

Tropezar dos veces con la misma piedra.

Superposición de Delitos y Contravenciones

Nicolas Lucas Hartenstein y Lucas Rokotovich¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- De los delitos y las contravenciones en la ciudad de Buenos Aires; III.- *Ne bis in idem*; IV.- Comentario del fallo Casique; V.- Reflexiones finales; VI.- Bibliografía

RESUMEN: El presente trabajo se propone realizar un análisis sobre la superposición de las competencias federales y locales, esto es, el ámbito de los delitos y las contravenciones, tema particularmente complejo dada nuestra estructura federal. Concretamente se buscará abordar el problema que se da con el principio de *Ne Bis In Idem* en los casos en que el mismo encartado es juzgado en dos procesos diferentes (el penal y el contravencional) por el mismo suceso histórico. Este problema llevara a analizar si existe identidad de causa entre acción de naturaleza contravencional y una de naturaleza penal. Bien sabemos que la regla es que no hay concurso ideal entre un delito y una contravención. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la

¹ **Nicolas Lucas Hartenstein:** Abogado graduado en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho Penal en Universidad de Buenos Aires. E-mail de contacto: hartensteinnicolas@gmail.com

Lucas Rokotovich: Abogado graduado en Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; estudiante de la Carrera de Especialización en Derecho Penal en Universidad de Buenos Aires. E-mail de contacto: rokotovich.l@gmail.com

acción contravencional, pero debido a la falta de coordinación entre ambos fueros, es corriente que haya personas que sean juzgadas y penadas dos veces por el mismo hecho. Analizaremos que solución da la jurisprudencia cuando debido a la celeridad primero un fuero contravencional condena a un sujeto X por ser autor

PALABRAS CLAVE: Contravencional - Ne bis in idem.

“Un tropezón cualquiera da en la vida, y el corazón aprende así a vivir.”

(Raúl de los Hoyos y Luis Bayón Herrera. Un Tropezón)

I.- Introducción

El presente artículo tiene varias finalidades que requerirían de un análisis más exhaustivo y extenso sobre varios aspectos de la organización de la justicia penal y contravencional. Pero al menos y modestamente, se intentará realizar una aproximación de las consecuencias que tienen en el sujeto la fallida organización de la justicia.

Este registro propone realizar un análisis sobre la superposición de las competencias federales y locales, esto es, el ámbito de los delitos y las contravenciones, tema particularmente complejo dada nuestra estructura federal. Concretamente se buscará abordar el problema que se da con el principio de *Ne Bis In Idem* en los casos en que el mismo encartado es juzgado en dos procesos diferentes (el penal y el contravencional) por el mismo hecho/suceso histórico.

II.- De los delitos y las contravenciones en la ciudad de Buenos Aires

“¿Cómo podría transmitirle la emoción que sentí ante aquella catástrofe o hallar frases que describan al repugnante engendro que, al precio de tantos esfuerzos y trabajos, había creado? Sus miembros estaban, es cierto, bien proporcionados, y había intentado que sus rasgos no carecieran de cierta belleza. ¡Belleza! ¡Dios del cielo!”

(Frankenstein o el moderno Prometeo, Mary Shelley)

Es claro que existe una distinción sustancial entre delitos y contravenciones y están distribuidas las competencias establecidas en la Constitución Nacional derivadas de la forma de Estado federal adoptado por la República Argentina.

Zaffaroni entiende que si se le reconoce al derecho contravencional “*su naturaleza penal debe ser sometido a las exigencias y límites del derecho penal. (...) Su negación no tiene otro propósito que posibilitar un ejercicio descontrolado del poder punitivo*” (Zaffaroni, Slokar, y Alagia, 2006, p. 137).

Ricardo C. Núñez procuró distinguir ontológicamente la contravención del delito, como infracciones de naturaleza o calidad distintas: el delito se referiría a los derechos tanto individuales como sociales de los miembros de la sociedad civil; la contravención estaría ligada a la Administración pública como creadora de un ámbito de orden para la realización práctica de nuestros derechos en la vida cotidiana. (Núñez, 1987, p 32.)

El problema que se da en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires es que existe un fuero propio porteño que se encarga de juzgar las contravenciones y tiene algunos delitos transferidos a su competencia, de los llamados leves o de poca monta, mientras que el fuero nacional criminal mantiene la competencia en la mayoría de los delitos. Y en la organización de la justicia en sentido amplio al no existir una comunicación fluida, ni trabajo mancomunado entre los fueros al poseer diferentes sistemas de bases de datos, como venimos adelantando puede generar una afectación al estado de derecho, y sus piedras basales como son las garantías constitucionales, en este caso, la prohibición del doble juzgamiento.

