

## **La regulación provincial de criterios de oportunidad persecutoria penal y el debate de su constitucionalidad.<sup>©</sup>**

**POR MATÍAS BAILONE\***

*Fallo Comentado: Sup. Corte Just. Mendoza, sala 2ª, 19/09/2005- Fiscal v. Sosa Morán, Juan F. y otros. Ver Fallo completo al final del comentario.*

La sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, que me han pedido reseñar, reconoce la constitucionalidad de los incisos primero y segundo del artículo 26 del código ritual local, es decir, la competencia del legislador provincial de administrar el ius perseguendi con criterios de discrecionalidad propios de un poder político.

El artículo 71 del Código Penal regula el régimen de la acción penal e instaura el principio de obligatoriedad e irrevocabilidad de la promoción de la acción penal pública por parte del Ministerio Público Fiscal (principio de legalidad procesal, de oficialidad, de indisponibilidad, etc.).

El artículo 26 del Código Procesal Penal de Mendoza recepta el principio de oportunidad procesal, entendido como la facultad concedida al ministerio público fiscal para desistir de perseguir ciertas infracciones, de acuerdo a las directivas político criminales que el legislador plasmó en los incisos del mismo artículo.

Fundamentan la necesidad del establecimiento del principio de oportunidad motivos tales como la eficiencia en la persecución penal, evitando el agotamiento o la saturación de recursos judiciales en delitos insignificantes, pero principalmente la urgencia de dar racionalidad a la selectividad punitiva<sup>1</sup>. Cuando estamos frente a la persecución de

---

<sup>©</sup> Publicado en "La Ley" Gran Cuyo, Marzo de 2006.

\* Abogado, Presidente del Ateneo de Ciencias Penales y Criminológicas de Cuyo. [www.matiashailone.com.ar](http://www.matiashailone.com.ar)

<sup>1</sup> "una regulación que permita al Ministerio Público Fiscal racionalizar los recursos disponibles para la persecución penal y al mismo tiempo, delinear estratégicamente la política criminal del Estado" dice la exposición de motivos del anteproyecto de código procesal penal de la Nación (2004) del INECIP. Dicho proyecto recepta el principio de oportunidad reglado (art. 38) "autorizando al fiscal a prescindir de la persecución penal pública en casos de insignificancia, o cuando el imputado ha sufrido un daño físico, psíquico o moral grave, o cuando la pena que pueda aplicarse carezca de importancia en consideración a otra pena ya impuesta o espe-

delitos tan 'emblemáticos' como el de la sentencia comentada (delito de daño agravado en razón de haber escrito una leyenda en la pared de una escuela, importando un daño equivalente a la suma de cien pesos<sup>2</sup>) se "evidencia de un modo contundente la necesidad de la vigencia del principio de oportunidad"<sup>3</sup>. "Incluso quienes lo rechazan [al principio de oportunidad] reconocen la necesidad de resolver casos en que la afectación es mínima y el poder punitivo revelaría una irracionalidad tan manifiesta como indignante"<sup>4</sup>.

El debate disperso en opúsculos y revistas especializadas sobre si es constitucional o no la instauración de criterios de oportunidad en la persecución penal por parte de los estados provinciales, redundando en dos grandes ejes: a) la naturaleza procesal o sustancial de la acción penal, y b) la potestad reservada por las provincias o delegada a la Nación de legislar sobre materia procesal.

### Inevitabilidad o Disponibilidad

El Estado moderno que históricamente construyó poder sobre la confiscación del conflicto a la víctima, y la reemplazó en su papel de ofendido, difícilmente puede reconocer discursivamente que siempre hay criterios de oportunidad política de persecución detrás de un sistema punitivo. Pero en la praxis judicial se ven fatalmente los resultados de la arbitrariedad que el Poder Judicial impone en la administración de justicia.

Si al clásico planteo de los pensadores del abolicionismo<sup>5</sup> sobre el Estado confiscador de conflictos penales, le sumamos los niveles absurdos y patológicos de inflación del sistema penal de nuestros días<sup>6</sup>, y la escasez de recursos con que cuenta el Poder

---

nable, o en los casos de lesiones leves, cuando haya existido conciliación o la víctima exprese desinterés en la persecución penal." Ver proyecto en [www.inecip.org](http://www.inecip.org). - El proyecto de ley de reformas puntuales al código penal de 1998 (redactado por la comisión creada por Resolución M.J. 420/97 e integrada por Liporace, Baigún, Paz, Pessoa, Chiara Díaz, Donna, Roger, Bertoni, entre otros) mantenía la regulación de la acción penal en el código de fondo, pero receptaba como excepción el principio de oportunidad reglada. Ver Paz, Marta: "El principio de oportunidad en el proyecto de reformas al Código Penal de la Nación", La Ley 2001-B, 1084.

<sup>2</sup> "Frente a la atribución delictiva de la que son objeto los imputados -art.184 inc.5 del C.P.-, la defensa técnica, solicita la aplicación de criterios de oportunidad con arreglo a lo prescripto por el art.26 inc.1 y 2 del C.P.P. (Ley 6730), por entender que estamos frente a una lesión insignificante al bien jurídico tutelado por la norma, y en razón de haberse producido la solución del conflicto generado con la acción ilícita". (Del voto del Dr. Alejandro Gullé, en la sentencia recurrida, de la 6° Cámara del Crimen de Mendoza)

<sup>3</sup> Del voto del Dr. Salvini en el fallo comentado.

<sup>4</sup> Zaffaroni – Alagia – Slokar: "Derecho Penal. Parte General", 2° edición, Ediar, 2002, Bs. As. pag. 494.

<sup>5</sup> Cfr. Bailone, Matías: "Abolicionismo, o cómo destruir el arrogante imperio del poder punitivo" en 'Ciencias Penales Contemporáneas', dirigida por Marco A. Terragni, Nro. 7 y 8, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2005.

<sup>6</sup> La Asociación Argentina de Profesores de Derecho Penal, en su V Encuentro en Octubre de 2005 en Tucumán expresó "públicamente su preocupación por la utilización desmedida y exclusivamente simbólica de las leyes penales que acentúa una desaconsejable tendencia descodificadora". (La Ley Actualidad, 14 de Febrero de 2006, pág 4)

Judicial, obtenemos inevitablemente la actuación de un sistema judicial que por propio instinto de supervivencia crea patrones de oportunidad en forma arbitraria.

La desmesura en que incurre el legislador a la hora de plasmar tipos penales y su conminación con penas privativas de libertad<sup>7</sup>, sólo logra un descrédito general del derecho penal como 'última ratio'<sup>8</sup>, una abdicación de las obligaciones no punitivas del estado; y en la práctica judicial ante la falta de correspondencia entre demanda de judicialización y recursos propios se produce una selección de tipos de delitos perseguibles, pero sin control de oportunidad, simplemente por arbitrariedad de las agencias punitivas.

Un somero abordaje de las reformas penales que llevan a cabo los poderes legislativos en casi todas las latitudes, sitúa sociológicamente al delito como "un recurso natural ilimitado"<sup>9</sup>. Este desborde del catálogo de delitos de nuestros códigos penales esconde un mensaje de hondo contenido político. Alguna vez Zaffaroni<sup>10</sup> se refirió al tema como una ilusión de seguridad: así como los hombres de las cavernas dibujaban en Altamira a las bestias que eran objeto de su miedo y de esa forma pensaban que las atrapaban, así hoy se busca conjurar los miedos que solventan las políticas de seguridad ciudadana con el hecho de dibujar tipos penales en los boletines oficiales. Precisamente se piensa que se solucionan conflictos de hondo contenido humano y social, con el aumento irracional de penas privativas de libertad, y el exceso de la tipificación penal.

Ferrajoli ha advertido sobre la ilusión panjudicialista<sup>11</sup>: "la concepción del derecho y del proceso penal como remedios al mismo tiempo exclusivos y exhaustivos de cualquier infracción del orden social, de la gran criminalidad ligada a degeneraciones endémicas del tejido social y del sistema político, a las más minúsculas transgresiones de innu-

---

<sup>7</sup> Esta onda expansiva del horizonte de proyección del derecho penal como instrumento punitivo vulnera entre otros al principio de racionalidad, cuando no hay relación entre las penas y los bienes jurídicos que se dicen proteger a través de las leyes penales. Manuel de Lardizábal decía: "Si las penas no se derivasen de la naturaleza de los delitos, si no tuvieren cierta analogía con ellos, se trastornarán todas las ideas y verdaderas nociones de la justicia" (Lardizábal y Uribe, capítulo 2 de su Discurso sobre las penas). Más sobre los peligros de abandonar el prístino ideario liberal de nuestra ciencia: Bailone, Matías "Rivacoba, un iluminista en el siglo XX" en Zaffaroni, Eugenio Raúl (director) "El Derecho Penal del siglo XXI", Ediciones Jurídicas Cuyo, 2005, Argentina.

