitución de la República en los artículos referentes a los derechos, deberes y garantías, Capítulo I los artículos 7 y 10; Capítulo III, artículo 72; así como también tratados internacionales y convenciones suscritas por nuestro país.

Los principios fundamentales del Derecho Penal, muchos recogidos en nuestra Carta Magna, tienden a evitar un derecho penal de autor, y al limitar con este artículo primero la libertad, tomándose en cuenta la calidad de reincidente, reiterante o habitual del agente, lo que se hace es aplicar un derecho penal de autor, lo que va en contra de los derechos y garantías del justiciable.

A) Principio de la irretroactividad de la ley penal menos benigna

Este principio fundamental se encuentra recogido en el artículo 10 de nuestra Carta Magna como principio limitador e interpretativo. Y dicha prohibición, se encuentra prevista asimismo en el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Ambas normas establecen que no se puede imponer pena más grave que la aplicable al momento de comisión del delito. La regla fundamental de irretroactividad de la ley menos benigna en general y en especial respecto a la pena, se encuentra prevista implícitamente en el artículo 72 de la Constitución.

El artículo 19 de la Ley 19.446 dispone que las normas de la ley son de aplicación inmediata, de esta manera el agravamiento de pena previsto en el artículo 1º, es aplicable retroactivamente, transgrediendo la regla

fundamental de irretroactividad de la ley menos benigna y de la pena más gravosa, recogidos como se expresó en los artículos 7, 10 y 72 de la Constitución de la República y principios universales de raigambre constitucional, colocando a mi defendido en una situación más gravosa de la que existía cuando se le inició la causa.

B) Non bis in idem

En virtud del principio non bis in idem, no se debe castigar a una persona más de una vez por un mismo hecho, y no podrá tampoco ser sometida a dos procesos penales por el mismo hecho. El mismo se encuentra regulado implícitamente por el art. 72 de la Constitución de la República. Y a texto expreso en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 1° de la Ley 19.446, implica una agravación de la pena en caso de reincidencia o habitualidad en determinados delitos, en el sentido que el beneficio de la libertad condicional conlleva una atenuación de la pena, y al excluir este beneficio, estaremos ante un agravamiento de la misma para los casos apartados, ya que la reincidencia y la habitualidad se encuentran legalmente previstas como circunstancias agravantes genéricas de los delitos en el artículo 48 del Código Penal. Al encontrarse legalmente previstas como agravantes de pena, fueron tenidas en cuenta por la Fiscalía en el momento de realizar su acusación, por lo que la aplicación del artículo en cuestión, trasgrede el principio del non bis in ídem, porque considera doblemente la misma circunstancia para la penalización o agravación de la pena.

Por último se dirá, que la Ley 19.446 también se opone a las disposiciones del nuevo Código del Proceso Penal (Ley 19.293), que se encuentra

vigente y comenzará a aplicarse en el mes de julio de 2017, así lo expone en su artículo 19. "...continuarán en vigencia en todo aquello que sea concordante y complementario a lo dispuesto por la Ley N° 19.293, de 19 de diciembre de 2014, y sus modificativas", resultando incompatible la Ley 19.446 con las disposiciones del Nuevo Código del Proceso Penal.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

En opinión de esta Fiscalía, corresponde desestimar la excepción planteada, de acuerdo a las consideraciones que seguidamente se exponen.

1. Inicialmente resulta necesario plantear la situación en la que se encuentran las presentes actuaciones, a los efectos del análisis del asunto.

El penado Rodrigo Martín Moreira Quiroga, solicitó la Libertad Condicional (fs. 96), y el Magistrado interviniente denegó la misma, por Decreto N.º 5013 del 19/9/17 (fs. 110), de conformidad fiscal, la que había informado negativamente al otorgamiento del beneficio, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 lit. D de la Ley 19.446, planteando entonces su defensa, la excepción de inconstitucionalidad en vista.

2. A juicio de esta Fiscalía, procede el rechazo de la excepción planteada, en virtud de las consideraciones que se pasan a exponer.