Una de las tensiones que genera la falta de coordinación es la superposición de las competencias nacionales y locales, esto es, en el ámbito de los delitos y las contravenciones, tema particularmente complejo dada nuestra estructura federal y la nueva autonomía de la ciudad de Buenos Aires. Es usual que cuando nos encontramos ante un hecho que se podría subsumir tanto como una contravención como con un delito no transferido ambas justicias optan por investigarlo, transgrediendo la prohibición de doble juzgamiento.

A partir de la última reforma constitucional la ciudad de Buenos Aires tiene prevista su completa autonomía, asimilando su estatus jurídico al de una provincia. Como es sabido el artículo 129 de la CN otorga a la ciudad de Buenos Aires un régimen de Gobierno autónomo con facultades propias de jurisdicción.

En 1994 comenzó el camino de la autonomía jurisdiccional de la Ciudad de Buenos Aires que aún continúa, todavía no se transfirieron todas las competencias. En el año 2000, con la segunda administración autónoma del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, comenzó el proceso, se firmó entre la Nación y la ciudad el primer

convenio de transferencias de competencias penales. Pero a la fecha a pesar de la firma de posteriores convenios no finalizo de traspaso de todos los delitos penales.

La reforma constitucional del 1994 impacto fuertemente en la estructura de la justicia penal de la Ciudad Autónoma de Buenos, se creó la justicia penal, contravencional y de faltas, como ya se dijo, solo transfiriendo la competencia en una pequeña cantidad de delitos y manteniendo como residual hasta que la justicia de la ciudad alcance completamente su autonomía a la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional.

Además, funciona en el territorio de la ciudad de buenos aires la Justicia Nacional en lo Criminal y Correccional Federal y la Justicia Nacional en lo Penal Económico, pero no nos adentraremos en ese tema.

III.- Ne bis in idem

“Y si mañana es como ayer otra vez/

Lo que fue hermoso será horrible después”

(Charly García. Cerca de la revolución.)

El principio de *ne bis in idem* comporta la imposibilidad de que una persona sea perseguida dos o más veces debido a un mismo hecho.

Cabe señalar así que este principio significado de una garantía constitucional, en nuestra carta magna surge del arreglo del art. 33, siendo así una de las garantías no enumeradas derivadas del sistema republicano y del estado de derecho.

Esta garantía ha sido reconocida también por el art 14 inc 7 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos² y el art. 8, parr. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos³ (Pacto San José de Costa Rica), los cuales tienen jerarquía constitucional, conforme al [artículo 75](#) inciso 22 de la Constitución Nacional.

² El artículo 14, inciso 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos refiere que ninguna persona puede ser juzgada ni sancionada nuevamente por un delito por el que ya ha sido condenada o absuelta, si el mismo ha cumplido con las leyes y los procedimientos penales.

³ la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8, inciso 4 dispone que ninguna persona que haya sido absuelta por una sentencia firme puede ser sometido a juicio por los mismos hechos

Julio Maier refiriéndose a este principio, ha señalado que:

No obstante, las diversas palabras utilizadas para definirlo, lo que pretende es proteger a cualquier imputado (concebido como aquel indicado, con o sin fundamento, como autor de un delito o partícipe de él, ante cualquier autoridad de la persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento) del riesgo de una nueva persecución penal, simultánea o sucesiva, por la misma realidad histórica atribuida (Maier, 2002, p. 601.)

Binder agrega, que el riesgo de afrontar una doble condena, lo que implica una prohibición de doble riesgo de aflicción, se yergue como un límite material frente a los mayores poderes de persecución que tiene el Estado, que al ejercer su ius puniendi debe tener una sola oportunidad de persecución. El *ne bis in idem* procesal, se configura así, como un medio técnico de contrapeso a los mayores poderes que tiene el aparato estatal para organizar la persecución. (Binder, 1999, p. 167)

La Corte Suprema ha declarado, por remisión al dictamen del Procurador General, que esa garantía no sólo prohíbe la aplicación de una segunda pena por un mismo hecho ya penado, “[...] sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho [...]” (confr. también Fallos: 315:2680, y en particular el caso “Polak” en Fallos: 321:2826).

Para que se dé esa múltiple persecución Maier explica que se requiere en las acusaciones tres identidades:

- 1) un mismo sujeto (eadem persona)
- 2) idéntico hecho (eadem res)
- 3) igual causa de persecución (eadem causa pretendi), último requisito discutible como tal.