<sup>8</sup> Fue la sapiencia de Carrara la que dijo: "La insensata idea de que el derecho punitivo debe extirpar de la tierra todos los delitos lleva a la ciencia penal a la idolatría y al terror" (Francesco Carrara, Programa, Parte especial, citado por Ferrajoli, 'Derecho y Razón', pág. 562.)-

<sup>9</sup> Christie, Nils: "Una sensata cantidad de delito", editores del Puerto, 1º edición, Bs. As., 2004. El criminólogo noruego reconoce que cualquier acción podría ser considerada como delictiva si uno se atiene a la experiencia contemporánea, por lo cual es un recurso teóricamente inagotable, y al servicio del poder político. Ver comentario en Bailone, Matías: "Cuaderno de viaje de un criminólogo noruego", RGDP, n° 3, 2005, Universidad Castilla La Mancha, España, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>10</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: "La función reductora del derecho penal ante un estado de derecho amenazado (o la lógica del carnicero responsable)". Publicado en "Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derecho?" N° 3, Fabián J. Di Plácido Editor, Bs. As., 2003. Y en [www.zaffaroni.cjb.net](http://www.zaffaroni.cjb.net).

<sup>11</sup> "la idea de perfección y plenitud de la intervención judicial es la primera ilusión que hay que abandonar" Luigi Ferrajoli. En 'Derecho y Razón', Trotta, Madrid, 2001. Pág. 562.

merables leyes que, cada vez con más frecuencia, son sancionadas penalmente...”, de esta forma se logra “el papel de suplencia general de la función judicial respecto de las demás funciones del estado, y un incremento totalmente anómalo del número de asuntos penales”<sup>12</sup>.

Así, como “la disparidad entre el ejercicio del poder programado y la capacidad operativa de las agencias es abismal y, por otra parte, si se diese la inconcebible circunstancia de que su poder se incrementase hasta llegar a corresponder a todo el ejercicio programado legislativamente, se produciría el indeseable efecto de criminalizar varias veces a toda la población”<sup>13</sup>, el establecimiento de criterios de disponibilidad de la acción penal pública por parte del legislador, sea este nacional para el ámbito federal o como marco de garantías mínimas para las justicias locales, o sea el provincial para sus propios códigos rituales sin menoscabar el piso mínimo nacional, es casi un imperativo desde lo procesal para racionalizar (en lo posible) la persecución punitiva.

Mientras la Constitución Nacional no contiene norma alguna sobre la persecución penal, nuestro Código Penal de 1921 posee una regulación general de la acción, que aparece por vez primera en el Proyecto de 1891 de Rivarola, Piñero y Matienzo<sup>14</sup>, producto de la recepción descircunstanciada de la doctrina europea (con sistema unitario de gobierno) y de la actitud desfederalizante del legislador postconstitucional<sup>15</sup>.

El principio de legalidad procesal en realidad se refiere a la indisponibilidad de la acción por parte del órgano estatal encargado de la persecución, la “automática e inevitable reacción del Estado a través de los órganos predispuestos”<sup>16</sup>. José Daniel Cesano lo define como “el deber de ejercer la acción penal, por parte de los órganos estatales predispuestos para cumplir con esa función, sin la posibilidad de que, éstos, se inspiren en criterios políticos o de utilidad. Dichos órganos carecen de toda facultad discrecional para juzgar sobre la oportunidad y conveniencia de promover o proseguir (esto es: disponer de) la acción penal: son ‘esclavos de la ley’, en el sentido de que tienen el deber de provocar o solicitar la actuación de aquélla”<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Ferrajoli, Luigi: “Derecho y Razón”, Trotta, Madrid, 2001, Pág. 563.

<sup>13</sup> Zaffaroni, Eugenio Raúl: “En busca de las penas perdidas”, Ediar, Buenos Aires, pag 30.

<sup>14</sup> Nicora, Guillermo: “Las provincias pueden (y deben) legislar sobre oportunidad en el ejercicio de la acción penal” JA 2004-I-913.-

<sup>15</sup> Guillermo Nicora realiza un análisis de cómo el ideario alberdiano termina imponiendo una “constitución federal ma non troppo, un estado sólo nominalmente federal” y con posterioridad se dio un avance sobre el núcleo del federalismo consitucional. Nicora señala que Matienzo propugnaba una reforma constitucional para implementar una justicia nacional única. (Nicora, Guillermo: op. cit.)

<sup>16</sup> Cafferata Nores, José I: ‘El principio de oportunidad en el derecho argentino’, en Cuestiones actuales sobre el proceso penal, 3º edic., Bs. As., Editores del Puerto, 2000, p. 22.

<sup>17</sup> Cesano, José Daniel: “Evitando y humanizando el castigo”, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2003, fs. 23 y 24.

El principio de oportunidad le otorga al Ministerio Público Fiscal el poder político de decidir y, en su caso, prescindir de la acusación pública, motivado en razones de política criminal o utilidad social. Cuando el órgano acusador dispone de un libre poder de disposición de la acción penal, como en el derecho anglosajón, estamos frente a una 'oportunidad no reglada'. En cambio, en nuestros países de tradición de derecho continental europeo, la oportunidad es la excepción y la legalidad la regla, por encontrarse los criterios de oportunidad taxativamente determinados por el legislador, cuidando que la discrecionalidad no sea arbitrariedad. Lo que se otorga es una facultad política<sup>18</sup> de decisión en base a parámetros lo más precisos posible para limitar o contener ese poder acusador que ahora actuará en base a criterios de oportunidad.

Para definir el principio de oportunidad reglada, el voto del Dr. Salvini en el fallo comentado, cita a Cafferata Nores: "sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del órgano jurisdiccional"<sup>19</sup>. Para Bovino la rigidez de los supuestos de oportunidad reglados y la asentada cultura inquisitiva que lleva a exagerar los controles judiciales sobre las decisiones no persecutorias del acusador estatal, conspiran contra la necesidad del Ministerio Público de establecer pautas genéricas de organización de la persecución<sup>20</sup>.

Reglar la disponibilidad de la acción, que de todos modos se realiza en nuestros tribunales es una forma de combatir la arbitrariedad. Zaffaroni reconoció en su obra 'En busca de las penas perdidas' que "el sistema penal está *estructuralmente* montado para que la legalidad procesal no opere, sino para que ejerza su poder con un altísimo grado de arbitrariedad selectiva que, naturalmente, se orienta a los sectores más vulnerables".

Luigi Ferrajoli se opone al principio de oportunidad dentro del proceso, postulando como máxima la inderogabilidad del juicio, y por consiguiente la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal por parte de los acusadores públicos, como consecuencia de uno de los motivos que lleva a Ferrajoli a justificar la existencia misma del derecho penal

---

<sup>18</sup> Alberto Spota dice que el principio de oportunidad es una "delegación de capacidad política decisoria", y que "responde filosóficamente en el estado de derecho a la capacidad de arbitrio, que jurídica y políticamente se reconoce a los poderes constituidos". "El asiento de esta institución es un asiento político". (Spota, Alberto Antonio: 'Análisis de la viabilidad constitucional del principio de oportunidad en el ámbito penal', La Ley 1988-E, 983.-

<sup>19</sup> Cafferata Nores, José I: op. cit. Pág 41.

<sup>20</sup> Bovino, Alberto y Hurtado, Cristian: "Principio de oportunidad y proceso de reforma en América Latina. Algunos problemas de política criminal", ponencia del XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Penal y Criminología, Valparaíso 2002, publicado en <http://www.astrea.com.ar/files/prologs/doctrina0122.pdf>

como instancia estatal: el reemplazo de la venganza privada. La sensación de seguridad y de apego al orden legal que deben regir todo el proceso le impiden al acusador a disponer de la acción penal, aunque puede conjugarse con la oportunidad reglada por el legislador. El filósofo italiano, efectivamente, teme a los sistemas de discrecionalidad y disponibilidad de origen anglosajón que son “fuente inagotable de arbitrariedades”, especialmente en aquellas versiones (Art. 26 inc. 5º del Código Procesal Penal de Mendoza) en las que el Estado condesciende a ‘negociar’ con los imputados, y donde está en juego el ‘principio de superioridad ética del Estado’.

En su defensa del sistema acusatorio como más apto para los Estados democráticos de Derecho, Ferrajoli aclara que el principio de oportunidad no posee ningún nexo, ni lógico ni funcional, con el modelo teórico acusatorio (el que a grandes rasgos sólo requiere un juez rigurosamente separado de la acusación, y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por una acusación ineluctable). Mientras en el plano teórico acusatorio no es necesario y, en opinión de Ferrajoli, es incompatible con el principio de oportunidad libre; en el plano histórico se ha dado siempre el acompañamiento del sistema acusatorio con el principio de disponibilidad de la acción, como ha señalado Binder en ocasión del proyecto de reforma procesal de la Provincia de Buenos Aires.