El artículo 508 del CGP establece que: "Siempre que deba aplicarse una ley o una norma que tenga fuerza de ley, en cualquier procedimiento jurisdiccional, se podrá promover la declaración de inconstitucionalidad". De ello se desprende que, es presupuesto del accionamiento, que la norma deba serle aplicable al solicitante.

El art. 1 de la Ley 19.446, dispone que el beneficio de la libertad provisional, condicional o anticipada no será aplicable en caso de reiteración, reincidencia o habitualidad, cuando se asista a la comisión de alguno de los delitos que edita en los literales A) a K), y el art. 19 de la misma norma, consagra que la aplicación de la ley es inmediata.

Ahora bien, el régimen de la libertad condicional, regulado por el art. 327 CP.P, establecía, entre otros extremos, que la misma podrá ser concedida, en caso de existir un juicio positivo sobre su recuperación moral, aún en el caso de que el penado detentara la condición de reincidente o reiterante.

En el caso que nos ocupa, el delito fue cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de esta norma, asistimos a un caso de sucesión temporal de leyes, que está regulado por los artículos 15 y 16 del C.P., así como por los artículos 7 y 8 del C.P.P.

Del análisis de los mismos se puede establecer que, cuando estamos ante normas que contemplan situaciones de derecho sustantivo, prima el principio de retroactividad de la ley más benigna (principio de favorabilidad), a diferencia de lo que sucede con las normas de derecho procesal, en las que expresamente se establece que las mismas se aplican de forma retroactiva, salvo que las mismas supriman un recurso o eliminen determinado género de prueba.

El artículo atacado de la Ley 19.446, refiere a institutos de naturaleza cautelar y de ejecución de la pena.

El derecho sustantivo penal está integrado por las disposiciones que regulan la teoría del delito y su consecuencia (la pena). Por ello, al ser las normas que regulan la pena, parte del derecho sustantivo, aquellas que establecen

la forma en que ésta debe cumplirse, necesariamente hacen parte del derecho sustancial.

La Ley 19.446 en su artículo 1, establece una limitación a la concesión de la libertad condicional, que no regía en el régimen anterior regulado en el artículo 327 del C.P.P.. Por ende, ello modifica el cumplimiento de la pena con posterioridad a su aplicación, y constituye una situación más gravosa que la anterior.

Como afirmaba el Dr. Real, “nuestra Constitución no contiene disposición alguna que consagre directamente tan valioso principio liberal. No obstante, entendemos que se trata de una garantía implícita, comprendida en el art. 72, porque éste acoge, genéricamente, las soluciones preconizadas por el jusnaturalismo personalista que encuentra su condensación, codificada más perfecta, en la Declaración Francesa. Pero, además, deriva este principio, indirectamente, del de libertad, expresamente proclamado en el art. 10 (inc. 2º). Si nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe (art. 10, donde halla fundamento la regla *nullum crimen sine lege, nulla pena sine lege*), no es posible que mediante decisiones del poder público, posteriores a ciertos hechos de conducta humana, se conviertan en ilícitos y punibles esos hechos, que eran lícitos en el momento de su realización. Sería hacer, indirectamente, lo que la Constitución prohíbe que se haga directamente: es decir, tratar como prohibido e ilícito a lo que por no estar prohibido es lícito.

De modo que no pueden haber vacilaciones en esta materia. No es en la doctrina de los penalistas extranjeros, donde hay que ir a buscar un criterio seguro para este problema, puesto que en algunos regímenes

jurídicos ese principio tiene base jurídica meramente legal y las leyes ordinarias represivas que se sancionen pueden variar las soluciones en cada caso, de acuerdo con circunstancias o permanentes criterios de política criminal. Pero entre nosotros, esa garantía de la seguridad, valor aludido por el art. 7 de la Constitución, debe considerarse comprendida entre las establecidas genéricamente por el art. 72. Tiene jerarquía constitucional y está exenta de la discrecionalidad del legislador ordinario” (Los principios Generales de Derecho en la Constitución Uruguaya pág. 53).