El problema que nos interesa abordar se da en el segundo supuesto, la identidad del hecho. Cuando nos encontramos ante una contravención y un delito que juzgan la misma realidad histórica ¿Existe o no identidad de hecho?

Maier señala respecto a la operatividad de esta garantía y el cumplimiento indispensable sobre la identidad de hecho, se refiere que se mira al hecho como acontecimiento real, que sucede en un lugar y en un momento determinado, es decir, un hecho único.

Bien sabemos que la regla es que no hay concurso ideal entre un delito y una contravención⁴. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional, pero debido a la falta de coordinación entre ambos fueros, es corriente que haya personas que sean juzgadas y penadas dos veces por el mismo hecho.

En el caso de concurrencia de dos causas, una causa iniciada en el fuero penal y otra en el contravencional y ambas versan sobre los mismos hechos históricos y contra la misma persona resulta complicado determinar si nos encontramos frente a una violación o no del principio de *ne bis in idem*.

La identidad del objeto de persecución (identidad objetiva), nos indica que la imputación tiene que ser idéntica. Eso sucede cuando tiene por objeto el mismo comportamiento atribuido a la misma persona. Se trata de una identidad fáctica, no de una identidad de calificación jurídica. Basta que ese acontecimiento sea el mismo históricamente, en el proceso anterior y en el posterior, aunque las circunstancias imputadas en el segundo sean distintas de las conocidas en el primero.

La identidad del objeto material del proceso (*eadem res*) se refiere a una identidad real y no jurídica, la confrontación debe hacerse entre dos supuestos de hecho mirados en su materialidad y no en su significación jurídica. La identidad no es de delitos imputados, sino de hechos imputados.

Concretamente se buscará abordar el problema que se da con la garantía de *Ne Bis In Idem* en los casos en que el mismo encartado es juzgado en dos procesos diferentes (el penal y el contravencional) por el mismo suceso histórico. Este problema llevara analizar si existe identidad de causa entre acción de naturaleza contravencional y una de naturaleza penal.

La discusión es si nos encontramos ante una identidad de objeto, ante un mismo hecho histórico.

IV.- Comentario del fallo Casique⁵

a. Antecedentes del caso

⁴ el art 15 Código Contravencional de la CABA dispone: "...No hay concurso ideal entre delito y contravención. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional...".

⁵ Reg. N°1281/22 CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL - SALA 2

El día 27 de mayo del 2017, en las inmediaciones de la Av. Pueyrredón y Av. Corrientes de la ciudad autónoma de Buenos Aires se produjo un siniestro de tránsito. En dicha oportunidad el señor Casique, se encontraba circulando alcoholizado (2,65g/l de alcohol en sangre) al mando de una moto haciéndolo por la Av. Corrientes. Al arribar al cruce con la Av. Pueyrredón, comenzó su cruce de manera antirreglamentaria por encontrarse el semáforo en rojo para los vehículos que circulaban por la Avenida en la que circulaba. Como consecuencia de la maniobra, colisionó con el frente de su moto, el lateral otra moto vehículo donde circulaban dos personas causándole lesiones de carácter leve a ambos tripulantes.

b. Resolución de la justicia contravencional

El día 28 de Agosto de 2017 el juzgado 19 del Fuero Penal Contravencional y de faltas de la ciudad de Buenos Aires condeno a Casique por ser autor responsable de la contravención prevista y reprimida en el art 114 del código contravencional (ley 5666) a la pena de cuatro días de arresto y veinte días de inhabilitación para conducir vehículos automotores.

La conducta de Casique fue subsumida en el art. 114 del Código Contravencional de la CABA (ley local 5666 y modificatorias). El art 114 del código contravencional sanciona conducir con mayor cantidad de alcohol en sangre que lo permitido.

c. Resolución de la justicia criminal y correccional

Finalmente, el 28 de octubre de 2019, el juez Sergio Adrián Paduczak, a cargo del Tribunal Oral en lo Criminal y Correccional n° 22 de la ciudad de Buenos Aires, resolvió condenar a Casique a la pena de dos años de prisión cuyo cumplimiento se dejó en suspenso, y dos años de inhabilitación para conducir vehículos automotores, por considerarlo autor penalmente responsable del delito de lesiones leves culposas.