También Hassemer plantea el temor de que “si el Derecho Penal material se implanta desigualmente en el proceso penal, ello repercute negativamente en el sistema jurídico criminal en su conjunto”<sup>21</sup>. El compromiso de Winfried Hassemer con el garantismo y la ‘formalización’ de la reacción penal<sup>22</sup> lo llevan a inclinarse por el principio de legalidad procesal como manifestación de un trato igualitario de los ciudadanos<sup>23</sup>, pero a no resignar la aplicación de criterios de oportunidad que remarcan la finalidad del derecho penal<sup>24</sup>. El maestro de la Escuela de Frankfurt lo sintetizó con su genialidad: “tanta legalidad como sea posible; tanta oportunidad como (política y económica en la actualidad) sea necesaria”. Por que la finalidad del Derecho Penal en la concepción de la Escuela de Frankfurt y de Hassemer en particular no está en “que todos los culpables sean castigados, sino en evitar que un inocente pueda serlo”<sup>25</sup>.

---

<sup>21</sup> Hassemer, Winfried: “La persecución penal: legalidad y oportunidad”, en ‘Lecciones y Ensayos’ n° 50, Astrea, Bs. As., 1988.

<sup>22</sup> Ver las palabras pronunciadas por Francisco Muñoz Conde en la entrega del doctorado honoris causa a Hassemer en la Universidad Pablo de Olavide (20 de enero de 2005), publicadas en RGDP, N°3, 2005, Universidad Castilla La Mancha, [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

<sup>23</sup> “El principio de oportunidad en el proceso penal transmite una impresión de desigualdad, inconsecuencia u desilusión” W. Hassemer, op. cit.

<sup>24</sup> “El principio de legalidad podría encuadrarse bajo las teorías penales absolutas, mientras el principio de oportunidad bajo la teorías relativas”. W. Hassemer, op. cit.

<sup>25</sup> Muñoz Conde, F. op. cit.

Rawls decía que en una sociedad justa no pueden someterse a la negociación política ni al cálculo del interés social los derechos concedidos por la justicia<sup>26</sup>, lo que hablaría a favor de la indisponibilidad de la acción, si no supiéramos que los derechos fundamentales son derechos de defensa de los individuos frente al Estado, y que “nunca pueden ser invocados por las autoridades públicas en contra de un individuo”<sup>27</sup>.

Por todo lo dicho, también Ferrajoli admite que la obligatoriedad de la acción penal es un rasgo emanado del sistema garantista, que implica sujeción de toda la función judicial a la ley, indisponibilidad de las situaciones penales y trato igualitario. Pero ello no debe suponer “un irrealizable deber de proceder por el más leve u oculto delito, sino sólo la obligación de los órganos de la acusación pública de promover el juicio sobre toda *notitia criminis* que llegue a su conocimiento, aunque sea para pedir después el archivo o la absolución, cuando consideren que el hecho es penalmente irrelevante”<sup>28</sup>.

### Cuestión sustancial o adjetiva.

La doctrina clásica argentina redundaba en la idea de considerar al tema como de derecho sustancial. Así, Jorge de la Rúa refiriéndose a la disponibilidad de la acción penal dice en sintonía con la escuela cordobesa: “...es evidente la naturaleza sustantiva del tema, pues resulta un condicionante sustancial de la aplicación de la ley penal al margen de los puros procedimientos. Es decir, son reglas que pueden conducir a la no aplicación de la ley penal, en tanto el procedimiento tiende, lisa y llanamente, a la aplicación de esa ley”<sup>29</sup>. Núñez enseñaba que “la acción penal representa (...) la potestad de castigar en sí misma como derecho sustancial constitutivo de uno de los presupuestos de la imputación penal”, al igual que Soler que también militaba en esta clara postura sustancialista de la acción penal, aduciendo que establece las condiciones de operatividad de la potestad punitiva<sup>30</sup>.

Hassemer del mismo modo se enrola en la concepción sustancialista cuando afirma que “el Derecho Penal material determina no sólo los límites de la punibilidad sino que tiene además la misión de reafirmar y asegurar las normas fundamentales de una sociedad”<sup>31</sup>, ello implica que las normas de fondo se apliquen tal cual el legislador las

<sup>26</sup> Rawls, John: “Teoría de la Justicia” Fondo de Cultura Económica, Bs. As., 1993.

<sup>27</sup> Bacigalupo, Enrique: Principios constitucionales de derecho penal, Hammurabi, Bs. As., 1999, p. 27.

<sup>28</sup> Ferrajoli, Luigi: op. cit., p.570.

<sup>29</sup> Cfr. De la Rúa, Jorge: “Disponibilidad de la acción penal”, en Tribuna -publicación del Colegio de Abogados de Córdoba-, año II, n° 9, pág. 241.

<sup>30</sup> Soler, Sebastián: “Derecho Penal Argentino” t II, ps. 527/528, Ed. Tea, 1992. Citado por Said, José Luis: “Sobre la facultad de las provincias de reglar el principio de oportunidad en la persecución penal”, La Ley 1997 – F, 1040.

<sup>31</sup> Hassemer, W.: op. cit.

concibe. Maier insiste en la línea de Núñez, “que el régimen de las acciones penales, de su ejercicio y su extinción, al menos entre nosotros pertenece al derecho penal material, no sólo porque sus reglas representan condiciones para la punibilidad de un hecho, sino, también, porque se trata de decisiones políticas básicas, que definen el sistema penal y que deben regir igualmente para toda la República, razón de ser racional de la delegación por las provincias del poder legislativo en el Congreso de la Nación para sancionar ciertas leyes comunes, en una decisión contraria al modelo federativo utilizado por nuestros constituyentes para lograr el texto de la Constitución Nacional”<sup>32</sup>.

La relevancia de la discusión entre la sustancialidad o adjetividad de la acción penal en el derecho argentino es fundamental, dada la estructura institucional dada por nuestra “*Magna Charta*”. El sistema federal implica el reconocimiento de las provincias como entidades preexistentes, que delegan parte de sus competencias originarias al gobierno federal creado por el Tratado Constitucional, reservándose todo lo que expresamente no deleguen en la Nación. Por ello, en virtud del artículo 75 inc. 12 C.N. se le transfiere a la Nación la competencia para dictar el Código Penal para todo el territorio del país, y por el juego del artículo 121 C.N. como poder no delegado a la Nación le cabe a las provincias dictarse sus propios códigos rituales. Todo lo de fondo sería competencia exclusiva del Congreso Nacional y las Legislaturas Provinciales conservarían potestades legislativas en materias procesales.

En el fallo en cuestión, la disidencia del Dr. Böhm remarca: “todo lo circunscripto al ejercicio de las acciones penales constituye materia específica de la legislación de fondo... adoptar el principio de oportunidad es cercenar ciertamente la atribución del legislador nacional, en lo que a la sanción se refiere.”

Como vimos, lo más clásico de nuestra doctrina nacional pregona la sustancialidad del tema en principio por influencia de los modelos legislativos de países unitarios y en muchos casos como modo pragmático de resolver el problema de la atribución de competencia legislativa, como afirma Zaffaroni<sup>33</sup>. Es este mismo autor quien cree que no puede sostenerse que la acción penal se trate de materia de fondo, ya “que una disposición que le ordena a todo juez realizar un acto –tomar conocimiento directo y personal del imputado- no puede tener otra naturaleza que procesal”. Además niega que se trate de condición de punibilidad, sino que la acción penal es requisito de procedibilidad: “cuando falta una condición de punibilidad se impone la absolucón; cuando falta un requisito de procedibilidad no hay proceso”.

---

<sup>32</sup> Maier, Julio: “La renuncia a la acción penal privada y el abandono de la querrela”, 1997, NDP, B, p-748.

<sup>33</sup> Zaffaroni – Alagia – Slokar: “Derecho Penal. Parte General”, 2º edición, Ediar, 2002, Bs. As. p 166.

### ¿Materia reservada o delegada?

Caracteriza al estado federal la pluralidad de centros de poder coordinados por un gobierno central al que se confiere la cantidad mínima de poderes indispensables para mantener la unidad política y económica, dejándose en cabeza de los estados provinciales el resto de los poderes públicos<sup>34</sup>. La división entre potestad de fondo y potestad procesal en el tema de la acción penal es justamente donde es más polémica. Si bien es un tema del derecho constitucional, la mayoría de la doctrina penalista se inclina por considerar al tema de incumbencia del Congreso de la Nación, ya sea por atribuirle competencia procesal, o consecuentemente a posturas sustancialistas.

Aduciendo que la acción penal no puede escindirse del derecho penal y que la posibilidad de regulación de la disponibilidad de la acción penal por parte de las provincias atacaría fuertemente el principio de igualdad (art. 16 C.N.) por el peligro de producirse una aplicación desigualitaria del derecho de fondo, se pretende que las provincias resiguan una porción de su soberanía legislativa en detrimento del federalismo.