Y el Dr. Gastón Chaves en este tema, luego de citar el art. 7 C.C., 15 y 16 del C.P. , afirmaba: “Las disposiciones consagran que las leyes carecen de efecto retroactivo en modo absoluto cuando configuran nuevos delitos o establecen una pena más severa. Aunque la ley no lo dice, a fortiori se entiende que tampoco existirá efecto retroactivo cuando en lugar de agravarse una pena, se instituya o se agregue una pena a una conducta ya establecida como delito...”

“...Esta prohibición de retroactividad de todos modos existe ya en el art. 10 de la Carta, por lo que subsistiría como principio limitador e interpretativo, aunque faltaran las disposiciones legales citadas. Es más, la disposición constitucional permite corregir alguna de sus insuficiencias.

La prohibición de retroactividad tanto en relación a la institución de delitos como de penas (incluyendo en esto el agravamiento de las ya existentes), atiende precisamente a la sutil e imprescindible correspondencia de los principios que actúan en la Carta: libertad de las personas y especialidad de los órganos: desde el primer aspecto, la libertad de las personas respecto de sus acciones indiferentes y (en el sentido de que ni están mandadas ni prohibidas por la ley) desaparecería si lo que hoy podemos hacer o no hacer lícitamente pudiera

traernos, por la prohibición de mañana, responsabilidad penal. Instituir esta responsabilidad a futuro sería, puramente, negar la libertad que tan enérgicamente se ha consagrado, constituyendo al legislador en un déspota que con la ley de mañana nos confiscará los derechos de hoy.

Con relación a la institución o agravación retroactivas de penas para delitos ya establecidos, el argumento de prohibición constitucional de retroactividad se encuentra del lado de la especialidad de las competencias o, para usar el término constitucional, de la autoridad de los magistrados, especialidad que exige, además de la delimitación territorial y funcional, el acotamiento temporal, porque una forma de transgresión del principio de especialidad consistiría, precisamente, en sostener que la autoridad de los magistrados puede ejercerse hacia el pasado (en el caso, creando o agravando penas), hacia hechos respecto de los cuales, en la época de su acaecimiento, ni existía ni, consecuentemente, podía haberse ejercido....” (El Derecho Penal desde la Constitución. Gastón Chaves Hontou, pag. 81 y siguientes).

Este principio deriva del principio de legalidad, el cual, al decir de Jesús María Silva Sánchez conceptúa como aquél que “constituye la expresión de uno de los más importantes fines de garantía individual asumidos por el Derecho penal moderno....tan pronto como la legalidad se convierte en un dato “preexistente”, la misma pasa a ser, al menos teóricamente, una “barrera infranqueable”, un instrumento protector del delincuente, una garantía de la libertad individual frente a las intervenciones del Estado”.

En cuanto al principio de legalidad, agrega que este “proporcionaría la esencial garantía de la seguridad jurídica: que los ciudadanos sepan -en la medida de lo posible, dados los mecanismos a través de los cuales se

adquiere tal conocimiento- qué conductas pueden realizar y cuáles no, con qué penas pueden ser sancionadas sus infracciones de las normas, en qué marco procesal y con qué condiciones de ejecución” (Cf. Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo”, Ed. Jose María Bosch, Barcelona, 1992, p. 252). Cf. Dictamen 2934/96.

Es a todas luces evidente, que el régimen de ejecución de la pena más beneficioso en el presente caso para el penado, es el dispuesto por el Decreto-Ley 15.032, por aplicación del principio de irretroactividad de la ley penal menos benigna (cf. D. 1333 y 1385/2017).

En consecuencia, la norma no resulta de aplicación indeludible, y por tanto, el planteo de inconstitucionalidad en vista, resulta inadmisibile en virtud de lo dispuesto por el art. 508 del CGP.

CONCLUSIÓN

A criterio de esta Fiscalía por los fundamentos antes expuestos procede el rechazo por inadmisibile, de la inconstitucionalidad impetrada.

NH/nh

Montevideo, 21 de febrero de 2018

Dr. Ariel Cancela
Fiscal Adjunto de Corte