

**“FISCAL CONTRA SOSA MORAN, JUAN RAFAEL Y OTROS
POR DAÑO AGRAVADO S/CASACIÓN”.-**

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, caratulados “ 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 cuanto 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 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 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 cuánto 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”, 2º 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 conforme 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 1° 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 represiva 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 más 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 cuanto 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 Beling, 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 prisma 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. 7º 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.

Ley.-

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 .1º y 2º 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 profesional 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:

1º) 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.-

2º) 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 1º y 2º 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.-