El legislador provincial (en este caso Mendoza) ha considerado que el 'ius persecuendi' es facultad no delegada al gobierno central (art. 121 C.N.) y que es fundamental para cumplir el mandato constitucional de asegurar la administración de justicia (art. 5 C.N.)<sup>35</sup>. Binder ha señalado que mientras las provincias van adoptando sistemas acusatorios más infecundo resulta mantener la vigencia del art. 71 C.P. para el orden federal y provincial: "se va haciendo más notorio que carece de sentido que sea el Congreso federal quien establezca las prioridades (principio de oportunidad) de esa persecución penal cuando esas prioridades están íntimamente vinculadas a las realidades locales"<sup>36</sup>.

Dijimos que la solución llega de la mano de la ciencia constitucional, pero como intuye Zaffaroni, su explicación no es tanto jurídica como histórica<sup>37</sup>. El federalismo que heredamos, en su descentralización más administrativa que política, impone la legislación penal como específicamente delegada a la Nación. Guillermo Nicora dice que "el constituyente de 1853 quería que sólo el catálogo de delitos fuera único para toda la Nación y

<sup>34</sup> Cfr. Levi, Lucio: voz federalismo en Bobbio, Mateucci y Pasquino: 'Diccionario de Política', 13ª edición, México, siglo veintiuno editores, 2002.

<sup>35</sup> "El ordenamiento procesal está íntimamente vinculado a la organización judicial, de modo que si la Nación pudiera uniformar el derecho procesal impondría a las provincias una determinada manera de organizar su poder judicial y esto, además de conspirar contra la autonomía de que gozan, podría crear serias dificultades en su aplicación por las diferencias de población, económicas y hasta de idiosincrasia de una y otra provincia argentina". Pablo Ramella, 'Derecho Constitucional', Depalma, citado por Said, José Luis, op. cit.

<sup>36</sup> Binder, Alberto: "Introducción al derecho procesal penal", Ed. Ad Hoc, p 209.

<sup>37</sup> Zaffaroni, Alagia, Slokar, op. cit., p. 167.

nunca pensó en una parte general que contuviera normas sobre el ejercicio de la acción penal... y quedó claro que era de la esencia del reparto competencial originario de la Constitución la regulación provincial de todo lo ajeno al catálogo delictivo único". Si bien no se podría pensar en un mero código penal sin parte general, sí puede señalarse que la regulación de la acción penal, por criterios político criminales en un país de estructura predominantemente federal, queda reservada a las provincias en virtud de ser responsables de su administración de justicia. O como en su última obra alega Zaffaroni, debido a la complejidad de la distribución de competencias de nuestro sistema constitucional, se prefieren las existencias de estas asimetrías legislativas para salvar el principio federal.

En lo que se refiere al fallo comentado, el artículo 26 del código procesal penal de Mendoza en sus incisos primero y segundo<sup>38</sup> (insignificancia del hecho, de la participación en el mismo o de la pena a imponer; y solución del conflicto en delitos patrimoniales) había sido declarado inconstitucional por la Sexta Cámara del Crimen de la primera circunscripción mendocina<sup>39</sup>, por receptar estándares de oportunidad procesal. Se consideró que violentaba la normativa infraconstitucional (art. 71 C.P.) y el reparto constitucional de competencias legislativas, por intromisión del legislador provincial en un ámbito federal. La sala segunda de la Corte Suprema mendocina afirmó la correspondencia constitucional del artículo 26 y la capacidad de las provincias de reglar la disponibilidad de la acción, como excepciones al principio general de la legalidad del artículo 71 C.P.

Frente a provincias que han legislado el principio de oportunidad como una opción político criminal de establecimiento de prioridades concretas a la hora de la persecución estatal de los delitos, para salvar la constitucionalidad del artículo 71 C.P. se han planteado dos hipótesis: o bien considerarlo aplicable sólo al ámbito federal o bien interpretar 'in dubio pro reo' el mencionado artículo aduciendo –como Fabián Balcarce– que "la norma hace mella en el sujeto encargado de promover la acción y no en el carácter exhaustivo en la persecución"<sup>40</sup>. Según Balcarce el artículo 71 habla del principio de oficialidad, de

---

<sup>38</sup> "...el representante del Ministerio Público podrá solicitar al Tribunal que se suspenda total o parcialmente, la persecución penal, que se limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho cuando: 1° se trate de un hecho insignificante, de mínima culpabilidad del autor o del partícipe o exigua contribución de éste, salvo que afecte el interés público o lo haya cometido un funcionario público en el ejercicio del cargo o con ocasión de él.- 2° se haya producido la solución del conflicto, lo que se acreditará sumariamente. En caso de delitos originados en conflictos familiares, intervendrán los mediadores, tanto para la solución del mismo, como para el control de ella." Art. 26 inc. 1° y 2° del Código Procesal Penal de Mendoza (Ley 6730, t.o. Ley 7007, vigente desde 30/12/99, concordancia con el artículo 22 del Código ritual de Costa Rica)

<sup>39</sup> La disidencia del Dr. Alejandro Gullé reconoce la constitucionalidad del principio de oportunidad en el código procesal de Mendoza.

<sup>40</sup> Balcarce, Fabián I: "El mal llamado "principio de oportunidad". Relaciones potestativas entre Nación y provincias, interpretación del art. 71 CP, las nuevas propuestas respecto a la disponibilidad de la acción penal pública y el cuento de la buena pipa", publicado en [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), elDial - DC2E4.

poner en cabeza de un órgano de carácter público la función de persecución, y no de legalidad procesal. De todas formas esta normativa infraconstitucional no se encuentra conminada por ninguna norma de nuestra ley suprema, ya que el artículo 18 C.N. garantiza el debido proceso y no la obligatoriedad de la persecución.

La sentencia comentada afirma que “del marco de garantías constitucionales contenidas en el art. 18 CN., surge expresamente la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, mas no ordena que ésta deba producirse en todos los casos, razón por la cual no existe oposición alguna a que las normas contenidas en el art. 71 y concs. C.P., puedan ser regladas por la Legislatura provincial a fin de continuar, suspender o paralizar la acción penal, como lo hace en el caso el art. 26 CPP.”

Otro principio constitucional de todo Estado de Derecho que aquí está en juego es el de mínima intervención, que exige que el Derecho Penal sea el último y excepcional medio de solución de conflictos sociales. Emparentado con el principio de racionalidad (proporcionalidad) que demanda nuestro sistema republicano, la concepción que ve en el Derecho Penal el postrero recurso de un Estado respetuoso de los derechos fundamentales, se condice con toda una tradición jurídica iluminista de la que es tributario el pensamiento de nuestros padres fundadores de 1853.

Para armonizar el principio republicano de protección de derechos fundamentales y el principio de igualdad que había sido sacrificado en los altares del federalismo, sin menoscabar las potestades legislativas rituales de los estados provinciales, Zaffaroni plantea la posibilidad de que el Congreso Nacional, anclado en el art. 75 C.N. inc. 12 in fine<sup>41</sup>, dicte una normativa marco para todas las legislaciones locales procesales penales de respeto mínimo de garantías individuales. De esta forma, el legislador provincial puede ser más garantista pero nunca menos: “todos los habitantes deben gozar de un grado de realización legislativa de garantías procesales no inferior al que la ley federal otorga en su competencia”. Y las disposiciones procesales del código de fondo pueden ser entendidas, para salvar su legalidad constitucional, como garantías mínimas para toda la República<sup>42</sup>.

---

<sup>41</sup> “Corresponde al Congreso: dictar especialmente leyes generales para toda la Nación... las que requieren el establecimiento del juicio por jurados”. (Art. 75, inc. 12, in fine Constitución Nacional) Sobre la obligación constitucional de instauración de una legislación procesal penal común en base al juicio por jurados ver: Bailone, Matías: “El jurado o la participación cívica en el proceso penal” en ‘Ciencias Penales Contemporáneas’, dirigida por Marco A. Terragni, Nro. 7 y 8, Ediciones Jurídicas Cuyo, Argentina, 2005. Publicado también en [www.eldial.com.ar](http://www.eldial.com.ar), elDial - DC4F9.-

<sup>42</sup> En aquellas provincias donde imperen criterios de oportunidad, la disponibilidad de la acción prevalece por sobre el art. 71 C.P., por ser más garantista. Recuérdese la cita de Bacigalupo sobre que las garantías son del ciudadano frente al Estado y no viceversa. El camarista Alejandro Gullé en la sentencia que motivó el avocamiento de la Suprema Corte, explica en la disidencia: “Partiendo de una interpretación “pro homine”, esto es, adoptando un criterio hermenéutico amplio, cuando de reconocer los derechos de las personas se trate,

Hasta que la Nación dicte esta normativa marco, o adecue su legislación procesal federal al tipo de procedimiento que pide nuestra Constitución, no debemos olvidar que el propio texto constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos que poseen igualdad normológica forman un plexo cuasi orgánico de garantías fundamentales e inviolables de ese momento tan fatal para los derechos del hombre que es un proceso penal.