Entre los agravios invocados en el recurso de casación, puntualmente en lo que en el marco de este comentario nos interesa resaltar, la defensa invocó que la sentencia condenatoria realizo una transgresión al principio *ne bis in idem*. Ya que se juzgó al señor Casique dos veces por el mismo hecho, recayendo dos sentencias condenatorias.

d. Resolución de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional

El 24 de agosto de 2022 la Sala II de la CÁMARA NACIONAL DE CASACIÓN EN LO CRIMINAL Y CORRECCIONAL decidió, por mayoría, rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa de Casique.

En primer lugar, el Dr. Horacio L. Días consideró admisible el recurso, y que correspondía rechazar el recurso de casación interpuesto por la defensa y, consecuentemente, confirmar la sentencia condenatoria. Para lo cual se valió de distintos fundamentos con los que desestimó los agravios invocados.

En lo relativo a las críticas de la defensa respecto a afectación al principio del *ne bis in ídem*.

Para argumentar su decisión, el Dr. Días manifestó que: *“...de un simple cotejo entre ambas resoluciones se observa que de la simple lectura del expediente no hay afectación al ne bis in ídem, porque no hay identidad de causas; ya una de ellas (la que tramitó en el fuero de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) es una acción de naturaleza contravencional y, en cambio, la presente causa es de naturaleza penal.”*

De este modo, Días optó por considerar: *“Que, en consecuencia, no es posible sostener, como lo hace la representación técnica del acusado, que en esta causa se juzgó un hecho que reúne las tres identidades exigidas para hacer operativa a la garantía del ne bis in ídem, si se lo compara con aquél que resultó ser el objeto del procedimiento llevado adelante ante el mencionado juzgado n° 19...”*

Por su parte, el Dr. Eugenio Sarrabayrouse, consideró admisible el recurso, y entendió que correspondía hacer lugar al recurso de casación, revocar la sentencia cuestionada y absolver a Casique.

En este sentido entendió a diferencia de lo planteado por Días, en referencia los requisitos para tornar viable la aplicación del ne bis in. Específicamente en cuento al requisito de la identidad objetiva estableció las siguientes pautas: “ a) se debe prescindir de toda valoración jurídica del hecho, pues lo que se trata de impedir es la doble persecución del mismo suceso histórico; b) la aplicación de la regla se vincula con los casos de concurso ideal y de concurso aparente de leyes, lo que determina en el ámbito penal la imperiosa necesidad de contar acciones ; c) para que la regla del ne bis in ídem resulte aplicable, no es necesario que los hechos descriptos tengan una identidad semántica, es decir, que estén expresados con términos iguales. Si limitamos el análisis solamente a este aspecto meramente formal, la regla nunca tendría aplicación, pues bastaría con describir el mismo hecho con diferentes palabras para habilitar una nueva persecución penal” ... “d) Para resolver este tipo de problemas la doctrina recurre a una fórmula sintética y sencilla para resolver los casos conflictivos: existe identidad de objeto cuando la misma idea básica permanece tras la múltiple imputación. “

En lo relativo al caso puntual Sarrabayrouse explicó que se observa a simple vista en los hechos juzgados en la justicia contravencional y penal, que resulta claro que se trató de la misma persona (Casi que) y que la misma idea básica del suceso fue juzgada tanto en la justicia contravencional de CABA como en la justicia nacional. La diferencia es que, en un supuesto, el acento estuvo puesto en la ingesta de alcohol y en el otro, en las lesiones causadas (consecuencia del manejo imprudente).

Sarrabayrouse fue claro al explicar que el problema fue de coordinación de competencias. Remarco lo normado por el art 15 del código contravencional de CABA que señala: “...No hay concurso ideal entre delito y contravención. El ejercicio de la acción penal desplaza al de la acción contravencional...”. Según esta regla, queda claro que no debió ejercerse la acción contravencional.

De este modo, el juez optó por considerar que en el caso se produjo una transgresión al principio *ne bis in idem*.

En lo que hace al voto del juez restante del Juez Daniel Morin este decidió adherir al voto del Dr. Dias, rechazando el recurso interpuesto, con el agregado de que justifico la múltiple persecución penal de una misma persona por un mismo hecho cuando *“La imposibilidad normativa de agotar todos los significados jurídico-penales de un mismo hecho no sólo puede derivar de la distinta clase y forma de la persecución. La competencia de los tribunales, imposible de unificar por conexión, puede conducir al juzgamiento de un mismo hecho - y de una misma persona- por tribunales diferentes”*