© Matías Bailone, 2006.

## PROCESO PENAL (EN GENERAL)

**Acción penal - Acción pública - Ejercicio - Principio de oportunidad - Regulación normativa - Constitucionalidad**

En Mendoza, a los diecinueve días del mes de septiembre del año dos mil cinco, reunida la Sala Segunda de la Excelentísima Suprema Corte de Justicia en acuerdo ordinario, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa N° 83.449 caratulada "FISCAL CONTRA SOSA MORAN, JUAN RAFAEL Y OTROS POR DAÑO AGRAVADO S/CASACIÓN".-

De conformidad con lo decretado a fojas quedó establecido el siguiente orden de votación de la causa por parte de los Señores Ministros del Tribunal: primero Dr. HERMAN AMILTON SALVINI; segundo Dr. PEDRO J. LLORENTE y tercero Dr. CARLOS BÖHM.-

### ANTECEDENTES:

A fs. 190/193, el Dr. Pablo Salinas por sus defendidos Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andrés Hernández Norton, Juan Bautista Contreras Martínez, interpone recurso extraordinario Inconstitucionalidad en contra la resolución de fs. 178/187 y vta., de los autos n° 4.198, caratulados " F. c/ Sosa Morán, Juan Rafael, Hernández Norton, Hector EW, Novoa Martínez, Humberto S., Hernández Norton, Raúl Andrés, Contreras Martinez, Juan B p/ Daño Agravado", originarios de la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.-

A fojas 207 se da trámite de ley al recurso interpuesto y se fija fecha de audiencia oral la que es realizada a fs. 212/213, y se fija fecha de audiencia para deliberar, la que es realizada a fs. 215 donde se señala el orden de votación de la causa, y se fija fecha de lectura de sentencia.-

De conformidad con lo establecido por el artículo 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA:** ¿Es procedente el recurso interpuesto?

**SEGUNDA:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**COSTAS:** Pronunciamiento sobre costas.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. SALVINI DIJO:**

Que a fs. 190/ 193, el Dr. Pablo Salinas por sus defendidos Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andrés Hernández Norton, Juan Bautista Contreras Martínez, interpone recurso extraordinario Inconstitucionalidad en contra la resolución de fs. 178/187 y vta., de los 4.198, caratu-

---

debe combinarse el texto constitucional, la ley de fondo y la ley formal, dando cabida al principio de oportunidad como excepción al de legalidad".

lados " F. c/ Sosa Morán, Juan Rafael, Hernández Norton, Hector E Novoa Martínez, Humberto S., Hernández Norton, Raúl Andrés, Contreras Martínez, Juan B p/ Daño Agravado", por la que se declara la inconstitucionalidad de art. 26 inc. 1• y 2• del C.P.P. (Ley 6.730 y sus modificatorias). Fallo recaído en autos 4.198, originarios de la Sexta Cámara del Crimen de la Primera Circunscripción Judicial.-

I. Recurso de Inconstitucionalidad:

Plantea el recurso de inconstitucionalidad, por inobservancia de la ley sustantiva, "*puesto que se declaró la inconstitucionalidad de la ley 6.730, art. 26 inc. 1• y 2•*" ( recurso, fs. 190); asimismo aduce que se ha interpretado erróneamente el artículo 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, art. 71 del Código Penal y el art. 121 de la Constitución Nacional.( recurso, fs. 190).-

Fundamenta: "*el principio de oportunidad en realidad juega además roles de distinto tipo, por un lado es un instrumento procesal realizador del derecho fundamental para que se defina dentro de un plazo razonable el proceso y por otro lado es un estímulo para lograr la realización oportuna de los juicios más importantes que se encuentran en manos de los Tribunales y esto evidentemente no es sustancial sino procesal*" ( recurso, fs. 190 vta.).-

Cita en abono de su reclamo, entre otras, la posición de Ricardo Nuñez, como una tercera interpretación en relación al tema ( recurso, fs. 190 vta/ 191).

Entiende que frente a la realidad que evidencia una administración de recursos escasos en el sistema penal y en particular referencia a la situación de la administración de justicia de Mendoza, "*tenemos el deber de aplicar una norma que no solo es Constitucional sino que es la que puede abrir el camino a la realización de criterios eficaces y rápidos en la persecución penal*". ( recurso, fs. 191 vta.).-

II. Dictamen del Sr. Procurador General de la Suprema Corte de Justicia.

A fs. 200/205 vta., corre agregado el dictamen del Sr. Procurador General, quién se expide por constitucionalidad del art. 26 inc. 1• y 2• del C.P.P. ( Ley 6.730).-

Ello en base a las siguientes consideraciones: \* cuando un tribunal tiene que pronunciarse en un planteo de esta naturaleza, debe estarse siempre por la validez de una norma y sólo en última instancia declarar la inconstitucionalidad de la misma, cuando no se pueda arribar a una interpretación para declarar su validez; \* que la Legislación Nacional, ha acogido criterios de oportunidad, en diversos institutos, así art. 132 del Código Penal, 43 del Código Penal, Ley 24.424, que acuerda la posibilidad de sustituir la pena por una medida de seguridad educativa o curativa y la atenuación de la condena del arrepentido; art. 150 de la Ley Provincial n• 6.354, acordada n• 18. 410, ( 29 de abril de 2004). ( dictamen, fs. 201); \* se comparte la posición de Zaffaroni, en cuánto a la naturaleza procesal de la acción penal, y "considera que la circunstancia de su nacimiento y extinción regulada por el Código Penal, es una circunstancia excepcional debido al principio de igualdad en la persecución penal; \*

que el art. 26 del C.P.P., no se opone a la legislación de fondo, por cuánto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regulan el principio de oportunidad, taxativamente se indica que la Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio ya se encuentra iniciada de oficio la misma; \* respecto de la extinción de la acción penal, tampoco se encuentra contradicción con el texto de nuestro Código Procesal, por cuanto el art. 27 no prevé una forma distinta de extinción de la acción, sino que simplemente el artículo indica que la causa se suspende, lo que no se contrapone ni crea una nueva causal extintiva de la acción penal, respetando el art. 59 del Código Penal." ( dictamen, fs. 203 vta.); \* el ejercicio de la persecución penal debe ser regulado por cada Provincia atento a que ello dependerá de las realidades locales.-

III. SOLUCIÓN DEL CASO:

De la detenida lectura del recurso de inconstitucionalidad interpuesto, arribo a la convicción que el mismo debe prosperar.-

El derecho evidencia los pulsos de una sociedad en constantes movimientos, transformaciones y cambios, lo que me permite afirmar, sin que ello sea novedoso, que el mismo, posee un carácter eminentemente dinámico. Esta circunstancia, las particularidades del presente caso y precisamente el nuevo marco procesal, me inclinan a enmendar la posición, asumida en anteriores pronunciamientos, vinculados a la cuestión a dirimir.-

Debido a este cambio de posición, me veo obligado a evocar los precedentes en los que tuve oportunidad de expedirme aún tangencialmente en relación a éste tema: así en "Linares Borobio", registrado en L.S. 335 - 092, si bien el *thema decidendum* estaba concretamente referido a la suspensión del juicio a prueba y particularmente, a la vinculación existente entre los artículos 30 ( C.P.P.) , y 76 bis ( Código Penal), adherí a la posición del Ministro pre opinante, en cuanto a la atribución de la Nación, para legislar sobre el tema que nos ocupa. Criterio que también sostuve en "Cabañez, Maria Ilsa" registrado en L.S 289 - 150 y " Hernandez Miguel A", vinculados ambos al principio de insignificancia.

Efectuada la aclaración que antecede, y antes de ingresar al análisis del caso planteado, estimo necesario efectuar algunas consideraciones, atento las singulares características de autos.- Y es que, Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andres Hernández Norton y Juan Bautista Contreras Martínez, se encuentran sindicados por la comisión del delito de Daño Agravado, en razón de haber escrito en la pared de la Escuela Padre Arce, la frase "*Vote M.S.T pague con la izquierda, ; "no al pago de la deuda externa, paro y plan de luchas"* ( ver fs. 93 vta.), importando un daño equivalente a la suma de cien pesos ( \$ 100) ( fs.212/213).- No puedo dudar que este caso resulta emblemático, porque a mi juicio, representa verdaderamente un símbolo que declara por sí mismo el concepto que reclama el postulante, y evidencia de modo contundente, la necesidad de la vigencia del principio de oportunidad, previsto en el art. 26 del C.P.P. En oportunidad de la realización de la audiencia oral ( fs. 212/213) , tanto el Sr. Defensor, como el Sr. Procurador de la Suprema Corte, hicieron referencia a este aspecto: los argumentos expuestos vehementemente por los nombrados, son entre otros motivos, los que me conducen a reflexionar al respecto.-

Parto de la base que nuestra Constitución Nacional, en su art. 18, prevé que nadie puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, más no impone la obligatoriedad en la imposición de una pena, o de la persecución penal. En el marco de las garantías constitucionales, contenidas en el artículo de referencia, surge expresamente "*la necesidad de acusación como presupuesto del juicio, más no ordena que aquella se produzca en todo caso*" ( cfr. Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2• edición actualizada. Editores del Puerto. Pág. 28).-

De modo que el conflicto hoy planteado, supone resolver la aparente contraposición de normas contenidas en el Código Penal con las normas adjetivas, concretamente Art. 71 y concordantes, una consideración en relación al 274 Código Penal y artículos 26 y concordantes del C.P.P. (Ley 6.730 y sus modificatorias).-

El argumento desarrollado por el Dr. Eugenio Zaffaroni, en relación a este tema, me permite afirmar que la contraposición de las mandas enunciadas, es solo aparente.-

Al respecto, el autor citado afirma: "*Algunas normas se encuentran discutidas entre el Derecho Penal y el procesal penal, particularmente porque no se ha analizado bien su naturaleza, y consecuentemente no puede determinarse si pertenecen a una o a otra ciencia jurídica. Estas dudas particulares, ..son de principalísima importancia, puesto que, en función de lo dispuesto por el Art. 67 inc. 11 ( hoy 75 inc. 12 ) de la Constitución Nacional, el Congreso de la Nación debe sancionar el Código Penal, pero confor-*

me a los artículos 5, 105 y 106 de la Constitución, se interpreta que la legislación procesal corresponde a las provincias como poder no delegado, lo que creemos correcto. De allí surgiría que si el Código Penal legislase materias procesales, estas disposiciones serían inconstitucionales. Las disposiciones del Código Penal que se hallarían en esta circunstancia son las referidas al ejercicio de las acciones penales ( art. 71 a 76), a los requisitos de procedibilidad ( art. 74) a la extinción de las acciones penales ( art. 59 a 63, 67)... Por nuestra parte creemos que de lo que aquí se trata es de condiciones o requisitos de procedibilidad en cuanto al ejercicio y extinción de las acciones procesales. Nos percatamos de que esa reserva de la legislación procesal es un principio rector, pero no un límite...la Constitución Nacional establece en su Art. 5º que cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia. El art. 75 inc. 12, establece que corresponde al Congreso Nacional, dictar los códigos de fondo. Conforme a estas disposiciones y al Art. 104 de la Constitución Nacional, las provincias se dan sus leyes de procedimiento , pero de la diversidad procesal que la constitución autoriza no se puede derivar una desigual aplicación de los códigos de fondo, que resulte violatoria del Art. 16 de la misma Constitución. En tanto que cuando se extingue o no nace la acción penal, se deja de hacer efectivo ese derecho. En este caso son modalidades de la aplicación, más o menos gravosas, pero que no pueden suprimirse sin alterar las jurisdicciones locales. Y que entran dentro de lo que los constitucionalistas llaman "razonabilidad del principio de igualdad"... Para hacer efectiva la aplicación del Derecho Penal sin alterar las jurisdicciones provinciales, en forma que no resulte violatoria del principio de igualdad ante la ley, no puede menos que reconocerse que las provincias han tenido que delegar al Congreso Nacional algunas limitadas facultades procesales, que garanticen una igualitaria persecución penal de las conductas penadas. El límite de esta delegación es, además, bien claro: se ha delegado lo necesario para que todos los delitos sean igualmente perseguibles y se han reservado lo que hace a las modalidades de esa persecución. ( Zaffaroni, Tratado de Derecho Penal. Parte gral. Tomo I, Ediar, Pág. 194/199).-

De la extensa cita evocada surge claramente, a fin de que todos los delitos sean igualmente perseguibles, que el Código Penal, regula todo lo atinente al inicio y extinción de la acción penal, más lo relativo al modo de realización o aplicación del derecho de fondo, encuentra sustento, válido y legal, en las normas adjetivas.-

Así el Art. 71 del Código Penal, refiere que las acciones penales deberán iniciarse de oficio, y luego exceptúa las acciones dependientes de instancia privada y las privadas. ( el subrayado me pertenece).-

Esta norma sustantiva, encuentra simetría con el Art. 8, 26 1º párrafo de la ley de formas, en tanto prevén que la acción penal pública es ejercida por el Ministerio Público, el que deberá iniciarla de oficio, siempre que no dependa de instancia privada. Su ejercicio no podrá suspenderse, interrumpirse ni hacerse cesar, salvo los supuestos previstos en este Código u otra ley. Ahora bien, es el propio código de formas el que sistematiza los modos de aplicación o de realización del derecho de fondo, cuando regula los supuestos, en los que el principio general - de la oficialidad en el ejercicio de las acciones penales- , queda excepcionado a través de las previsiones contenidas en art. 26 del C.P.P. (Ley 6730 ).-

Es precisamente este aspecto, el que emerge como conflictivo y que ha planteado este cuestionamiento de constitucionalidad.-

Si sostenemos que : " *la acción no es más que el momento dinámico de una pretensión preexistente y estática, a la cual la desencadena la comisión de un hecho, que pone en funcionamiento el conjunto de actividades procesales*, estoy reconduciendo las aserciones de Zaffaroni, a las normas procesales hoy vigentes. Este concepto de acción,

tomado de Sebastián Soler ( "Derecho penal Argentino. Tea Bs As. 1978, Tomo II, Pág. 439), revela por un lado, la vinculación entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal y a su vez, la distinción entre acción y pretensión penal y me ofrece la posibilidad de salvaguardar la constitucionalidad del art. 26 inc. 1º y 2º del C.P.P. , para afirmar que el legislador provincial, ha regulado en el artículo de mención un modo particular de la persecución penal. -

En orden a la aludida interrelación del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal , desde la doctrina se alega " *La correlación entre el derecho material y el procesal es íntima y profunda. Es que si bien no puede negarse que existen categorías específicas propias de lo procesal en general, y sobre lo cual han existido aportes que ya forman parte insoslayable de nuestra cultura jurídica, se presentan problemas que, como lo vio con acierto Ricardo Nuñez, son de imposible solución recurriendo exclusivamente a la teoría procesal de muy escasa utilidad. De tal manera, los procedimientos arbitrados para la aplicación del Derecho Penal, deben ser comprendidos dentro del mismo sistema y éste, a su vez, enfocado desde la más amplia visión de la Política Criminal. Lo señalado lleva a un estudio del proceso penal, como un hecho cultural, inserto en la dinámica del poder y condicionando por el conjunto de fuerzas e intereses históricos que, en definitiva, lo explican y le dan sentido. Puede ser que elaboremos una categoría lógica y genérica de la noción de proceso, pero ella poco tendrá que ver con los modos de actuación particulares y reales con los que a lo largo de los tiempos y en circunstancias cambiantes los hombres han establecido métodos para resolver este tipo de conflictos, cuya configuración depende de la ida que se postule o en realidad exista de la materia penal.*" ( Clariá Olmedo, "Derecho Procesal Penal ". Tomo I, Pág. 211).-

A su vez, Abalos, en alusión al carácter instrumental del Derecho Procesal Penal , asevera: " *se dice que el Derecho Procesal Penal es instrumental, por cuanto presupone la existencia de normas de derecho material que deben aplicarse, dado que como dice Manzini: " Es absolutamente inconcebible un Derecho Procesal que sea un fin en sí mismo y encuentre aplicación en la ausencia del derecho sustantivo.*" Luego cuando se refiere a la diferencia entre Derecho Penal sustantivo y Derecho Procesal Penal , expresa: " *son por tanto, normas de derecho penal material todas aquellas que atribuyen virtualmente al Estado el poder punitivo, o también a los órganos del mismo Estado, a particulares, el poder de disposición del contenido material del proceso, o sea, de la pretensión punitiva o de la pena. ...*" son en cambio normas de Derecho Procesal Penal solamente las que regulan de manera general el inicio, el desarrollo y el fin del proceso, que establecen garantías jurisdiccionales de la ejecución de la cosa juzgada, que indican las formas con que los sujetos procesales pueden valerse de sus facultades dispositivas del contenido material del proceso, y que atribuyen a los órganos del Estado o a los particulares un poder de disposición del contenido formal del proceso. ( autor citado, " Derecho Procesal Penal" Tomo I, Cuestiones Fundamentales, Pág. 17).-