Morin expreso que el supuesto bajo análisis ingresa en una de las excepciones *“...ya que el agotamiento de la pretensión punitiva emergente de un mismo hecho no se puede realizar en una única persecución penal, pues el tribunal que trata alguna de estas imputaciones en una sentencia de mérito no posee la facultad de examinar el objeto material del proceso desde todos los ángulos legales posibles. En el caso, cada uno de los tribunales intervinientes se ha limitado a juzgar lo que constituía el ámbito de su competencia en función de las facultades otorgadas por el propio ordenamiento jurídico.”*

Es importante aclarar que la resolución a la fecha no ha adquirido firmeza y se encuentra en plena revisión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

V. Reflexiones finales

Transcurridas casi tres décadas desde la última reforma constitucional, es incuestionable la necesidad de que exista mayor coordinación entre la justicia local y

la nacional. Más allá de la antigüedad de la reforma, se trata de un problema que nunca fue resuelto y al día de hoy genera muchas contrariedades.

Este artículo deja en evidencia la necesidad de armonizar los sistemas de enjuiciamiento con las garantías del proceso penal. La coordinación entre quienes elaboran leyes, quienes las aplican, quienes las interpretan y quienes las reclaman, resulta indispensable para llevar adelante esta misión.

El voto mayoritario de la Cámara de Casación es contrario a la garantía constitucional de *ne bis in idem*. Es interesante ver como se filtran los excesos punitivos en los votos de los destacados jueces, como señalaba el gran Mario Juliano, “normalmente en detrimento de los intereses de los procesados” (Juliano, 2005).

Casación no falla acorde a derecho toda vez que, en lugar de asegurar la correcta administración de justicia para la persona imputada, asegurándose que al detectar la falencia del Tribunal en cuanto a que se condenó a Casique dos veces por el mismo hecho, simplemente confirma el fallo sabiendo de su falencia.

La garantía de *ne bis in idem* se orienta a neutralizar el ejercicio repetido de la facultad persecutoria del Estado. En el año 2017 la justicia contravencional ya había condenado a Casique por ser autor contravencionalmente responsable de la contravención prevista y reprimida en el art 114 del código contravencional (ley 5666). No es constitucionalmente tolerable que vuelva a ser juzgado y condenado en una segunda oportunidad por el mismo hecho. Un error del Estado no puede recaer en las espaldas del imputado, quien ya fue condenado por este mismo hecho, teniendo que soportar dos penas diferentes. La sentencia está a cargo del Estado y no del imputado. Se debe establecer un límite para la potestad persecutoria del Estado, de otra manera se está sometiendo al imputado a un proceso kafkiano, un proceso indeterminado e interminable. Condenar a una persona dos veces por el mismo hecho en dos jurisdicciones diferentes es contrario a la garantía constitucional que prohíbe la doble persecución. Siguiendo a Julio Maier, las exigencias para tornar viable la aplicación del *ne bis in idem* tradicionalmente son las siguientes: identidad de la persona perseguida, identidad del objeto de la persecución e identidad de la causa de la persecución. Si se observan los hechos juzgados en uno y otro asunto, resulta claro que se trató de la misma persona (Casique) y que la misma idea básica del suceso fue juzgada tanto en la justicia contravencional de CABA como en la justicia nacional. La diferencia es que, en un supuesto, el acento estuvo puesto en la ingesta de alcohol y en el otro, en las lesiones causadas (consecuencia del manejo imprudente). Está claro que el problema aquí es de coordinación de

competencias. El principio de *non bis in idem* debe ser válido tanto a nivel contravencional como lo es a nivel penal.

Coincidimos plenamente con Juliano quien entendía que el desafío para una justicia democrática, realmente apegada al Estado de Derecho, está constituido por la necesidad de proveer a la construcción de un proceso penal, que en la búsqueda de resolver los conflictos que le son sometidos a su conocimiento, recuerde al imputado a la hora de resguardar sus derechos y garantías.

Juliano estaba convencido de que ese es el camino, aún a riesgo que existan casos en que la realización de la justicia pueda verse frustrada, lo cual será infinitamente preferible a la consagración del desprecio y la cosificación de los individuos.

V. Bibliografía

- BINDER, A. (1999); Introducción al Derecho procesal penal, Buenos Aires, Argentina, Ad Hoc.
- Juliano M. (2005), El Imputado Frente al Proceso, publicado en la Edición Especial de elDial.com.
- Maier, J. (2002); Derecho Procesal Penal I. Fundamentos, Buenos Aires, Argentina, Del Puerto.
- Núñez, R. (1987), Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Cordoba, Argentina, Marcos Lerner.
- Zaffaroni, E. R. Slokar, A., y Alagia. A. (2006). Manual de Derecho Penal Parte General, Buenos Aires, Argentina, Ediar.