Ya el Dr. Velez Mariconde, en la Exposición de Motivos de la Ley 1.908, en lo que aquí interesa, sostiene en referencia a los artículos 6, 7 y 8, que los mismos presuponen la clasificación que establecen los artículos 71 y siguientes del Código Penal, concretamente refiere que ".... *esta forma de hacer la clasificación permite reconocer no solo el carácter público de las acciones dependientes de instancia privada sino también el verdadero alcance del Código Sustantivo, a pesar del título que abarca a esas disposiciones : en realidad no disciplinan el ejercicio de la acción - el cual se traduce en todos los actos necesarios para obtener un pronunciamiento judicial - sino que ponen obstáculos al mismo, ya sea para condicionar la promoción a una manifestación de voluntad del ofendido, ya sea por acordarle al particular el derecho de acción. En consecuencia, incumbe al Código Procesal regular ese ejercicio de conformidad a los obstáculos impuestos por la Ley Sustantiva. " - ( el resaltado me pertenece).- Por tanto, la ley reconoce derechos subjetivos individuales que condicionan el ejercicio de la potestad repre-*

*siva del Estado, es decir, la actuación de la ley penal.* Son derechos sustanciales que la ley procesal no puede negar ni modificar, sino sólo establecer los medios y formas en que pueden ser ejercidos.-

Debo además considerar la distinción entre la pretensión penal, y la acción penal: ésta última es la que inicia el proceso y aquélla la que define en el marco de un proceso penal, una solicitud o fin concreto, que en el caso resulta ser la imposición de una pena o medida de seguridad de acuerdo con las previsiones normativas. La acción penal, por tanto, pone en marcha toda una secuencia procesal, recorriendo los caminos o instancias, hasta el pronunciamiento jurisdiccional conclusivo.

Desde la doctrina se sostiene: "*que el poder punitivo es de carácter predominantemente político, y se manifiesta en el Código Penal, que prevé las conductas delictivas y las penas; más "la pretensión punitiva es de específica índole realizativa y se encuentra normativamente establecida dentro del proceso penal"*. ( Cfr. Vázquez Rossi, Derecho Procesal Penal, Tomo I, Conceptos Generales, Pág. 309).-

El legislador provincial disciplina la dinámica de la pretensión punitiva en el marco del proceso penal y reglamenta a través del Art. 26, la modalidad de la persecución; queda a resguardo lo vinculado al ejercicio de la acción penal, cuando imperativamente dispone que deberá iniciarla de oficio ( art. 8) o bien que deberá ejercer la acción penal en todos los casos en que sea procedente.( art. 26 1º párrafo C.P.P.), lo que me permite compartir las palabras del Sr Procurador cuando sostiene: "*que art. 26 del C.P.P., no se opone a la legislación de fondo, por cuanto, el Código Penal indica que las acciones deben iniciarse de oficio, salvo excepciones por él contempladas, y en el caso de los artículos de nuestro Código Procesal que regula el principio de oportunidad, taxativamente se indica que el Ministerio Público deberá ejercer la acción en todos los casos, lo que supone que cuando solicite el beneficio, ya se encuentra iniciada de oficio la misma.* ( dictamen, fs. 203 vta.)-.

En la medida en que no se nieguen ni modifiquen, derechos sustanciales, el Ministerio Público, titular de la acción penal y en relación a este aspecto dinámico ya aludido, puede disponer de márgenes de decisión propia sobre cuándo, cómo y en qué supuestos lleva adelante el ejercicio de la acción penal. -

Sobre esta base, el código procesal penal, ha implementado válidamente mecanismos que imprimen movimiento a la acción penal y así resulta válida y legalmente sustentable, la posibilidad de que la persecución penal "*se suspenda total o parcialmente, que se la limite a alguna o varias infracciones o a alguna de las personas que participaron en el hecho*" -( cfm. Art. 26 C.P.P.)..-

Esto es en definitiva, la regla del art. 26 del C.P.P.: *principio de oportunidad, como la atribución que tienen los órganos encargados de la promoción de la persecución penal, fundada en razones de política criminal y procesal, de no iniciar la acción pública, o de suspender provisionalmente la acción iniciada, o de limitarla en su extensión objetiva y subjetiva, o de hacerla cesar definitivamente antes de la sentencia, aun cuando concurren las condiciones ordinarias para "perseguir y castigar"* ( Cafferata Nores, "Cuestiones actuales sobre el proceso penal", 2• edición actualizada. Editores del Puerto, Pág. 38.)-.

Se parte del principio de legalidad como punto inicial para la persecución penal, pero se impone la salvaguarda de los mecanismos previstos en la ley procesal penal local, como el principio de oportunidad, que opera a modo de excepción de las reglas contenidas en el art. 8 y concordantes del rito penal: dicho en otros términos, principio de legalidad (oficialidad ) como regla y principio de oportunidad como excepción.-

Esta posición, me coloca a favor del denominado principio de oportunidad reglada, y en palabras del autor antes citado, comparto el criterio que: "*sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, se admiten excepciones por razones de oportunidad, que se encuentran previstas en la legislación penal, cuya aplicación en el caso concreto se*

*realiza bajo la responsabilidad de funcionarios judiciales predeterminados, generalmente con el consentimiento del imputado, a veces también de la víctima y requiere el control del órgano jurisdiccional ( sobre si el caso es de los que la ley autoriza abstractamente a tratar con criterios de oportunidad, y sobre si amerita concretamente dicho tratamiento". ( Cafferata Nores, obra citada, pág. 41).-*

Como colofón de lo que vengo desarrollando, evoco un precedente de la Corte Federal: *"Las leyes locales no pueden ser invalidadas sino en aquellos casos en que la Constitución Nacional concede al Congreso Nacional en términos expresos un exclusivo poder, o en los que el ejercicio de idénticos poderes ha sido expresamente prohibido a las Provincias, o cuando hay directa y absoluta incompatibilidad en el ejercicio de ellos por estas últimas, fuera de cuyos casos, es incuestionable que las Provincias retienen una autoridad concurrente con el Congreso" ( CSJN. 3 - 131).-*

El otro aspecto que debe ser abordado, es el referido a la posible contradicción existente entre normas sustantivas ( art. 274 Código Penal) y el art. 26 del rito penal. Hago mías las argumentaciones del Dr. Dante Vega, quién expresa: *" a nuestro entender , es cierto que en un sistema en donde impere la oficialidad y la legalidad en la promoción y ejercicio de las acciones penales sin admitirse otras excepciones que las previstas en el propio Código Penal -, el agente fiscal que solicitaba la suspensión de la persecución penal argumentando criterios de discrecionalidad política y el Juez que lo concedía podían incurrir en el tipo referido. Pero a partir de la sanción del art. 26 del C.P.P., el art 274 del Código Penal, jamás podría atrapar conductas del Fiscal, la de su Superior ni la del Juez que implementan el principio de oportunidad por una simple razón de coherencia en el ordenamiento jurídico en general que no puede facultar por un lado lo que prohíbe el otro. Contra esto no se podría argumentar que la ley procesal está creando una causal de atipicidad o de justificación porque en realidad éstas ya están previstas en el Art. 34 inc. 4• del Código Penal. ( legítimo ejercicio de un cargo); y en este entendimiento "orden normativo" no significa orden normativo sustantivo, sino en general, esto es, comprensivo de las normas sustanciales y procesales. " ( "Estudios Sobre el Nuevo Código Procesal Penal de Mendoza, Lavado Diego Jorge, Vega, Dante Marcelo, Ediciones Jurídicas Cuyo, Pág. 109, 110).- Por las razones expuestas, y opinión concordante del Sr. Procurador General, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto, y en consecuencia, corresponde declarar la constitucionalidad del inc. 1• y 2• del Art. 26 del C.P.P.( Ley 6730 y sus modificatorias).-*

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión el Dr. Pedro J. Llorente adhiere por sus fundamentos al voto que antecede.-

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. BÖHM, DIJO: ( en disidencia)** Me permito discrepar con mis colegas de Sala, en relación al recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

De modo liminar, evoco el precedente recaído en Linares Borobio, registrado en L. S. 335 - 092.. En el precedente de mención, el *thema decidendum*, estaba concretamente referido a la suspensión del juicio a prueba, y particularmente, a la vinculación existente entre el art. 30 del Código Procesal Penal y el art. 76 bis del Código Penal. -

En el precedente de mención, tomé postura en cuánto a la atribución de la Nación, para legislar sobre el tema que nos ocupa. En el precedente citado, sostuve: *" todo lo circunscripto al ejercicio de las acciones penales, constituye materia específica de la legislación de fondo: por tanto, no puede el legislador provincial reglamentar esta materia, y más aún hacerlo en el marco del denominado principio de oportunidad, porque tal regulación se enfrenta abiertamente con el Art. 71 del código sustantivo". -*

Ahora bien, hasta aquí la cuestión ha sido resuelta, en el ámbito de la naturaleza jurídica de la acción penal, y en tal sentido, las diversas posiciones postulan la competencia de

la Nación ( acción en sentido sustancial), o de las Provincias ( acción en sentido formal).

- Sin embargo, hoy creo que además de los argumentos ya expuestos, puedo efectuar el análisis del caso, al margen de las posiciones ya propuestas.-

Mi punto de partida será, no ya la naturaleza jurídica de la acción penal, sino las consideraciones específicas que de la ley penal se formulan.-

El Congreso de la Nación, por imperativo del Art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional, dicta el Código Penal. Código sustantivo que contiene la ley penal; definida como una ley descriptiva, abstracta y general, que contiene el precepto y a la vez la sanción penal. Precepto referido a aquellas conductas que resultan merecedoras de penas o eventualmente medidas de seguridad. Afirmo sin duda, que adoptar el principio de oportunidad, es cercenar ciertamente la atribución del legislador nacional, en lo que a la sanción se refiere, pues no diríamos otra cosa que: si al precepto y tal vez si o no - depende- a la sanción penal.-

Debo tener presente la naturaleza de la ley penal. Desde la doctrina se afirma: "*para especificar el precepto en su total contenido es menester recurrir a leyes o disposiciones no penales, que son las que contienen los mandatos revelando lo que el derecho quiere. Es el mandato contenido en la norma lo que otorga al Estado la facultad de exigir el imperativo, pero es la ley penal la que le otorga el derecho de castigar su infracción. El infractor viola el mandato, pero realiza la ley penal en lo que ella tiene de descriptiva, por ello Beiling, sostuvo que mientras la norma valora la ley penal crea la figura. Todo ilícito penal- delito- es antes un ilícito no penal - determinado como tal en el ordenamiento jurídico general.* ( Cfm. Creus, Carlos "Derecho Penal Parte General", Astrea, Pág. 74).-

Así, esta teoría de las normas permitió distinguir el destinatario de las mismas del destinatario de la ley penal. La norma, en cuanto integrativa del precepto de la ley penal, está dirigida a los individuos que deben obedecer el mandato absteniéndose de la conducta prohibida; la ley penal, como designación de la pena, va dirigida a los órganos del Estado, encargados de aplicarla, imponiéndoles el deber de hacerlo toda vez que se haya dado una infracción de mandato que esté penalizada. ( Creus, "Derecho Penal Parte General", Astrea Pág. 76).

Por tanto, se trata de tener presente, el concepto de la ley penal, porque al fin y al cabo, lo relativo a la acción penal, está regulado por la ley penal, de modo que las consideraciones vertidas, resultan a mi juicio adecuadas.

Por otro lado, la posición que propicia la aplicación del principio de oportunidad, entre otras razones, menciona razones de Política Criminal, pero a mi juicio se impone precisar si esta ha de ser la razón fundante que habilite legalmente la implementación del principio. A ello doy mi respuesta negativa y doy razones.-

Ello es así, pues Política Criminal es Política de Estado . En palabras de Santiago Mir Puig: "*en un primer sentido, consiste en aquel sector de la política que guarda relación con la forma de tratar la delincuencia: se refiere al conjunto de criterios empleados o a emplear en el tratamiento de la criminalidad. Cada ordenamiento jurídico penal responde a una determinada orientación política criminal y expresa una concreta política criminal. En este sentido, la Política Criminal, no es una disciplina teórica, sino una orientación práctica. Pero a menudo se habla de Política Criminal en otro sentido, como una rama del saber que tiene por objeto de estudio la política criminal efectivamente seguida por el derecho penal o que éste debería expresar. En este otro sentido, la Política Criminal puede verse también como una disciplina que se ocupa del derecho penal desde un prima distinto, y complementario, al de la dogmática jurídica y la Criminología como Sociología del Derecho penal. Si se utiliza el modelo - demasiado simplificado pero gráfico - de la estructura tridimensional del derecho, que distingue en él una dimensión de norma, otra de hecho y una tercera de valor, cabría decir que la*

*Dogmática jurídico penal se ocupa del derecho penal como norma, la Criminología como hecho, y la Política Criminal como valor. ( Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte General. 7• Edición. Pág. 60).-*

Tengo para mí, que cuando se alegan razones de política criminal, se plantean cuestiones o aspectos de índole fáctica, reveladoras de una situación pero en modo alguno, constituyen verdaderos motivos de Política Criminal. Por otro lado, tratándose de un valor atinente a la norma penal, no pueden fijarse pautas diversas, desde la Legislatura local, porque tales fundamentos no serían razones o políticas de Estado, se trataría de conveniencia simple y solamente.-

Tan persuadido estoy de que no corresponde a la Provincia, expedirse en este binomio legalidad - oportunidad en el ejercicio de la acción penal, que me basta efectuar una somerísima lectura de normas nacionales, que evidencian que cuando el legislador Nacional ha tenido voluntad política de plasmar el principio cuya constitucionalidad aquí se proclama, lo ha hecho expresamente.-

Así, el 21 de mayo de 1997, el Congreso de la Nación, aprobó la Ley n• 24.825 ( juicio penal abreviado); Ley 24.316 ( Suspensión del Juicio a Prueba); Ley 23.737 ( art. 18) regula los casos en los que el perseguido penalmente por tenencia de estupefacientes para consumo personal, sea adicto tanto psíquica como físicamente, a la droga que se le secuestra, se le puede suspender el trámite procesal y ordenársele la realización de un tratamiento. Si el mismo termina con éxito, el delito no se castiga y corresponderá el sobreseimiento del imputado; reforma de la ley de estupefacientes, Ley 24.424, introduce la figura del arrepentido; Ley Penal Tributaria N• 24.769, el art. 16 de la citada norma establece que en los casos de evasión tributaria simple, y evasión simple con relación a los recursos de la seguridad social - art.7, la acción se extinguirá si el imputado acepta la liquidación efectuada, regulariza su situación y abona el total de la deuda antes de que se le formule el requerimiento de elevación a juicio; art. 217 del Código Penal - respecto del partícipe del delito de conspiración por traición, y del art. 14 de a Ley 13.985, referido al atentado contra la seguridad de la nación. En ambos supuestos, se incorporan expresamente casos o supuestos de oportunidad utilitarios, porque se pondera el interés superior de evitar una traición o atentado, a la pena y castigo del partícipe si este último denuncia el hecho antes de que suceda o colabora con el arresto de los cómplices; Ley 25.087, art. 15, deja abierta la posibilidad de extinguir la acción penal si la víctima propone un avenimiento con el imputado. Voy a concluir el voto con palabras significativas para mí del Dr. Cafferata Nores, que expresara en oportunidad del II Seminario Internacional sobre *Probation*, " *Las leyes se hicieron para que no manden los hombres, los jueces tienen que hacer, no mandar. Ellos hacen cumplir la ley.*

ASÍ VOTO.

**SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. SALVINI DIJO:**

Atento al resultado a que se arriba en la primera cuestión, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad incoado, y revocar la resolución de fs. 178/187 y vta., en su resolutive n 1º) en tanto declara la inconstitucionalidad del art. 26 inc 1º y 2º Ley 6730 y dispone su no aplicación al presente caso, declarando en consecuencia la constitucionalidad de los incisos .1• y 2• del art. 26 del Código Procesal Penal (Ley 6730 y sus modificatorias).-

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión los Dres. Carlos Böhm y Pedro J. Llorente adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.-

**SOBRE LA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. SALVINI DIJO:**

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones que anteceden, corresponde imponer las costas a por su orden y fijar los honorarios del, Dr. Pablo Salinas teniendo en cuenta el resultado a que se arriba en esta instancia y a la labor profe-

sional desarrollada en la suma de Pesos Mil Quinientos ( \$ 1.500) (art. 558 y concordantes del C.P.P.), a cargo de los imputados.-

ASÍ VOTO.-

Sobre la misma cuestión los Dres. Carlos Böhm y Pedro J. Llorente adhieren por sus fundamentos al voto que antecede.-

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**SENTENCIA:**

Mendoza, 19 de Septiembre de 2005.-

**Y VISTO:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente la Sala Segunda de la Excma. Suprema Corte de Justicia fallando en definitiva,

**RESUELVE:**

1•) Hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 190/193, interpuesto por el Dr. Pablo Salinas, en favor de Juan Rafael Sosa Morán, Héctor Edgardo Hernández Norton, Humberto Segundo Novoa Martínez, Raúl Andrés Hernández Norton, Juan Bautista Contreras Martínez.-

2•) Revocar la resolución de fs. 178/187 en su dispositivo nº 1) en tanto declara la inconstitucionalidad del art. 26 incs 1º y 2º Ley 6730 , y dispone su no aplicación al presente caso., declarando la constitucionalidad de los incisos 1• y 2• del art. 26 del Código Procesal Penal ( Ley 6730 y sus modificatorias).-

3º) Remitir las presentes actuaciones al Tribunal interviniente a fin de que prosiga la causa según su estado.-

4º) Imponer las costas por su orden, y regular los honorarios del Dr. Pablo Salinas, en la suma de Pesos mil quinientos (\$1500). -(arts. 557, 560 y concordantes del C.P.P. Ley 6730 y sus modificatorias).-

Notifíquese.-